

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

En Pleno:

D. Ignacio López-Chaves Castro, Presidente.

D. Daniel Neira Barral, vogal/Secretario.

Dona. M^a Teresa Cancelo Márquez, Vogal

Santiago de Compostela, a 22 de outubro de 2021

A Comisión Galega da Competencia (CGC) coa composición arriba indicada e sendo relator D. Daniel Neira Barral, dita a presente Resolución en relación co expediente IR 11/2020, IR 12/2020 e IR 21/2020 -Transporte de viaxeiros por estrada 2: UTES pola posible existencia de prácticas prohibidas pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC)

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Que con data **21 de xaneiro de 2020** recibíuse na Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia (CNMC) unha denuncia de D. XXXXXX, en nome e representación de **HEDEGASA S.L.** na que se argumentaba a presunta existencia de irregularidades nos pregos de condicións das licitacións da Xunta de Galicia para o servizo de transporte de viaxeiros por estrada en Galicia, que poderían, na súa opinión, constituír unha infracción da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC).

Segundo.- Que con data **4 de febreiro de 2020**, a **CNMC** remitiu a esta Comisión Galega da Competencia a denuncia presentada coa referencia 155 GAL 01-06/20 TRANSPORTE VIAJEROS POR CARRETERA, en cumprimento do disposto no artigo 2.2 da Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de Coordinación das Competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de Defensa da Competencia.

Terceiro.- Que, de acreditarse a existencia dunha práctica prohibida pola LDC, a competencia para a tramitación, no seu caso, dun expediente sancionador ao abeiro da normativa de Defensa da Competencia correspondería á Comisión Galega da Competencia (CGC) por ser de aplicación exclusiva no ámbito territorial da Comunidade Autónoma de Galicia.

Cuarto.- Que, con data **8 de abril de 2020**, a **Subdirección Xeral de Investigación (SUBDIC)** acordou elevar ao Pleno da CGC unha proposta de arquivo sen incoación do procedemento sancionador nas súas dilixencias de información reservada IR 1/2020 TRANSPORTE VIAXEIROS POR ESTRADA, ao non apreciar indicios de práctica prohibida pola LDC.

Quinto.- Que, con data **1 de xullo de 2020**, o **Pleno da CGC** ditou a súa Resolución n.º 2/2020 – TRANSPORTE VIAXEIROS POR ESTRADA, na que resolveu non incoar expediente sancionador e, conseguintemente, archivar as actuacións iniciadas pola Subdirección de Investigación co referido número IR 1/2020 TRANSPORTE VIAXEIROS POR ESTRADA.

Sexto.- Que, con data **23 de xullo de 2020** a **CNMC** remitía a **SUBDIC**, como ampliación do expediente de asignación referencia 155 GAL 01-06/20 TRANSPORTE VIAJEROS POR CARRETERA, por unha nova denuncia presentada por D. XXXXXX contra a licitación efectuada pola Xunta de Galicia para a concesión do servizo público de transporte, denominada "Contrato de concesión de Servizo Público de Transporte regular de viaxeiros de uso xeral por estrada (Lotes XG-800 a XG-891). Expediente 1/2020 DXM", así como a concorrencia por medio de **UTE do GRUPO MONBÚS e do GRUPO ALSA**.

Sétimo.- Que con datas **26 de agosto de 2020 e 3 de setembro de 2020** recibíronse na CNMC ámbolos dous escritos de D. XXXXXX, en nome e representación da **CONFEDERACIÓN**

INTERSINDICAL GALEGA (CIG), nos que se denuncia o xa referido expediente de contratación da Xunta de Galicia, Ref.: 1/2020 DXM, por prácticas do GRUPO MONBÚS (en adiante, MONBÚS) que poderían constituír unha infracción da LDC, relativas ás condicións para a subrogación do persoal nos distintos lotes da licitación.

Oitavo.- Que con data **17 de setembro de 2020**, a **CNMC** remitía a esta Comisión Galega da Competencia os escritos que tivera recibido respecto das referidas licitacións de transporte convocadas pola Xunta de Galicia, considerándoos novamente como ampliación da asignación do caso identificado pola CNMC como Ref.: 155 GAL 01-06/20 TRANSPORTE VIAJEROS POR CARRETERA. Por parte da SUBDIC abríronse dilixencias de información reservada identificadas cos números IR 11/2020, Licitacións DXM e IR 12/2020, Denuncia contra Alsa e Monbús.

Noveno.- Que con data **10 de decembro de 2020**, D. XXXXXX, en nome e representación da mercantil **TRAVIESO CONSULTORES DE GESTIÓN Y SOFTWARE DE TRANSPORTE DE VIAJEROS, S. L.** (en adiante TRAVIESO), presentou denuncia contra **AUTOMÓVILES DE LUARCA, S. A. (Grupo ALSA) y contra MONBUS, S. L.**, con motivo da licitación 1/2020-DXM.

Dez.- Como consecuencia de todo o anterior e co obxecto de coñecer a realidade dos feitos, e para determinar se poden existir indicios de infracción, a Subdirección de Investigación (SUBDIC) , de conformidade co disposto no artigo 49.2 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC), acordou levar a cabo as actuacións e estudos pertinentes.

Once.- Que dada a íntima relación dos feitos denunciados que, en substancia, xiran no eido de posibles irregularidades na constitución das diversas UTEs coas que as empresas ou grupos MONBUS e ALSA concorreron ás diversas licitacións públicas que se desenvolveron co obxectivo de renovar as concesións de transporte regular de viaxeiros en Galicia, as **tres referidas informacións reservadas, identificadas cos números IR 11/2020, 12/2020 e 21/2020, desenvolvéronse de feito paralelo e complementario efectuándose desde a SUBDIRC** requirimentos tanto ás empresas afectadas, como a propia Dirección Xeral de Mobilidade, da Consellaría de Infraestruturas e Mobilidade, da Xunta de Galicia.

Doce.- Con datas **8 e 9 de marzo de 2021** recibíronse na Dirección de Competencia da CNMC **cinco novas denuncias, neste caso anónimas**, referentes tamén ás licitacións para a contratación de servizo de transporte de viaxeiros por estrada en Galicia, acerca de feitos que poderían constituír unha infracción da LDC; concretamente, se denunciaba novamente ao GRUPO MONBÚS pola constitución fraudulenta de UTES e a XUNTA DE GALICIA por establecer nos pregos das licitacións lotes moi grandes, que limitan a participación das Pemes e benefician ao referido Grupo. Estas denuncias, identificadas como 166-GAL-02-16/21 LICITACIONES TRANSPORTE VIAJEROS GALICIA, foron sometidas á asignación pola CNMC atribuíndolle a competencia para o seu coñecemento segundo o previsto na xa citada lei 1/2002 á Comisión Galega da Competencia que as examinou e incorporou á presente proposta coa identificación IR 7/2021.

Trece.- Con data **15 de xullo de 2021** a Subdirección Xeral de Investigación (SUBDIC) acorda poñer fin ás indagacións desenvoltas e propor ao Pleno o arquivo das devanditas actuacións en virtude das denuncias presentadas pola CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) e por TRAVIESO CONSULTORES DE GESTIÓN Y SOFTWARE DE TRANSPORTE DE VIAJEROS, S. L., e as presentadas anonimamente tamén ante a CNMC identificadas como IR 11/2020, 12/2020, 21/2020 e 7/2021, sen prexuízo de que a aparición de nova información ao respecto puidera dar lugar a novas actuacións e, no seu caso, a unha valoración diferente dos feitos.

FEITOS DENUNCIADOS

A denuncia obxecto deste expediente foi valorada polo Pleno Comisión Galega da Competencia (CGC) partindo dos feitos consignados na súa proposta de arquivo pola Subdirección Xeral de Investigación (SUBDIC).

En concreto, no presente caso, as denuncias presentadas aluden, por unha banda a un suposto acordo para repartirse o mercado que sustentaría as UTEs constituídas polas empresas denunciadas (MONBÚS e ALSA), mesmo coa participación de ámbalas dúas empresas denunciadas nunha mesma UTE ou por separado. Isto é, se cuestionan, non soamente aquelas nas que cada

unha puidera participar, senón aquelas nas que o fixeron de forma conxunta ou presuntamente decidiron non concorrer.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO: COMPETENCIA.-

1º.- Con carácter preliminar é preciso destacar que conforme ao artigo 26.1, do Decreto 118/2016, do 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e se aproban os seus estatutos, a Comisión Galega da Competencia, como órgano colexiado independente, adscrito ao Instituto Galego do Consumo e da Competencia, é a encargada, 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, do 21 de febreiro, de coordinación de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia.

2º.- O artigo 1 LDC establece que *“prohíbese todo acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela, que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia en todo ou parte do mercado nacional...”*

3º.- Pola súa banda, o artigo 5 LDC establece que *“as prohibicións recollidas nos artigos 1 a 3 da presente Lei non se aplicarán a aquelas condutas que, pola súa escasa importancia, non sexan capaces de afectar de maneira significativa á competencia...”*

4º.- O artigo 26.1 e 2, letra a) dos citados estatutos dispoñen que :

“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.

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.”

5º.- Que conforme ao artigo 36 dos EIGCC, nos seu apartados 1 e 2, letra a):

“1. A Subdirección Xeral de Investigación é a unidade encargada da instrución dos expedientes previstos neste decreto na materia de defensa da competencia.

2. En particular, a Subdirección Xeral de Investigación é a unidade competente para:

a) Instruír e elevar a correspondente proposta de resolución dos expedientes sobre condutas restritivas da competencia prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, consonte os procedementos establecidos na Lei 15/2007, de defensa da competencia, e no regulamento aprobado polo Real decreto 261/2008, do 22 de febreiro, ou na normativa que os substitúa ”

6º.- Que, en relación co disposto no punto anterior e no que atinxe ao Pleno da Comisión Galega da Competencia, o artigo 33, dos referidos Estatutos e no relativo ás súas funcións, dispónse o seguinte:

“1. O Pleno da Comisión Galega da Competencia é o órgano colexiado de decisión en relación coas funcións da comisión en materia de competencia previstas no presente decreto.

2. En particular, o Pleno da Comisión Galega da Competencia é o órgano competente para:

(...)

b) Resolver, por proposta da Subdirección Xeral de Investigación, os procedementos sobre condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, de acordo coas previsións contidas no presente decreto, incluída a aplicación do sistema de clemencia dos artigos 65 e 66 da mesma lei e a súa normativa de desenvolvemento.”

SEGUNDO: OBXECTO DA RESOLUCIÓN.-

1º.- O artigo 49.2 LDC prevé que ante a noticia da posible existencia dunha infracción da lexislación de competencia, a Subdirección de Investigación da CGC pode realizar unha información reservada, co fin de determinar con carácter preliminar se concorren as circunstancias que xustifiquen a incoación dun expediente sancionador, conforme ao procedemento establecido na Lei de Defensa da Competencia. Verificada, no seu caso, a información reservada, o artigo 49.3 LDC prevé que o Pleno, tras recibir a correspondente proposta da Subdirección Xeral de Investigación, poderá acordar a non incoación dos procedementos derivados da presunta realización das condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 LDC e acordar o arquivo das actuacións cando considere que non existen indicios de infracción da lexislación de competencia.

2º.- No presente caso, tense por obxecto esclarecer a veracidade dos feitos das denuncias presentadas ou dos que se puidera ter noticia e a súa posible tipificación entre as condutas prohibidas pola LDC, debendo concluírse de xeito tal que o Pleno do organismo poda pronunciarse sobre a mesma, ben trala instrución do oportuno expediente sancionador, ben, en caso de non apreciarse existencia de indicios de práctica prohibida, elevando ao citado órgano unha proposta de arquivo que lle permita pronunciarse sobre a súa existencia.

3º.- Que no presente caso, os feitos obxecto son as diversas denuncias recibidas que tiñan un contido e finalidade común na denuncia de posibles prácticas non competitivas contrarias ao artigo 1 LDC por parte de diferentes empresas dos grupos ALSA e MONBÚS que terían concurrido en diversas Unións Temporais de Empresas (UTE) a diversos lotes dos expedientes de licitación convocados pola Dirección Xeral de Mobilidade.

TERCEIRO. – VALORACIÓNS DO PLENO.-

1.- O transporte terrestre regúlase pola Lei 16/1987, do 30 de xullo, de Ordenación dos Transportes Terrestres (LOTT), modificada, entre outras, pola Lei 9/2013, do 4 de xullo, e o seu Regulamento de desenvolvemento, aprobado por Real Decreto 1211/1990, do 28 de setembro (ROTT), completando,

tamén entre outras disposicións, pola Orde FOM/1230/2013, do 31 de maio, pola que se establecen normas de control en relación cos transportes públicos de viaxeiros por estrada.

2.- De acordo con este marco normativo xeral, os transportes terrestres por estrada clasifícanse, por razón do seu obxecto, en transporte de viaxeiros e as súas equipaxes en vehículos acondicionados a tal fin, e o transporte de mercadorías; e segundo a súa natureza, en públicos e privados: son transportes públicos aqueles que levan a cabo por conta allea a cambio dunha retribución económica, e son transportes privados aqueles que levan a cabo por conta propia para satisfacer necesidades particulares, ou como complemento a outra actividade realizada por unha empresa ou establecemento do mesmo suxeito.

3.- Que por razóns de interese público e seguridade viaria, a prestación do transporte público de viaxeiros por estrada está suxeito a autorización administrativa, establecendo *o artigo 22 da LOTT que é necesario obter previamente unha licenza ou autorización de transporte público que habilite para a realización desta clase de transporte.*

4.- Respecto do transporte público de viaxeiros por estrada, de acordo co artigo 64 da LOTT distínguese entre:

- a) o transporte regular, que se efectúa dentro de itinerarios preestablecidos e con suxeición a calendarios e horarios prefixados (liñas regulares de autobuses), e
- b) o transporte discrecional, que leva a cabo sen suxeición a itinerario, calendario nin horario preestablecido.

5.- Que tendo en conta a súa utilización, conforme ao artigo 67 LOTT, o transporte público regular de viaxeiros pode ser de uso xeral que teñen o carácter de servizos públicos de titularidade da Administración Pública. Como regra xeral, a prestación dos mencionados servizos de uso xeral levará a cabo pola empresa á que a Administración adxudique o correspondente contrato de xestión de servizo público. En todo caso, o adxudicatario deberá ser titular da autorización de transporte público de viaxeiros, regulada no artigo 42 da LOTT, ou de uso especial, destinado a servir a un grupo específico de usuarios, como escolares, traballadores, militares ou grupos homoxéneos similares e de acordo co disposto no artigo 89 da LOTT, unicamente poderán prestarse cando se

conte ademais cunha autorización especial que habilite para iso, outorgada pola Administración. Dita autorización especial só poderá ser outorgada a unha persoa, física ou xurídica, que previamente sexa titular da autorización de transporte público de viaxeiros regulada no artigo 42 da LOTT.

6.- Que o desenvolvemento do Plan de transporte público de Galicia esixía adoptar medidas transitorias que permitisen garantir a continuidade na explotación das concesións ata a implantación do mesmo. A tal obxecto, a Lei 16/2010 estableceu como medida transitoria a obrigatoriedade para o prestador do servizo, de continuar coa explotación da concesión, o que se produciría sen necesidade de requirimento previo por parte da Administración. Se o prestador do servizo renunciaba a continuar coa explotación no citado prazo dos 15 días, mantería, en calquera caso, a continuidade na prestación dos servizos como obrigação de servizo público nos termos establecidos no artigo 97.3 do Real Decreto 1211/1990, do 28 de setembro, polo que se aproba o Regulamento de ordenación dos transportes terrestres, durante o prazo máximo de 12 meses, a contar desde a data da renuncia, prazo no que a Dirección Xeral con competencias en materia de transportes procedería á adxudicación directa do servizo de acordo co Regulamento (CE) núm. 1370/2007.

7.- Como se infire da información remitida pola Dirección Xeral de Mobilidade, a requirimento da SUBDIC, a Dirección Xeral de Mobilidade levou a cabo a esixida renovación completa de todo o mapa concesional en base ao que se prestan os servizos de transporte público regular de viaxeiros de uso xeral por estrada de titularidade autonómica, para dar cumprimento ao previsto no xa citado Plan de Transporte Público de Galicia.

8.- Que esa renovación contractual levouse a cabo a través de 3 expedientes de contratación diferenciados, que foron os seguintes:

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

9.- Que este Pleno, coincide coa SUBDIC cando considera esencial destacar, con carácter preliminar a calquera outra consideración relativa aos feitos denunciados que o proceso desenvolvido en Galicia, maila que pendente de rematar no que se refire a unha parte dos servizos

de transporte escolar aínda pendente de licitar, supuxo a necesaria apertura da competencia do mercado dos servizos regulares de transporte por estrada en Galicia, e deste xeito, o sometemento do proceso ás regras da contratación pública previstas na LCSP e á competencia. Un feito tan inequivocamente positivo esixe que o poder adxudicador controle e supervise asemade o obrigado cumprimento e o axuste á legalidade da execución dos contratos asinados, tarefa que se estima tan esencial como a propia licitación desenvolvida, garantíndose que as condicións nos que os servizos foron adxudicados se cumpran e non se producen abusos no exercicio das facultades atribuídas aos concesionarios, sendo preciso lembrar neste intre a coñecida doutrina da “especial responsabilidade” do operador ou operadores que consonte distribúese o mercado podan considerarse, no seu caso, como dominantes.

10.- Asemade, este Pleno constata, que en base o control do procedemento de adxudicación dos expedientes anteriormente referidos, e trala información remitida polo SUBDIC, que foi informada pola Dirección Xeral de Mobilidade, permítese constatar que os procedementos de licitación da DXM foron sometidos a un intenso control tanto polas mesas de contratación, na que se suscitaron estes feitos denunciados ante esta Autoridade de competencia, así como polos órganos administrativos especializados, Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (TACGal), como por órganos xudiciais, tanto en recursos contra resolucións do propio (TACGal), e mesmo pronunciamentos xudiciais contra numerosos acordos do poder adxudicador.

11. A concorrencia en Unións Temporais de Empresas (UTES) é unha posibilidade cuxa lexitimidade encontrase amparan tanto na Lei Contratos Sector Público como nas Directivas das que trae causa. Deste xeito, o punto de partida da nosa análise é que as UTES son un instrumento lexítimo no marco da contratación pública que, non obstante, pode presentar problemas desde a perspectiva da libre competencia, o cal esixe unha análise ponderada ante un eventual conflito.

12.- No presente caso, na orixe das informacións reservadas 11/2020, 12/2020, 21/2020 e 7/2021 non se atopa ningunha comunicación remitida nin pola mesa de contratación, nin polo órgano de contratación, senón que, as diversas denuncias presentadas, son por un particular, D. XXXXXXr, un sindicato, a CIG, unha empresa, TRAVIESO e por denunciante anónimo que remiten as súas denuncias ao rexistro previsto ao efecto pola CNMC.

13.- Consta nas actas aportadas (especialmente a Acta 7ª, do 14 de agosto de 2020, onde examináronse escritos de distintos actores) como a mesa de contratación requiriu aos referidos grupos, MOMBÚS e ALSA, durante a tramitación do expediente e aos efectos previstos no citado artigo 69 LCSP, non considerando que existiran indicios de colusión, polo que non enviou comunicación algunha ás autoridades de competencia aos efectos previstos no artigo 132 LCSP.

14.- En concreto, na citada Acta 7ª deixouse constancia da análise efectuada pola mesa de contratación dos referidos escritos:

“(...) Da análise destes mandatos derivase que, ben á mesa de contratación ben ao órgano de contratación, correspóndelle comunicar ao órgano competente en materia de competencia calquera indicio da existencia dun acordo, decisión ou recomendación práctica concertada ou conscientemente paralela entre os licitadores que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia no proceso de contratación. Asemade, tamén considera que, consonte á resolución 28/2018 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia, o indicio debe ter un nivel apropiado para chegar a unha conclusión, é dicir, debe ser un indicio suficientemente plausible da existencia das prácticas colusorias, ou, dito en outros termos, debe ser un indicio fundado.

(...) Consecuentemente, non é suficiente o feito de que unha ou algunha das empresas que conforman as UTEs mencionadas pola Confederación Intersindical Galega nos seus escritos teñan solvencia suficiente para presentarse de xeito independente a un ou algún dos lotes obxecto de licitación senón que se esixe que teñan capacidade e solvencia suficiente para o conxunto de lotes dos que pretendan resultar adxudicatarios, motivo polo cal, a mesa de contratación considera que o feito expresado pola Confederación Intersindical Galega nos seus escritos non constitúe un indicio suficientemente plausible da existencia dun acordo que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia no proceso de contratación(...)

15.- Na Acta 8ª, a mesa de contratación recóllese que a mesa de contratación:

“(...) considera que, consonte á resolución 28/2018 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia, o indicio debe ter un nivel apropiado para chegar a unha conclusión, é dicir, debe ser un indicio suficientemente



plausible da existencia das prácticas colusorias, ou, dito en outros termos, debe ser un indicio fundado. Partindo destas premisas, a mesa de contratación considera que, consonte a Lei 9/2017, de 8 de novembro, a Lei 16/1987, de 30 de xullo, de ordenación de transportes terrestres, a Lei 2/2017, de 8 de febreiro, de medidas fiscais, administrativas e de ordenación así como a Lei 15/2007, de 3 de xullo de defensa da competencia; a participación nunha licitación pública dunha unión e/ou agrupación de empresarios non só non está prohibida normativamente senón que estes acordos de cooperación entre empresas non constitúen per se un acordo anticompetitivo, sancionado polas normas de competencia, tal e coma se deriva da Resolución de 12 de novembro de 2019 da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (Expediente S/0010/19, ITV Comerciales en Carretera), debendo realizarse un análise caso por caso”

16.- Con todo, a LDC tipifica tres condutas prohibidas. Os acordos colusorios (artigo 1 LDC), o abuso de posición de dominio (artigo 2 LDC) e o falseamento da competencia por actos desleais (artigo 3 LDC). Ditos preceptos son os únicos que desde a perspectiva da defensa da competencia poden aplicarse para axuizar condutas anti competitivas. Así, na Resolución do 12 de novembro de 2019, no Expte. S/0010/19, ITV COMERCIALES EN CARRETERA, en relación coas UTE´s expón 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 del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal, incluye este tipo de acuerdos asociativos, bajo determinadas circunstancias, a los efectos de considerarlos contrarios a las normas de competencia, (apartado 237)”.

17.- A anteriormente referida resolución da CNMC recolle o que fronte o que se ven coñecendo como o **“Test da capacidade”** ou **“test de indispensabilidade”**, segundo o *cal, cando as empresas que deciden ir en UTE tiveran capacidade individual para afrontar a licitación*, poderíase estar ante unha utilización ilícita da UTE, temos o criterio da xurisprudencia que parece dar máis validez ao **“Test da razoabilidade empresarial”** que valora non tanto a presumible capacidade para ir ou non individualmente ou en UTE, senón a razoabilidade empresarial que debería sustentar a decisión de ir en UTE.



Así se teñen interpretado a sentenza do Tribunal Supremo do 15 de marzo de 2021 que ratifica a sentenza do TSJ de Cataluña nº 812/2019, do 15 de outubro, da Sección 5ª da Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso contencioso-administrativo 173/2016) que, a súa vez, anulaba a resolución sancionadora da ACCO no asunto Fisioxestión do ano 2016.

18.- A SUBDIC na súa proposta de arquivo, conclúe que (...) *os elementos de cargo son as apreciacións subxectivas dos denunciante, non licitadores, baseadas na dimensión formal das empresas respecto das que finalmente elevou a súa denuncia ás Autoridades de Competencia (nas actas recóllense denuncias respecto doutras UTEs que concorreron ao mesmo concurso), fronte ao que debe valorarse basicamente os propios pronunciamentos de contratación á vista das alegacións presentadas no seu día, a requirimento da mesma, e xa con posterioridade os que esas mesmas empresas presentaron a requirimento desta SUBDIC.(...) non poden considerarse en modo algún as sospeitas como indicios, máxime cando a documentación que obra no expediente non é verosímil, non só atendendo ao citado “test de capacidade”, senón tamén ao “test de racionalidade económica”, que ningunha das UTEs presentadas e, polo tanto as denunciadas, foran lexítimas desde a perspectiva da competencia, ao non apreciarse bases suficientes como para construír unha evidencia(...)*

19.- Como consecuencia de todo o exposto, este Pleno considera que non existen indicios de infracción da LDC por parte das empresas referidas na súa constitución en UTEs, polo que procede á non incoación do procedemento sancionador, así como o arquivo das actuacións seguidas como consecuencia das denuncias presentadas, iso sen prexuízo de que á vista de nova información ou datos que puidesen acreditar unha conduta contraria á LDC, puidese iniciarse unha nova investigación.

Na súa virtude, vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación, o Pleno da Comisión galega da Competencia,

RESOLVE

Primeiro.- Arquivar sen incoación dun procedemento sancionador as actuacións desenvoltas en virtude das denuncias presentadas por D. XXXXXX, pola CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) e por TRAVIESO CONSULTORES DE GESTIÓN Y SOFTWARE DE TRANSPORTE DE VIAJEROS, S. L., e as presentadas anonimamente tamén ante a CNMC identificadas como IR 11/2020, 12/2020, 21/2020 e 7/2021, sen prexuízo de que a aparición de nova información ao respecto puidera dar lugar a novas actuacións e, no seu caso, a unha valoración diferente dos feitos.

Segundo.- Comuníquesele esta resolución á Subdirección de Investigación e aos denunciados e denunciados no expediente, facendo saber que a mesma pon fin a vía administrativa e que poden interpor contra ela recurso contencioso-administrativo ante a Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia no prazo de dous meses a contar dende a notificación.