

RESOLUCIÓN 2/2021 – Expediente IR 11/2020, IR 12/2020, IR 21/2020 e IR 7/2021. Transporte de viajeros por carretera 2: UTES.

En Pleno:

D. Ignacio López-Chaves Castro, Presidente.

D. Daniel Neira Barral, vocal/Secretario.

Doña. M^a Teresa Cancelo Márquez, Vocal

Santiago de Compostela, a 22 de octubre de 2021

La Comisión Gallega de la Competencia (CGC) con la composición arriba indicada y siendo ponente D. Daniel Neira Barral, dicto la presente Resolución en relación con el expediente IR 11/2020, IR 12/2020, IR 21/2020 e IR 7/2021 -Transporte de viajeros por carretera 2: UTES por la posible existencia de prácticas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio , de Defensa de la Competencia (LDC)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Que con **fecha 21 de enero de 2020** se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) una denuncia de D. XXXXXXXX, en nombre y representación de HEDEGASA S.L. en la que se argumentaba la presunta existencia de irregularidades en los pliegos de condiciones de las licitaciones de la Xunta de Galicia para el servicio de transporte de viajeros por carretera en Galicia, que podrían, en su opinión, constituir una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio , de Defensa de la Competencia (LDC).

Segundo.- Que con **fecha 4 de febrero de 2020**, la **CNMC** remitió la esta Comisión Gallega de la Competencia a denuncia presentada con la referencia 155 GAL 01-06/20 TRANSPORTE VIAJEROS POR CARRETERA, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

Tercero.- Que, de acreditarse la existencia de una práctica prohibida por la LDC, la competencia para la tramitación, en su caso, de un expediente sancionador al amparo de la normativa de Defensa de la Competencia correspondería a la Comisión Gallega de la Competencia (CGC) por ser de aplicación exclusiva en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Cuarto.- Que, con **fecha 8 de abril de 2020**, la **Subdirección General de Investigación (SUBDIC)** acordó elevar al Pleno de la CGC una propuesta de archivo sin incoación del procedimiento sancionador en sus diligencias de información reservada IR 1/2020 TRANSPORTE VIAJEROS POR CARRETERAS, al no apreciar indicio de práctica prohibida por la LDC.

Quinto.- Que, con **fecha 1 de julio de 2020**, el **Pleno de la CGC** dictó su Resolución n.º 2/2020 – TRANSPORTE VIAJEROS POR CARRETERAS, en la que resolvió no incoar expediente sancionador y, consiguientemente, archivar las actuaciones iniciadas por la Subdirección de Investigación con el referido número IR 1/2020 TRANSPORTE VIAJEROS POR CARRETERA.

Sexto.- Que, con **fecha 23 de julio de 2020** la **CNMC** remitía la **SUBDIC**, como ampliación del expediente de asignación referencia 155 GAL 01-06/20 TRANSPORTE VIAJEROS POR CARRETERA, por una nueva denuncia presentada por D. XXXXXX contra la licitación efectuada por la Xunta de Galicia para la concesión del servicio público de transporte, denominada "Contrato de concesión de Servicio Público de Transporte regular de viajeros de uso general por carretera (Lotes XG-800 la XG-891). Expediente 1/2020 DXM", así como la concurrencia por medio de UTE **del GRUPO MONBÚS y del GRUPO ALSA**.

Séptimo.- Que con fechas **26 de agosto de 2020 y 3 de septiembre de 2020** se recibieron en la CNMC ambos escritos de D. XXXXXX, en nombre y representación de la **CONFEDERACIÓN**

INTERSINDICAL GALLEGA (CIG), en los que se denuncia el ya referido expediente de contratación de la Xunta de Galicia, Ref.: 1/2020 DXM, por prácticas del GRUPO MONBÚS (en adelante, MONBÚS) que podrían constituir una infracción de la LDC, relativas a las condiciones para la subrogación del personal en los distintos lotes de la licitación.

Octavo.- Que con **fecha 17 de septiembre de 2020**, la **CNMC** remitía la esta Comisión Gallega de la Competencia los escritos que hubiera recibido respecto de las referidas licitaciones de transporte convocadas por la Xunta de Galicia, considerándolos nuevamente como ampliación de la asignación del caso identificado por la CNMC como Ref.: 155 GAL 01-06/20 TRANSPORTE VIAJEROS POR CARRETERA. Por parte de la SUBDIC se abrieron diligencias de información reservada identificadas con los números IR 11/2020, Licitaciones DXM e IR 12/2020, Denuncia contra Alsa y Monbús.

Noveno.- Que con **fecha 10 de diciembre de 2020**, D. XXXXXX, en nombre y representación de la mercantil **TRAVIESO CONSULTORES DE GESTIÓN Y SOFTWARE DE TRANSPORTE DE VIAJEROS, S. L.** (en adelante TRAVIESO), presentó denuncia contra **AUTOMÓVILES DE LUARCA, S. a. (Grupo ALSA) y contra MONBUS, S. L.**, con motivo de la licitación 1/2020-DXM.

Diez.- A consecuencia de todo el anterior y con el objeto de conocer la realidad de los hechos, y para determinar si pueden existir indicios de infracción, la Subdirección de Investigación (SUBDIC) , de conformidad con el dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC), acordó llevar a cabo las actuaciones y estudios pertinentes.

Once.- Que dada la íntima relación de los hechos denunciados que, en sustancia, giran en el ámbito de posibles irregularidades en la constitución de las diversas UTEs con las que las empresas o grupos MONBÚS y ALSA concurren a las diversas licitaciones públicas que se desarrollaron con el objetivo de renovar las concesiones de transporte regular de viajeros en Galicia, las **tres referidas informaciones reservadas, identificadas con los números IR 11/2020, 12/2020 y 21/2020, se desarrollaron de hecho paralelo y complementario efectuándose desde la SUBDIRC** requerimientos tanto a las empresas afectadas, como la propia Dirección General de Movilidad, de la Consellería de Infraestructuras y Movilidad, de la Xunta de Galicia.

Doce.- Con fechas **8 y 9 de marzo de 2021** se recibieron en la Dirección de Competencia de la CNMC **cinco nuevas denuncias, en este caso anónimas**, referentes también a las licitaciones para la contratación de servicio de transporte de viajeros por carretera en Galicia, acerca de hechos que podrían constituir una infracción de la LDC; concretamente, se denunciaba nuevamente al GRUPO MONBÚS por la constitución fraudulenta de UTES y la XUNTA DE GALICIA por establecer en los pliegos de las licitaciones lotes muy grandes, que limitan la participación de las Pymes y benefician al referido Grupo. Estas denuncias, identificadas como 166-GAL-02-16/21 LICITACIONES TRANSPORTE VIAJEROS GALICIA, fueron sometidas a la asignación por la CNMC atribuyéndole la competencia para su conocimiento según lo previsto en la ya citada ley 1/2002 a la Comisión Gallega de la Competencia que las examinó e incorporó a la presente propuesta con la identificación IR 7/2021.

Trece.- Con **fecha 15 de julio de 2021** la Subdirección General de Investigación (SUBDIC) acuerda poner fin a las indagaciones desarrolladas y proponer al Pleno el archivo de dichas actuaciones en virtud de las denuncias presentadas por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALLEGA (CIG) y por TRAVIESO CONSULTORES DE GESTIÓN Y SOFTWARE DE TRANSPORTE DE VIAJEROS, S. L., y las presentadas anónimamente también ante la CNMC identificadas como IR 11/2020, 12/2020, 21/2020 y 7/2021, sin perjuicio de que la aparición de nueva información al respecto pueda dar lugar a nuevas actuaciones y, en su caso, a una valoración diferente de los hechos.

HECHOS DENUNCIADOS

La denuncia objeto de este expediente fue valorada por el Pleno Comisión Gallega de la Competencia (CGC) partiendo de los hechos consignados en su propuesta de archivo por la Subdirección General de Investigación (SUBDIC).

En concreto, en el presente caso, las denuncias presentadas aluden, por una parte a un supuesto acuerdo para repartirse el mercado que sustentaría las UTEs constituidas por las empresas denunciadas (MONBÚS y ALSA), asimismo con la participación de ambas empresas denunciadas

en una misma UTE o por separado. Esto es, se cuestionan, no solamente aquellas en las que cada una había podido participar, sino aquellas en las que lo hicieron de forma conjunta o presuntamente decidieron no concurrir.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: COMPETENCIA.-

1º.- Con carácter preliminar es preciso destacar que conforme al artículo 26.1, del Decreto 118/2016, de 4 de agosto, por lo que se crea el Instituto Gallego del Consumo y de la Competencia y se aprueban sus estatutos, la Comisión Gallega de la Competencia, como órgano colegiado independiente, adscrito al Instituto Gallego del Consumo y de la Competencia, es la encargada, de la aplicación en la Comunidad Autónoma de Galicia de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, según los criterios establecidos por la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia.

2º.- El artículo 1 LDC establece que *“se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional...”*

3º.- Por su parte, el artículo 5 LDC establece 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...”*

4º.- El artículo 26.1 y 2, letra a) de los citados estatutos disponen que :

“La Comisión Gallega de la Competencia, como órgano colegiado independiente, adscrito al Instituto Gallego del Consumo y de la Competencia, será la encargada, de acuerdo con la norma reguladora del Instituto Gallego del Consumo y de la Competencia, de estos estatutos y demás normativa, de la aplicación en la Comunidad Autónoma de Galicia de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la

competencia, según los criterios establecidos por la Ley 1/2002, de coordinación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia.

Le corresponden a la Comisión Gallega de la Competencia las siguientes funciones :

a) *Instruir y resolver expedientes sobre conductas prohibidas por la Ley de defensa de la competencia y de control de ayudas públicas.”*

5º.- Que conforme al artículo 36 de los EIGCC, en sus apartados 1 y 2, letra a):

“1. La Subdirección General de Investigación es la unidad encargada de la instrucción de los expedientes previstos en este decreto en la materia de defensa de la competencia.

2. En particular, la Subdirección General de Investigación es la unidad competente para:

a) Instruir y elevar la correspondiente propuesta de resolución de los expedientes sobre conductas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, conforme los procedimientos establecidos en la Ley 15/2007, de defensa de la competencia, y en el reglamento aprobado por el Real decreto 261/2008, de 22 de febrero, o en la normativa que los sustituya ”

6º.- Que, en relación con el dispuesto en el punto anterior y en el que afecta al Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia, el artículo 33, de los referidos Estatutos y en lo relativo a sus funciones, se disponen el siguiente:

“1. El Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones de la comisión en materia de competencia previstas en el presente decreto.

2. En particular, el Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia es el órgano competente para:

(...)

b) Resolver, por propuesta de la Subdirección General de Investigación, los procedimientos sobre conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, de acuerdo con las previsiones

contenidas en el presente decreto, incluida la aplicación del sistema de clemencia de los artículos 65 y 66 de la misma ley y su normativa de desarrollo.”

SEGUNDO: OBJETO DE LA RESOLUCIÓN.-

1º.- El artículo 49.2 LDC prevé que ante la noticia de la posible existencia de una infracción de la legislación de competencia, la Subdirección de Investigación de la CGC pueda realizar una información reservada, con el fin de determinar con carácter preliminar se concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de un expediente sancionador, conforme al procedimiento establecido en la Ley de Defensa de la Competencia. Verificada, en su caso, la información reservada, el artículo 49.3 LDC prevé que el Pleno, tras recibir la correspondiente propuesta de la Subdirección General de Investigación, podrá acordar la no incoación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 LDC y acordar el archivo de las actuaciones cuando considere que no existen indicio de infracción de la legislación de competencia.

2º.- En el presente caso, se tiene por objeto esclarecer la veracidad de los hechos de las denuncias presentadas o de los que se había podido tener noticia y su posible tipificación entre las conductas prohibidas por la LDC, debiendo concluirse de manera tal que el Pleno del organismo pueda pronunciarse sobre la misma, bien tras la instrucción del oportuno expediente sancionador, bien, en caso de no apreciarse existencia de indicios de práctica prohibida, elevando al citado órgano una propuesta de archivo que le permita pronunciarse sobre su existencia.

3º.- Que en el presente caso, los hechos objeto son las diversas denuncias recibidas que tenían un contenido y finalidad común en la denuncia de posibles prácticas no competitivas contrarias al artículo 1 LDC por parte de diferentes empresas de los grupos ALSA y MONBÚS que habrían concurrido en diversas Uniones Temporales de Empresas (UTE) a diversos lotes de los expedientes de licitación convocados por la Dirección General de Movilidad.

TERCERO. – VALORACIONES DEL PLENO.-

1.- 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), completando, 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.

2.- 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 el transporte 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 la otra actividad realizada por una empresa o establecimiento del mismo sujeto.

3.- Que 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.

4.- 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 prefijados (líneas regulares de autobuses), y
- b) el transporte discrecional, que lleva a cabo sin sujeción a itinerario, calendario ni horario preestablecido.

5.- Que teniendo en cuenta su utilización, conforme al artículo 67 LOTT, el transporte público regular de viajeros puede ser de uso general que tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración Pública. Como regla general, la prestación de los mencionados servicios de uso general se 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, o 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 autorización de transporte público de viajeros regulada en el artículo 42 de la LOTT.

6.- Que el desarrollo del Plan de transporte público de Galicia exigía adoptar medidas transitorias que permitieran garantizar la continuidad en la explotación de las concesiones hasta la implantación del mismo. A tal objeto, la Ley 16/2010 estableció como medida transitoria la obligatoriedad para el prestador del servicio, de continuar con la explotación de la concesión, lo que se produciría sin necesidad de requerimiento previo por parte de la Administración. Si el prestador del servicio renunciaba a continuar con la explotación en el citado plazo de los 15 días, mantendría, en cualquiera caso, la continuidad en la prestación de los servicios como obligación de servicio público en los términos establecidos en el artículo 97.3 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por lo que se aprueba el Reglamento de ordenación de los transportes terrestres, durante el plazo máximo de 12 meses, a contar desde la data de la renuncia, plazo en el que la Dirección General con competencias en materia de transportes procedería a la adjudicación directa del servicio de acuerdo con el Reglamento (CE) núm. 1370/2007.

7.- Como se infiere de la información remitida por la Dirección General de Movilidad, a requerimiento de la SUBDIC, la Dirección General de Movilidad llevó a cabo la exigida renovación completa de todo el mapa concesional en base a lo que se prestan los servicios de transporte público regular de viajeros de uso general por carretera de titularidad autonómica, para dar cumplimiento a lo previsto en el ya citado Plan de Transporte Público de Galicia.

8.- Que esa renovación contractual se llevó a cabo a través de 3 expedientes de contratación diferenciados, que fueron los siguientes:

1. Expediente 1/2019 DXM (lotes XG-600 la XG-743)
2. Expediente 2/2019 DXM (lotes XG-603, XG-630, XG-641 y XG-686)
3. Expediente 1/2020 DXM (lotes XG-800 la XG-891)

9.- Que este Pleno, coincide con la SUBDIC cuando considera esencial destacar, con carácter preliminar a cualquier otra consideración relativa a los hechos denunciados que el proceso desarrollado en Galicia, mas lo pendiente de finalizar en el que se refiere a una parte de los servicios de transporte escolar aún pendiente de licitar, supuso la necesaria apertura de la competencia del comprado de los servicios regulares de transporte por carretera en Galicia, y de este modo, el sometimiento del proceso a las reglas de la contratación pública previstas en la LCSP y a la competencia. Un hecho tan inequívocamente positivo exige que el poder adjudicador controle y supervise al mismo tiempo el obligado cumplimiento y el ajuste a la legalidad de la ejecución de los contratos firmados, tarea que se estima tan esencial como la propia licitación desarrollada, garantizándose que las condiciones en los que los servicios fueron adjudicados se cumplan y no se produzcan abusos en el ejercicio de las facultades atribuidas a los concesionarios, siendo preciso recordar en este momento la conocida doctrina de la “especial responsabilidad” del operador u operadores que conforme se distribuye el mercado puedan considerarse, en su caso, como dominantes.

10.- Al mismo tiempo, este Pleno constata, que en base el control del procedimiento de adjudicación de los expedientes anteriormente referidos, y tras la información remitida por el SUBDIC, que fue informada por la Dirección General de Movilidad, se permite constatar que los procedimientos de licitación de la DXM fueron sometidos a uno intenso control tanto por las mesas de contratación, en la que se suscitaron estos hechos denunciados ante esta Autoridad de competencia, así como por los órganos administrativos especializados, Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (TACGal), como por órganos judiciales, tanto en recursos contra resoluciones del propio (TACGal), y mismo pronunciamientos judiciales contra numerosos acuerdos del poder adjudicador.

11. La concurrencia en Uniones Temporales de Empresas (UTES) es una posibilidad cuya legitimidad se encuentra amparan tanto en la Ley Contratos Sector Público cómo en las Directivas de las que trae causa. De este modo, el punto de partida de nuestra análisis es que las UTES son un instrumento legítimo en el marco de la contratación pública que, no obstante, puede presentar problemas desde la perspectiva de la libre competencia, lo cual exige un análisis ponderado ante un eventual conflicto.

12.- En el presente caso, en el origen de las informaciones reservadas 11/2020, 12/2020, 21/2020 y 7/2021 no se encuentra ninguna comunicación remitida ni por la mesa de contratación, ni por el órgano de contratación, sino que, las diversas denuncias presentadas, son por un particular, D. XXXXXX, un sindicato, la CIG, una empresa, TRAVIESO y por denunciante anónimos que remiten sus denuncias al registro previsto al efecto por la CNMC.

13.- Consta en las actas aportadas (especialmente el Acta 7ª, de 14 de agosto de 2020, donde se examinaron escritos de distintos actores) como la mesa de contratación requirió a los referidos grupos, MOMBÚS y ALSA, durante la tramitación del expediente y a los efectos previstos en el citado artículo 69 LCSP, no considerando que habían existido indicios de colusión, por lo que no envió comunicación alguna a las autoridades de competencia a los efectos previstos en el artículo 132 LCSP.

14.- En concreto, en el citado Acta 7ª se dejó constancia del análisis efectuado por la mesa de contratación de los referidos escritos:

“(...) Del análisis de estos mandatos se deriva que, bien a la mesa de contratación bien al órgano de contratación, le corresponde comunicar al órgano competente en materia de competencia cualquier indicio de la existencia de un acuerdo, decisión o recomendación práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación. Al mismo tiempo, también considera que, conforme a la resolución 28/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia, el indicio debe tener un nivel apropiado para llegar a una conclusión, es decir, debe ser un indicio suficientemente plausible de la existencia de las prácticas colusorias, o, dicho en otros términos, debe ser un indicio fundado.

(...) Consecuentemente, no es suficiente el hecho de que una o alguna de las empresas que conforman las UTEs mencionadas por la Confederación Intersindical Gallega en sus escritos tengan solvencia suficiente para presentarse de manera independiente a un o alguno de los lotes objeto de licitación sino que se exige que tengan capacidad y solvencia suficiente para el conjunto de lotes de los que pretendan resultar adjudicatarios, motivo por el cual, la mesa de contratación considera que el hecho expresado por la Confederación Intersindical Gallega en sus escritos no constituye un indicio suficientemente plausible de la existencia de un



acuerdo que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación(...)

15.- En el Acta 8ª, la mesa de contratación se recoge que la mesa de contratación:

“(...) considera que, conforme a la resolución 28/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia, el indicio debe tener un nivel apropiado para llegar a una conclusión, es decir, debe ser un indicio suficientemente plausible de la existencia de las prácticas colusorias, o, dicho en otros términos, debe ser un indicio fundado. Partiendo de estas premisas, la mesa de contratación considera que, conforme la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de transportes terrestres, la Ley 2/2017, de 8 de febrero, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación así como la Ley 15/2007, de 3 de julio de defensa de la competencia; la participación en una licitación pública de una unión y/o agrupación de empresarios no solo no está prohibida normativamente sino que estos acuerdos de cooperación entre empresas no constituyen per se un acuerdo anticompetitivo, sancionado por las normas de competencia, tal y como si deriva de la Resolución de 12 de noviembre de 2019 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Expediente S/0010/19, ITV Comerciales en Carretera), debiendo realizarse un análisis caso por caso”

16.- Con todo, la LDC tipifica tres conductas prohibidas. Los acuerdos colusorios (artículo 1 LDC), el abuso de posición de dominio (artículo 2 LDC) y el falseamiento de la competencia por actos desleales (artículo 3 LDC). Dichos preceptos son los únicos que desde la perspectiva de la defensa de la competencia pueden aplicarse para enjuiciar conductas anti competitivas. Así, en la Resolución de 12 de noviembre de 2019, en el Expte. S/0010/19, ITV COMERCIALES EN CARRETERA, en relación con las UTE´s expone que:

“Resulta evidente que la creación de una UTE no constituye per se un acuerdo anticompetitivo, sancionado por las normas de competencia y debe realizarse un análisis caso por caso. La Comisión Europea en sus Directrices sobre la aplicabilidad de él artículo 101 de él TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal, incluye este tipo de acuerdos asociativos, bajo determinadas circunstancias, la los efectos de considerarlos contrarios a las normas de competencia, (apartado 237)”.



17.- La anteriormente referida resolución de la CNMC recoge el que frente lo que se ven conociendo como el **“Test de la capacidad”** o **“test de indispensabilidad”**, segundo *lo cual, cuando las empresas que deciden ir en UTE tuvieran capacidad individual para afrontar la licitación*, se podría estar ante una utilización ilícita de la UTE, tenemos el criterio de la jurisprudencia que parece dar más validez al **“Test de la razonabilidad empresarial”** que valora no tanto la presumible capacidad para ir o no individualmente o en UTE, sino la razonabilidad empresarial que debería sustentar la decisión de ir en UTE.

Así se han interpretado la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2021 que ratifica la sentencia del TSJ de Cataluña nº 812/2019, de 15 de octubre, de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso contencioso-administrativo 173/2016) que, su vez, anulaba la resolución sancionadora de la ACCO en el asunto Fisiogestión del año 2016.

18.- La SUBDIC en su propuesta de archivo, concluye que (...) *los elementos de cargo son las apreciaciones subjetivas de los denunciantes, no licitadores, basadas en la dimensión formal de las empresas respecto de las que finalmente elevó su denuncia a las Autoridades de Competencia (en los actas se recogen denuncias respecto de otras UTEs que concurrieron al mismo concurso), frente a lo que debe valorarse básicamente los propios pronunciamientos de contratación a la vista de los alegatos presentados en su día, a requerimiento de la misma, y ya con posterioridad los que esas mismas empresas presentaron a requerimiento de esta SUBDIC.(...) no pueden considerarse en modo alguno las sospechas como indicios, máxime cuando la documentación que obra en el expediente no es verosímil, no solo atendiendo al citado “test de capacidad”, sino también al “test de racionalidad económica”, que ninguna de las UTEs presentadas y, por lo tanto las denunciadas, habían sido legítimas desde la perspectiva de la competencia, al no apreciarse bases suficientes como para construir una evidencia(...)*

19.- Como consecuencia de todo el expuesto, este Pleno considera que no existen indicio de infracción de la LDC por parte de las empresas referidas en su constitución en UTEs, por lo que procede a la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones sucesivas a consecuencia de las denuncias presentadas, eso sin perjuicio de que a la vista de

nueva información o datos que pudieran acreditar una conducta contraria a la LDC, pudiera iniciarse una nueva investigación.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Pleno de la Comisión gallega de la Competencia,

RESUELVE

Primero.- Archivar sin incoación de un procedimiento sancionador las actuaciones desarrolladas en virtud de las denuncias presentadas por D. XXXXXX, por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALLEGA (CIG) y por TRAVIESO CONSULTORES DE GESTIÓN Y SOFTWARE DE TRANSPORTE DE VIAJEROS, S. L., y las presentadas anónimamente también ante la CNMC identificadas cómo IR 11/2020, 12/2020, 21/2020 y 7/2021, sin perjuicio de que la aparición de nueva información al respecto pudiera dar lugar a nuevas actuaciones y, en su caso, a una valoración diferente de los hechos.

Segundo.- Se le comunique esta resolución a la Subdirección de Investigación y a los denunciantes y denunciados en el expediente, haciendo saber que a misma ponen fin a vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el plazo de dos meses a contar desde la notificación.