



## RESOLUCIÓN 4/2020 – LICITACIÓN TRANSPORTE ESCOLAR

En Pleno

D. Ignacio López-Chaves Castro, presidente

D. Daniel Neira Barral secretario/vogal

En Santiago de Compostela a 15 de decembro de 2020

A Comisión Galega da Competencia (en adiante CGC), coa composición arriba indicada e sendo relator D. Ignacio López-Chaves Castro, ditou a seguinte Resolución no Expediente S 1/2019 Licitación transporte escolar que trae causa na remisión con data 28.01.2019 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (en adiante TACGal), dunha copia da súa Resolución número 12/2019, do 16 de xaneiro de 2019, pola que se resolveron os Recursos nº 3 e 5/2019 (acumulados), como recursos especiais en materia de contratación, interpostos por D<sup>a</sup> XXX, contra o acordo de adxudicación do lote 9 (recurso 3/2019), e pola mesma D<sup>a</sup> XXX, aínda que actuando en nome e representación de AUTOS LOZANO, S.L. e MINERVA E HIJOS, S.A., que participaban como unha UTE conformada por ambas empresas, contra o acordo de adxudicación do lote 11 (recurso 5/2019), ambos os dous en relación á contratación pública do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensinanza pública das provincias de A Coruña, Lugo e Ourense para o curso escolar 2018/2019 (Expediente 1A/2018/TE, da, por aquel entón, Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, da Xunta de Galicia), ao abeiro do Artigo 132.3 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante LCSP) e do Artigo 23.3 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico de Galicia



## ÍNDICE

### 1.- ANTECEDENTES DE FEITO

### 2.- AS PARTES

- 2.1.- Comunicación da posible práctica restritiva da competencia denunciadas
- 2.2.- Denunciadas
  - 2.2.1.- MURALLA BUS S.L.
  - 2.2.2.- AUTOCARES DARRIBA, S.L.
  - 2.2.3.- AUTOS MORÁN S.L.
- 2.3.- Interesados
  - 2.3.1.- Dirección de Competencia da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia (CNMC).

### 3.- FEITOS PROBADOS

### 4.- CARACTERIZACIÓN DO MERCADO

- 4.1.- Normativa sobre transporte público regular de viaxeiros de uso especial (escolar)
- 4.2.- Mercado relevante
  - 4.2.1.- Mercado de produto
  - 4.2.2.- Mercado xeográfico
  - 4.3.3.- Mercado temporal

### 5.- FUNDAMENTOS XURÍDICOS

- 5.1.- Obxecto da Resolución
- 5.2.- Competencia para resolver
- 5.3.- Cuestión previa: contratación pública e competencia
- 5.4.- Proposta do órgano instrución
- 5.5.- Cualificación xurídica dos feitos desde a perspectiva da LDC.
- 5.6.- Fundamentación xurídica da decisión
  - 5.6.1.- Infracción do art. 1 da LDC
  - 5.6.2.- Análise da conduta de las empresas denunciadas
  - 5.6.3.- Conclusións

### 6.- ALEGACIÓNS

- 6.1.- Alegacións AUTOCARES DARRIBA, S.L.
- 6.2.- Alegacións AUTOS MORÁN S.L.
- 6.3.- Alegacións MURALLA BUS S.L.
- 6.4.- Proba solicitada





## 7.- SANCIÓN

7.1.- Sanción proposta

7.2.- Alegacións.

7.2.1.- Alegacións AUTOCARES DARRIBA, S.L.

7.2.2.- Alegacións AUTOS MORÁN S.L.

7.2.3.- Alegacións MURALLA BUS S.L

7.3.- Criterios para a determinación do importe das sancións

7.4.- Prohibición de contratar por infracción en materia de falseamento da competencia

7.4.1.- Alegacións

7.4.2.- Duración e extensión da prohibición de contratar

## RESOLUCIÓN





## 1.- ANTECEDENTES DE FEITO

1.- Con data 28.01.2019 o TACGal, remitiu a CGC e a os efectos que procedesen, unha copia da súa Resolución número 12/2019, do 16 de xaneiro de 2019, pola que se resolveron os Recursos nº 3 e 5/2019 (acumulados), como recursos especiais en materia de contratación, interpostos por D<sup>a</sup> XXX, contra o acordo de adxudicación do lote 9 (recurso 3/2019), e pola mesma D<sup>a</sup> XXX, aínda que actuando en nome e representación de AUTOS LOZANO, S.L. e MINERVA E HIJOS, S.A., que participaban como unha UTE conformada por ambas empresas, contra o acordo de adxudicación do lote 11 (recurso 5/2019), ambos os dous en relación á contratación pública do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensinanza pública das provincias de A Coruña, Lugo e Ourense para o curso escolar 2018/2019 (Expediente 1A/2018/TE, da por aquel entón, Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, da Xunta de Galicia), ao abeiro do disposto no artigo 132.3 LCSP e no artigo 23.3 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico de Galicia.

Na citada Resolución nº 12/2019 o TACGal acordou:

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

*2. Levantar as suspensións acordadas no seu día.*

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

Coa referida comunicación acompañaron o texto da Resolución nº 12/2019.

2.- No texto da referida Resolución o TACGal sinala, no seu Fundamento de Dereito Noveno, os seguintes feitos que este Pleno considera relevantes desde a perspectiva do presente expediente:

*“Polo tanto, no recurso 3/2019 hai que analizar a MURALLA S.L e DARRIBA S.L, na súa relación entre estas e destas con outros licitadores,*





*e no recurso 5/2019 se a oferta de MURALLA S.L en relación co resto de licitadores, todo isto no marco do debate descrito.*

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

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

*a) En MURALLA S.L dos tres socios:*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

***En definitiva, en ambos lotes observamos que as proposicións que nos ocupan eran de empresas, en primeiro lugar, con socios e administradores moi limitados numéricamente, e, e segundo lugar, con socios que están presentes, como socios e administradores, noutras empresas que tamén presentaron ofertas.”<sup>1</sup>***

3.- Na mesma Resolución e no mesmo Fundamento o TACGal indica que:

*“Con este marco, este TACGal entende que dificilmente no existirá una vulneración de los principios de la licitación y de la proposición única de existir indicios de que los licitadores conocían la oferta de los otros, de forma que pudieran concurrir con esa ventaja e incluso presentar ofertas que cubran varios escenarios posibles a efectos de maximizar las*

<sup>1</sup> A negra non aparece no texto orixinal da Resolución. engadida por este Pleno.





*posibilidades de que la adjudicación recaiga en alguna de ellas. En este sentido, si sólo existe esa confluencia de integrantes de las empresas pero sin datos para determinar que las ofertas fueron conocidas por quien también participa en la configuración de otra oferta, no bastaría para llegar a esa conclusión de vulneración.*

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

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

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

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

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

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

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

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





**representantes y firmantes únicos de los documentos de los sobres A y B de otras ofertas, la de DARRIBA, S.L y la de MORÁN, S.L.**

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

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

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

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

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

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

*Por otro lado, si observamos en esas tres ofertas su “Documento de presentación de documentación” y los de “Referencia de los sobres”, estos presentan el mismo título, y un formato muy propio, siendo tal*





***formato coincidente en las tres. Lo mismo sucede con los sobres A y B, donde los documentos de elaboración por los licitadores en las tres ofertas aparecen con igual formato, así como tipo de letra. Por poner un solo ejemplo, en el índice de esos sobres A y B coinciden hasta las frases de los apartados de tal índice que terminan o no en punto (como signo de puntuación, nos referimos), lo cual es traído como indicio de que no se formularon de forma independiente. De hecho, en las ofertas de estas que fueron a los mismos lotes (MURALLA, S.L y DARRIBA, S.L) el número de páginas en los sobres A y B (en esta licitación sólo había dos sobres) es idéntico. La “Guía sobre contratación pública y Competencia” de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) ofrece, precisamente, como ejemplos de prácticas colusorias: “ofertas de diferentes licitadores con tipografía o papelería idénticas, ...fallos ortográficos o problemas formales de presentación de la oferta que se repiten en varias propuestas...”.***

***Por lo tanto, la conclusión a la que tiene que llegar este TACGal, con estos indicios, es que las ofertas que quedaron clasificadas en los lotes 9 y 11 por encima de las recurrentes no operaron en esta concreta licitación como autónomas e independientes, por lo que la adjudicación no podía recaer en las mismas, sin entonces necesidad de entrar en el resto de los considerandos del recurso. Procede así la estimación del recurso, decretándose la anulación de las adjudicación recaídas en esos lotes, por no poder recaer en ninguna de aquellas ofertas (centrados en las clasificadas por encima de las recurrentes, serían la de MURALLA BUS, S.L. y AUTOCARES DARRIBA, S.L. en el lote 9, y de MURALLA BUS, S.L., en el lote 11), manteniéndose a tales efectos la validez en aquellos actos y trámites cuyo contenido permanecería igual de no cometerse la infracción, y debiendo procederse a una nueva adjudicación.”<sup>2</sup>***

4.- Na citada Resolución nº 12/2019 o TACGal acordou, como xa indicamos, o seguinte:

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

<sup>2</sup> A negra non aparece no texto orixinal da resolución. Engadida por este Pleno.







*2. Levantar as suspensións acordadas no seu día.*

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

5.- Con data 5 de febreiro de 2019 a Subdirección de Investigación da CGC solicitou á Consellería Educación, Universidade e Formación Profesional a remisión do expediente completo correspondente á contratación do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensinanza pública das provincias de A Coruña, Lugo e Ourense para o curso escolar 2018/2019, expediente 1A/2018/TE. Con data 7 de febreiro a Consellería de Educación, Universidade e Formación Profesional remitiu o expediente.

6.- Con data 12 de abril de 2019 D<sup>a</sup> XXX, en nome e representación de MINERVA e HIJOS, S.A. e en nome e representación de AUTOS LOZANO, S.L. presentou denuncia ante esta CGC contra as mercantís MURALLA BUS S.L, AUTOCARES DARRIBA S.L., AUTOS MORÁN S.L e HER-VEI S.L, por presuntas prácticas contrarias á competencia polos mesmos feitos que se suscitaron nos recursos especiais de contratación que deron lugar á referida resolución nº 12/2019 do TACGal.

7.- O 5 de xuño de 2019 iniciouse o preceptivo trámite de asignación ante a Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia (en adiante CNMC), unha vez analizada a documentación contida no expediente, en cumprimento do 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.

8.- Con data 14 de xuño de 2019, o caso foi asignado á CGC, en cumprimento do referido trámite previsto na Lei 1/2002, ao considerarse que na práctica denunciada concurrían as condicións previstas no seu artigo 1, parágrafo terceiro, da Lei 1/2002, para atribuír o seu coñecemento á Comisión Galega da Competencia, xa que os seus posibles efectos circunscribíranse, caso de acreditarse a existencia de conduta prohibida, exclusivamente ao ámbito territorial da Comunidade Autónoma de Galicia.

9.- Recibida dita asignación, a Subdirección de Investigación, de acordo co art. 49.2 da LDC, iniciou unha información reservada co fin de determinar a concorrencia de circunstancias que xustificasen a veracidade dos feitos e, no seu caso, a incoación do expediente sancionador.

10.- Con fecha 21 de xaneiro de 2020, a Subdirección de Investigación chegou á conclusión de que existían indicios racionais de conduta prohibida pola LDC na práctica denunciada, procedendo, en consecuencia, conforme ao artigo 36 do



Decreto 118/2016, da Comunidade Autónoma de Galicia do 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e se aproban os seus estatutos en relación cos artigos 49.1 LDC e 28 do Regulamento de Defensa da Competencia, aprobado polo Real Decreto 261/2008, de 22 de febreiro (RDC), a acordar de oficio a incoación do correspondente expediente sancionador identificado como S 1/2019 Licitación Transporte Escolar, contra as empresas MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L., ante a existencia de indicios racionais dunha posible conduta prohibida pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC).

No citado acordo comunicouse as empresas MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L. a súa consideración de partes denunciadas e os dereitos que lles asisten, así como que se lles recoñece a condición de interesada á Dirección de Competencia da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia (CNMC), neste último caso, de acordo co previsto no artigo 5 da Lei 1/2002, do 21 de febreiro.

11.- Nin as empresas denunciadas, MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L. nin a interesada (CNMC), presentaron alegacións algunha nesta fase da tramitación do expediente.

12.- Con data 6 de marzo de 2020 ditouse o correspondente Prego de Concreción de Feitos (PCF) que foi correctamente notificado as empresas denunciadas e a interesada.

13.- O día 2 de xuño de 2020 a empresa AUTOS MORAN SL solicitou ao amparo do artigo 31 del Real Decreto 261/2008 de 22 de febreiro acceso á totalidade do expediente administrativo e que fora admitida como modalidade de acceso a remisión da documentación por correo electrónico.

14.- Con data 10 de xuño a Subdirección de Investigación da CGC resolveu facilitarlle o acceso ao expediente como parte interesada no procedemento sancionador, en virtude do disposto no artigo 31 do Real Decreto 261/2008.

15.- Con data 11 de xuño de 2020, unha vez levantada a suspensión de termos e prazos acordada pola Disposición adicional terceira do Real Decreto 463/2020, e levantada a dita suspensión con efectos desde o 1 de xuño de 2020 en aplicación do disposto no artigo 9 do Real Decreto 537/2020, Autos Morán S.L. presentou alegacións ao PCF. Con data 19 de xuño presentaron as súas alegacións ao PCF as empresas AUTOCARES DARRIBA, S.L e MURALLA BUS S.L.. asinadas en ambos os dous casos pola mesma persoa, na súa lexítima condición de representante de ambas as dúas, D. XXX.

16.- Con data 22 de xuño a Subdirección de Investigación da CGC requiriu as tres empresas denunciadas a cifra do volume de negocios do ano 2019.





17.- El día 10 de setembro de 2020 a Subdirección de investigación notifica a Proposta de Resolución as empresas MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L. indicándolle que poden formular alegacións.

18.- El día 13 de outubro de 2020, a Subdirección de investigación notifica a Proposta de Resolución ao Pleno da Comisión Galega da Competencia acompañada das alegacións que a mesma habían presentado MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.

19.- Con fecha 2 de decembro de 2020 o Pleno resolveu facilitarlle o acceso ao expediente a AUTOCARES DARRIBA S.L. como parte interesada no procedemento sancionador, en virtude do disposto no artigo 31 do Real Decreto 261/2008 ante a súa solicitude formulada no seu escrito de alegacións a Proposta de Resolución.

20.- Con data 15 de decembro de 2020 o Pleno reuniuse para deliberar e aprobar esta Resolución.

## **2. AS PARTES**

### **2.1.- COMUNICACIÓN DA POSIBLE PRÁCTICA RESTRITIVA DA COMPETENCIA**

A orixe do presente expediente atópase na remisión polo TACGal a este organismo, para os efectos que procedan, dunha copia da súa Resolución 12/2019, referida aos recursos acumulados 3 e 5/2019 ao abeiro do artigo 132.3 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público e do artigo 23.3 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico e, na denuncia presentada por D<sup>a</sup> XXX, en nome e representación de MINERVA e HIJOS, S.A. e en nome e representación de AUTOS LOZANO, S.L. contra as mercantís MURALLA BUS S.L, AUTOCARES DARRIBA S.L., AUTOS MORÁN S.L, e HER-VEI S.L, por presuntas prácticas contrarias á competencia nos mesmos feitos que se suscitaron nos recursos que deron lugar á referida Resolución do TACGal, de data 16 de xaneiro de 2019.

O Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal) é un órgano administrativo colexiado e especializado, adscrito á consellería competente en materia de facenda, que actúa con independencia funcional no exercicio das súas competencias para garantir a súa plena obxectividade. Comezou o seu funcionamento o 2 de abril de 2018. Entre as súas funcións está o coñecemento e a resolución dos recursos especiais en materia de



contratación, agora regulados na Lei 9/2017, de 8 de novembro, de Contratos do Sector Público. Tamén, no seu caso, dos procedementos previstos na Lei 31/2007, do 30 de outubro, sobre procedementos de contratación nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais. O eido de competencia deste Tribunal abrangue á Xunta de Galicia e ás entidades do sector público autonómico que teñan a consideración de poder adxudicador, pero tamén as entidades locais e as universidades públicas do ámbito territorial da Comunidade Autónoma de Galicia e os entes, organismos e entidades vinculados ou dependentes destas que teñan a consideración de poder adxudicador. Igualmente respecto do Consello de Contas de Galicia, en base a convenio asinado a tal fin.

## 2.2.- DENUNCIADAS

2.2.1.- MURALLA BUS S.L. é unha entidade mercantil co CIF: B27429042 e Domicilio na Rúa Carpinteiros 5 - Polígono Do Ceao, de Lugo (CP. 27003), que opera no sector do transporte terrestre.

2.2.2.- AUTOCARES DARRIBA, S.L. é unha sociedade mercantil co CIF: B27155738 e domicilio social avenida de Vilalba nº 28, no lugar de Muimenta no Concello de Cospeito na provincia de Lugo, dedicada ao transporte terrestre. Web corporativa: <http://www.autocaresd arriba.com/>

2.2.3.- AUTOS MORÁN S.L. é unha sociedade mercantil, co CIF: B27179969 e domicilio social na Avenida As San Lucas, 13, Mondoñedo, 27740 , Lugo, que ten como actividade, segundo a clasificación do CNAE (código: 4931) o Transporte terrestre urbano e suburbano de pasaxeiros. Web corporativa: [www.morangrupo.es](http://www.morangrupo.es)

## 2.3.- INTERESADOS

2.3.1.- DIRECCIÓN DE COMPETENCIA DA COMISIÓN NACIONAL DOS MERCADOS E DA COMPETENCIA (CNMC).

A Ley 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. Conforme ao anterior, é parte interesada neste procedemento a *Dirección de Competencia* da CNMC. A CNMC, de acordo con disposto nos artigos 1 y 2 da LCNMC, é unha entidade de Derecho público con personalidade xurídica propia e plena capacidade pública e privada, actualmente adscrita ao *Ministerio de Economía y Competitividad*, que "tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios ". Actuará no desenvolvemento da súa actividade e para o cumprimento dos sus fines con autonomía orgánica e funcional, plena independencia das Administracións



Públicas, e sometemento aa estas 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 *Servicio de Defensa de la Competencia* (actualmente, *Dirección de Competencia*, de la CNMC) poderá comparecer, en calidade de interesado, nos procedementos administrativos tramitados polos órganos de defensa da competencia das Comunidades Autónomas

### 3. FEITOS PROBADOS

Conforme ao Prego de Concreción de feitos notificado ás partes e reproducido na proposta de Resolución elevada ao Pleno da Comisión Galega da Competencia se consideran acreditados e relevantes para a resolución deste expediente os seguintes feitos:

**PRIMEIRO:** A Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, da Xunta de Galicia convocou a licitación pública para a provisión do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensino público das Provincias de A Coruña, Lugo e Ourense por procedemento aberto suxeito a regulación harmonizada e tramitación ordinaria mediante 15 lotes, para o curso escolar 2018/2019. (Expediente 1A/2018/TE, da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria da Xunta de Galicia). Entre eles o lote núm. 9, “contrato de servizo de realización da ruta de transporte escolar ao CEE Santa María (Lugo), durante o curso 2018/2019” e o lote núm. 11, “contrato de servizo de realización da ruta de transporte escolar ao CEE Santa María (Lugo), durante o curso 2018/2019”.

**SEGUNDO:** A dito expediente de contratación pública concorreron as empresas MURALLA BUS S.L, AUTOCARES DARRIBA S.L., AUTOS MORÁN S.L, sendo a adxudicataria, tanto lote 9 como do lote 11, a mercantil MURALLA BUS, S.L.

**TERCEIRO:** Os correspondentes acordos de adxudicación, correspondentes aos lotes 9 e 11 foron obxecto de senllos recursos especiais perante o TACGal (recurso números 3/2018 e 5/2018), interpostos por D<sup>a</sup>. XXX contra o acordo de adxudicación do lote 9 (recurso 3/2019) e por D<sup>a</sup>. XXX actuando en nobre representación de AUTOS LOZANO, S.L. e MINERVA E HIJOS,S.A contra o acordo de adxudicación do lote 11 (recurso 5/2019). As recorrentes tamén participaron na referida licitación.

**CUARTO:** Ambos recursos, tras ser acumulados, foron resoltos e estimados, mediante a Resolución do TACGal, nº 12/2019, do 16 de xaneiro de 2019, na que se afirma:

*“Polo tanto, a conclusión á que ten que chegar este TACGal, con estes indicios, é que as ofertas que quedaron clasificadas nos lotes 9 e 11 por*





*enriba das recorrentes non operaron nesta concreta licitación como autónomas e independentes, polo que a adxudicación non podía recaer nas mesmas, sen entón necesidade de entrar no resto dos considerandos do recurso. Procede así a estimación do recurso, decretándose a anulación das adxudicacións recaídas neses lotes, por non poder recaer en ningunha daquelas ofertas (centradas nas clasificadas por enriba das recorrentes, serían a de MURALLA BUS, S.L. e AUTOCARES DARRIBA, S.L. no lote 9, e de MURALLA BUS S.L. no lote 11), manténdose a tales efectos a validez naqueles actos e trámites cuxo contido permanecería igual de non cometerse a infracción, e debendo procederse a unha nova adxudicación*

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

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

*2. Levantar as suspensións acordadas no seu día.*

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

**QUINTO:** Con data 28 de xaneiro de 2019, o TACGal comunicou a Comisión Galega da Competencia a súa Resolución nº 12/2019, do 16 de xaneiro de 2019, indicando:

*“Ao abeiro do artigo 132.3 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público e do artigo 23.3 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, remitimos a Resolución 12/2019 deste Tribunal referida aos citados recursos acumulados 3 e 5/2019, para os efectos que procedan.”*

**SEXTO:** Do exame do expediente de licitación pública de referencia (Expediente 1A/2018/TE, da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria da Xunta de Galicia), incorporado ao presente expediente, e da Resolución nº 12/2019 do TACGal pódese constatar que na licitación pública para a provisión do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensino



público das Provincias de A Coruña, Lugo e Ourense para o curso escolar 2018/2019, se presentaron ao lote núm. 9 (contrato de servizo de realización da ruta de transporte escolar ao CEE Santa María -Lugo-, durante o curso 2018/2019) as empresas MURALLA BUS S.L, AUTOCARES DARRIBA S.L., AUTOS MORÁN S.L e o lote núm. 11 (contrato de servizo de realización da ruta de transporte escolar ao CEE Santa María -Lugo-, durante o curso 2018/2019) as empresas MURALLA BUS S.L, AUTOCARES DARRIBA S.L e HER-VEI, S.L, dentro dunha UTE.

No que atinxe ao lote 9 ao que concorreron as denuncias MURALLA BUS S.L, AUTOCARES DARRIBA S.L., AUTOS MORÁN S.L, o TACGal indica que:

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

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

*. outro, es socio y administrador de MORÁN, S.L*

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

*b) En lo referido a DARRIBA, S.L, un dos seus dous socios é, sa súa vez, socio de MURALLA, S.L.”*

- No referente ao lote 11 ao que concorreron MURALLA BUS S.L, AUTOCARES DARRIBA S.L e HER-VEI, S.L, dentro dunha UTE o TACGal indica que:

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

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

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

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

**SEPTIMO:** Examinando os documentos de presentación das ofertas polas empresas denunciadas pódese ver:

a) Que as ofertas para os lotes 9 e 11 as presentou MURALLA, S.L, o día 31 de agosto de 2018 na oficina de correos de Mondoñedo as 13:52:32.

b) Que a oferta que para o lote 9 a presentou AUTOS MORÁN S.L. o día 31 de agosto de 2018 na mesma oficina de correos de Mondoñedo as 13:56:18.

c) Que as ofertas para os lotes 9 e 11 as presentou DARRIBA, S.L, o día 31 de agosto de 2018 na mesma oficina de correos de Mondoñedo as 14:00:50.





Polo tanto, na remisión por Correos empregouse por MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L. a mesma oficina de Correos, a de Mondoñedo, a presentaron o mesmo día e con unha deferenza entre elas de minutos.

**OCTAVO.-** Das tres empresas denunciadas só unha delas, AUTOS MORÁN S.L, ten o seu domicilio nesa localidade e Mondoñedo onde se atopa a oficina de correos onde as tres remitiron as súas ofertas

A empresas MURALLA BUS S.L. ten o seu domicilio na Rúa Carpinteiros 5 - Polígono Do Ceao, de Lugo (CP. 27003) distante, segundo Google Maps, a case 60 km da oficina de correos de Mondoñedo e mais de 50 minutos de tempo en vehículo particular.

A empresa AUTOCARES DARRIBA, S.L. ten o seu domicilio en avenida de Vilalba nº 28, Muimenta no Concello de Cospeito, distante, segundo Google Maps, a mais de 30 km da oficina de correos de Mondoñedo e mais de 29 minutos de tempo en vehículo particular.

**NOVENO:** As empresas obxecto do presente expediente sancionador (MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.) do total de 15 lotes do expediente de licitación pública de referencia só se presentaron a aqueles onde coincidían entre eles. Así:

- MURALLA BUS S.L. se presenta a os lotes 9 e 11.
- AUTOCARES DARRIBA, S.L, se presenta a os lotes 9 e 11.
- AUTOS MORÁN S.L. se presenta ao lote 9.

**DÉCIMO:** Nas súas ofertas (MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA,S.L. e AUTOS MORÁN S.L.) o denominado “Documento de presentación de documentación” (que ten o selo de Correos) e os de “Referencia dos sobres”, presentan, como sinala el TACGal e a Subdirección de Investigación, o mesmo título e un formato moi propio, sendo tal formato coincidente nas tres.

**DÉCIMO PRIMEIRO:** Nos índices dos sobres A e B, onde os documentos de elaboración polos licitadores nas tres ofertas (MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.) aparecen con igual formato, así como tipo de letra.

**DÉCIMO SEGUNDO:** O documento titulado “Índice de documentos – sobre A (documentación administrativa)” presentada polas 3 empresas teñen un contido practicamente idéntico e con os mesmos erros nos tres.

Así na relación dos documentos que integran o sobre A, non existe o punto final nos mesmos apartados:





- No existe punto final ao rematar a relación de documentación nos puntos 1, 2, 3 e 5 dos presentados polas 3 empresas denunciadas.
- Existe ese punto final ao rematar a relación de documentación nos puntos 4, 6 e 7 dos presentados polas 3 empresas.

Ese erro non existe no Prego de Cláusulas Administrativas particulares, como se pode ver na paxina 11 do mesmo.

Nos documentos das tres empresas no punto 4 *“Declaración xurada de que todos os vehículos que se porán a disposición do contrato están ou estarán provistos de autorización e transporte escolar, se axustan as características específicas para esta tipoloxía de transporte que recolle o prego de cláusulas administrativas particulares e o prego de prescricións técnicas, así como que cumpren co disposto no real decreto 443/2001, o 27 de abril.”* as verbas “Real” e “Decreto” están escritos con maiúscula na súa primeira letra.

Nos documentos das tres empresas no punto 5 *“Declaración xurada de compromiso a concertar e subscribir un seguro obrigatorio (SOVI) de responsabilidade civil suficiente por danos e prexuízos sufridos polas persoas transportadas derivados do uso dos vehículos utilizados para o transporte, de conformidade co establecido no real decreto 1575/1989, do 22 de decembro”* as tres comenten o mesmo error de escribir “Real” e “Decreto” con minúscula.

**DÉCIMO TERCEIRO.-** Nas declaracións xuradas presentadas no sobre A polas tres empresas denunciadas aparecen con igual formato, deseño e xustificación.

A emisión desas declaracións xuradas nesa forma concreta e modelo de documento non era esixida no Prego de Cláusulas Administrativas Particulares. Así, as declaracións xuradas presentadas no sobre A pola UTE Autocares Her-Vei SL, Autocares Luarca Bus S.L. y José García Sarceda teñen un formato e deseño totalmente distinto.

**DÉCIMO CATRO.-** Nas declaracións xuradas presentadas no sobre A polas tres empresas denunciadas cometen as tres idénticos erros.

No documento presentado polas tres empresas de *“DECLARACIÓN XURADA DE QUE TODOS OS VEHÍCULOS QUE SE PORÁN A DISPOSICIÓN DO CONTRATO ESTÁN OU ESTARÁN PROVISTOS DE AUTORIZACIÓN E TRANSPORTE ESCOLAR, SE AXUSTAN AS CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS PARA ESTA TIPOLOXÍA DE TRANSPORTE QUE RECOLLE O PREGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES E O PREGO DE PRESCRICIÓNS TÉCNICAS, ASÍ COMO QUE CUMPREN CO DISPOSTO NO REAL DECRETO 443/2001, O 27 DE ABRIL.”* o enunciado do documento termina, nos tres, con un punto final.



No documento presentado polas tres empresas “*DECLARACIÓN XURADA DE COMPROMISO A CONCERTAR E SUBSCRIBIR UN SEGURO OBRIGATORIO (SOVI) DE RESPONSABILIDADE CIVIL SUFICIENTE POR DANOS E PREXUÍZOS SUFRIDOS POLAS PERSOAS TRANSPORTADAS DERIVADOS DO USO DOS VEHÍCULOS UTILIZADOS PARA O TRANSPORTE, DE CONFORMIDADE CO ESTABLECIDO NO REAL DECRETO 1575/1989, , DO 22 DE DECEMBRO*” o enunciado do documento termina, tamén nas tres, con punto final.

No documento presentado polas tres empresas “*DECLARACIÓN XURADA DE COMPROMISO A POÑER A DISPOSICIÓN DO SERVIZO ACOMPAÑANTE E CONDUTORES/AS, PROFESIONAIS EXPERIMENTADOS NESTE ÁMBITO, EN POSESIÓN DOS CARNÉS E TITULACIÓNS NECESARIAS PARA O DESENVOLVEMENTO DO SERVIZO DE TRANSPORTE ESCOLAR.*” o enunciado do documento termina, nas tres, sen punto final.

No documento presentado por las tres empresas “*DECLARACIÓN XURADA DE COMPROMISO A CONTAR, NO CASO A ADXUDICACIÓN, CUN PROTOCOLO DE SUBSTITUCION INMEDIATA DE CONDUTORES, ACOMPAÑANTES E VEHÍCULOS, POLOS DIAS ESTRITAMENTE NECESARIOS PARA A SUBSTITUCION DOS TITULARES, ASI COMO DE DISPOÑER DAS PERSOAS E VEHICULOS DE SUBSTITUCION SUFICIENTES E COAS MESMAS CARACTERISTICAS E CONDICIÓNS DOS TITULARES*” o enunciado do documento termina, nas tres, sen punto final.

**DÉCIMO QUINTO.-** O documento titulado “Índice de documentos – sobre B (criterios avaliados mediante a aplicación de fórmulas matemáticas)” presentada polas 3 empresas teñen un contido practicamente idéntico e con os mesmos erros nos tres.

Así na relación dos documentos que integran o sobre B, non existe o punto final nos mesmos apartados.

- No índice non existe punto final ao rematar a relación de documentación nos puntos 1, 2, 4 e 7 dos presentados polas 3 empresas.
- E existe ese punto final ao rematar a relación de documentación nos puntos 3, 5, 6 e 8 dos presentados polas 3 empresas.

Eses erros non existen no Prego de Cláusulas Administrativas Particulares, como se pode ver na pÁxina 12 do mesmo.

**DÉCIMO SEXTO.-** Unha das empresas denunciadas MURALLA BUS, S.L, conseguiu a adxudicación dos dous lotes, lote 9 e 11, do Expediente 1A/2018/TE, da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria da Xunta de Galicia.





## 4.- CARACTERIZACIÓN DO MERCADO

### 4.1.- Normativa sobre transporte público regular de viaxeiros de uso especial (escolar)

O sector do transporte de viaxeiros por estrada, como se describe na Resolución da CNMC, de 9 de marzo de 2017, Expte. S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS, é unha actividade de interese público:

*“(…) Se trata de una actividad de interés público y, dadas sus características, regulada con el fin de garantizar el servicio y las condiciones de seguridad. Así, el Reglamento 1998/11/CE, de 11 de diciembre , que modifica el Reglamento (CEE) 684/92, establece normas comunes para los transportes internacionales de viajeros con autocares y autobuses, y el artículo 2 del Reglamento 2007/1370/CE, de 23 de octubre, de Servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, que se aplica a la explotación nacional e internacional de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y otros medios ferroviarios y por carretera (exceptuándose los destinados la explotación turística o de interés histórico), define el transporte público de viajeros cómo:*

*“servicios de transporte de viajeros de interés económico general ofrecidos a los usuarios sin discriminación y de forma continua”.*

Y según el artículo 3:

*“cuando una autoridad competente decida conceder al operador de su elección un derecho exclusivo o una compensación o ambas cosas, cualquier que sea su naturaleza, en contrapartida por la ejecución de obligaciones de servicio público, deberá hacerlo en el marco de un contrato de servicio público”.*

*En España, el transporte terrestre se regula por la Ley 16/1987, de 30 de julio , de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), modificada, entre otras, por la Ley 9/2013, de 4 de julio, y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (ROTT), completado, también entre otras disposiciones, por la Orden FOM/1230/2013, de 31 de mayo, por la que se establecen normas de control en relación con los transportes públicos de viajeros por carretera.*

*De acuerdo con este marco normativo general, los transportes terrestres por carretera se clasifican , por razón de su objeto, en transporte de*





*viajeros y sus equipajes en vehículos acondicionados a tal fin, y de mercancías; y según su naturaleza, en públicos y privados: son transportes públicos aquellos que llevan a cabo por cuenta ajena a cambio de una retribución económica, y son transportes privados aquellos que llevan a cabo por cuenta propia para satisfacer necesidades particulares, o como complemento a otra actividad realizada por una empresa o establecimiento del mismo sujeto.*

*Por razones de interés público y seguridad viaria, la prestación del transporte público de viajeros por carretera está sujeto a autorización administrativa, estableciendo el artículo 22 de la LOTT que es necesario obtener previamente una licencia o autorización de transporte público que habilite para la realización de esta clase de transporte.*

*Respeto del transporte público de viajeros por carretera, de acuerdo con el artículo 64 de la LOTT, se distingue entre:*

- a) el transporte regular, que se efectúa dentro de itinerarios preestablecidos y con sujeción a calendarios y horarios prefixados (líneas regulares de autobuses), y*
- b) el transporte discrecional, que se lleva a cabo sin sujeción a itinerario, calendario ni horario preestablecido.*

*Según el artículo 67 de la LOTT, teniendo en cuenta su utilización, el transporte público regular de viajeros puede ser:*

- de uso general, dirigido a satisfacer una demanda general, siendo utilizables por cualquiera interesado (líneas regulares de autobuses sujetas, por lo general, la concesión pública). El artículo 71 de la LOTT establece que los transportes públicos regulares de viajeros de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración Pública. Como regla general, la prestación de los mencionados servicios de uso general llevará a cabo por la empresa a la que la Administración adjudique el correspondiente contrato de gestión de servicio público. En todo caso, el adjudicatario deberá ser titular de la autorización de transporte público de viajeros, regulada en el artículo 42 de la LOTT.*
- de uso especial, destinado a servir a un grupo específico de usuarios, como escolares, trabajadores, militares o grupos homogéneos similares y de acuerdo con el dispuesto en el artículo 89 de la LOTT, únicamente podrán prestarse cuando se cuente*





*además con una autorización especial que habilite para eso, otorgada por la Administración.*

*Dicha autorización especial solo podrá ser otorgada a una persona, física o jurídica, que previamente sea titular de la de transporte público de viajeros regulada en el artículo 42 de la LOTT. Las autorizaciones para la realización de transporte regular de uso especial se otorgan por el plazo a que se refiera el contrato con lo usuarios, sin perjuicio de que la Administración pueda exigir su visado con una determinada periodicidad a fin de constatar el mantenimiento de las condiciones que justificaron su otorgamiento (art. 89.1 LOTT).*

*De acuerdo con el artículo 148.1.5ª de la Constitución Española (CE) y la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio , de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en materia de transportes por carretera y por cable, la competencia en materia de transporte terrestre fue traspasada a las CC.AA”.*

A licitación pública na que se producen os feitos obxecto do presente expediente ten lugar no mercado dos servizos de transporte de viaxeiros por estrada, en concreto trátase da licitación pública de servizos de transporte regular de viaxeiros de uso especial (escolar), respecto do que as condicións de prestación teñen un contido e uns requirimentos propios, no marco da lexislación reguladora dos servizos de transporte.

A normativa estatal que regula o servizo público de transporte escolar atribúe ás administracións educativas autonómicas a competencia para contratar dito servizo, coa fin de garantir o acceso á ensinanza primaria e secundaria obrigatoria. Para garantir dita prestación, dótase ás administracións públicas de competencias para convocar licitacións para a súa cobertura, que se rexirán polas normas de contratación pública, tamén aplicables neste suposto<sup>3</sup>.

O transporte regular de viaxeiros, de uso especial (escolar), réxese en Galicia polo Decreto 160/1988, do 9 de xuño, polo que se regula a prestación dos servizos de transporte escolar e de obreiros de competencia exclusiva da Xunta de Galicia, no marco da lexislación estatal definido pola Lei 16/1987, do 30 de xullo, de Ordenación dos Transportes Terrestres (LOTT) e o seu regulamento de desenvolvemento.

A prestación deste servizos efectúase por empresas seleccionadas a través dun procedemento de licitación pública na que as liñas que se deben prestar son 3 Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se transpóñeen ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febreiro de 2014.





clasificadas por lotes e ofertadas ás empresas interesadas para obter a correspondente concesión administrativa.

#### 4.2.- Mercado relevante

Como sinala a Comisión Europea na Comunicación 97/C 372/03 a definición de mercado permite determinar o marco da competencia entre as empresas, sendo o seu principal obxectivo o de establecer de forma sistemática as limitacións que afrontan as empresas afectadas dende o 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 poidan limitar o comportamento de aquelas o impedirles actuar con independencia de calquera presión competitiva. Para determinar a forma na que se aplican os conceptos, a referida Comunicación di no apartado 9, que

*"el mercado de referencia en el marco del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico".*

O mercado de produto de referencia comprende a totalidade dos produtos (bens e servizos) que os consumidores consideren intercambiabes ou substituíbles en razón das súas características ou o seu prezo ou o uso que se quiera facer de elas. Que a empresa teña a capacidade para impoñer as súas condicións no mercado, distorsionando a competencia prexudicando aos consumidores, vai a depender das alternativas reais ou potenciais que existen nese mercado aos seus produtos, é dicir dependerá da substituíbilidade do produto ou servizo.

O mercado xeográfico comprende a zona na que as empresas afectadas desenvolvan actividades de subministro dos produtos ou de prestación dos servizos de referencia son suficientemente homoxéneas e diferenciadas das zonas xeográficas mais próximas.

##### 4.2.1.- Mercado relevante de produto.

Como indica a Subdirección de Investigación, atendendo á clasificación establecida pola normativa vixente nesta materia a práctica investigada afecta ao mercado da prestación dos servizos de transporte regular de viaxeiros de uso especial (escolar), en concreto, para a realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensinanza pública das provincias de A Coruña, Lugo e Ourense para o curso escolar 2018/2019, Expediente 1A/2018/TE, da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, da Xunta de Galicia.



#### 4.2.2.- Mercado xeográfico

O mercado xeográfico delimitase en sentido restrinxido, polas concretas rutas licitadas e, en sentido máis amplo, polas tres provincias afectadas ao mesmo, por toda a Comunidade Autónoma de Galicia.

Dita contratación pública do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensinanza pública da Comunidade Autónoma de Galicia, e mais concretamente das provincias de A Coruña, Lugo e Ourense, licítase pola Comunidade Autónoma de Galicia ao tratarse de centros educativos públicos da Comunidade Autónoma

Como sinalou a Comisión Galega da Competencia na súa Resolución da CGC 3/2020 – Arriva Noroeste S.L. (na actualidade, Arriva Galicia, SL), nestas licitacións a competencia se produce “polo mercado” é dicir por obter o contrato de servizo, e non “no mercado” que é o máis habitual, de tal maneira que as empresas compiten entre si no momento do concurso, pero unha vez adxudicado xa non existe esa posibilidade de competir ata o momento no que se volva a abrir ese mercado pola convocatoria dun novo concurso. Iso porque o criterio fundamental de determinación do mercado relevante xeográfico nos mercados de licitacións públicas é da substituíbidade da oferta. De aí, que o momento da licitación sexa o momento máis importante na aplicación da normativa da competencia e no momento no que se debe exixir unha actuación totalmente correcta e conforme a boa fe dos intervenientes na licitación. As empresas que operan no mercado de transporte público de viaxeiros compiten por obter unha carteira de licitacións. Perder unha non significa necesariamente a desaparición desa empresa de transporte, senón que os recursos necesarios para prestar o servizo de transporte licitado e que non se obtén se poderán utilizar noutras licitacións que poderán ser calquera das licitacións de transporte regular ou especial que poida convocar a Xunta de Galicia.

Considérase por todo o anterior que, como sinalaba a Subdirección de Investigación, o mercado xeográfico é o ámbito da Comunidade Autónoma.

#### 4.2.3.- Mercado temporal.

Como sinala a Subdirección de Investigación na súa Proposta de Resolución, aínda que non é habitual definir un marco temporal, no presente caso faise preciso sinalar que a licitación na que xorden os feitos examinados no presente expediente límitase ao curso escolar 2018/2019 e ao período escolar con posibilidade de prorroga para o curso 2019/2020.

Nestes senso no Informe de necesidade e idoneidade do contrato elaborado pola



Subdirección Xeral de Recursos Educativos Complementarios se establece como prazo de duración do contrato o Curso escolar 2018/2019, 177 días lectivos, con posibilidade de prorrogación para o curso 2019/2020.

## **5.- FUNDAMENTOS XURÍDICOS**

### **5.1.- Obxecto da Resolución**

A presente resolución ten por obxecto determinar a posible colusión entre licitadores nunha licitación pública (contratación pública do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensinanza pública das provincias de A Coruña, Lugo e Ourense para o curso escolar 2018/2019 - Expediente 1A/2018/TE da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, da Xunta de Galicia), que é un dos exemplos de cártel que se inclúen na definición que desta modalidade de conduta colusoria se menciona na Disposición adicional 4.2 da LDC ao se referir ás “colusións en licitacións”, que é, deste xeito, unha das condutas prohibidas polo artigo 1 LDC.

As empresas denunciadas, MURALLA BUS S.L, AUTOCARES DARRIBA S.L. e AUTOS MORÁN S.L, concorreron a licitación como persoas xurídicas independentes non vinculadas nos termos previstos no Código de Comercio. Isto foi manifestado por unha das empresas denunciadas, MURALLA BUS, S.L no escrito presentado ante a Mesa de Contratación afirmando que esa empresa non está participada polas empresas AUTOCARES DARRIBA S.L. nin AUTOS MORÁN S.L. senon que pertencía a tres persoas físicas que teñen, cada unha delas un 33% de MURALLA BUS, S.L. Esta mesma empresa ante o TACGal manifestou que “(...) non está participada polas empresas A. DARRIBA y A. MORÁN, senón que pertence a 3 persoas físicas que teñen, cada unha delas, unha parte da propiedade doutras empresas diferentes. Sostén que a recorrente outorga o carácter de licitador único a 3 empresas sen ningún nexo de unión directo”. Tamén o manifestou outra das empresas denunciadas, AUTOS MORÁN S.L, nas alegacións o PCF ao afirmar no punto octavo que “Autos Morán, S.L., es una empresa formal y operativamente independiente de las restantes citadas en el PCF: Muralla Bus S.L y Autocares Darriba, S.L. Uno de los socios de Autos Morán, S.L., lo es también de Muralla Bus S.L. Sin embargo, no se reúnen los requisitos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio para que las tres interesadas formen grupo entre sí, ni para que Autos Morán lo forme con ninguna de ellas. Las interesadas no comparten los elementos fundamentales de una empresa (organización, personal, actividad)”.

### **5.2.- Competencia para resolver**

Conforme ao artigo 26.2 i) do Decreto 118/2016, de 4 de agosto, polo que se crea







o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e se aproban os seus estatutos, correspóndelle á Comisión impoñer multas sancionadoras e coercitivas e adoptar outras medidas de execución forzosa previstas na normativa vixente e nos termos previstos da Lei 15/2007 de 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC), artigos 1, 2 y 3.

O referido artigo 26 sinala que:

*“1. A Comisión Galega da Competencia, como órgano colexiado independente, adscrito ao Instituto Galego do Consumo e da Competencia, será a encargada, de acordo coa norma reguladora do Instituto Galego do Consumo e da Competencia, destes estatutos e demais normativa, da aplicación na Comunidade Autónoma de Galicia da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, segundo os criterios establecidos pola Lei 1/2002, de coordinación de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia.*

*2. Correspóndenlle á Comisión Galega da Competencia as seguintes funcións:*

*a) Instruír e resolver expedientes sobre condutas prohibidas pola Lei de defensa da competencia e de control de axudas públicas. (...).”*

### **5.3.- Cuestión previa: contratación pública y competencia**

Como sinala a Subdirección de Investigación, o necesario punto de partida da valoración xurídica que se efectúa no presente expediente sancionador debe partir do feito de que a práctica que se axuíza prodúcese no marco dunha licitación pública. No ámbito das licitacións públicas tanto desde el punto de vista legislativo como desde el punto de vista da actuación das Administracións Públicas se pode observar o incremento, nos derradeiros anos das medidas para lograr una maior eficiencia nos custos e na calidade desa licitación. Neste senso esta CGC na súas Resolucións 3/2020, de 8 de xullo, Arriva Noroeste (Na actualidade Arriva Galicia S.L.) e 1/2016, de 6 de xuño de 2016, Licitación pública seguridade Ayuntamiento de Lugo, afirmou que :

*“(...) la conducta denunciada resulta contraria a los principios que han de regir la contratación pública de bienes y servicios. Como es conocido, el legislador viene realizando en los últimos años un enorme esfuerzo para modernizar la normativa que rige la contratación en el sector público de manera que se maximice la eficiencia en el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de la Administración”*

Un instrumento imprescindible para iso é a aplicación das normas da competencia neste ámbito. A propia evolución legislativa destaca a necesidade de aplicación





da lexislación do dereito da competencia a esfera da contratación pública. La Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos del sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febreiro de 2014 sinala como un dos seus obxectivos tratar de conseguir que a contratación pública se utilice como instrumento para implementar as políticas de defensa da competencia. A referida lei incorpora medidas para a realización efectiva dese obxectivo coa obriga de poñer a disposición das Autoridades a Competencia información en materia de contratación pública. Este expediente e un exemplo diso.

Na citada Resolución 3/2020, de 8 de xullo, Arriva Noroeste (na actualidade de Arriva Galicia S:L) da CGC referíndose a un suposto de licitación de transporte público regular, sinalou que:

*“Desde hace años la política legislativa trató de introducir la aplicación de los principios de competencia en la esfera de la contratación pública y trató de evitar cualquier tipo de actuación que, en este ámbito, pueda suponer una restricción de la misma en daño de los consumidores y del interés público. Especialmente tiene interés a aplicación de una política procompetitiva cuando se trata de actuar en sectores de la actividad económica pública (como en Galicia en el ámbito de los contratos de gestión de los servicios públicos de transporte regular) donde, por diversas razones, se limitó, se restringió o no funcionó correctamente la apertura del mercado a todas las empresas y la posibilidad de aplicar, en ese sector, los principios de libre competencia. Las actuaciones de las empresas que tratan de alterar el juego de la contratación pública para que todo permanezca sin cambios y, de esta manera, mantener su posición de poder pervirtiendo la finalidad de la contratación pública, están afectando al interés público.*

**La normativa que regula la contratación pública reconoce la necesidad de garantizar la libre competencia entre las empresas que participan en licitaciones para proveer de bienes o prestar servicios a la Administración. Lo declaraba el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, vigente en el momento de la licitación, que decía**

*“La presente Ley tiene por objeto regular a contratación del sector público, el fin de garantizar que a misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad*





*presupuestaria, el control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de definición previa de las necesidades para satisfacer, salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente mas ventajosa”.*

*Texto que se mantiene en el artículo 1 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público (LCSP)”<sup>4</sup>.*

Esta mesma idea recollese en Resolúcións doutras autoridades autonómicas de competencia, que forman parte do que se denomina sistema español de defensa da competencia, como a Resolución 24/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña de la Agencia Catalana de la Competencia (ACCO) que resalta o dano que as actuacións contrarias á competencia provocan as licitacións publicas e que, cada vez mais, estamos a examinar as Autoridades de competencia. Nese senso a referida Resolución da ACCO di:

*“La alteración de la competencia por parte de las empresas que participan en las licitaciones publicas es una conducta objetivamente contraria a la competencia(...)” y “por eso es un objetivo público prioritario conseguir una contratación pública que provoque verdaderas tensiones competitivas entre las empresas licitadoras, de manera que promueva la eficacia económica, la calidad y la innovación que, de forma agregada, constituya un factor clave para fomentar la productividad y el crecimiento económico del país”*

O prexuízo que a falta de tensión competitiva nas licitacións consecuencia de acordos entre empresas que concorren a esa licitación, provoca un dano tanto á propia Administración Pública como aos usuarios xa que ambos se beneficiarían das mellores ofertas de bens e servizos que sería a consecuencia da existencia dunha verdadeira competencia entre os concorrentes a esa licitación e para iso, a mellor garantía para logralo é a través do cumprimento da normativa en materia de contratación. Esta idea xa a expresou esta CGC na Resolución 1/2016, de 6 de xuño de 2016, Licitación pública seguridade Ayuntamiento de Lugo, na que afirmamos:

*“La contratación de bienes y servicios por parte de la Administración debe guiarse por el principio de competencia, lo que redundará en beneficio de la propia Administración, que obtiene precios y condiciones mejores cuando hay competencia efectiva entre los licitadores, como en el de las propias empresas, que pueden acceder a contratos con la Administración en igualdad de condiciones que el resto de los operadores”.*

<sup>4</sup> A negra non aparece no texto orixinal da resolución. Engadida por este Pleno.





Por iso unha das prioridades desta CGC é a de conseguir unha contratación publica no ámbito da comunidade Autónoma de Galicia verdadeiramente competitiva, perseguindo as puxas fraudulentas nas licitacións públicas.

#### 5. 4.- Proposta do órgano instrución

A Subdirección de Investigación unha vez finalizada a súa actuación e de acordo con disposto no artigo 50.4 LDC que dispón que:

“4.- Practicados los actos de instrucción necesarios, la Dirección de Investigación formulará propuesta de resolución que será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes.”

De acordo con iso, na súa Proposta de Resolución a Subdirección de Investigación propoñía o seguinte:

*“1º.- Que se declare a existencia dunha conduta prohibida polo artigo 1 LDC, constitutiva de infracción, desenvolvida polas empresas MURALLA BUS S.L. AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L, de colusión nun contrato público, concretamente, no Expediente de contratación pública do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensinanza pública das provincias de A Coruña, Lugo e Ourense para o curso escolar 2018/2019 (Expediente 1A/2018/TE, da, por aquel entón, Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, da Xunta de Galicia).*

*2º.- Que a conduta prohibida se tipifique, no seu caso, aos efectos da determinación da sanción a impoñer, como infracción moi grave, do artigo 62.1. letra a) LDC.*

*3º.- Que se declare responsables da infracción ás empresas MURALLA BUS S.L. AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.,*

*4º.- Que se impoña ás citadas empresas, MURALLA BUS S.L. AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L, a sanción prevista no artigo 63.1.c) e 63.2 LDC, tendo en conta os criterios para a determinación das sancións previstos no artigo 64 LDC e os demais aspectos determinantes postos de manifesto na presente proposta de resolución. En concreto e respectivamente, que se lle impoñan as seguintes sancións:*





*MURALLA BUS S.L.: 29.879, 48€ (4% $\times$ 746.987,26)*  
*AUTOCARES DARRIBA, S.L.: 19.582,34€ (4% $\times$ 489.558,69)*  
*AUTOS MORÁN S.L.: 100.044,67€ (4% $\times$ 2.501.116,88)*

*5º.- Que acorde a prohibición de contratar á MURALLA BUS S.L. AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.,”*

### **5.5.- Cualificación xurídica dos feitos desde a perspectiva da LDC.**

O artigo 1 de la LDC prohíbe “todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produza o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.  
(...)”.

A prohibición do citado precepto exige a concorrencia dos requisitos dun acordo entre ao menos dúas empresas e que ese acordo teña por obxecto ou produza ou poda producir unha restricción da competencia no mercado.

O que neste expediente sancionador se examinara é a existencia dun acordo colusorio entre empresas que se presentan como licitadores na contratación pública do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensinanza pública, que é un dos exemplos de cártel que se inclúen na definición que, desta gravísima modalidade de conduta colusoria, se menciona de xeito expreso na definición que dos mesmos se formula na Disposición adicional cuarta apartado 2 da LDC ao se referir ás “colusións en licitacións” como unha das prácticas propia dos carteles que é, por tanto, unha das condutas prohibidas polo artigo 1 LDC antes mencionado.

Como sinala a CNMC “Para que pueda apreciarse la existencia de acuerdo debe existir una concordancia de voluntades entre, al menos, dos partes, competidores reales o potenciales desa licitación pública. A efectos del artículo 1 de la LDC, existe un acuerdo cuando las partes se asocian en un plan común que limita o puede limitar su política comercial individual al determinar sus pautas de acción o abstención mutuas en el mercado”<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Resolución Expte. Sanav/02/19, 9 de septiembre de 2020, Transporte escolar de viajeros Navarra.





Ese acordo non require dunha forma ou solemnidade especial de manifestación, basta con que exista esa concorrencia de vontades das partes e a súa intención de actuar na licitación pública dunha forma determinada. Por iso ese acordo pode manifestarse de forma explícita ou derivarse implicitamente do comportamento das partes.

Tampouco require que ese acordo se puxera en práctica, basta con que varias empresas expresaran esa vontade común, de comportarse de maneira contraria ao derecho da competencia, xa que a prohibición de pactos colusorios é preventiva<sup>6</sup>. É ademais independente dos motivos reais ou intencións que persigan as empresas, xa que o acordo colusorio ten natureza obxectiva. Neste sentido a Resolución do TDC 364/95, de 12 de decembro de 1996, Ortopédicos Castilla –Leon afirma que:

*“(...) el artículo 1 de la LDC configura un tipo objetivo, esto es, se incurre en la prohibición por la mera adopción de un acuerdo o decisión que produzca el efecto de restringir la competencia en el mercado, sin que sea necesaria la concurrencia de una intencionalidad específica. La culpabilidad, en estos casos, se valorará a los efectos de la determinación de la sanción, pero no constituye un elemento integrante del tipo de conducta prohibido.”*

A Subdirección de Investigación cualificou os acordos das empresas denunciadas neste expediente como cartel ao considerar que:

*“Os feitos que este órgano de instrución considera probados neste expediente sancionador apuntan á comisión da infracción recollida no artigo 1 LDC, respecto da licitación na que ditos feitos se produciron, toda vez que se considera acreditado que as respectivas ofertas á licitación controvertida presentadas por MURALLA BUS S.L, AUTOCARES DARRIBA, S.L. e, AUTOS MORÁN S.L., amosan responder a un previo acordo entre as tres entidades (MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.), que se reputan xuridicamente independentes entre elas, o que non só determinaría, como así considerou o TACGal na súa resolución, o incumprimento do principio de proposición única, senón que tería ademais infrinxido a lexislación de defensa da competencia, ao incorrer nunha práctica prohibida polo artigo 1 da LDC constitutiva dun acordo entre competidores para concorrer a unha licitación*

<sup>6</sup> Resolución del TDC 550/02, de 16 de septiembre de 2003, Tanatorios Huesca: “(...) este Tribunal y las Sentencias de la Audiencia Nacional, entre éstas la de 2 de noviembre de 1998, vinculan la existencia de la infracción a la realidad de que la conducta concreta tenga aptitud para impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no haya tenido efectos prácticos sobre la misma; de forma que, aunque la conducta concreta que hay que resolver no haya tenido efectos reales sobre la competencia, pero resultara apta para vulnerarla estaría incurso en la prohibición del art. 1 LDC.”





*pública que é un dos supostos de cártel, en detrimento da necesaria concorrencia que debe presidir, pola súa propia natureza e finalidade, un procedemento de licitación pública”.*

A Disposición adicional 4.2 da LDC, define como cartel todo acordo ou práctica concertada entre dous ou máis competidores cuxo obxectivo consista en coordinar o seu comportamento competitivo no mercado ao influír nos parámetros da competencia. Comprende todo acordo secreto cuxo obxecto incida ou poida incidir na fixación de prezos, de cotas de produción ou de venda, no reparto de mercados, incluídas puxas fraudulentas ou a restrición de importacións ou exportacións. Así se confirmou tanto pola Audiencia Nacional como polo Tribunal Supremo<sup>7</sup>

Do exame da actuacións das empresas denunciadas, da resolución do TACGal, da Proposta de Resolución da Subdirección de Investigación e do exame da documentación do expediente pódese albiscar que as entidades MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L. cometeron unha infracción das recollidas no artigo 1 LDC, respecto da licitación nas que concorreron como persoas xurídicas independentes (non vinculadas nos termos previstos no Código de Comercio)<sup>8</sup> ou que non só determinaría, como así considerou o TACGal na Resolución citada, o incumprimento do principio de proposición única, senón que tería ademais infrinxido a lexislación de defensa da competencia, ao incorrer nunha práctica prohibida polo artigo 1 da LDC como suposto dun acordo entre competidores para concorrer a unha licitación pública (Expediente 1A/2018/TE, da, por aquel entón, Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, da Xunta de Galicia) que é un dos supostos de cártel, en detrimento da necesaria concorrencia que debe presidir, pola súa propia natureza e finalidade, un procedemento de licitación pública.

## **5.6.- Fundamentación xurídica da decisión**

### **5.6.1.- Infracción do art. 1 da LDC**

<sup>7</sup> Entre outras, sentencias da Audiencia Nacional de 25 e 26 de outubro e 15 e 28 de novembro de 2012 y 4, 22, 24 y 31 de xaneiro y 26 de febreiro de 2013, no ámbito do Expte. S/0226/10 Licitaciones Carreteras; de 1, 4, 5 e 25 de febreiro de 2013, en relación co Expte. S/0185/09 Bombas de fluidos y sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2014 e 8 e 17 de xuño de 2015 en relación co Expte. S/0086/08 Peluquería Profesional.

<sup>8</sup> Na Resolución nº 12/2019 de 16 de xaneiro de 2019 do TACGal se recolle no seu Fundamento de Dereito Octavo que “(...) MURALLA BUS S.L sostén que esta non está participada polas empresas A. DARRIBA y A. MORÁN, senón que pertence a 3 persoas físicas que teñen, cada unha delas, unha parte da propiedade doutras empresas diferentes. Sostén que a recorrente outorga o carácter de licitador único a 3 empresas sen ningún nexo de unión directo”





A actuación das empresas denunciadas MURALLA BUS S.L, AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L apunta á comisión da infracción recollida no artigo 1 LDC, respecto da licitación (Expediente 1A/2018/TE, da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, da Xunta de Galicia) xa que dos feitos probados se acredita que as respectivas ofertas presentadas polas tres empresas á referida licitación amosan responder a un previo acordo entre as tres entidades para concorrer a esa licitación pública en detrimento da necesaria concorrencia que debe presidir un procedemento de licitación pública.

A carga de probar a comisión das condutas colusorias corresponde á Autoridade da Competencia pero a xurisprudencia sinalou que a proba directa nestes ilícitos é, moi a miúdo, de difícil consecución. Neste senso a CNMC manifestou de forma reiterada, cando examina supostos de cártel<sup>9</sup>, que a súa acreditación resulta complexa, xa que non sempre é posible contar coa proba material directa do concurso de vontades para a comisión del ilícito anticompetitivo., porque este tipo de prácticas son levadas a cabo na clandestinidade polas empresas, conscientes de que están prohibidas e do beneficio que obteñen pola súa consecución. Por esta razón admítase a proba indiciaria ou de presuncións como medio para dar como probada a comisión do ilícito anticompetitivo. Á aplicación desta proba de presuncións no ámbito do procedemento sancionador non é algo estraño e está admitida pola doutrina del Tribunal Constitucional, como a STC 76/1985, de 26 de xuño (BOE núm. 170, de 17 de xullo de 1985) e a STC 174/1985, de 17 de decembro e (BOE núm. 13, de 15 de xaneiro de 1986)

Tamén o Tribunal Supremo ven admitindo en materia sancionadora por infraccións das normas de Defensa da Competencia que a xuízo de reprochabilidade se poda basear en probas de indicios. Podemos citar la STS do 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993) na que afirma, ao referirse a acreditación da 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 conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”.*

Neste mesmo sentido pronunciose reiteradamente o Tribunal de Xustiza da Unión Europea que na súa sentenza do 6 de decembro de 2012, asunto c-441/11 Comisión Europea contra Verhuizingen Coppens NV, sinala que:

<sup>9</sup> Resolución do 12 de xullo de 2018, Expte. S/DC/0569/15 Baterías automoción







*“70. A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, 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 una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 57, así como de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C105/04 P, Rec. P. I-8725, apartado 94).*

*71. Tales indicios y coincidencias, evaluados globalmente, no sólo pueden revelar la existencia de acuerdos o prácticas contrarios a la competencia, sino también la duración de prácticas colusorias continuadas y el período de aplicación de acuerdos celebrados en contra de las reglas en materia de competencia (véase, en este sentido, la sentencia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, antes citada, apartados 95 y 96)”.*

Este mismo criterio 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 contrarias:

*“160. 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).”*





En relación con esta sentenza a CNMC na súa Resolución S/DC/0569/15 de 12 de xullo de 2018, Baterías automoción sinala que:

*“(…)Se hace cargo el Tribunal 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 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.”*

En conclusión, naqueles casos nos que non exista proba directa da existencia dun acordo ou un escrito no que de xeito expreso se plasme a vontade de coludir haberá que proceder, de conformidade coa doutrina e a xurisprudencia antes examinada sobre as probas indiciarias, da maneira seguinte:

- a) identificar cales son os feitos base o indicios que se estimen plenamente acreditados y que van a servir de fundamento á dedución ou inferencia;
- b) explicitar o razoamento a través de cal, partindo dos indicios, chegouse á convicción do acaecemento do feito punible e a participación no mesmo dos responsables, e
- c) identificar o enlace preciso e directo segundo as regras do criterio humano ou nexo causal entre os feitos empregados como indicios e a infracción, así como a ausencia dunha explicación alternativa a tales feitos<sup>10</sup>.

#### **5.6.2.- Análises da conduta das empresas denunciadas.**

De acordo coa referida Resolución nº 12/2019, do 16 de xaneiro de 2019, do TACGal, da proposta de Resolución da Subdirección de investigación e do exame do expediente de licitación pública (Expediente 1A/2018/TE, da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, da Xunta de Galicia) poden acreditarse os seguintes feitos como indiciarios da conduta das empresas denunciadas:

PRIMERO.- En relación cos socios das empresas denunciadas que concorrerían a os lotes 9 e 11:

No que atinxe ao lote 9 do Expediente 1A/2018/TE, concorren as empresas MURALLA BUS S.L. , AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L

Da empresa MURALLA BUS, S.L dos tres socios:

- uno, é socio e administrador de empresa AUTOCARES

<sup>10</sup> Resolución de 9 de setembro de 2020, Expte. Sanav/02/19 Transporte escolar de viaxeiros Navarra





DARRIBA, S.L

- outro, é socio e administrador de empresa AUTOS MORÁN, S.L

Da empresa AUTOCARES DARRIBA, S.L, un dos seus dous socios é, sa súa vez, socio de e administrador da empresa MURALLA, S.L.

Da empresa AUTOS MORÁN, S.L, un dos seus dous socios é, sa súa vez, socio e administrador de MURALLA BUS S.L.

No que atinxe ao lote 11 do Expediente 1A/2018/TE, concorren as empresas MURALLA BUS S.L. e AUTOCARES DARRIBA, S.L.

Da empresa MURALLA BUS S.L dos tres socios:

- uno, é socio e administrador de empresa AUTOCARES DARRIBA, S.L

- outro, é socio e administrador de empresa AUTOS MORÁN, S.L

Da empresa AUTOCARES DARRIBA, S.L, un dos seus dous socios é, sa súa vez, socio de e administrador da empresa MURALLA, BUS S.L.

SEGUNDO.- En relación coas persoas, que como representantes legais, foron fírmantes das ofertas presentadas polas empresas:

No que atinxe ao lote 9 do Expediente 1A/2018/TE, concorren as empresas MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L

Pola empresa MURALLA BUS S.L. firman:

XXX

XXX

Pola empresa AUTOCARES DARRIBA, S.L firma

XXX

Pola empresa AUTOS MORÁN S.L firma

XXX

No que atinxe ao lote 11 do Expediente 1A/2018/TE, concorren as empresas MURALLA BUS S.L. e AUTOCARES DARRIBA, S.L.

Pola empresa MURALLA BUS S.L. firman:





XXX

XXX

Pola empresa AUTOCARES DARRIBA, S.L firma

XXX

TERCEIRO.- Examinando o lugar, día e hora de presentación das ofertas polas empresas denunciadas pódese ver:

- a) Que as ofertas para os lotes 9 e 11 as presentou MURALLA BUS S.L, o día 31 de agosto de 2018 na oficina de Correos de Mondoñedo as 13:52:32.
- b) Que a oferta que para o lote 9 a presentou AUTOS MORÁN S.L. o día 31 de agosto de 2018 na mesma oficina de Correos de Mondoñedo as 13:56:18.
- c) Que as ofertas para os lotes 9 e 11 as presentou DARRIBA, S.L, o día 31 de agosto de 2018 na mesma oficina de Correos de Mondoñedo as 14:00:50.

CUARTO.- Das tres empresas denunciadas só unha delas, AUTOS MORÁN S.L, ten o seu domicilio na localidade de Mondoñedo onde se atopa a oficina de correos onde as tres presentaron as súas ofertas. As outras dous MURALLA BUS S.L e, AUTOCARES DARRIBA, S.L. teñen o seu domicilio en outras localidades

A empresa MURALLA BUS S.L. ten o seu domicilio na Rúa Carpinteiros 5 - Polígono Do Ceao, de Lugo (CP. 27003) distante, segundo Google Maps, a case 60 km da oficina de correos de Mondoñedo e mais de 50 minutos de tempo en vehículo particular.

A empresa AUTOCARES DARRIBA, S.L. ten o seu domicilio en avenida de Vilalba nº 28, Muimenta no Concello de Cospeito, distante, segundo Google Maps, a mais de 30 km da oficina de correos de Mondoñedo e a máis de 29 minutos de tempo en vehículo particular.

QUINTO.- Da empresa MURALLA BUS S.L., que ten o seu domicilio na Rúa Carpinteiros 5 - Polígono Do Ceao, de Lugo (CP. 27003), a oficina de correos máis próxima á que remite o buscador da paxina oficial da Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. na web <https://www.correos.es/es/es/particulares> e a oficina situada na rúa Mallorca 16-18 da cidade de Lugo.

SEXTO.- Da empresa AUTOCARES DARRIBA, S.L., que ten o seu domicilio en avenida de Vilalba nº 28, Muimenta no Concello de Cospeito (CP 27377), a oficina de correos máis próxima á que remite o buscador da paxina oficial da Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. na web <https://www.correos.es/es/es/particulares> é a oficina situada na rúa Hermanos





Fernández Quintana nº 8 no concello de Castro do Rei.

SÉPTIMO.- As tres empresas MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L. coinciden na licitación no lote 9 do Expediente 1A/2018/TE. As empresas MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. coinciden na licitación no lote 11 do Expediente 1A/2018/TE. Ningunha delas presenta oferta algunha a ningún dos restantes 13 lotes da licitación.

OCTAVO.- Nas súas ofertas as tres empresas, MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L., o denominado “Documento de presentación de documentación” (que ten o selo de Correos) e os de “Referencia dos sobres”, presentan, o mesmo título e un formato moi propio, sendo tal formato coincidente nas tres.

NOVENO.- Nos índices dos sobres A e B, os documentos de elaboración polos licitadores nas tres ofertas (MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.) aparecen con igual formato, así como tipo de letra.

DECIMO.- O documento titulado “Índice de documentos – sobre A (documentación administrativa)” presentada polas 3 empresas teñen un contido practicamente idéntico e con os mesmos erros nos tres. Así na relación dos documentos que integran o sobre A non existe o punto final nos mesmos apartados:

- No existe punto final ao rematar a relación de documentación nos puntos 1, 2, 3 e 5 dos presentados polas 3 empresas denunciadas.
  - Existe ese punto final ao rematar a relación de documentación nos puntos 4, 6 e 7 dos presentados polas 3 empresas.
- Ese erro non existe no Prego de Cláusulas Administrativas particulares, como se pode ver na paxina 11 do mesmo.

Nos documentos das tres empresas no punto 4 “*Declaración xurada de que todos os vehículos que se porán a disposición do contrato están ou estarán provistos de autorización e transporte escolar, se axustan as características específicas para esta tipoloxía de transporte que recolle o prego de cláusulas administrativas particulares e o prego de prescricións técnicas, así como que cumpren co disposto no real decreto 443/2001, o 27 de abril.*” as verbas “Real” e “Decreto” están escritos con maiúscula na súa primeira letra.

Nos documentos das tres empresas no punto 5 “*Declaración xurada de compromiso a concertar e subscribir un seguro obrigatorio (SOVI) de responsabilidade civil suficiente por danos e prexuízos sufridos polas*





*persoas transportadas derivados do uso dos vehículos utilizados para o transporte, de conformidade co establecido no real decreto 1575/1989, do 22 de decembro” as tres comenten o mesmo error de escribir “Real” e “Decreto” con minúscula.*

UNDÉCIMO.- Nas declaracións xuradas presentadas no sobre A polos tres empresas denunciadas aparecen con igual formato, deseño e xustificación. A redacción desas declaracións xuradas nesa forma concreta e modelo na que a redactaron as empresas MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L. non era esixida no Prego de Cláusulas Administrativas particulares. E así, as declaracións xuradas presentadas no sobre A pola UTE Autocares Her-Vei SL, Autocares Luarca Bus S.L. y José García Sarceda que concurría a licitación do lote 11 teñen un formato e deseño totalmente distinto.

DUODÉCIMO.- Nas declaracións xuradas presentadas en el sobre A polos tres empresas denunciadas se cometen nas tres idénticos erros.

No documento presentado polas tres empresas de *“DECLARACIÓN XURADA DE QUE TODOS SO VEHÍCULOS QUE SE PORÁN A DISPOSICIÓN DO CONTRATO ESTÁN OU ESTARÁN PROVISTOS DE AUTORIZACIÓN E TRANSPORTE ESCOLAR, SE AXUSTAN AS CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS PARA ESTA TIPOLOXÍA DE TRANSPORTE QUE RECOLLE O PREGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES E O PREGO DE PRESCRICIÓN TÉCNICAS, ASÍ COMO QUE CUMPREN CO DISPOSTO NO REAL DECRETO 443/2001, O 27 DE ABRIL.”* o enunciado do documento termina, nos tres, con un punto final.

No documento presentado polas tres empresas *“DECLARACIÓN XURADA DE COMPROMISO A CONCERTAR E SUBSCRIBIR UN SEGURO OBRIGATORIO (SOVI) DE RESPONSABILIDADE CIVIL SUFICIENTE POR DANOS E PREXUÍZOS SUFRIDOS POLAS PERSOAS TRANSPORTADAS DERIVADOS DO USO DOS VEHÍCULOS UTILIZADOS PARA O TRANSPORTE, DE CONFORMIDADE CO ESTABLECIDO NO REAL DECRETO 1575/1989, , DO 22 DE DECEMBRO”* o enunciado do documento termina, tamén nas tres, con punto final.

No documento presentado por las tres empresas *“DECLARACIÓN XURADA DE COMPROMISO A POÑER A DISPOSICIÓN DO SERVIZO ACOMPAÑANTE E CONDUTORES/AS, PROFESIONAIS EXPERIMENTADOS NESTE ÁMBITO, EN POSESIÓN DOS CARNÉS E TITULACIÓNS NECESARIAS PARA O DESENVOLVEMENTO DO*





*SERVIZO DE TRANSPORTE ESCOLAR.*” o enunciado do documento termina, nas tres, sen punto final.

No documento presentado por las tres empresas “*DECLARACIÓN XURADA DE COMPROMISO A CONTAR, NO CASO A ADXUDICACIÓN, CUN PROTOCOLO DE SUBSTITUCION INMEDIATA DE CONDUTORES, ACOMPAÑANTES E VEHICULOS, PLOS DIAS ESTRITAMENTE NECESARIOS PARA A SUBSTITUCION DOS TITULARES, ASI COMO DE DISPOÑER DAS PERSOAS E VEHICULOS DE SUBSTITUCION SUFICIENTES E COAS MESMAS CARACTERISTICAS E CONDICIÓNS DOS TITULARES*” o enunciado do documento termina, nas tres, sen punto final.

DECIMO TERCEIRO.- O documento titulado “Índice de documentos – sobre B (criterios avaliados mediante a aplicación de fórmulas matemáticas)” presentados polas 3 empresas teñen un contido practicamente idéntico e con os mesmos erros nos tres. Así na relación dos documentos que integran o sobre B non existe o punto final nos mesmos apartados.

- No Índice non existe punto final ao rematar a relación de documentación nos puntos 1, 2, 4 e 7 dos presentados polas 3 empresas.
  - E existe ese punto final ao rematar a relación de documentación nos puntos 3, 5, 6 e 8 dos presentados polas 3 empresas.
- Eses erros non existen no Prego de Cláusulas Administrativas particulares, como se pode ver na paxina 12 do mesmo.

DECIMO CUARTO.- Unha das empresas denunciadas MURALLA BUS, S.L, na que conflúen como socios e administradores os socios e administradores das outras dos empresas (AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.) conseguiu a adxudicación de los dous lotes, lote 9 e 11, do Expediente 1A/2018/TE, da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria da Xunta de Galicia.

Identificados esta pluralidade de indicios acreditados da actuación das tres empresas denunciadas e necesario explicitar o razoamento a través do cal, partindo deses indicios, se chegou á convicción da existencia do feito punible (infracción del art. 1 de la LDC) e a participación no mesmo das empresas MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.

Neste sentido pódese afirmar que:

As tres empresas denunciadas, MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L., son empresas con socios e administradores moi





limitados numericamente, e socios que están presentes, como socios e administradores, nas outras empresas.

Que nas empresas denunciadas existe uns administradores moi limitados numericamente que están presentes, como socios e administradores, noutras empresas que tamén presentaron ofertas, de tal maneira que a empresa gañadora dos dous lotes (MURALLA BUS S.L.) é a sociedade na que teñen participación os socios das outras dous empresas (AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.)

Que esa identidade conxunta dos administradores das empresas levan a que as empresas denunciadas coñeceran cal era o contido da oferta que presentaba a licitación a outra empresa. Así XXX coñecía e presentaba as ofertas de MURALLA BUS S.L., (ganadora dos lotes 9 e 11) e da empresa AUTOCARES DARRIBA, S.L xa que era administrador de ambas e XXX coñecía e presentaba as ofertas de MURALLA BUS S.L., (gañadora dos lotes 9 e 11) e da empresa AUTOS MORÁN S.L., xa que era administrador de ambas.

Que se produce una presentación conxunta na mesma oficina de Correos das ofertas des tres empresas denunciadas e que a presentación é o mesmo día e de forma sucesiva, polo que as persoas que presentaran a documentación coincidiron na oficina de Correos de Mondoñedo.

Que as empresas MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L presentan as súas ofertas na oficina de Correos de Mondoñedo cando esa oficina e moi distante, en quilómetros e tempo, do domicilio social de esas empresas. Que esas empresas teñen oficinas de Correos moito mais próximas a os seus domicilios sociais para presentar as súas ofertas.

Que a presenza ao mesmo tempo no mesmo lugar para a presentación das ofertas das tres empresas denunciadas que coñecían o contido das ofertas das outras é un medio para evitar a posible alteración ou modificación do contido das ofertas que ian a presentar a licitación as tres empresas. Non existe razón lóxica, ni explicación razoable por parte das empresas, que xustifique esa actuación mais ala da intención de executar unha práctica colusoria. Na “Guía sobre contratación pública y Competencia” da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia (CNMC) é un indicio de práctica sospeitosa contra o libre mercado que “una empresa...presenta su propuesta y la de otra empresa a la vez”.

Que a documentación presentada polas tres empresas denunciadas, MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA,S.L. e AUTOS MORÁN S.L., a licitación conteñen, como se acreditou, documentos co mesmo formato o mesmo título; documentos cun formato moi propio coincidente nas tres empresas; documentos





con igual formato e tipo de letra; documentos cun contido practicamente idéntico e cos mesmos erros nos tres, erros non existentes no Prego de Cláusulas Administrativas particulares; documentos con igual formato, deseño e xustificación; declaracións xuradas coa mesma forma e modelo que non era esixida no Prego de Cláusulas Administrativas particulares; declaracións xuradas presentadas polas tres empresas denunciadas nas que se cometen nas tres idénticos erros. Tal cúmulo de circunstancias son una mostra de redacción conxunta ou compartida dos documentos presentados á licitación por esas empresas, xa que non existe razón lóxica algunha que poida explicar esa coincidencia ata nos erros na documentación presentadas polas tres empresas. A “Guía sobre contratación pública y Competencia” de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) presenta como indicios de posible colusión entre empresas competidoras:

- “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...”.

Que non existe xustificación, nin argumentos serios presentados por parte das empresas nin explicación alternativa para xustificar a concorrencia da todos este cúmulo de circunstancias. Non existe xustificación algunha da que poida derivarse unha lóxica nese comportamento das tres empresas allea á existencia da intención de realizar un acordo colusorio para a presentación nos lotes 9 e 11 desa licitación.

Que a empresa MURALLA BUS, S.L, na que conflúen como socios e administradores os socios e administradores das outras dúas empresas (AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.) conseguiu a adxudicación dos dous lotes, lote 9 e 11, do Expediente 1A/2018/TE. A actuación concertada das empresas supuxo a presentación das súas respectivas propostas pactadas coa finalidade de incidir nesa licitación pública e co obxectivo de favorecer a unha delas, MURALLA BUS S.L., na que teñen intereses comúns os socios das outras dous empresas, AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.

### **5.6.3.- Conclusións.**

A pluralidade de indicios acreditados recollidos nos puntos anteriores é tan ampla e consistente; a participación das empresas denunciadas e evidente; o enlace preciso e directo entre eses indicios e a infracción segundo as regras do criterio humano e claro; a existencia dun nexo causal entre os feitos executados polas empresas e a infracción foi acreditado que, a conclusión razoada que é posible extraer non pode ser outro que as propostas presentadas polas denunciadas (MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.) non so non foron independentes, senón que esa falla de independencia debeuse a





unha evidente concertación de vontades, que encaixa perfectamente no tipo descrito no artigo 1 LDC e cualificado como cartel no propio texto legal. Concertación na presentación das súas respectivas propostas á licitación, coa finalidade de incidir no seu favor nunha licitación pública, priorizando a unha das empresas (MURALLA BUS S.L.), na que tiñan intereses común, e presentando outras dúas ofertas (AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.), coa intención de coordinalas do xeito o máis beneficioso aos seus intereses comúns, en detrimento dos demais licitadores e da Administración Pública licitadora.

Esta é a conclusión tamén defendida pola Subdirección de Investigación desta CGC na súa Proposta de Resolución e consonte co exposto e argumentado de xeito detallado polo Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia na súa Resolución 12/2019, do 16 de xaneiro de 2019.

Como sinala a Subdirección de Investigación da CGC, trátase dunha infracción, a de cartel, que é un dos supostos de infracción chamados “por obxecto” ou “per se”, que non esixen a proba específica de efectos anticompetitivos, precisamente porque tales efectos son a consecuencia necesaria e inevitable da colusión. A xurisprudencia dos tribunais de la Unión Europea<sup>11</sup> afirma que o termo “obxecto” se refire á finalidade, á intención ou o obxectivo da coordinación das empresas afectadas.

A CNMC na súa recente Resolución de 9 de setembro de 2020 Transporte escolar de viaxeiros Navarra<sup>12</sup> en relación coas restricións da competencia por obxecto e a súa proba sinala que:

*“(…) cuando un acuerdo tiene por objeto impedir, restringir o falsear la competencia, no se requiere a las autoridades de competencia que prueben que ha tenido o puede tener efectos anticompetitivos para determinar la existencia de una infracción*

*No obstante, tal y como señala la más reciente jurisprudencia del TJUE<sup>13</sup>*

*“el hecho de que una constatación de la existencia de una restricción de la competencia «por el objeto» exima a la autoridad o al órgano jurisdiccional competente de la necesidad de examinar sus efectos no implica en absoluto que dicha autoridad u órgano jurisdiccional no pueda proceder a tal examen cuando lo estime*

11 Sentencia do TJUE de 20 de novembro de 2008, en el asunto C-209/07, Beef Industry Development Society.

12 Resolución de 9 de setembro de 2020, Expte. Sanav/02/19 Transporte escolar de viaxeiros Navarra

13 Sentencia del TJUE de 22 de abril de 2020, no asunto C-228/18, Gazdasági Versenyhivatal contra Budapest Bank Nyrt; aptdo. 40.





*oportuno”.*

*As restricións por obxecto son determinadas formas de coordinación entre empresas que poden considerarse, pola súa propia natureza, prexudiciais para o bo funcionamento do xogo normal da competencia. En efecto, son formas de coordinación que revelan un grado de nocividade para a competencia suficiente para que poda considerarse innecesario o exame dos seus efectos . Para constatar este grado de nocividade, os Tribunais de la Unión Europea sinalaron a necesidade de analizar o contido da coordinación, os seus obxectivos e o contexto económico e xurídico do que forma parte.”*

Neste mesmo senso pronunciose de forma reiterada a Xurisprudencia da Unión Europea. Así na Sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) de 3 de marzo de 2011 asunto T-110/07 Siemens/Comisión se afirma que:

*“135 (...) los acuerdos entre empresas se hallan prohibidos, con independencia de cualquier efecto, cuando tienen un objeto contrario a la competencia (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 43 supra, apartado 123, y JFE Engineering y otros/Comisión, apartado 49 supra, apartado 181). Por consiguiente, no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia, cuando se ha probado el objeto contrario a la competencia de los comportamientos reprochados (véase la sentencia Volkswagen/Comisión, apartado 135 supra, apartado 178, y la jurisprudencia citada)”.*

E na Sentencia do Tribunal Xeral (Sala Segunda) de 20 de xaneiro de 2016 asunto C-373/14 P Toshiba/Comisión:

*“26.- En cuanto a la calificación de una práctica como restricción por el objeto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos (sentencia ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, apartado 31). Esa jurisprudencia atiende a la circunstancia de que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencia CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 50).”*

## 6.- ALEGACIONES

Como se recolleu nos antecedentes, se formularon alegacions por MURALLA





BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L. á Proposta de Resolución elaborada pola Subdirección de Investigación e notificada as partes. As alegacións relacionados coa sanción se examinarán no apartado relativo a sanción. As alegacións son similares nas tres empresas.

### 6.1.- Alegacións AUTOCARES DARRIBA, S.L.

- A empresa AUTOCARES DARRIBA S.L. alega en relación coa presentación das ofertas das tres empresas denunciadas o mesmo día, de forma consecutiva y na mesma oficina de Correos de Mondoñedo onde a empresa AUTOCARES DARRIBA S.L. non ten o seu domicilio social existindo oficinas de Correos mais próximas, que ese é o sistema para evitar calquera tipo de información ao contrario, cando precisamente ese comportamento e a antítese diso. E máis cando o administrador e un dos socios de AUTOCARES DARRIBA S.L. e ao mesmo tempo socio e administrador de outra das empresas MURALLA BUS S.L. que neses mesmos momento presentaba a súa oferta aos mesmos lotes, e outro dos socios da empresa MURALLA BUS S.L. é socio e administrador da terceira empresa, AUTOS MORÁN S.L., tamén a presentaba a súa oferta o mesmo día de forma consecutiva e na mesma oficina de Correos. Non existe explicación lóxica, ni xustificación, ni argumentos serios presentados por AUTOCARES DARRIBA S.L. nin explicación alternativa para xustificar a concorrencia da todo este cúmulo de circunstancias. Por estas razóns esta alegación debe rexeitarse.

- A empresa AUTOCARES DARRIBA S.L. alega en relación coa coincidencia coas outras empresas denunciadas aos mesmos lotes (lotes 9 y 11) que iso pon de manifesto unha ausencia de interese no reparto xa que si fora así participaran nun maior numero de lotes. Esta alegación debe ser rexeitada. A colusión existe con independencia do numero de lotes nos que decidiran participar as tres empresas. O ilícito anticompetitivo aparece na concertación e acordo deses dous lotes.

- A empresa AUTOCARES DARRIBA S.L. alega que non gañou ningún dos lotes. A actuación contraria ao art. 1 LDC por acordo colusorio nun proceso de licitación pública non depende dos resultados mas o menos favorables as empresas participatantes, sin esquecer que a empresa que gañou os dous lotes ten como socio co 33% do capital social a uns dos socios de AUTOCARES DARRIBA S.L. Non pode ser admitida esta alegación.

- A empresa AUTOCARES DARRIBA S.L. fai unha referencia á presenza de membros do órgano de administración en cada unha das mercantís afectadas. Non aclara o sentido da súa alegación, pero parece deducirse que alega que non pode existir infracción pola evidencia da mesma, xa que se houberan querido cometer o ilícito non o farían desa forma evidente. Non pode admitirse esta





alegación nin a idea de que a evidencia de unha infracción sexa unha proba de que esta non se cometeu. Como sinala a Subdirección de Investigación nin o TACGal adoptou a súa resolución, nin este Pleno dita a presente Resolución polo simple feito de que existan participación cruzadas entre as empresas, senón porque as súas propostas non foron independentes, foron froito dunha concertación entre as denunciadas, o que tivo consecuencias desde a perspectiva da regulación sobre contratación pública. Pero tamén esa actuación ten graves consecuencias desde a perspectiva do dereito da competencia xa que o artigo 1 LDC prohíbe os acordos entre competidores que, cando se produce no marco dun procedemento de licitación pública é especialmente grave ata o punto de incluírse na noción de cártel. Esta alegación debe de rexeitarse xa que no expediente atópase suficientemente acreditado o comportamento ilícito das tres empresas.

- A empresa AUTOCARES DARRIBA S.L. alega o reducido da infracción a escasa importancia que non afecta de maneira significativa á competencia. Esta alegación, dirixida a quitar importancia a práctica que se lles atribúe, considerándoa de “menor importancia”, no sentido do artigo 5 LDC non pode ter tampouco favorable acollida. O artigo 5 LDC afirma que “Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado”. Este artigo debe completarse coas previsións dos artigos 1 e 2 do Regulamento de Defensa de la Competencia, aprobado polo Real Decreto 261/2008, de 22 de febreiro. E así o artigo 2.1.c) que se refire as condutas excluídas do concepto de menor importancia di textualmente:

*“1. Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes:  
(...)  
c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones. (...)”*

O recollido nesta previsión regulamentaria exclúe claramente a conduta denunciada da posibilidade de ser considerada de menor importancia. Esta alegación debe de ser rexeitada.

- A empresa AUTOCARES DARRIBA S.L. alega a ausencia de proba indubitada ou indiciaria que demostre a comisión do ilícito. Debe rexeitarse por todos os feitos acreditados como indiciarios da conduta das empresas denunciadas e que se recollen nesta Resolución.



- A empresa AUTOCARES DARRIBA S.L. alega indebida cualificación xurídica como un suposto de conduta colusoria do art. 1 da LDC. Esta alegación debe tamén rexeitarse. Na presente Resolución e no expediente se acredita a existencia de acordos entre competidores, as tres empresas denunciadas, no marco dunha licitación pública. Entre as tres empresas denunciadas non existían independencia nas súas propostas presentadas á licitación pública (Expediente 1A/2018/TE, da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria) senón que as mesmas respondían a unha previa concertación dirixida ao reparto do mercado nos lotes (9 e 11) nos que se presentaban.

- A empresa AUTOCARES DARRIBA S.L. alega nulidade do procedemento por indebida cualificación xurídica da conduta. Este Pleno, por todo o exposto en esta Resolución rexeita dita alegación ao considerar que existiu na instrución pola Subdirección de Investigación e na Resolución deste Pleno a determinación da conduta ilícita das empresas como se acreditou nos Antecedentes y nos Fundamentos desta Resolución, con cumprimento rigoroso do procedemento e respecto aos dereitos dos denunciados.

## **6.2.- Alegacións AUTOS MORAN S.L.**

- A empresa AUTOS MORAN S.L. alega falta de rigor probatorio á hora de probar a acusación contra esa empresa. Nesta Resolución indicamos que a carga de probar a comisión das condutas colusorias corresponde á Autoridade da Competencia pero tamén sinalamos que a jurisprudencia indicou que a prueba directa nestos ilícitos é, moi a menudo, de difícil consecución xa que cando se examinan supostos de cártel, a súa acreditación resulta complexa, xa que non sempre é posible contar coa proba material directa do concurso de vontades para a comisión do ilícito anticompetitivo, xa que este tipo de prácticas son levadas a cabo na clandestinidade polas empresas, conscientes de que están prohibidas y do beneficio que obteñen pola súa consecución. Por esta razón admítese a proba indiciaria ou de presuncións como medio para dar como probada a comisión do ilícito anticompetitivo. A aplicación desta proba de presuncións no ámbito do procedemento sancionador non é algo estraño e está admitida pola doutrina de noso Tribunal Constitucional. Esa proba indiciaria recollese de maneira extensa nesta Resolución, identificáronse os indicios acreditados, razoouse como desde eses indicios chegouse á convicción do feito ilícito a través dun enlace directo conforme ás regras do criterio humano e non se presentou polas empresas denunciadas explicación alternativa lóxica a tales feitos. Esta alegación debe de ser rechazada.

- A empresa AUTOS MORAN S.L. alega falta de actividade investigadora por parte da Subdirección de Investigación. Esta alegación non pode admitirse. Como



xa indico a Subdirección na contestación ás alegacións desta empresa ao PCF, resulta evidente que a labor de investigación que debe levar a cabo un instrutor debe axustarse ás necesidades do caso e as que permitan, deste xeito, acreditar os feitos imputados e soste razoada e razoablemente que existe infracción e que operadores son os responsables da mesma ou o feito de que non resulta acreditada a infracción ou que non se pode soste a responsabilidade dos investigados. Este Pleno, despois de analizar toda a documentación, as alegacións das partes, entende suficientemente acreditado a responsabilidade das empresas imputadas que desenvolveron unha conduta prohibida polo artigo 1 LDC concertándose e presentando as súas respectivas propostas á licitación coa finalidade de incidir no seu beneficio nunha licitación pública, favorecendo a unha das empresas nas que tiñan intereses comúns e presentando outras dúas ofertas, coa intención de coordinar as súas ofertas do xeito máis beneficioso aos seus intereses comúns, en detrimento non só dos demais licitadores, senón do órgano de contratación que acode a un sistema de licitación pública competitiva para obter do xeito máis eficiente a satisfacción dunha necesidade pública como é o transporte escolar.

- A empresa AUTOS MORAN S.L. alega que da proba practicada non se demostra la infracción. Que presentou unha oferta competitiva e que a súa proposta quedou peor clasificada, en cuarto lugar. Esta alegación tampouco desvirtúa os feitos imputados toda vez que a concertación que, como xa se sinalou, se considera acreditada tanto para el órgano de instrución como para este Pleno, era o mecanismo que permitía que todos os concertados obtiveran a súa recompensa precisamente polo feito de non competir entre si por medio dunha empresa (MURALLA BUS SL) na que tiñan intereses comúns os socios das empresas denunciadas, entre elas AUTOS MORAN S. L, para que resultara adxudicataria dos dous lotes, de ahi que sexa indiferente a clasificación da empresa AUTOS MORAN na licitación por que o acordo non era outro que favorecer a outra empresa (MURALLA BUS SL) na que tiñan participación os socios das outras dos empresas do cartel. Non pode admitirse esta alegación.

- A empresa AUTOS MORAN S.L. alega que non se lle pode atribuír responsabilidade cando a Resolución do TACGal unicamente afirma a posible colusión das outras dúas empresas denunciadas. Esta alegación debe rexeitarse, non só porque a Resolución do TACGal se refira ás ofertas que quedaron clasificadas por enriba das recorrentes nese expediente aos efectos da anulación da adxudicación senón porque o TACGal resolve o seu recurso desde o punto de vista da lexislación de contratación pública e esta CGC faino dende o punto de vista do dereito da competencia.

- A empresa AUTOS MORAN S.L. alega que non existen probas directas sino solo proba de indicios débil e incongruente. Tanto no expediente como nesta





Resolución indicamos que a xurisprudencia afirma que a proba directa nestes ilícitos é, moi a miúdo, de difícil consecución e o mesmo opina a CNMC cando manifesta de forma reiterada que a acreditación da existencia dun cartel resulta complexa, xa que non sempre é posible contar coa proba material directa do concurso de vontades para a comisión del ilícito anticompetitivo., porque este tipo de prácticas se levan na clandestinidade polas empresas. Por esta razón admítese a proba indiciaria ou de presuncións como medio para dar como probada, como neste caso, a comisión do ilícito anticompetitivo. A aplicación desta proba de presuncións no ámbito do procedemento sancionador non é algo estraño e está admitida pola doutrina do Tribunal Constitucional, a del TS e do Tribunal de Xustiza da UE. Nesta Resolución, como xa explicamos, pódese examinar toda a proba indiciaria maneira extensa, identificáronse os indicios, razoouse como desde eses indicios se chegou á convicción do feito ilícito a través dun enlace directo conforme ás regras do criterio humano e non se presentou polas empresas denunciadas explicación alternativa lóxica a tales feitos. Non constitúe o ilícito a existencia de participacións cruzadas entre empresas senón o concerto entre elas coa finalidade de incidir no seu beneficio nunha licitación pública, favorecendo a unha das empresas nas que tiñan intereses comúns. Esta alegación debe de ser rexeitada.

A empresa AUTOS MORAN S.L. alega que a presentación das ofertas das tres empresas denunciadas o mesmo día, de forma consecutiva e na mesma oficina de Correos de Mondoñedo non pode deducirse que coñecesen as ofertas que estaban presentado chegando a afirmar no seu escrito de Alegacións que “es perfectamente posible (y legítimo) que las empresas colaborasen para la presentación efectiva de las ofertas de forma común”, o que supón un recoñecemento dunha posible colaboración entre elas. Non existe explicación lóxica, ni xustificación, ni argumentos serios de AUTOS MORAN SL que argumente de modo razoable o motivo da concorrencia das tres empresas no mesmo lugar, no mesmo momento para presentar as súas ofertas e esquece que non so as empresas tiñan participacións cruzadas senón tamén compartían administradores e que esas ofertas eran firmadas, e polo tanto coñecidas, polo firmante da proposta da outra empresa. Esta alegación debe de ser rexeitada.

### 6.3.- Alegacións MURALLA BUS S.L

As alegacións desta empresa son similares as realizadas polas outras doas empresas denunciadas Incluso chega nalgún momento do seu extenso escrito a formular alegacións como se fora en nome das tres empresas denunciadas, como sucede no recapitulatorio.

- A empresa MURALLAS BUS S.L. alega falta de probas e o carácter





circunstancial das probas indiciarias (o que xa de por si é a admisión da existencia de probas). Como xa manifestamos, a carga de probar a comisión das condutas colusorias corresponde á Autoridade da Competencia, pero tamén sinalamos que a xurisprudencia confirma que a proba directa nestes ilícitos anticompetitivos, como son os pactos colusorios, son de difícil consecución xa que non sempre é posible ter de maneira directa unha proba material do acordo porque estas actuacións, coñecendo da súa prohibición, as empresas a executan de forma oculta. Esta é a razón de admisión das probas indiciarias ou de presunción como medio de proba da comisión de ilícito anticompetitivo. A proba de presuncións non é algo estraño se excepcional no ámbito do procedemento sancionador e, como sinalamos, foi admitida polo Tribunal Constitucional e polos Tribunais europeos e o Tribunal Supremo no ámbito das practicas colusorias. Esa proba indiciaria se recolle de maneira extensa nesta Resolución. Como xa indicamos ao contestar as alegacións das outras empresas, identificáronse os indicios acreditados, razoouse como desde eses indicios se chegou á convicción do feito ilícito a través dun enlace directo conforme ás regras do criterio humano e non se presentou polas empresas denunciadas explicación alternativa lóxica a tales feitos. Debe de ser rexeitada.

- A empresa MURALLAS BUS S.L. alega a presunción de inocencia, afirmando que a Proposta de Resolución incorre nunha conculcación dos principios incriminatorios. No ámbito sancionatorio das normas do Dereito da Competencia, como vimos, o Tribunal Supremo admite as probas de presuncións ou indiciarias, sen que iso afecte á presunción de inocencia sempre que esas probas indiciarias estean sometidas a un estrito control, como se procedeu nesta Resolución, e que "(...) la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o calidad concluyente no siendo pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa)"<sup>14</sup>. Non debemos de esquecer que a proba de presuncións contribuíu a desvelar situacións de ilícitos colusorios que, lóxicamente, non se documentan pero que poden deducirse por vía indirecta dunha serie de feitos para chegar ao convencemento sobre o ilícito anticompetitivo que existe nunha licitación pública. A proba de presuncións evitou a existencia de lagoas de impunidade na aplicación do art. 1 da LDC. Esta alegación debe de rexeitarse.

- A empresa MURALLAS BUS S.L. alega a insignificancia das tres empresas denunciadas no conxunto do mercado galego do transporte, e a incorrecta definición do mercado relevante. Estas alegacións non poden ser admitidas polo xa antes indicado ao contestar as alegacións doutra das denunciadas.

<sup>14</sup> STS de 26 de Abril de 2005 recurso de casación número 7231/2002, relator JM Bandres Sanchez-Cruzat





A determinación do mercado relevante está recollida no apartado terceiro da Proposta de Resolución e no apartado 4.2 desta Resolución. En eles analízase o mercado relevante de produto, o xeográfico e o temporal. Como indicamos na Resolución 3/2020 – Arriva Noroeste S.L. (na actualidade, Arriva Galicia, SL), nas licitacións de transporte por estrada, como no resto das licitacións públicas, a competencia non se produce “no mercado” senón “polo mercado” é dicir por obter a adxudicación, de tal maneira que as empresas compiten entre si no momento do concurso, pero unha vez adxudicado xa non existe esa posibilidade de competir ata o momento no que se volva a abrir ese mercado pola convocatoria dun novo concurso. Iso porque o criterio fundamental de determinación do mercado relevante xeográfico nos mercados de licitacións publicas é da substituíbidade da oferta. As empresas que operan no mercado de transporte público de viaxeiros, calquera que sexa a súa modalidade, compiten por obter unha carteira de licitacións, neste caso un ou varios lotes de rutas de transporte escolar a centros de ensinanza pública. Perder un deses lotes, ou todos eles, non significa necesariamente a desaparición desa empresa de transporte, senón que os recursos necesarios para prestar o servizo de transporte licitado e que non se obtén se poderán utilizar noutras licitacións ou para outros servizos. Licitacións que poderán ser non so ámbito xeográfico da licitación que non se obtén, senón noutros ámbitos, como, por exemplo, en calquera das licitacións de transporte regular o especial que poida convocar a Xunta de Galicia. Polo que o mercado relevante debe ser definido como o mercado de acceso ás concesións de transporte escolar, sendo a delimitación xeográfica o territorio da Comunidade Autónoma de Galicia. Como xa indicou este Pleno “(...) 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.”<sup>15</sup>

En canto á insignificancia do volume de actividade dentro do sector do transporte publico en Galicia debemos de recordar o xa dito na alegación das outras empresas que como sinala o artigo 2.1.c) do RDC que se refire as condutas excluídas do concepto de menor importancia di que non se entenderán de menor importancia as condutas entre competidores que teñan obxecto, directa o indirectamente, de forma illada ou en combinación con outros factores controlados polas empresas partícipes:

(...)

c) el reparto de mercados o clientes, incluídas las pujas fraudulentas, (...)

- A empresa MURALLAS BUS S.L. alega a ausencia de cartel polo reducido da

<sup>15</sup> Resolución 3/2019, de 2 de xuño de 2019, Licitación servizo salvamento e socorrismo nas praias de A Coruña.



licitación e o pouco beneficio obtido polas empresas. Sinalar que o artigo 1 LDC prohíbe os acordos entre competidores, que cando ademais, como acontece no presente caso, se produce no marco dun procedemento de licitación pública é especialmente grave desde o punto de vista do dereito da competencia ata o punto de incluírse na noción de cártel, que recolle a LDC, como as infraccións de maior gravidade e que, a xuízo deste Pleno, atópase suficientemente acreditado no presente expediente e na Resolución. A gravidade non va a ser pola contía dos beneficios das empresas, senón, porque eses acordos afectan tanto á xestión eficiente dos fondos públicos como á necesaria tensión competitiva entre as empresas, elimina os beneficios que aporta a libre competencia en prexuízo do interese xeral e favorece exclusivamente ás empresas que forman parte do acordo.

Nas súas alegacións MURALLA BUS S.L., adxudicataria das dúas licitacións, sinala que as outras dúas empresas AUTOCARES DARRIBA S.L y AUTOS MORAN S.L, non obtiveron beneficios (outro exemplo de actuación da empresa MURALLA BUS S.L, en interese das outras dúas empresas denunciadas). É evidente que en cada un deses lotes non pode existir máis que un adxudicatario, pero precisamente o obxectivo dos cárteles nas licitacións públicas é que algún dos compoñentes do mesmo sexa o adxudicatario dela, como sucedeu neste caso sen esquecer que a empresa que gañou os dous lotes ten como socios, co 66% do capital social, a uns dos socios de AUTOCARES DARRIBA S.L. e a outro dos socios de AUTOS MORAN S.L. Non pode ser admitida esta alegación

#### **6.4.- Proba solicitada**

No que se refire ás probas solicitadas nos escritos de alegacións á Proposta de Resolución polas denunciadas, so a solicitou a empresa AUTOCARES ARRIBA SL. pedindo a remisión da copia do expediente e calquera outro documento que puidera afectar aos feitos obxecto da denuncia. Con dato 2 de decembro de 2020 o Pleno resolveu facilitarlle o acceso ao expediente a AUTOCARES DARRIBA S.L como parte interesada no procedemento sancionador, en virtude do disposto no artigo 31 do Real Decreto 261/2008. Ningunha das empresas solicitou vista.

#### **7.- SANCIÓN**

De conformidade co disposto no artigo 50.4 LDC, practicados os actos de instrucións necesarios, a Subdirección de Investigación formulará proposta de resolución que será notificada aos interesados para que, no prazo de quince días, formulen as alegacións que teñan por convenientes. Dita proposta, nos expedientes sancionadores en materia de competencia incoados a partir de 2 de outubro de 2016, incluírá “a sanción que se propoña” nos términos sinalados no art. 89.3 de la Lei 39/2015, do Procedemento Administrativo Común das





Administracións Públicas. La Subdirección de Investigación considera acreditada a comisión dunha infracción do artigo 1 LDC da que son responsables as entidades MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L. (colusión nun contrato público, concretamente, no Expediente de contratación pública do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensinanza pública das provincias de A Coruña, Lugo e Ourense para o curso escolar 2018/2019 (Expediente 1A/2018/TE, da, por aquel entón, Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, da Xunta de Galicia)

### 7.1.- Sanción proposta

Segundo o artigo 62.4, letra a) da LDC, son infraccións moi graves:

“El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.”

El artículo 63 LDC dispón, aos efectos do presente caso o seguinte:

“1. Los órganos competentes les podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por descuido, infrinjan el dispuesto en esta ley las siguientes sanciones:

(...) c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”.

### 7.2.- Alegacións.

Como se recolleu nos antecedentes, se formularon alegacións por AUTOCARES DARRIBA S.L, AUTOS MORAN S.L, MURALLA BUS S.L á Proposta de Resolución elaborada pola Subdirección de Investigación e notificada ás partes. Entre esas alegacións están algunhas relativas á contía e ao tipo da sanción que agora se contestan.

#### 7.2.1.- Alegacións AUTOCARES DARRIBA S.L.

Esta empresa considera que a sanción proposta pola Subdirección de Investigación na Proposta de Resolución non cumpre o principio de proporcionalidade, e pide unha rebaixa e a eliminación da prohibición de contratar.



Este Pleno tivo en conta, como se explica no punto seguinte, a normativa que determina a cuantía das sancions os criterios para a súa gradación establecidos no artigo 64.1 LDC. Sobre a prohibición de contratar nos remitimos ao que se expón no punto 7.4.

### **7.2.2.- Alegacións de AUTOS MORAN S.L.**

Esta empresa alega que non se aplicaron os criterios e gradación do art. 64 da LDC, que a regra é absolutamente desproporcionada, que non tivo en conta o posible beneficio dos cartelistas, alega o impacto da pandemia do COVID-19 sobre a actividade das empresas e solicita a eliminación da proposta da sanción de prohibición de contratar. Este Pleno tivo en conta, como se explica no punto seguinte, a normativa que determina a contía das sancións e os criterios para a súa gradación establecidos no artigo 64.1 LDC, así como a situación xerada polo COVID-19. Sobre a prohibición de contratar nos remitimos ao que se expón no punto 7.4

Solicita tamén que se requira as empresas denunciadas que aporten o seu volume de negocio o que esta empresa considera como mercado afectado na infracción, ao considerar que a sanción debe de ser proporcional ao volume de negocios no sector do transporte escolar o que sería contrario ao disposto na LDC que, como vimos, establece que a sanción se impondrá en un tanto por cento do volume de negocios total da empresa infractora no exercicio inmediatamente anterior ao de imposición da multa.

### **7.2.3.- Alegacións de MURALLA BUS S.L.**

Esta empresa alega a falta de aplicación do principio de proporcionalidade, con exemplos de outros supostos de acordos colusorios e contra a prohibición de contratar. Este Pleno tivo en conta a normativa que determina a contía das sancións, os criterios de gradación establecidos no artigo 64.1 LDC e a aplicación dos principios de proporcionalidade. Sobre a prohibición de contratar nos remitimos ao que se expón no punto 7.4

## **7.3.- Criterios para a determinación do importe das sancións**

Como este Pleno sinalou anteriormente, estímase que as tres empresas denunciadas participaron nunha infracción, que entra dentro do concepto de cartel, na licitación de dous lotes do transporte escolar a varios centros de ensinanza pública das provincias de A Coruña, Lugo e Ourense para o curso escolar 2018/2019.

A conduta descrita está tipificada como infracción moi grave, conforme ao citado





artigo 62.4, letra a) da LDC.

De acordo con establecido no artigo 64 da LDC considerase que os factores que se deben ter en conta para a fijación de unha eventual sanción son os seguintes:

-El mercado afectado: a afectación se produce no ámbito da Comunidade Autónoma, tal e como se expuxo na delimitación do mercado efectuada nesta Resolución.

- Cota de mercado das empresas. En cuanto á cota de mercado das empresas, teñen unha cota reducida e solo afectou a dous lotes das rutas de transporte escolar xestionados pola Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria da Xunta de Galicia

- A duración da contratación pública do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensinanza pública das provincias de A Coruña, Lugo e Ourense para o curso escolar 2018/2019 (Expediente 1A/2018/TE, da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, da Xunta de Galicia) era dun ano.

- Os efectos da conduta se producen de modo especialmente grave no mercado do transporte escolar no ámbito da provincia de Lugo y afecta a un expediente de licitación pública.

- Os beneficios ilícitos non existiron para as empresas denunciadas pola anulación da adxudicación polo TACGal

En relación co cálculo do importe da sanción debe terse en conta o disposto pola Sentencia do Tribunal Supremo de 29 de xaneiro de 2015 Roj: STS 112/2015 - ECLI: ES:TS:2015:112 que, a tal efecto dispón nos seus Fundamentos Xurídicos octavo y noveno:

Octavo. (...) "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.”

Noveno (...) “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 15/2007”.

Sobre a base destas premisas é preciso chegar á conclusión de que se trata dunha infracción moi grave (artigo 64.4 letra a) de la LDC) que podería ser sancionada con unha multa de ata o 10% do volume de negocios total da empresa declarada responsable do “ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa” (art. 63.1.c), isto é, o ano 2019.. A porcentaxe que se aplica sobre o volume de negocios total das empresas infractoras debe de fixarse atendendo á finalidade disuasoria das multas e ao principio de proporcionalidade.

Os ingresos totais das tres empresas declaradas responsable correspondente ao ano 2019 é o seguinte:

Á vista do antedito, o volume de negocio de 2019 das empresas declaradas responsables son os seguintes :

MURALLA BUS S.L.: 746.987,26€





AUTOCARES DARRIBA, S.L.: 489.558,69€  
AUTOS MORÁN S.L.: 2.501.116,88€

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

MURALLA BUS S.L.: 74.698,726€  
AUTOCARES DARRIBA, S.L.: 48.955,87€  
AUTOS MORÁN S.L.: 250.111,69€

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

Neste caso, toda vez que:

a) Que o mercado afectado é o da prestación dos servizos de transporte regular de viaxeiros de uso especial (escolar). Trátase dun sector sometido a unha intensa regulamentación tanto europea, como nacional e autonómica, exixíndose para a súa prestación como título habilitante obtido a través do correspondente procedemento de licitación pública. En consecuencia, o mercado de produto no presente expediente é o dos contratos de servizos de realización das rutas de transporte escolar centros de ensino público das Provincias de A Coruña, Lugo e Ourense en los lotes obxecto da licitación na que se detecta unha práctica anticompetitiva.

b) O ámbito xeográfico como xa indicamos é o da Comunidade Autónoma. E afectará de forma especial a unha ampla zona da provincia de Lugo de onde procedían os alumnos que asistían a ese Centro de Educación Especial Santa María de la cidade de Lugo.

El lote nº 9 el emprazamento ou lugar de execución principal como sinala o anuncio de licitación era o Centro de Educación Especial Santa María da cidade de Lugo e a descrición do servizo era o seguinte:

Entrada: Todos los días da semana se executará a ruta: Rúa Marmoiral, s/n (A Fonsagrada) – Rúa Rois de la Peña, 8 (A Fonsagrada) — CEE Santa María (61,6 kms).

Saída: todos os días da semana se executará a ruta: CEE Santa María – Mazaneda, 2 (A Fosagrada) — Rúa Rois de la Peña, 8 (A Fonsagrada) — Brancio (A Fonsagrada) (90,5 kms).

El lote nº 11 el emprazamento ou lugar de execución principal como sinala o anuncio de licitación era tamén o Centro de Educación Especial Santa María de la cidade de Lugo e a descrición do servizo era o seguinte:

Todos os días da semana se executará a ruta: Urbanización Santa Isabel, Outeiro de Rei – Rúa da Flor de Malva, (Lugo) — Avenida da Coruña, 432 (Lugo) — Rúa do Teatro (Lugo) – Rúa Nazario Abel (Lugo) – Avenida







Américas (Lugo) – Rúa Fermín Rivera (Lugo) – CEE Santa María (27,5 kms)

c) No anuncio de licitación o valor total estimado do contrato da ruta nº 9 era de 93.062,11 € IVA excluído e o valor total estimado do contrato da ruta nº 11 era de 58.437.02 € IVA excluído.

d) De acordo con *Informe Ardan Galicia 2020* elaborado polo Consorcio da Zona Franca de Vigo (que reflexa os datos económicos do exercicio 2018), existen en Galicia 240 empresas no sector do transporte terrestre de pasaxeiros, con uns ingresos de explotación total do sector de 411,9 millóns de euros. Esta cantidade acredita o escaso peso económico das empresas denunciadas no sector en Galicia xa que MURALLA BUS S.L. tivo uns ingresos de explotación no ano 2019 de menos de 1 millón de euros (746.987,26€), AUTOCARES DARRIBA, S.L. menos de medio millón de euros (489.558,69€) e AUTOS MORÁN S.L., a de maiores ingresos das tres, 2.501.116,88€.

e) A infracción se produce no marco dunha contratación pública convocada pola Xunta de Galicia, un contrato de servizos para a realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensino público das Provincias de A Coruña, Lugo e Ourense por procedemento aberto suxeito a regulación harmonizada e tramitación ordinaria mediante 15 lotes, para o curso escolar 2018/2019. O contrato se licita con unha duración en meses de 10, podendo ser obxecto de prórroga para o curso 2019-2020.

f) A actuación, a través dun cartel, das empresas MURALLA BUS S.L, AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L afectou a unha contratación pública da Xunta de Galicia pero cuxa duración era limitada a dous cursos escolares.

g) A infracción afectou a dous dos 15 lotes do Expediente 1A/2018/TE da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, da Xunta de Galicia): contratación pública do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensinanza pública das provincias de A Coruña, Lugo e Ourense para o curso escolar 2018/2019

i) O beneficio ilícito, si obtivera éxito a actuación anticompetitiva, suporía expulsar deses contratos de servizos, certo que por pouco tempo, ás empresas competidoras alterando a finalidade que se persigue a través da licitación pública que é obter prezos e condicións mellores na adquisición de bens e servizos o que redundaría en beneficio da Administración e da sociedade.

j) Ese obxectivo que perseguían as empresas denunciadas non o puideron acadar xa que a Resolución 12/2019 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública



de Galicia decretou a anulación das adxudicacións deses lotes 9 e 11.

As Directrices para o cálculo das sancións da Comisión Europea<sup>16</sup>, conteñen no seu art. 35 unha referencia á capacidade contributiva en virtude da cal “en circunstancias excepcionais, a Comisión poderá, previa solicitude, ter en conta a incapacidade contributiva dunha empresa nun contexto económico e social particular”. Si ben estas Directivas, como sinala a CNMC, “no resultan directamente aplicables por esta Sala, si permiten integrar el margen de apreciación derivado de la aplicación de los artículos 63 y 64 LDC de acuerdo con la interpretación que de los mismos ha realizado el TS”<sup>17</sup>. A situación derivada do estado de alarma declarado mediante o Real Decreto 463/2020, así como as posteriores declaracións, os Decretos aprobados pola Comunidade Autónoma de Galicia en materia de mobilidade poderían facer estimar a este Pleno que se poderían asimilar aos criterios que establecen esas Directrices.

Este mesmo criterio se aplica polo Tribunal Supremo na súa sentenza do 27 de outubro de 2015, recurso núm.1667/2013, ao afirmar no seu Fundamento Xurídico Quinto que

*“En derecho español a diferencia del derecho comunitario no existe un precepto similar pero ello no impide a juicio de esta Sala que la CNC esté facultada para reducir una multa si existen pruebas objetivas de que la imposición de una multa, pondría irremediamente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor.”*

Pero o mesmo Tribunal Supremo en esta sentenza esixe para que sexa efectiva a redución do importe que, entre outros requisitos, se aporten evidencias obxectivos de que o efecto directo ao que leva irreversiblemente a imposición da sanción é a perda da viabilidade económica de esa empresa (“*El hecho de que se afirme que la situación financiera es delicada no es suficiente para considerar que está en peligro la viabilidad de la misma*” sinala nese mesmo Fundamento Xurídico a sentenza de 27 de outubro de 2015). Por lo que, tamén di esta sentenza, ao non poñer de manifesto ao interesado durante a tramitación do expediente que a multa incidira na súa situación financeira-patrimonial de tal maneira que lle impedira continuar a súa actividade empresarial e non acreditar que exista unha relación de causalidade entre o pago da multa e a viabilidade da empresa desestima o TS o motivo de casación e considera proporcional a sanción da Comisión Nacional de la Competencia.

Neste mesmo sentido pronunciouse o *Tribunal General de la Unión Europea* na

<sup>16</sup> Directrices para o cálculo das multas impostas en aplicación do artigo 23, apartado 2, letra a), do Regulamento (CE) no 1/2003.

<sup>17</sup> Resolución Expte. Sanav/02/19, 9 de setembro de 2020, Transporte escolar de viajeros Navarra.





sentencia de 13 de decembro de 2012 (asunto Novacke chemicke/ Comisión Europea, T-352/09 ) na que sinala:

"(189) De ello se desprende que el mero hecho de que la imposición de una multa por haber infringido las normas sobre competencia pueda provocar la situación concursal de la empresa de que se trate no basta para la aplicación del apartado 35 de las Directrices (LCEur 2003, 1). En efecto, de la jurisprudencia citada en el apartado 187 anterior resulta que, si bien el concurso de una empresa perjudica a los intereses financieros de los propietarios o de los accionistas afectados, ello no significa necesariamente la desaparición de la empresa en cuestión. Ésta puede continuar a existir como tal, ya sea, en caso de recapitalización de la sociedad declarada en concurso de acreedores, como persona moral que garantiza la explotación de dicha empresa, o, en caso de adquisición global de los elementos de su activo, y en consecuencia, de la empresa como entidad que ejerce una actividad económica, por otra entidad. Tal adquisición global puede producirse o bien por una compra voluntaria o bien por una venta forzada de los activos de la sociedad concursada con el mantenimiento de la explotación".

Por iso, e a pesar do alegado por algunha das empresas, ao non terse acreditado coa achega de evidencias obxectivas que o efecto directo ao que leva irreversiblemente a imposición da sanción incluída na Proposta de Resolución é a perda da viabilidade económica das empresas investigadas e ao non acreditar que exista una relación de causalidade entre o pago da multa e a falta de viabilidade da empresa, non se admite a aplicación de redución por ese motivo.

A sanción, en aplicación do artigo 63 de la LDC, deberá ser aplicada sobre o volume de negocios total das empresas do año 2019.

Atendendo a todo o anterior, a que non concorren circunstancias agravantes, a que o servizo tiña carácter temporal (no se presta todo o ano), ao importe da licitación e a todo o demais indicado nos parágrafos anteriores e atendendo ao principio de proporcionalidade, conforme os criterios de gradación do art. 64 da LDC e a STS de 29 de xaneiro de 2015 o límite da sanción se fixa no 4% do volume total de negocio para as tres empresas sen que proceda unha valoración individual xa que non existen diferenzas no comportamento das empresas.

Deste xeito, as sancións acordadas son as seguintes:

MURALLA BUS S.L.: 29.879, 48€ (4% x 746.987,26)

AUTOCARES DARRIBA, S.L.: 19.582,34€ (4% x 489.558,69)

AUTOS MORÁN S.L.: 100.044,67€ (4% x 2.501.116,88)

#### **7.4.- Prohibición de contratar por infracción en materia de falseamento da**





## competencia

O artigo 71.1.b) da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos del sector público (LCSP), dispón que quedan suxeitas a prohibición de contratar coas entidades que forman parte do sector público as persoas que fosen sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamento da competencia. Os artigos 72 e 73 da LCSP establecen a competencia, o procedemento e os efectos das prohibicións de contratar establecidas no artigo 71 da lei.

Sobre a natureza xurídica das prohibicións de contratar a postura mais común é a negación da súa natureza sancionadora entendéndose como unha medida de protección da Administración para evitar a celebración de contratos con entidades dunha conduta que podería cualificarse como reprobable. Como sinala la ACCO na súa Resolución de 21 de xullo de 2020, expediente 100/2018, AEROBÚS esta prohibición de contratar "(...) baséase no requisito legal dunha condición de honorabilidade para contratar co sector público para que a empresa non teña acceso, cun certo alcance e duración, ao mercado de licitación pública. A acción infractora das mencionadas empresas exclúe a honorabilidade requirida nas relacións coa Administración no campo da contratación pública."

A Proposta de Resolución da Subdirección de investigación neste expediente propón ao Pleno da CGC que: "(...) acorde a prohibición de contratar á MURALLA BUS S.L. AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.,"

Nesta resolución, que pon fin ao procedemento sancionador e contra a que non cabe recurso ningún en vía administrativa, pon de manifesto a responsabilidade das entidades por infracción do artículo 1 LDC, que debe ser cualificada como de falseamento da competencia aos efectos do mencionado artículo 71.1.b) LCSP.

### 7.4.1.- Alegacións

Alegaron as empresas denunciadas contra a proposta da Subdirección de Investigación. Este Pleno quere sinalar que a prohibición de contratar é unha das consecuencias previstas no ordenamento xurídico para as empresas que, como resultado da súa conduta infractora, son sancionadas por distorsión da competencia. O artigo 71.1.b) da LCSP determina a aplicación da prohibición de contratar como resultado dunha resolución pola que se impón a un operador económico unha sanción pola comisión de ilícitos anticompetitivos e que corresponde ditar á este Pleno da CGC.

A empresa MURALLA BUS S.L. volve a repetir as alegacións xa contestadas nesta Resolución. Alega como criterios para fixar a duración e alcance da prohibición de contratar que poida establecer o Pleno, a magnitude do ataque ao





mercado, o dolo ou culpa, e a evitación de efectos irreparables derivados da prohibición.

En resposta ás alegacións de que non existe no seu comportamento o nivel de gravidade que xustifique a adopción dunhas medidas adicionais á imposición dunha sanción pecuniaria sinalar que precisamente estas medidas adicionais, como a prohibición de contratar, teñen un maior efecto disuasorio que a imposición de sancións económicas por acordos colusorios e carteles no ámbito da contratación pública. A imposición de sancións e a medida de prohibición de contratar teñen a eficacia preventiva non só en relación coas propias empresas infractoras senón tamén con respecto a terceiros, o que xustifica o mantemento das consecuencias legais da conduta infractora.

Alega que se debe aplicar a prohibición de contratar solo para as licitacións de transporte escolar e non a toda as licitacións convocadas pola Xunta de Galicia e que a duración da prohibición debe de ser proporcional ao tempo de execución do contrato e estima que a prohibición de contratar a establecer por este Pleno debería de ser de 2 meses. Este Pleno terá en consideración estas alegacións para establecer a duración e alcance da prohibición.

Alega que a prohibición de contratar coa Xunta é a condena a morte para as empresas de transporte galegas, sen aportar datos que acreditan esa afirmación nin a existencia dun nexo causal entre a prohibición de contratar e a inviabilidade da empresa MURALLA BUS S.L.

A empresa AUTOCARES DARRIBA S.L. alega o principio de proporcionalidade á hora de fixar a prohibición de contratar, principio que este Pleno aplicará.

A empresa AUTOS MORAN S.L. alega tamén que a duración e alcance da prohibición que estableza o Pleno debe estar limitado ao ámbito no que se produciu a infracción.

Alegan que o artigo 71.1.b) da LCSP so fai referencia as sancións graves en materia de falseamento da competencia, non as moi graves, polo que argumentan, que quedan excluídas da posibilidade de aplicarles a prohibición de contratar as empresas que cometan unha infracción moi grave por falseamento a competencia.

Ao carecer a prohibición de contratar, como vimos, de natureza sancionadora non serían aplicables as garantías do Dereito Administrativo sancionador. Pero, de acordo coa doutrina do TC<sup>18</sup>, poden aplicarse esas garantías, limitadamente, ás medidas administrativas de restrición de dereitos como son as prohibicións

18 STC 61/1990, de 29 de marzo (BOE núm. 107, de 04 de maio de 1990)





para contratar. Esa extensión limitada implica a non aplicación na súa totalidade dos principios e garantías propios da potestade sancionadora tales como o principio de legalidade e advirte o TC<sup>19</sup> contra a extensión abusiva do concepto de sanción a fin de acadar a aplicación das garantías propias deste ámbito a figuras que carecen dese carácter entre as cales deberemos de incluír as prohibicións para contratar reguladas na LCSP xa que "(...) la función disuasoria de una figura jurídica no determina sin más su naturaleza sancionadora"<sup>20</sup>.

Este Pleno estima que as infraccións de maior gravidade, resultado das condutas mais gravemente anticompetitivas, non poden resultar mas beneficiosas para as empresas que as cometa que a comisión de unha infracción menos grave e, sobre todo, cando ese ilícito anticompetitivo se produce no marco dunha licitación pública.

O propio artigo 71.1.b) cando quere establecer que a prohibición de contratar se limite exclusivamente ás sanciones moi graves, o dispón expresamente no texto, como é no caso das infraccións en materia medioambiental ou en materia social. Pero deducir dunha interpretación literal do art. 71.1. b) da LCSP que a palabra "grave" da frase "*Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave(...) de falseamiento de la competencia*" solo inclúe as infraccións graves da LDC e exclúe as "moi graves" significaría primar as empresas que maiores danos cometan contra o dereito da competencia como é o caso dos carteles. De acordo con esa interpretación literal as empresas sancionadas por participar nun cartel nunha contratación pública, a pesar de vulnerar de modo moi grave a normativa sobre competencia, poderían volver a concorrer a unha nova licitación, mentres as que cometeran infraccións de menos gravidade estarían impedidos de poder concorrer a esa licitación pública xa que estarían afectados pola prohibición de contratar da LCSP. Non debemos de esquecer que para as empresas que concorren a contratación pública a maior das sancións non son as pecuniarias, senón a prohibición para poder concorrer as licitacións públicas.

Impoñer as sanciones mais graves a quen comete as infraccións menos graves iría, ademais, contra o principio de proporcionalidade recollido no artigos 4 e 29 da Lei 40/2015, de 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (LRJSP). O

19 STC 164/1995, de 13 de novembro (BOE núm. 298, de 14 de decembro de 1995) "*Una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que toda medida con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una sanción. Así lo ha reconocido este Tribunal expresamente en el caso de las multas coercitivas (STC 239/1988) e indirectamente respecto de otras figuras jurídicas como son los tributos con función extrafiscal: la STC 37/1987, estudiando el Impuesto sobre Tierras Infrutilizadas regulado en la Ley andaluza 8/1984, declara que "la intentio legis del tributo no es crear una nueva fuente de ingresos públicos con fines estrictamente fiscales o redistributivos sino disuadir a los titulares de propiedades o de empresas agrícolas del incumplimiento de las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad de la tierra que la propia Ley define"*.

20 STC 164/1995, de 13 de novembro.





art. 29 no seu apartado 3 dispón que

*“3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción.”*

A defensa dunha interpretación literal do referido texto do artigo 71.1.b) “*Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave (...) de falseamiento de la competencia*” levaría ao absurdo de incluír dentro delas só as infraccións do art. 3 da LCD “Falseamento de la libre competencia por actos desleais” y deixar fora as infraccións dos artigos 1 “Conductas colusorias” e 2 “Abuso de posición dominante”.

É evidente que o que existe e unha inadecuada redacción do texto da LCSP en materia de prohibición de contratar no que se refire as sancións por infracción da normativa do dereito da competencia.

Esta consideración de incluír as infraccións moi graves contra o dereito da competencia como merecedoras da prohibición de contratar da LCSP, e una aplicación razoable, lóxica e previsible para os operadores económicos no ámbito das licitacións públicas e non debe de confundirse con un suposto de aplicación analóxica das infraccións non permitida polo art. 27. 4 da LRJSP senón mas ben como unha interpretación extensiva da mesma, posto que se comprenden na norma casos non expresos na literalidade da súa letra pero virtualmente incluídos no seu espírito.

Neste senso a Sentencia do Tribunal Constitucional 151/1997, de 29 de setembro no seu Fundamento Xurídico 4 sinala que “(...) Desde el punto de vista del enjuiciamiento constitucional cabe hablar de aplicación extensiva in malam partem -al igual que de la de interpretación analógica vulneradora del principio de legalidad penal- cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento de la posible literalidad del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente”

#### **7.4.2.- Duración e extensión da prohibición de contratar**

A proposta de Resolución da Subdirección de investigación neste expediente solicita a este Pleno que: “(...) acorde a prohibición de contratar á MURALLA BUS S.L. AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L.”

E necesario determinar si este Pleno so pode acordar a ratificación da prohibición





de contratar incluída na Proposta de Resolución pola Subdirección de Investigación ou si pode, ademais, determinar a duración e alcance da mesma.

O art. 72.2 da LCSP dispón que:

*“2. La prohibición de contratar por las causas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas.*

*En el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar; en los casos de la letra e) del apartado primero del artículo anterior; y en los supuestos contemplados en el apartado segundo, también del artículo anterior, el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo.*

De tal maneira que o artigo establece a posibilidade de que as Resolucións dos expedientes sobre infraccións do dereito da competencia das Autoridades da competencia (CNMC e Autoridades Autonómicas de Competencia) poidan pronunciarse expresamente sobre o alcance e duración da prohibición de contratar.

Hai que ter en conta que son nos procedementos sancionadores instruídos polas autoridades de competencia nos que se pode garantir o exercicio dos dereitos de defensa das empresas denunciadas, xa que éstas poden presentar documentación, solicitar proba ou formular alegacións durante o procedemento sancionador. Ademais, son as autoridades de competencia as mellor situadas para valorar a aplicación, non só das medidas sancionadoras, sino tamén das medidas de gravame como é a determinación do alcance e duración das prohibicións de contratar, ao poder analizar non só os efectos que o ilícito anticompetitivo orixinou no mercado sino tamén as consecuencias da imposición da medida.

Como sucedeu neste expediente, a inclusión na proposta de resolución da Subdirección de Investigación da prohibición de contratar, implica un pleno respecto ao dereito de defensa das empresas denunciadas que se concreta na presentación de alegacións a esa prohibición por parte dos interesados.

Debemos tamén lembrar que a Proposta de Resolución non ten carácter vinculante para o Pleno da CGC, de tal xeito que este poderá, unha vez examinado o Informe elaborado pola subdirección de investigación, o expediente







e practicadas, no seu caso, as probas complementarias, rexeitar, alterar, reducir ou incrementar o importe das sancións, así como fixar o alcance e duración da prohibición de contratar de acordo co art. 72.2 da LCSP.

Por todo o anterior este Pleno poderá non so impoñer a prohibición de contratar na Resolución senón tamén delimitar o seu alcance e duración.

MURALLA BUS S.L. alegou que a prohibición de contratar proposta so se debe de aplicar para as licitacións de transporte escolar e non a todas as licitacións convocadas pola Xunta de Galicia e que a duración da prohibición a establecer por este Pleno debería de ser de 2 meses.

AUTOS MORÁN S.L considerou que a practica administrativa das autoridade da competencia foi a de non determinar na resolución a duración e alcance da prohibición e remitir ao Ministerio de Hacienda a súa determinación. Non é certa esa afirmación xa que a *Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO)* na súa Resolución de 21 de xullo de 2020, expediente 100/2018, AEROBÚS estableceu a duración e o alcance dunha prohibición de contratar. Neste sentido xa sinalamos que as autoridades de competencia son as mellor situadas para valorar a aplicación da determinación do alcance e duración das prohibicións de contratar nestes expedientes ao poder analizar os efectos que o ilícito anticompetitivo orixinou no mercado así como tamén as consecuencias que terá a súa imposición. Tamén alegou AUTOS MORAN S.L. que, no caso de que se decida impoñer polo Pleno a prohibición de contratar, esta debería de ter unha duración e alcance limitado.

Para fixar ese alcance e duración este Pleno ten en conta:

- Que o mercado afectado é o da prestación dos servizos de transporte regular de viaxeiros de uso especial (escolar).
- Que o ámbito xeográfico afectou de forma especial a una ampla zona da provincia de Lugo.
- Que a duración era a do curso escolar 2018/2019 cunha duración en meses de 10, podendo ser obxecto de prórroga para o curso 2019-2020.
- Que existen en Galicia, aproximadamente, 240 empresas en Galicia no sector do transporte terrestre de pasaxeiros, con uns ingresos de explotación total do sector no ano 2018 de 411,9 millóns de euros.

Este Pleno, despois de examinar o expediente, a Proposta de Resolución e as alegacións das empresas denunciadas, considera que o establecemento dunha prohibición de contratar durante un prazo de 3 meses e limitada ás licitacións de



prestación dos servizos de transporte regular de viaxeiros de uso especial (escolar) da provincia de Lugo é adecuada á natureza da infracción cometida polas empresas denunciadas e que conta cun nivel de disuasión suficiente, con eficacia preventiva, non só en relación coas propias empresas denunciadas senón tamén con respecto a terceiros e non implica un impacto significativo no mercado en relación coa prestación de servizos obxecto de licitación (servizos de transporte escolar) pola Xunta de Galicia.

Por último sinalar que a propia LCSP recolle no seu art. 72.5 a posibilidade de as empresas de presentar medidas autocorrección ou de “self cleaning. A Exposición de Motivos de la LCSP afirma que a mesma

*“transpone las denominadas por las Directivas Comunitarias como «medidas de autocorrección», de manera que determinadas prohibiciones de contratar bien no se declararán o bien no se aplicarán, según el caso, cuando la empresa hubiera adoptado medidas de cumplimiento destinadas a reparar los daños causados por su conducta ilícita, en las condiciones que se regulan en esta Ley”*

Ese art 72.5 dispón que as empresas que queiran acollerse a esas medidas deberán acreditar o pago ou compromiso de pago a sanción que a autoridade de competencia lle impuxera, así como tenrán que adoptar “medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones”.

Á vista do exposto,

## **RESOLVE**

**PRIMERO:** Declarar acreditada a existencia dunha conduta prohibida polo artigo 1 LDC, constitutiva de infracción, desenvolvida polas empresas MURALLA BUS S.L. AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L, de colusión nun contrato público, concretamente, no Expediente de contratación pública do servizo de realización das rutas de transporte escolar a varios centros de ensinanza pública das provincias de A Coruña, Lugo e Ourense para o curso escolar 2018/2019 (Expediente 1A/2018/TE, da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, da Xunta de Galicia). Dita conduta prohibida se tipifica, aos efectos da determinación da sanción, como infracción moi grave, do artigo 62.1 letra a) LDC.

**SEGUNDO:** Declarar responsable da dita infracción ás empresas MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L. e AUTOS MORÁN S.L

**TERCEIRO:** Impoñer as seguintes sancións:





MURALLA BUS S.L.: 29.879, 48€

AUTOCARES DARRIBA, S.L.: 19.582,34€

AUTOS MORÁN S.L.: 100.044,67€

**CUARTO:** Acordar, de conformidade co art. 33.2 b) del Decreto 118/2016, de 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e se aproban os seus estatutos, co art. 72.2 da LCSP e o art. 53.2.b) da LDC, o establecemento da prohibición de contratar ás empresas MURALLA BUS S.L., AUTOCARES DARRIBA, S.L., e AUTOS MORÁN S.L no que respecta ás licitacións convocadas pola Xunta de Galicia relativas a os servizos de transporte regular de viaxeiros de uso especial (escolar) no ámbito da provincia de Lugo con unha duración de 3 meses.

**QUINTO:** Instar ás empresas a que no futuro se absteñan de cometer prácticas como as que constitúen o obxecto da presente Resolución.

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

**SÉTIMO:** Notificar a presente Resolución á Xunta de Galicia a os efectos do resolto sobre a prohibición de contratar

Comuníquese esta Resolución á Subdirección de Investigación da Comisión Galega da Competencia, á Consellería de Infraestruturas e Mobilidade da Xunta de Galicia e á Consellería de Cultura, Educación e Universidade da Xunta de Galicia 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.