

ACTUACIÓN XUNTA DE GALICIA RESPECTO A LAS DENUNCIAS DE COLUSIÓN A ALSA Y MONBUS

A LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

ANTECEDENTES

Por diversas empresas, particulares y un sindicato de trabajadores se presentaron denuncias por la posible infracción en materia de colusión por los Grupos Alsa y Monbus con ocasión de los concursos de las concesiones XG-800 y siguientes de la Xunta de Galicia.

Dichas denuncias se basaban en la existencia de hechos que configuran una situación de presunción iuris tantum de colusión, conforme establecen los protocolos de actuación y los criterios de enjuiciamiento de los órganos de defensa de la competencia de la Comisión europea, de la CNMC y de los órganos específicos de las CCAA encargados de esta materia.

No obstante, en el momento de formalizar la denuncia se desconocían datos que sólo obraban en poder de la Dirección General de Movilidad de la Xunta de Galicia y que no eran de dominio público como, por ejemplo, la participación porcentual de cada grupo en los lotes en que concurrieron en UTE.

A raíz de dichas denuncias se inició un expediente por la Comisión Gallega de la Competencia que terminó en un archivo provisional, con la salvedad expresada por dicho órgano de que el archivo se realizaba: "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".

Pues bien, el posterior acceso al expediente refuerza el convencimiento general y de esta Asociación en particular de que existe colusión, por los motivos que se expondrán en este escrito.

Entendemos por ello que la Comisión Gallega de la Competencia (CGC en adelante) no ha alcanzado a valorar la significación de los hechos en el contexto del mercado del transporte de viajeros y de las características y condiciones de los dos grupos y de los contratos licitados **y que el archivo provisional genera un daño importante al mercado del transporte y conculca los principios reguladores de la normativa de competencia, que**

Lo cual exige reabrir la investigación, ya que el archivo del expediente por parte de la

Comisión Gallega de la Competencia (la Comisión en adelante) se caracteriza:

1.- Por su extraordinaria concisión

La cuestión que suscitan las denuncias presentadas ante la Comisión representan una gran amenaza potencial a la Competencia en el sector del transporte de viajeros por carretera en Galicia inicialmente, pero no solo en Galicia, también a escala nacional.

Por una parte porque la colusión denunciada representa un grave atentado a las normas de competencia, especialmente cuando quienes están presuntamente incurso en ella son los dos grupos más importantes del sector.

Y, por otra, porque la concentración de contratos entre los dos grupos, en parte debido a las prácticas denunciadas, configura ya en la actualidad un oligopolio con capacidad de condicionar el mercado, como en la práctica está ocurriendo, provocando una cierta alarma social y al generar un poder de mercado consolidado por las integrantes de esas UTE's más de tres veces superior al umbral del 15% que la Comunicación "de minimis" de la Comisión considera una posición de dominio peligrosa para la competencia.

Una denuncia en este contexto requeriría el mayor esfuerzo de comprobación y análisis de los órganos encargados de su control y una aclaración exhaustiva de todas las sospechas con contestación concreta a los indicios de colusión mencionados por los denunciantes.

La Resolución exculpatoria es, por el contrario, incomprensiblemente concisa. La Comisión despacha el más trascendente caso que se le ha planteado en su breve historia en lo que al sector del Transporte de viajeros se refiere, con 15 páginas de las cuales la mayor parte carecen de valor sustancial.

Así, de las 15 páginas de la Resolución, las 12 primeras tienen un carácter meramente ritual y de referencias a antecedentes de las licitaciones que no aportan nada y, además, desenfocan el marco de análisis que debería haberse centrado en la configuración de los lotes y las exigencias de los mismos a los licitadores para valorar el significado y alcance, en términos de la competencia, de las acciones y omisiones de los concursantes, en relación con unas prácticas colusorias llevadas a cabo en el contexto de la licitación de transportes concesionales dependientes de la Consellería de Obras Públicas y Movilidad que suponen la principal fuente de ingresos de las empresas que operan en el mercado gallego. El resultado que se desprende de las adjudicaciones de las 129 concesiones otorgadas por dicha Consellería es que las dos empresas que han evidenciado un acuerdo colusorio en el último concurso controlan entre las dos casi 34

partes de este mercado que representa una facturación superior a los 1.200 Millones de euros en los próximos 10 años, de modo que se puede afirmar que entre los dos grupos ostentan una posición de dominio que condiciona completamente el mercado gallego del transporte de viajeros.

A su vez, la página 12 se limita a transcribir las valoraciones de la Mesa de Contratación respecto a las denuncias de colusión, algo difícilmente comprensible en cuanto la defensa de la competencia y la persecución de las posibles infracciones a la misma se residencian en la Comisión, careciendo la Mesa de contratación de la competencia y el conocimiento para pronunciarse con fundado criterio sobre la existencia de colusión.

Más sorprendente aún es que la Comisión eleve prácticamente a criterio de autoridad los párrafos de la Mesa de Contratación incluidos en los puntos 14 y 15 de las referidas páginas en las que lo que trasciende es un “blanqueamiento” de las dos multinacionales denunciadas a través de un insidioso procedimiento consistente en eludir las cuestiones de fondo; magnificar obviedades absolutamente irrelevantes; refutar denuncias no formuladas y aceptarse por la Comisión tales manipulaciones de la denuncia como justificación o apoyo de la exculpación.

Igualmente llamativo es que el órgano especializado en la lucha contra las prácticas contrarias a la competencia participe de esta ceremonia de la confusión reproduciendo la técnica de desnaturalizar la denuncia reduciéndola a una caricatura que se limita a justificar que la concurrencia en UTE a las licitaciones es una práctica legal y contemplada en el Pliego del concurso.

Se omite, por ejemplo, analizar que las dos multinacionales no sólo participaron en UTE en 5 lotes, sino que todo apunta a que evitaron competir entre sí en el resto.

Aunque la validez de las Resoluciones no viene determinada por la extensión de las mismas, no puede sino considerarse alarmante la parquedad de la Resolución y la extraña poca profundidad en el análisis, en evidente contraste con otros pronunciamientos de ese mismo Órgano en materia de transportes o la extensión y profundidad de los análisis que sustentan las decisiones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

2.- Por la falta de profundidad de análisis

Más grave es que las telegráficas referencias a la cuestión de fondo de la denuncia puedan interpretarse como una negativa a analizar en detalle las cuestiones de fondo que se citan en las denuncias y que no son imaginaciones de mentes calenturientas sino indiscutibles indicios de colusión.

Podría parecer que el órgano de contratación ha actuado en el presente caso más como abogado defensor de los denunciados que como promotor de la competencia y defensor de la legalidad de la contratación pública, desviando el foco de la denuncia que no era, obviamente, la concurrencia en UTE sino las circunstancias concretas de las dos multinacionales que hacen cuanto menos sospechosas de colusión su estrategia de presentación en UTE en 5 lotes y por separado, sin competir entre sí, en otros 16 lotes diferenciados.

Una actuación que contrasta con la actuación habitual de ese órgano que ha aplicado las presunciones de colusión establecidas en las Guías oficiales de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC en adelante) como fundamentación de sus resoluciones condenatorias, extendiéndose ampliamente sobre la configuración de una presunción de colusión que invierte la carga de la prueba, forzando no ya al órgano de defensa de la competencia a probar la culpabilidad, sino al acusado a demostrar su inocencia aportando pruebas concluyentes de que los indicios carecen de significado en términos de colusión.

3.- Por su carácter tributario de la Consellería

Los órganos de contratación no tienen como cometido primario la defensa de la competencia, ni cuentan normalmente con especialistas en la materia. Es por ello que la normativa de contratación les obliga a referir cualquier sospecha en esta materia al órgano que mejor puede combatir las prácticas contrarias a la competencia.

Sin embargo en el caso presente la Mesa de Contratación acordó el archivo de las denuncias sin dar parte a la CGC, lo que constituye una anomalía en términos legales y de la praxis consolidada de las Mesas que de forma sistemática dan cumplimiento a lo establecido en el artículo 69.2 de la Lei 9/2017.

Igualmente anómalo es que, una vez recibidas las denuncias directamente, la CGC, acordase su archivo con una investigación muy limitada, sin comprobar caso por caso y en función de las circunstancias concurrentes en las empresas y en el mercado específico y sin motivación alguna, ya que se realiza por referencia a las opiniones del órgano de contratación y la mención de dos antecedentes que no sólo no servían para fundamentar el archivo, sino que establecían una doctrina que, aplicada a las UTEs de Monbus con Alsa, deberían haber determinado la apreciación de la colusión.

4.- Por la irregularidad que supone que no se analizasen las 5 UTEs compuestas por dichas empresas.

Es incomprensible, en fin, que frente a denuncias de pactos colusorios que se identificaban a través de la constitución de 5 UTE's innecesarias, el órgano de contratación sólo exigiese a los denunciados justificación respecto a 4 de ellas.

Y más todavía que la CGC que recibió posteriormente las denuncias directamente permitiese que no se pidieran explicaciones a la UTE respecto al lote XG-848.

En cuanto a los 4 lotes analizados por la CGC resulta patente que la resolución que acordó el archivo de la denuncia, carece de cualquier motivación que justifique el archivo acordado, como iremos demostrando a lo largo de este escrito, está totalmente ausente en el acuerdo de la CGC.

Recordemos que las explicaciones que esboza la CGC son, por una parte, la opinión de la Mesa de Contratación expresada en el Acta nº 8 y, por otra, dos referencias a decisiones del TACGAL y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Así:

Opinión del Órgano de Contratación

No podemos sino sorprendernos de lo inusitado que es, en este asunto, que el órgano de defensa de la competencia se remita a la opinión de legos en la materia para explicar su decisión, dicho con todo respeto para las personas, máxime teniendo en cuenta que dicho órgano fundamenta su decisión en una cita de nulo interés del TACGAL y una sentencia de imposible aplicación a efectos exculpatórios en el caso presente cual es la del caso FISIOGESTIÓN.

En cuanto a la primera, indicaba la Mesa lo siguiente:

“ 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.

En cualquier otro expediente en que no concurriesen tantos hechos inexplicables o irregularidades, la reacción que habría producido esa cita sería probablemente la de incredulidad ante la inanidad de la frase que, en su formulación descontextualizada, viene a equivaler a una proclamación de una obviedad como la de que no se puede sancionar sin tramitar un expediente contradictorio.

Pero en el marco de todos los aspectos que se destacarán a continuación constituye una primera señal de alarma respecto al tratamiento que los diversos órganos de la Administración gallega han dado a estas graves denuncias.

De entrada, cualquiera que leyese la cita del TACGAL sin remontarse a la fuente ni leerse detenidamente la resolución de dicho órgano, podría deducir -como parece ser la intención de la Mesa- que el TACGAL hubiese descartado la concurrencia de una infracción por considerar que los indicios presentes en el caso no fuesen suficientemente concluyentes.

Nada más lejos de la realidad.

Empecemos por la cita completa y sin “edición”:

“Adicionalmente, cabe tener en cuenta que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, prevé en el artículo 57.4.d) que los poderes adjudicadores **pueden excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando “tenga indicios bastante plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”**.

“Sobre el nivel de prueba la Sentencia TJUE de 17 de mayo de 2018, asunto C-531/16, también determina cómo debe hacerse ese análisis, con referencia a que **bastaba la existencia de indicios, evidentemente del nivel apropiado para llegar a una conclusión”**

Lo que el TACGAL hace, por remisión a diversas Resoluciones de la CNMC y del Tribunal de contratación pública de Madrid o Dictámenes de Juntas Consultivas, es reconocer los indicios como base de exclusión de licitadores que hubiesen concluido acuerdos que falseasen la competencia siempre que dichos indicios sean “**bastante plausibles**”. A lo que añade la sentencia del TJUE que tiene una formulación positiva “**bastaba la existencia de indicios**”

Podría parecer una pequeña diferencia de matiz, pero sus implicaciones son decisivas.

Empezando por el contexto, la Resolución del TACGAL no desestimó la concurrencia de acuerdos colusorios, sino todo lo contrario.

En base al análisis detallado de varios indicios, que explicita en 12 párrafos, acaba concluyendo que dichos indicios permiten considerar probado el acuerdo colusorio.

En cambio la Mesa de Contratación no valora los indicios, ni las alegaciones de los denunciados, sino que, de una forma muy sutil, sienta la premisa de que **el indicio** (obsérvese que se sustituye el plural “los indicios” a los que se refiere la cita, por un singular que no se corresponde con la realidad del caso de las 5 UTEs en los que los indicios son numerosos) “debe ser suficientemente plausible de la existencia de colusióndebe ser un indicio fundado” con lo que desliza el mensaje subliminal de

que esa circunstancia no se da en las denuncias.

A lo que, de forma inmediata, con la separación de un simple punto y seguido, se añade que las UTE's no están prohibidas ni constituyen per se un acuerdo anticompetitivo como se deriva de la Resolución de la CNMC en el caso ITV en carretera, concluyendo con ello el apartado 15 de la Resolución.

Con este impropio enlace de dos Resoluciones independientes, de sentido contrario y referidas a supuestos diferentes de supuesta colusión, como si fuesen los dos términos de una motivación lógica, es más fácil que se obvие lo evidente.

Por una parte que ninguna de las dos resoluciones son de aplicación para excluir la colusión de las 5 UTEs.

La del TACGAL por la razón obvia de que concluye lo contrario: la comisión de un pacto anticompetitivo evidenciado por la concurrencia de varios indicios.

La de la CNMC porque incluye un repertorio abrumador de hechos que demostraban la imposibilidad de que los miembros de la UTE hubiesen podido licitar de forma individual, mientras que, en la Resolución de archivo de la Mesa en ningún momento se analizan las circunstancias alegadas por los denunciados ni se justifica la verosimilitud de sus excusas.

En realidad es evidente que esa forzada yuxtaposición de la Resolución del TACGAL y de la de la CNMC no es inocente ni casual, sino que parece querer incrementar la credibilidad de la tesis por el efecto de refuerzo de esa agregación antinatural e ilógica de los dos antecedentes.

Un enjuiciamiento razonado y razonable de las denuncias habría llevado, con estos dos mismos antecedentes, a la conclusión contraria siempre que se hubiese realizado una mínima comprobación de los hechos con una básica actitud de cautela ante la enormidad de los elementos inculpativos.

En dicha clave, la Mesa habría partido de un hecho indiscutible como era que las dos multinacionales multiplicaban hasta 300 veces la solvencia requerida en alguno de los lotes y habría llegado inexcusablemente a la conclusión de que las alegaciones formuladas carecían de la más mínima credibilidad.

Y, a partir de esa premisa, habrían concluido que los indicios de colusión eran tan poderosos que no podían sino interpretarse como una prueba bastante plausible de colusión.

Es decir, lo contrario de lo que acordó la Mesa de Contratación.

En cualquier caso, el aspecto más escandaloso de esta manipulación de la realidad y de los antecedentes es la desnaturalización de los hechos que motivan la denuncia.

La primera “artimaña” es la devaluación de unos hechos objetivos indiscutibles como son la evidencia de que tanto Monbus como Alsa disponían de una solvencia que multiplicaba, no cada uno de los lotes considerados individualmente, sino la totalidad, es decir los 5.

Esa verdad matemática inevitablemente provoca un cambio de estatus jurídico del denunciado, que pasa de la situación de investigado -protegido por la presunción de inocencia que debe ser destruida por el acusador- a la de presunto actor de una colusión que debe probar su inocencia destruyendo los indicios o demostrando la concurrencia de las circunstancias eximentes de su responsabilidad.

Pero no es así como actúa el órgano de contratación que devalúa una situación paradigmática de colusión reduciéndola a la categoría de indicio que desecha de forma genérica, sin explicación ni razonamiento alguno basado en los hechos y circunstancias concretas del caso, como requiere la línea jurisprudencial unánime en la materia.

A dichos efectos incluso reduce a un indicio lo que son en realidad 3 evidencias.

La **primera** la ya señalada de que la menor de las dos multinacionales multiplica la solvencia requerida para concurrir en solitario a los 5 lotes y, a mayor abundamiento, era la operadora de la mayor de las 29 concesiones licitadas en ese concurso.

También se ignora, **segunda evidencia**, otra confirmación adicional cual es que cualquiera de los dos grupos recurrieron a otras PYMES - hasta 23- para concurrir a los 16 lotes restantes a los que concursaron y que ninguna de éstas 23 Pymes provocaba los problemas anticompetitivos que se dan en las 5 UTEs.

Por último, la **tercera evidencia** (realidad) acusatoria es que la conformación de las UTE's, en las que siempre hay una parte absolutamente dominante y un minoritario que aparece como miembro simbólico, impide apreciar una motivación plausible a dicha participación minoritaria que no sea la garantía de no competencia. Una evidencia -no indicio- que confirma el resultado global de los lotes que demuestra una perfecta compensación y un reparto milimétrico del mercado. ([ver Anexo I](#))

Resumiendo, no nos encontramos con un indicio, como indica la Mesa en su Acta nº 8, sino con 3 pruebas concluyentes de que la UTE era absolutamente innecesaria y, como tal, constituía un pacto anticompetitivo.

Todavía más inexplicable es la resolución de archivo de la CGC.

Porque lo que encontramos en el párrafo 15 de la Resolución de la CGC es una

reproducción acrítica de un razonamiento tan erróneo, por no decir sesgado, como el que hemos criticado anteriormente, agravado por la validación que da a la deformación del sentido y alcance del precedente de las ITV móviles citado en el Acta nº 8.

Malo es, en efecto, que la Mesa de Contratación mencionase indebidamente la Resolución absolutoria de la CNMC en el caso ITVs móviles -no alegada, por cierto, por los denunciados-, pero peor todavía es que la CGC no corrija esta desnaturalización de los hechos y de la Resolución del TACGAL.

Porque habría bastado que el órgano especializado en materia de competencia hubiese llevado a cabo una mínima comparación de los supuestos y análisis de los hechos concurrentes en el caso presente para concluir que la ratio decidendi del caso ITV llevaba inexcusablemente a la condena de estas 5 UTE's.

Pero para ello habría sido necesario que la CGC hubiese analizado detenidamente los indicios señalados en las denuncias y expresado el juicio que de ellos hacía tras una valoración de las circunstancias concurrentes. Un proceso que evidentemente estuvo ausente a la vista del texto de la Resolución de archivo.

Es así que, mientras la CNMC aborda en aquel precedente todas las circunstancias concurrentes en el caso (la condición de cada miembro de la UTE, el área geográfica cubierta por los mismos en relación a la que requería el concurso, los medios humanos y materiales y la viabilidad económica de presentarse al concurso en cualquier forma distinta a la UTE formalizada), la CGC evita abrir ese debate, obviando las denuncias y aceptando de forma acrítica las pobres excusas aducidas por los denunciados.

En su lugar, sustituye dicha inevitable tarea por una transcripción del Acta nº 8 de la Mesa de contratación en los apartados (15) y (16), con una importante particularidad que hace todavía más inexplicable ese alineamiento con una opinión de un órgano lego en la materia. Nos referimos a la mención que se hace por la CGC a las Directrices de la Comisión sobre los acuerdos de colaboración-cooperación horizontal de una forma que, si no es voluntariamente sesgada, al menos está impropriadamente citada.

En efecto, en una muestra más de esa táctica que venimos denunciando de la “edición” de las citas, se corta un párrafo y se presenta en un modo descontextualizado que evoca una posición de la CNMC que es la contraria a la que queda sobreentendida subliminalmente.

Comparemos en efecto la referencia de la CGC:

“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, a los efectos de considerarlos contrarios a las normas de competencia, (apartado 237)”.

Con la cita encuadrada en su contexto inmediato:

“SEGUNDO.- Valoración de la Sala de Competencia

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).

Son numerosas las resoluciones de la CNMC en las que se analiza la utilización ilícita e instrumental de las UTE con el fin de repartirse los mercados y alterar la competencia. En el más reciente de dichos expedientes, finalizado mediante resolución de la CNMC de 14 de marzo de 2019, se indica que:

“ha quedado evidenciado que las empresas tenían capacidad suficiente para presentarse de manera individual a gran parte de los contratos y no queda justificado el uso abusivo y constante de la figura asociativa y mucho menos la coincidencia del mismo grupo de empresas en la configuración de las distintas UTE”.

Corresponde a esta Sala, pues, dilucidar si, la creación de las UTEs formadas por ITEVELESA, SYC, VEIASA y APPLUS para concurrir a las licitaciones para la prestación de servicios de ITV comerciales convocadas por la DGT suponen un cauce para la realización de prácticas competitivas contrarias a la LDC. Para ello, resulta esencial analizar las características del mercado en el que se enmarcan las respectivas licitaciones y las características técnicas de cada una de las empresas que componen la UTE.”

La CGC, con la acotación exclusiva del primer párrafo se destaca claramente el concepto que se desea que se acepte respecto a las 5 UTE's: que estas no son instrumentos de una colusión y que este caso debería archivararse como parece que resultaría de la aplicación del párrafo (237) de las Directrices de la Comisión y como se hizo en el expediente de las ITV's móviles. Porque, qué duda cabe que se introduce así el mensaje subliminal de que la cita se hace porque es de aplicación al caso presente que

debe resolverse en el mismo sentido.

Sin embargo, no estamos ante una fundamentación al uso, en la que se localiza un precedente y se subsumen en los parámetros del mismo los supuestos de hecho del caso a enjuiciar.

Muy al contrario, lo que la CGC hace es desnaturalizar la cita adulterando su sentido y alcance.

En primer lugar cercenando el apartado segundo “Valoración de la Sala de Competencia” de modo que, al suprimir los dos párrafos inmediatamente contiguos al inicial que se transcribe, pareciera que el párrafo citado fundamenta por sí sólo el archivo.

Lo que se intenta es transmitir la idea de que la Resolución citada establecía un alcance mucho más general, casi universal, a la ausencia de correlato automático entre la UTE y el pacto colusorio.

La realidad es la opuesta ya que el segundo párrafo que se omite por La Mesa muestra la profunda y general desconfianza que la figura de la UTE despierta en la CNMC, es decir, el planteamiento contrario al que buscaba el Órgano de Contratación (OC en adelante).

Por ese mismo motivo **se omite el tercer párrafo, en el que la CNMC se toma la molestia de ratificar esa desconfianza hacia las UTE’s remitiéndose a otra Resolución sancionadora de 14 de Marzo de 2019, de la que se transcribe el párrafo, que deja patente cuál es la doctrina a aplicar en el caso de las UTE’s utilizadas abusivamente por empresas que disponían de la capacidad suficiente para concurrir individualmente a los concursos.**

No es ciertamente casual que también se hurte en la cita del OC la transcripción del cuarto párrafo en el que se indica la metodología a seguir para analizar estas cuestiones que no es otra que **“dilucidar si la creación de las UTE’s (...) suponen un cauce para la realización de prácticas competitivas contrarias a la LDC (...) analizando para ello las características del mercado en el que se enmarcan las respectivas licitaciones y las características técnicas de cada una de las empresas que componen la UTE.”**

Es así como la CNMC procedió para descartar la colusión en el caso ITV’s móviles y, en cambio, impuso severas sanciones en la Resolución de 14 de Marzo de 2019 (caso de Electrificaciones ferroviarias).

Cabría esperar que el OC, que se remite a la CNMC como precedente para su decisión, debiera aplicar los criterios del máximo órgano de defensa de la competencia en

España. Pero nada de lo que ocurre en estos expedientes se ajusta a la lógica ni a la normalidad.

Ni siquiera la línea metodológica proclamada por la Resolución citada por el OC respecto al análisis de las características concretas del mercado y de las empresas es seguido por dicho órgano que, a pesar de recordar que la Resolución de la CNMC exige: “realizarse un análisis caso por caso” no analiza ninguno de las 5 diferentes UTEs ni explicita una mínima explicación de las circunstancias concurrentes en el **cada** lote concreto licitado y las particularidades de cada licitador en el mismo.

Pues bien, aunque esa imposición se ve reforzada por lo establecido en el cardinal (238) de las Directrices de la Comisión (“**en función de las circunstancias de hecho del asunto**, algunos acuerdos de distribución recíproca pueden tener efectos restrictivos de la competencia”) ni el OC ni la CGC realizan esta básica operación de comprobación de las circunstancias concurrentes en cada una de las 5 UTE's.

Lo que equivale a decir que el OC no motivó adecuadamente su decisión y además, consciente o inconscientemente, manipuló la cita de la Resolución de la CNMC provocando la desnaturalización de la misma.

Con ello condicionó o mediatizó el juicio del órgano de competencia gallego que no corrigió las bases fundamentalmente erróneas en que se sustenta la primera decisión de archivo de las denuncias acordada por la Mesa de Contratación.

Pero no acaba aquí el negativo influjo del OC en la CGC sino que ésta ahonda en el error con una nueva cita en el apartado (17) al precedente del caso FISIGESTIÓN en los siguientes términos:

“17.- La anteriormente referida resolución de la CNMC recoge el que frente a lo que se viene conociendo como el “Test de la capacidad” o “test de indispensabilidad”, según el 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 ha 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.”

Una cita con la que no podemos sino manifestar la más absoluta discrepancia ya que:

La cuestión no es si se debe aplicar el “test de razonabilidad” en lugar del “Test de capacidad”, sino si los hechos denunciados superan el test de razonabilidad, cosa que no ocurre en absoluto.

No existe justificación por parte de las empresas de la razonabilidad teórica por lo que, lo que hace la Mesa de contratación -y acepta la Comisión-, es una adhesión ciega a las manifestaciones de los denunciados.

En suma, un acto de fe en lugar de un análisis detallado, una valoración razonada y una comprobación de todos los elementos materiales concurrentes en las empresas y en los lotes concretos licitados.

Y si pasamos a la constación de las explotaciones reales y de las participaciones cruzadas de las dos multinacionales, lo que resulta es una prueba incontestable de **IRRAZONABILIDAD** de la decisión.

Es así que no podemos sino rechazar la infundada afirmación contenida en el apartado (18) de la Resolución de que no se podía aceptar que:

<< atendiendo al citado “test de capacidad” y al “test de racionalidad económica”, ninguna de las UTE’s presentadas y, por lo tanto las denunciadas, habían sido **ilegítimas** legítimas desde la perspectiva de la competencia, al no apreciarse bases suficientes como para construir una evidencia(...) >>

En efecto, de la misma manera que el precedente de la Resolución de las ITV’s no era pertinente, por basarse en los presupuestos de hecho opuestos a los de las 5 UTE’s, la misma circunstancia se da en el caso presente.

Sin ánimo de recoger de forma exhaustiva todas las diferencias, resumiremos los aspectos más notables del carácter opuesto de los presupuestos de hecho de las resoluciones judiciales, que transcribiremos literalmente y, en color **rojo**, y del hecho equivalente en las 5 UTE’s que referiremos en **azul**.

1.- “ **el concurso del año 2012 se resolvió en un contexto de crisis económica y restricción de gasto, con un precio de salida que se redujo comparativamente en un 2,09 % y un 20 % una vez actualizado el precio de 2006 con el IPC; lo que llevó a los licitadores a estudiar formas asociativas para presentar ofertas competitivas garantizando las prestaciones y cumplir las nuevas condiciones técnicas.**

La licitación exigía la realización de inversiones en instalaciones y personal, pues se requería la disponibilidad de espacios físicos y también prever la posibilidad de cambio o ampliación de las prestaciones.

En este contexto, la constitución de una UTE tenía el sentido de aprovechar las sinergias de las empresas asociadas en función de su especialización, así como incorporar innovación tecnológica y nuevos sistemas de información, como reconoce la resolución impugnada. “

Frente a estas circunstancias, las condiciones del mercado licitado en el caso que analizamos, eran las mismas que las que regían en las concesiones que ya venían explotando con anterioridad las dos integrantes de la UTE (a pesar del Covid en el momento de la licitación se esperaba una corta duración de la pandemia, hasta el punto de que Monbus alegó en las justificaciones de bajas anormales que contaban con incrementar el número de usuarios del servicio).

La inversión que se requería era muy modesta en relación con las disponibilidades de los dos miembros de la UTE y, de hecho, fueron asumidas por Pymes con tamaños incomparablemente menores sin siquiera recurrir a UTE's.

2.- las bases del concurso exigían para poder participar en la licitación la necesidad de aportar la autorización administrativa de funcionamiento del centro de rehabilitación. Debemos entender que la autorización se refiere a un concreto local y no a la licitadora, por lo que se puede deducir que la licitadora debía disponer del local ya en el momento de presentar la oferta. Por tanto, las bases no imponían la propiedad del local, pero sí su disponibilidad en el momento de formular la oferta, lo que hacía difícil la concurrencia en solitario de las entidades que no disponían en ese momento de establecimiento, y no un establecimiento en general sino uno autorizado específicamente para la actividad contratada. Por lo tanto, la falta de disponibilidad de un establecimiento adecuado en los cuatro lotes afectados podía constituir una razón válida para justificar la necesidad de un acuerdo de cooperación horizontal con otras empresas. “

Nada de esto ocurría en la licitación de transporte en la que, además, Monbus y Alsa disponían ya de locales y de la flota necesaria para iniciar la explotación del servicio en el caso de ser adjudicatarios por su condición de incumbentes en las dos concesiones más importantes y por la moratoria de 9 meses que permitía el Pliego para la aportación de la flota.

3.- La actora incluye en su escrito de demanda una justificación de la asociación y la constitución de una UTE en función de una serie concreta de sinergias o de aportaciones de las diferentes empresas, justificación que no ha sido desvirtuada. En síntesis, la actora menciona en este sentido la aportación de personal y recursos informáticos; específicamente, IRITEB, SA aportaba la red de centros existente, la unidad de RHB de

suelo pélvico, la unidad de fisioterapia respiratoria, el servicio de logopedia, apoyo en cuanto a radiología ambulatoria y en asistencias traumatológicas en Badalona; FISIOTERAPIA, la modernización del software de gestión de rehabilitación domiciliaria y herramientas informáticas; LEIVAX expertos en logopedia y infraestructura en rehabilitación ambulatoria y logopedia; y CRGRAMANET, complemento de espacios, equipo de radiología y unidad de urgencias en Santa Coloma de Gramenet.

En cambio, no existe complementariedad sino duplicidad entre Monbus y Alsa y, con toda probabilidad la comprobación de la ejecución del contrato demostrará que, al menos en las dos más importantes (XG-817 y XG-881), la prestación del servicio se realiza de forma exclusiva o casi exclusiva por el socio que detenta el 93% de la UTE que es el que tenía la condición de operador incumbente del servicio.

4.- los lotes pasaron en esta zona de 3 a 2. Circunstancias todas ellas que favorecían la asociación de empresas,

- En el concurso de 2012 se establecieron criterios de solvencia técnica no previstos en el año 2006, específicamente había que aportar la autorización administrativa de funcionamiento de los locales que ofrecían los licitadores y el cumplimiento de los estándares de calidad; se detallaba exhaustivamente todo el equipamiento a puntuar y los protocolos asistenciales; había que aportar los certificados de calidad asistencial y los sistemas de evaluación de los resultados asistenciales; se valoraban las ofertas adicionales de recursos físicos y humanos y la innovación en nuevas tecnologías.

El lote 817 se explotaba anteriormente en exclusiva por Monbus y el XG881 por Alsa, de modo que contaban con los medios materiales y humanos para garantizar el servicio, incluso sin hacer unas inversiones destacables.

5.- El plazo del contrato era de un año con posibilidad de prórroga, circunstancia que suponía un riesgo importante para la recuperación de la inversión.- Los pliegos preveían la posibilidad de aumento de un 50 % de los usuarios.

Por contraste, las licitaciones de transporte preveían hasta 15 años de concesión.

6.- La concurrencia mediante una UTE produjo sinergias significativas, tales como la mejora de los procedimientos terapéuticos que se materializó en la reducción del número de sesiones por proceso, la disponibilidad de mayores recursos, específicamente en personal, especialistas para necesidades puntuales, mayores espacios, reducción de la estructura administrativa y gerencial, o la gestión conjunta de listas de espera.

En las concesiones que nos ocupan, no existe ninguna de estas ventajas derivadas de la UTE Monbus / Alsa.

En resumen, es notorio que las circunstancias descritas en las Sentencias citadas, acreditan la inviabilidad de presentarse de forma individual al concurso unas Pymes de ámbito local y con áreas de especialización diversas para concurrir a un nuevo concurso que, a diferencia del anterior, abarcaba todas las especialidades y en varias áreas geográficas. Sobre todo teniendo en cuenta que el contrato tenía sólo un año de duración y que exigía la disposición de locales e instalaciones en todas las áreas, asumir más personal e inversiones para un sólo año de concesión y con un precio hasta un 20% inferior al del anterior concurso. Cosa que no ocurre en las concesiones que analizamos, de modo que no sólo se trata de presupuestos de hecho diversos sino opuestos.

En cuanto a las consideraciones de derecho de las aludidas sentencias podemos destacar los siguientes aspectos:

a) ” la prueba de indicios ha sido aceptada ya por lo pronto a los efectos de fundamentar las sanciones administrativas, específicamente en materia de defensa de la competencia dada la dificultad para obtener en este ámbito una prueba plena de la infracción. Requiere que se haga explícito el razonamiento según el que, partiendo de los indicios acreditados, se deduce la efectiva existencia del ilícito y la culpabilidad del sancionado (Tribunal Constitucional, sentencia n. 0 74/2006, y Tribunal Supremo, sentencias de 28 de enero de 1999 - Recurso n. 0 263/1995- y de 31 de marzo de 1998 -Recurso n. 0 197/1995-)”.

En las 5 UTE's es evidente que no existía necesidad de consorcio entre las dos multinacionales; que éstas habían competido en el pasado reciente incluso por alguna de las concesiones a las que concurren en UTE como la XG-817; que las UTE's no aportaban ninguna complementariedad mutua; que probablemente en las dos más importantes ni siquiera se traduce en una implicación material en la ejecución del contrato y que, en fin, aunque ésta ejecución material se diese, su carácter simbólico excluye toda lógica, justificación o racionalidad a la decisión.

En cambio, la UTE constituye el instrumento más eficaz para blindar en el tiempo los pactos anticompetitivos y los repartos del mercado (como recogen diversas sentencias del TS), reparto que en el caso presente muestra un grado de sofisticación extrema que se manifiesta en dos repartos “fake” de participaciones simbólicas simétricas e inversas entre las dos concesiones en las que partían como operadores incumbentes y en un

resultado global casi idéntico a partir de 3 concesiones con mayorías abrumadoras de Monbus y 2 con igualmente posiciones aplastantes de poder de decisión de Alsa.

De modo que confluyen una absoluta falta de sentido y racionalidad económica, operativa y lógica de la configuración de las 5 UTEs con una explicación indiscutible en clave colusoria y la ausencia absoluta de otras hipótesis alternativas.

Un escenario en el que se cumplen sobradamente los requerimientos de la jurisprudencia del TS para fundamentar la apreciación de la colusión.

En cambio, no aparece en la Resolución de la CGC ni siquiera un atisbo de razonamiento en el marco de esos parámetros para justificar un archivo que se basa exclusivamente en la opinión de un órgano sin conocimientos específicos en materia de competencia como el OC y en las manifestaciones de los denunciados.

b) “En cuanto al enlace lógico entre los indicios y la presunción resultante, es necesario que esta sea una consecuencia necesaria de aquellos, de forma que no haya una explicación alternativa que pueda justificar los indicios (Tribunal Supremo, sentencias de 27/1/03 - recurso 494/1999-, de 27/10/11 - Recurso 5653/2008 y de 22/5/2015 - Recurso 481/2013-). En este sentido y en el ámbito de la defensa de la competencia, tiene una particular relevancia determinar si los indicios pueden justificarse por las circunstancias del mercado”.

Aquí no se han aportado explicaciones verosímiles ni mucho menos se ha analizado el mercado previo y las características de la licitación, por ejemplo para contrastar la presencia de múltiples Pymes que concursaron en solitario en este concurso con la actuación de las dos Multinacionales, de lo que sólo podrían haber deducido el OC y la CGC el convencimiento absoluto de la colusión.

c) En la Sentencia del TS caso FISIOGESTIÓN se encuentra una interesante mención a otro precedente del mismo Tribunal a los efectos de enjuiciar el mecanismo de las pruebas en esta materia, en concreto la sentencia de 26 de junio de 2017 (recurso no 2468/2015), caso de los productores de mejillón de la cual podemos destacar la mención a que:

“...la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 14 de enero de 2011), señala (apartado 48) que cuando en un caso concreto se haya demostrado la presencia de una restricción de la competencia en virtud de lo establecido en el artículo 2 del

Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (hoy artículos 101 y 102 del TFUE), que "la carga de la prueba de los dispuesto en el artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen esta disposición. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es" .

Esta regla sobre la carga de la prueba de la excepción está recogida igualmente en el artículo 50.2 de la LDC de 2007, que señala que "la empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 1 de esta Ley deberá aportar la prueba de que se cumplen.

En dicho sentido se añadía en la Sentencia citada:

“Por tanto, no cabe estimar en este caso que los acuerdos restrictivos de la competencia, en los que participó la organización recurrente, cumplan las condiciones exigidas por los artículo 1.3 de la LDC de 2007 y 101.3 del TFUE, en particular que sean indispensables para la realización de determinados objetivos y que no den a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia para una parte sustancial de los productos de que se trate.”

Lo que se evidencia en los párrafos anteriores es que la apreciación de la colusión se fundamentó en un proceso de análisis que determinó lo innecesario de las prácticas restrictivas de la competencia para lograr supuestos beneficios para los usuarios, una comprobación que no se llevó a cabo por la CGC habida cuenta de que dicho órgano acordó el archivo sin siquiera acceder a esta segunda fase de análisis y comprobaciones, cerrando en falso con ello sus actuaciones.

Por lo tanto, dichas indicaciones deberán tenerse especialmente en cuenta, a nuestro juicio, en el nuevo expediente para desestimar las proclamas carentes de cualquier base hechas por los denunciados a la existencia de las circunstancias eximentes de su responsabilidad por colusión.

d) Particularmente interesante es considerar el Fundamento de derecho tercero de la STS invocada por la CGC que se toma un trabajo inusitado en recopilar la jurisprudencia del TJUE y la nacional relativas, por una parte a la distinción entre infracciones por objeto y efectos y, por otra, a la apreciación de las pruebas de la

conurrencia de las circunstancias eximentes de responsabilidad ex punto 3 de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

En cuanto al primer aspecto, las hasta 6 sentencias del TS y las 11 del TJUE citadas por el TS abocan a considerar que en las UTEs presentes nos enfrentamos a una colusión por objeto por antonomasia que no se entiende bien como pudo haber sido ignorado por el OC ni cómo éste pudo influenciar el juicio de la CGC. En aras a no extendernos demasiado nos limitaremos a destacar 3 pronunciamientos.

En primer lugar la cita que el TS hace a **la sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2014 (asunto T-90/11)** que impone que:

“para la apreciación de su carácter contrario a la competencia, debe atenderse al contenido de las disposiciones que los establecen, a los objetivos que pretenden alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscriben (véase, en este sentido, la sentencia T-Mobile Netherlands y otros, citada en el anterior apartado 305, apartado 27, y la jurisprudencia citada) y no a los efectos de los pactos.”

Además, **la STS de 26 de junio de 2017 (recurso 2403/2014)** determina que:

(...) de acuerdo con una consolidada jurisprudencia (STJUE de febrero de 2009, asunto T- Mobile C-8/08, bastaría la prueba del intercambio de información, [...], para presumir la existencia del acuerdo anticompetitivo, que dado su objetivo, interferencia en la fijación de precios, debe calificarse como tal por su objeto [...] En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia.”.

Por último, la **sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros** que establece que:

Para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia "por el objeto" en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes .

A su vez, de las 7 sentencias relativas a la evaluación de los efectos del acuerdo para determinar si pueden llegar a eximir de responsabilidad son concordantes respecto a la

necesidad de que esta evaluación se enmarque en las condiciones específicas del mercado y de los sujetos intervinientes en el pacto colusorio mencionaremos:

-STS no 1375/2018, de 17 de septiembre, que invoca la STJUE de 6 de octubre de 2009 (asuntos acumulados C-501/06 P y C-513/06 P), para señalar que :

“corresponde a quien invoca la exención demostrar, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurren los requisitos exigidos para obtenerla, de manera que la carga de la prueba recae sobre quien invoca la exención.”

-la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2002, *Compagnie générale maritime y otros/Comisión*, T-86/95 :

“corresponde a esta empresa demostrar que las restricciones causadas a la competencia cumplen los objetivos que persigue el artículo 81 CE, apartado 3, y que estos últimos no pueden alcanzarse sin dichas restricciones”

-la referencia a la Comunicación de la Comisión sobre integraciones horizontales de la **sentencia del Tribunal Supremo no 1123/2017, de 26 de junio:**

“ La Comunicación, con cita del artículo 2 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (hoy artículos 101 y 102 del TFUE), que << (...) la carga de la prueba de los dispuesto en el artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen esta disposición. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es>>.

-no menos importante es que se recuerde por el TS, precisamente en una Sentencia que ratifica la anulación de una sanción de la ACCO, que:

“para que un acuerdo pueda quedar exento con arreglo al artículo 81.3 TCE [actual artículo 101.3 TFUE] "...es necesario que contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico. Esta contribución no puede identificarse con todas las ventajas que las empresas que participan en dicho acuerdo obtienen del acuerdo en relación con su actividad, sino con ventajas objetivas apreciables que puedan compensar los inconvenientes que el acuerdo genera en el ámbito de la competencia (Sentencia Consten y Grundig/

Comisión)".

Un arsenal tan exhaustivo como innecesario de citas jurisprudenciales en un caso que se iba a desestimar -porque no era revisable en casación la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia-, no puede sino evocar la preocupación que estas prácticas suscitan en nuestro Alto Tribunal.-

Una actitud que contrasta dramáticamente con la ligereza con la que han actuado en el caso presente el OC y la CGC que ejemplifica el apartado 18 de la Resolución de la CGC:

“18.- La SUBDIC en su propuesta de archivo, concluye que (...) **los elementos de cargo son las apreciaciones subjetivas de los denunciados, 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 concurren 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(...) “.

Como corolario de todo lo mencionado podemos concluir que se ha verificado un cierre en falso de las denuncias que se ha sustentado sobre dos pilares:

Por una parte, en la renuncia del OC a realizar una comprobación exhaustiva de:

- la posición de mercado de Alsa y Monbus;
- las características de cada uno de los 5 lotes y las dificultades objetivas que entrañaban para la presentación a los mismos de dichos grupos en competencia mutua en lugar de en UTE, todo ello en el contexto del resto de ofertas presentadas a los citados 5 lotes y al resto de los 24 que formaron parte del mismo concurso.
- La razonabilidad de la participación minoritaria en cada uno de ellos con participaciones simbólicas tan irrelevantes como el 6%;

Y, lo que es más grave, la renuncia a esas sencillas comprobaciones impide hacer una valoración del “**Test de razonabilidad**” que se esgrime como justificación del archivo

de las denuncias, sin que siquiera se hubiese esbozado un mínimo intento de demostración de que la presentación en UTE de las dos multinacionales con mayor poder de mercado en Galicia, y en España, fuese razonable.

En definitiva, el argumento fundamental esgrimido para el archivo de las denuncias ni se explica ni, mucho menos, se demuestra aplicable al caso presente.

Por otra parte, la imposibilidad manifiesta de probar que la concurrencia en esas UTE's ilógicas y disfuncionales, era razonable, se intentó compensar con una supuesta fundamentación mediante la cita de dos precedentes, la Resolución de archivo de la CNMC en el caso ITVs y las sentencias que anularon la sanción impuesta por la ACCO en el caso FISIOGESTIÓN.

En ambos casos se sigue una misma pauta de actuación respecto a los dos precedentes.

En primer lugar **invocar unas resoluciones** que no sólo no son de aplicación, por responder a supuestos de hecho diferentes, sino **que presentan una oposición radical de las realidades juzgadas que llevan inexcusablemente a que el sentido y la lógica interna de los precedentes y su ratio decidendi no puedan sino justificar la apreciación de la colusión en los casos presentes.**

En segundo lugar, se recurre a lo que hemos denominado **técnica de “edición”**, consistente en un **copia y pega escogido de ciertos párrafos, privados del contexto propio y cercenados de los elementos de contraste que se encontraban en los párrafos contiguos.**

Con ello se logra una desnaturalización del sentido último de las resoluciones, que no es otro que una absolución perfectamente justificada y documentada por las circunstancias concretas del concurso y de los licitantes concurrentes y que, de alguna forma, se presenta por la CNMC o por el TS como una excepción a la regla general de la improcedencia de las UTE's entre empresas que disponen de la solvencia precisa para concurrir en solitario.

En cambio, **lo que subyace con el sesgo que encierra el tratamiento dado por los órganos de la Xunta a estos dos precedentes es una especie de lavado de cara de las UTE's que, subliminalmente, traslada la idea de que, con carácter general es un instrumento razonable de concurrencia a las licitaciones.**

Lo que supone prostituir no ya el espíritu de las dos resoluciones sino incluso su letra.

Si hay un aspecto llamativo de las Resoluciones de los casos ITV móviles y FISIOGESTIÓN es que tratándose de dos fallos absolutorios sus redactores se tomaron la molestia de recordar que se trataba de una excepción en el contexto de un corpus

consagrado de profunda y radical desconfianza respecto a las UTE's como vector principal de prácticas colusorias.

Es así que cuando la CNMC concluye que no se deben apreciar prácticas colusorias en el caso de las ITV móviles no sólo plasma de forma detallada las razones que sustentan dicha decisión sino que menciona un único precedente que precisamente impuso sanciones muy cuantiosas a los miembros de varias UTE's que eran tan innecesarias como las 5 creadas por Alsa y Monbus.

Y no sólo eso, sino que la referencia al Expediente S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÓNICAS FERROVIARIAS se realiza en el párrafo inmediatamente siguiente a aquel en el que se indica que las UTE's no constituyen per se un instrumento anticompetitivo en los siguientes términos :

<<Son numerosas las resoluciones de la CNMC en las que se analiza la utilización ilícita e instrumental de las UTE con el fin de repartirse los mercados y alterar la competencia. En el más reciente de dichos expedientes, finalizado mediante resolución de la CNMC de 14 de marzo de 2019, se indica que: “ha quedado evidenciado que las empresas tenían capacidad suficiente para presentarse de manera individual a gran parte de los contratos y no queda justificado el uso abusivo y constante de la figura asociativa”. >>

En otros términos, la CNMC recuerda cuál es la opinión general sobre las UTE's de los órganos de defensa de la competencia, indica el sentido de la mayoría de las resoluciones recaídas en casos de UTEs y cita una por su inmediatez ya que es “el expediente más reciente”.

No podemos, llegados a este punto, sino mostrar, una vez más, extrañeza respecto a la actuación del OC que, por una parte despliega un esfuerzo digno de mejor causa para localizar una de las resoluciones absolutorias de UTE's que constituyen la excepción en la materia, desdeña el arsenal casi ilimitado de resoluciones sancionadoras y, finalmente, utiliza de forma sesgada la resolución que, recordemos, ni siquiera había sido alegada por los denunciados sino que había sido localizada por dicho órgano.

En efecto, aunque -contra todas las leyes de la lógica y de las reglas matemáticas del cálculo de probabilidades- aceptásemos que algún vocal del OC (quién en concreto y a través de qué procedimiento de búsqueda y en qué momento procedió a esa prospección es otra cuestión) hubiese localizado entre la masa de resoluciones sancionadoras la “aguja en el pajar” que representa esta resolución absolutoria quedarían aspectos de muy difícil o imposible justificación.

Porque, aún concediéndole el beneficio de la duda respecto a presumir que abordó el

estudio de la cuestión con una actitud de búsqueda neutra y sin intenciones apriorísticas, se hace muy difícil comprender cómo no se vio impelido a profundizar en la búsqueda de antecedentes por la advertencia de la CNMC, en el párrafo siguiente al transcrito por La Mesa, de la multitud de casos en los que dicho órgano censuraba la utilización ilegal de las UTEs a efectos colusorios.

Y mucho menos que no se viera emplazado a remitirse directamente a la Resolución de 14 de marzo del 2019, especialmente teniendo en cuenta que la CNMC le ahorró el trabajo de búsqueda, individualizando el precedente y facilitando todavía más el trabajo al transcribir el párrafo que contenía el criterio cuya aplicación llevaría necesariamente a apreciar la colusión en los 5 casos de las UTE's del transporte.

Una mecánica que se repite respecto a la cita de la Resolución 28/2018 del TACGAL en la que se hace difícil identificar el iter que llevó a la selección de este fallo y el análisis del mismo que propició que el vocal que lo individualizó trasladase al resto de los miembros de la Mesa su virtualidad exculpatoria para los casos sometidos a la consideración de la Mesa.

Es, en este sentido relevante saber si el vocal que aportó estos antecedentes proporcionó el texto completo de las dos resoluciones (lo que añadiría 18 + 16 páginas más a leer, procesar y extraer conclusiones en el espacio de los 70 minutos que duró la sesión de la Mesa) o simplemente expuso al resto de los integrantes que dichos antecedentes abocaban al archivo de las denuncias.

Por último, haciendo buena la expresión de que no hay dos sin tres, el mismo esquema se reproduce una tercera vez en la Resolución de archivo de la CGC con la remisión hecha a las Sentencias que anularon las sanciones impuestas por la ACCO en el expediente Fisiogestión.

La única diferencia radica en el hecho de que dicho precedente sí que fue esgrimido por los denunciados y no responde a una iniciativa del órgano de control como ocurrió con la Mesa de Contratación y su apreciación “hemipléjica” de los antecedentes sobre la materia. Pero todo lo demás coincide.

Los presupuestos de hecho del caso FISIOGESTIÓN son radicalmente opuestos a las 5 UTE's y también la Sentencia del TS exhibe una panoplia abrumadora de sentencias del mismo Tribunal y del TJUE que recuerdan los graves peligros que encierran las UTE's en materia de competencia y la improcedencia de las mismas en supuestos de miembros que no precisaban del concierto de otros empresarios para concurrir al concurso.

Más de 23 sentencias se citan por el TS para reforzar esta idea que podríamos traducir en un mensaje del siguiente tenor: Si bien en el caso Fisiogestión concurren

circunstancias muy específicas que justifican el recurso a la UTE sin incurrir en colusión, la vigilancia de esta figura debe ser extremada para conjurar los peligros de los pactos colusorios que normalmente subyacen como muestran las numerosas sentencias citadas.

De nuevo es preciso reflexionar sobre lo insólito que resulta que las citas del TS se refieren casi en exclusiva a fallos condenatorios en materia de colusión, exactamente lo mismo que ocurría en la Resolución de la CNMC caso ITV. Tanto el archivo por la CNMC del expediente de sanción de las ITV móviles, como la sentencia del TSJ de Cataluña basaron la improcedencia de sancionar las UTE's en que los integrantes de las mismas **carecían de la capacidad de concurrir al concurso de forma independientes en función de su solvencia, capacidad económica o medios exigidos por el Pliego, de modo que no eran competidores potenciales entre sí y el hecho de haberse consorciado para concursar salvando su falta de idoneidad individual no reducía la competencia.**

Nuevamente causa estupor que los órganos de la Administración secundaran la cita de los denunciados a pesar de los impedimentos para su aplicación a las 5 UTE's que hemos destacado.

Lo que podría sugerir una falta de diligencia en el ejercicio de sus obligaciones de velar por la limpieza de las licitaciones en el caso del OC o por la corrección de las prácticas contrarias a la LDC en es caso de la CGC.

Porque sólo aceptando el párrafo entresacado por los denunciantes sin comprobar los antecedentes de hecho del asunto, ni analizar el contenido de las sentencias y comprobar el alcance de las sentencias citadas por el TS, se puede concebir que dichos órganos acordasen el archivo de las denuncias.

En otro orden de cosas es preciso destacar que los órganos de la administración gallega procedieron a dos archivos de denuncias yendo más allá de lo que defendían los denunciados.

Es así que, aunque éstos alegaban de entrada su incapacidad para concurrir en solitario, eran suficientemente conscientes de la enormidad del disparate que suponía dicha afirmación y buscaron una segunda línea de defensa por la vía de las circunstancias eximentes del punto 3 de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

Lo que implica necesariamente un reconocimiento implícito de la existencia de una infracción por objeto, porque sólo en presencia de esta circunstancia adquiere sentido la alegación de beneficios a los usuarios que permitiesen blanquear o amnistiar la infracción originaria.

Pues bien tanto el OC como la CGC, oponiéndose a la línea pacífica fijada en las Resoluciones de la CNMC y de otros órganos de la competencia y de la jurisprudencia consolidada del TJUE y de nuestro TS, basaron sus archivos en su apreciación de que las UTE's no eran innecesarias ni, por lo tanto, implicaban pactos colusorios,.

Una tesis tan extravagante y peligrosa que exige la intervención de la CNMC para garantizar el restablecimiento de la ortodoxia en esta materia, tanto más cuanto se ha hecho un uso impropio de su doctrina y de sus precedentes por los dos órganos citados.

Sólo de ese modo se podrá garantizar que la aplicación uniforme de la normativa de competencia a la luz de la jurisprudencia del TS y del TJUE sea garantizada, tanto en lo relativo a la apreciación de la posible concurrencia de una infracción por objeto cometida por las multinacionales Alsa y Monbus, como en lo que se refiere al procedimiento y criterios de interpretación de la triple inadecuación de las UTE's a la normativa de competencia (Innecesariedad de recurrir a la UTE para cualquiera de los dos miembros de la misma; improcedencia de constituirla con esos dos miembros concretos y ausencia absoluta de sentido compatible con la competencia de su morfología) ante la ausencia de prueba de una mínima ventaja para los usuarios del servicio atribuible a la UTE deberá establecerse el carácter colusorio de estos pactos.

Lo cierto es que en cuanto se analiza, siquiera sea someramente, cualquiera de los argumentos aducidos por los dos grupos surge la evidencia de las falacias de las dos multinacionales, falacias que el OC aceptó porque no se molestó en contrastarlo con la realidad. Al encontrarse en la situación opuesta Alsa y Monbus, no se les puede aplicar la causa de exclusión de la colusión que motivó los dos precedentes, consecuentemente los 5 archivos de denuncias carecen por completo de motivación, lo que los enmarca en el campo de la arbitrariedad ya que la exigencia de la motivación tiene por objeto **“la de operar como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad (SSTS 5 de noviembre de 1992 , 20 de febrero de 1993 y 18 de noviembre de 2003 , entre otras).** No sólo es evidente que Alsa y Monbus multiplican por 6 y 24 veces respectivamente el nivel de flota requerido para concurrir a los 5 lotes, y lo mismo respecto a las fianzas, sino que Monbus tiene un volumen de empresa casi 100 veces superior al que tenía la Pyme Empresa Freire que concurrió en solitario al lote XG-802 al que concursaron en UTE Alsa y Monbus, lo que impide demostrar la necesidad ineludible de esta UTE.

Así por ejemplo, es preciso una predisposición infinita a aceptar cualquier alegación para que cualquier persona con un mínimo de sentido común no detectase la falacia que escondía que dos multinacionales del tamaño de Alsa y Monbus tuvieran dificultades en

asumir las inversiones en flota que requería cada uno de los 5 lotes e incluso la totalidad de los mismos.

Menos aún se puede pretender que la aportación por parte de Alsa de 4 autobuses de los 62 que tenía que adscribir Monbus en la XG-817 permitiese una oferta sustancialmente mejorada que propiciase mejoras para los usuarios imposibles si Monbus o Alsa hubieran concurrido de forma independiente. La equidad de cambio entre el atentado a la competencia y las ventajas para los usuarios exige, de conformidad con la jurisprudencia constante del TJUE, exige que cuanto mayor sea el atentado a la libre competencia más importantes sean las mejoras a los usuarios que compensen la irregularidad legal, una ecuación de cambio inexistente en estos 5 supuestos.

Si en lugar de esa predisposición a, según expresa la metáfora de uso común, aceptar “pulpo como animal de compañía”, el OC hubiese priorizado la garantía de la limpieza del proceso de concurso habría acudido a las páginas web de las empresas para confirmar en detalle lo que ya conocía de forma intuitiva, es decir que el volumen de cada uno de los miembros de las UTE’s convertía ese argumento en una provocación o en una falta de respeto a las instituciones.

Pues bien, con esta denuncia se le proporciona ya el trabajo hecho y, a mayor abundamiento, se aporta la prueba indiscutible de la falacia de las alegaciones.

En efecto, si ya en el momento del concurso la solvencia de los dos grupos era abrumadoramente mayor que la requerida para concursar, las actuaciones posteriores de ambas empresas han demostrado el escarnio que supuso alegar que Alsa había llegado al tope de sus posibilidades con los 100 autobuses que teóricamente le correspondían aportar a las 5 UTE’s y Monbus agotaba sus disponibilidades financieras con la asunción de otros 105 autobuses en dichas UTE’s.

Porque después de adjudicarse los lotes de este concurso en el que ambas obtuvieron la mayor parte de las concesiones a las que licitaron, siguieron expandiéndose en otros concursos que supusieron que Monbus Alsa pasase de los 4.446 autobuses que indicaba su página web en el año 2020 a los 5.398 que exhibe a fecha 22 de agosto dicha página web.

Es decir, un incremento de 952 autobuses. Lo que debería emplazar a los órganos de la Xunta destinatarios de tal embuste a pedir explicaciones de por qué Alsa no podía concurrir en solitario al concurso de la XG-881 sin la teórica asunción de 4 autobuses por Monbus, pero con posterioridad multiplicó por 238 el incremento de flota en otros servicios.

Y lo mismo respecto a Monbus que se permitió alegar implícitamente que la aportación

de 3 autobuses por Alsa dentro de la UTE XG-817 supuso la diferencia entre participar en el concurso o tener que renunciar a la licitación cuando, con posterioridad ha participado en múltiples licitaciones en Murcia, Cataluña y Portugal que se han traducido en adjudicaciones de servicios que requirieron la inversión en 362 autobuses adicionales, sin contar los de la línea PR4 de Prat de Llobregat y la línea 88 de Barcelona (una gran parte de ellos eléctricos o mixtos de coste muy superior a los ofrecidos en las 5 UTE's gallegas).

En concreto estos datos se han obtenido a través de una sencilla búsqueda por internet:

Igual de sencillo habría sido desenmascarar todas las “patrañas” alegadas por las dos multinacionales de haber existido una mínima voluntad de comprobarlas.

Así por ejemplo en cuanto a la falacia del uso indistinto del material en diversas concesiones o la dificultad de amortizar las inversiones en la flota requerida para los 5 lotes, ocurre que las cinco concesiones a las que concurrieron en UTE son casi las únicas en las que no se dan dichas circunstancias.

En la mayoría de los lotes la dedicación de la flota a la concesión ronda el 50% del tiempo anual de disponibilidad, de modo que la partida de amortización cubre únicamente dicho porcentaje.

Pues bien, las 5 concesiones a las que concurrieron en UTE Alsa y Monbus representan la excepción a dicha regla porque exigen una dedicación híper intensiva a los servicios concesionales, en todo momento por encima del 100%.

Como se muestra en el cuadro siguiente elaborado por esta parte a partir de los datos del concurso (los Proyectos Técnicos en relación al número mínimo de autobuses y a las cuotas de amortización y el Desglose del tiempo de dedicación al servicio en relación con las horas mínimas de trabajo de los autobuses y conductores), frente a las 1.816 horas al año que se considera la dedicación al 100% de la flota retribuida con la totalidad del coste de amortización según los Pliegos, la dedicación que exigen los proyectos oscila entre un mínimo de 1.967 horas y 3.916 horas al año.

En concreto, 3.916 horas en la XG-881 y 2.535 horas en la XG-817, que son dos de las concesiones en las que se arguyeron como motivos adicionales de las UTE's la posibilidad de utilizar la flota adscrita a la XG-881 en la XG-817 y viceversa.

Pues bien, habría sido suficiente con que los vocales de la DG de Movilidad que participaban en la Mesa de contratación hubiesen considerado esta alegación con un mínimo de interés para que hubiesen desenmascarado el sofisma subyacente.

No solo porque la dedicación a cada concesión es lo suficientemente intensa como para

que los autobuses adscritos a cada concesión apenas puedan cubrir todos los servicios que tienen que asumir en la misma, sino porque las restricciones que impone el Pliego respecto a la lista de autobuses activos en cada concesión lo hace materialmente imposible.

Por otra parte, frente a una compensación de aproximadamente el 50% del coste de amortización de los autobuses en la práctica totalidad de las 129 concesiones licitadas, en estas 5 concesiones el problema de la financiación es inexistente por cuanto se asegura el reintegro de la totalidad de la inversión.

Todo ello sin mencionar que por la UTE se esgrimió en el trámite de justificación de bajas anormales las muy favorables condiciones de adquisición de la flota de que disponían, condiciones que sin duda se habrán alegado en términos parecidos en otros lotes en los que no concurrieron conjuntamente.

Es decir que si fuera cierto que la UTE Alsa-Monbus era la única fórmula que permitía a dichas empresas superar los retos que planteaban las condiciones de la licitación- por ejemplo la inversión en flota- habría que concluir que la UTE Alsa / Monbus se tendría que haber utilizado en las 16 concesiones restantes a las que no concurrieron conjuntamente ya que presentaban problemas de rentabilidad superiores a los 5 lotes que nos ocupan.

Claro que es difícil esperar que se hubiese llevado a cabo toda esa tarea de comprobación a la vista de que la Comisión declara expresamente que hace suyas las valoraciones de una Mesa de Contratación que limitó su actividad investigadora a una sesión de 75 minutos según indica el Acta nº 8.

Suponiendo que tan sólo se hubiesen perdido 5 minutos al inicio y fin de la sesión en esos 70 minutos restantes los vocales de la mesa, todos legos en principio en materia de competencia, se enfrentaron a un expediente que constaba de:

- Un escrito de denuncia de la CIGA de más de 160 páginas, si bien la mayoría de ellas eran copias de la documentación que dicho sindicato estimó relevante del concurso;
- Un escrito de alegaciones de LA UTE de 90 páginas;
- La Resolución 28 / 2018 del Tacgal de 16 páginas;
- Una Resolución de la CNMC (caso ITV móviles) de 18 páginas.

Suponiendo que tan sólo 11 de las páginas del escrito de la CIGA fueran imprescindibles- que es mucho suponer- la Mesa se enfrentaría a 135 páginas en 70 minutos, lo que significa que contarían con un minuto para leer cada dos páginas y ello sin contar el tiempo para asimilar y procesar lo leído, comentarlo y debatirlo para fijar

la posición de conjunto de la Mesa.

Una operación materialmente imposible.

Ya sólo la lectura atenta de la cuestión a una razón de dos páginas por minuto es incompatible con la formación de una opinión fundada, sobre todo en una materia tan ajena a su habitual ámbito de conocimientos y funciones profesionales.

Salvo que se obviase el engorro de leer y valorar cada vocal todos estos documentos y todos ellos actuaran en función de la propuesta de un relator a cuyo criterio se adhiriesen de forma ciega y acrítica.

Probablemente el mismo miembro que localizó las Resoluciones del TACGAL y de la CNMC, si bien parece extraño que el Acta no recoja dicho papel ni dé cuenta de quién fue el esforzado miembro de la Mesa que localizó y aportó a la reunión los antecedentes y cómo explicó al resto que eran suficientes para archivar los casos que se habían denunciado.

En concreto tendría que explicar detalladamente lo que se omitió en el Acta nº 8 respecto a :

-Los motivos que le llevaron a escoger esos dos precedentes;

-Por qué no sometió a la consideración de los otros miembros de la Mesa otros precedentes, ni siquiera la Resolución de la CNMC sobre Construcciones ferroviarias citada en la de las ITV's o, al menos, mencionado la advertencia que se transcribe en esta última respecto al peligro que entrañan las UTE's a efectos de prácticas colusorias;

-La ponderación que hizo de los presupuestos de hecho de la Resolución ITV citada como precedente y los de las 5 UTE's.

Respecto a este último aspecto parece clave el papel que pudieron desempeñar los vocales representantes de la DG de movilidad.

Ninguno de los otros miembros contaba con conocimientos y experiencia en transporte como para evaluar las circunstancias concretas de los dos miembros de la UTE en el contexto de las características de los 5 lotes. De modo que sólo un relator con experiencia en la Dirección General de Movilidad podría contar con autoritas para concitar en el resto de los vocales un convencimiento para avalar desde su relevancia y aplicabilidad a los casos bajo denuncia o se hubiese llegado a generar necesariamente un intercambio de ideas o debate entre el relator que sugiriese la aplicabilidad de los dos precedentes y los que contaban con la experiencia en transportes para aceptar su validez en el caso concreto.

Sólo en el caso de que coincidiese en el mismo vocal la condición de relator que aportase los dos precedentes y conocedor del proceso de licitación y del sector de transporte podría concebirse que se hubiese impartido por dicha persona una instrucción al resto de los vocales que concitase una adhesión ciega a la propuesta de archivo formulada por ese vocal concreto.

De otro modo, se habría necesitado un contraste entre las opiniones de quién hubiese aportado las dos citas que se plasmaron en el Acta de archivo y el juicio del vocal con conocimientos concretos del sector y del proceso de licitación.

Un escenario sencillamente imposible en términos estrictamente temporales si partimos de que ya era de por sí imposible leer simplemente los documentos citados y mucho menos un proceso de puesta en común de los antecedentes, de expresión de las opiniones y de debate previo a la adopción de un acuerdo colectivo.

Los intereses que pondrían en jaque estas prácticas presuntamente colusorias serían:

1.1 LCSP: El interés general de todas las AAPP por garantizar el respeto de los principios generales de la contratación administrativa fijados en el artículo 1º LCSP y, en particular, el de la concurrencia e igualdad de oportunidades discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, la eficiente utilización de los fondos públicos. Todos ellos objetivos que deben perseguir todas las AAPP pero que se refieren a una competencia exclusiva de la AGE como especifica el título competencial de la D. Final primera de esta ley (artículo 149.1.18 de la Constitución en materia de «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» y artículo 149.1.18.^a de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas). Un terreno en el que la vigilancia de la CNMC es especialmente necesaria.

1.2 La garantía del normal funcionamiento del mercado es materia también competencia exclusiva del Estado en virtud del título competencial que le otorga el artículo 149.1 1ª y 6ª de nuestra constitución y la LDC declara como objetivo en su exposición de motivos la garantía, por los poderes públicos, de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado reconocida por el artículo 38 de la Constitución. Otra materia en la que la relevancia de los intereses en juego y su naturaleza supra comunitaria recomienda la intervención de la CNMC.

1.3 La preservación de las PYMES es un objetivo compartido por las instituciones comunitarias y nacionales y ha tenido su reflejo normativo en la referencia expresa a estos fundamentales protagonistas de la actividad económica tanto en las Directivas

comunitarias de contratación como en la LCSP. El peligro real de que se configure un régimen oligopolístico en el mercado de transportes gallego y que se replique el mismo en otras CCAA constituiría un ataque frontal a los principios y objetivos de la LCSP y de la LDC que obligan a una actuación especialmente beligerante de las AAPP y a una supervisión y armonización de la CNMC que garantice que no se pongan en peligro los objetivos citados en los puntos anteriores o se deje sin espacio a las Pymes en el mercado del transporte de viajeros por carretera.

1.4 La doctrina y las Resoluciones de los órganos de defensa de la competencia resaltan el potencial especialmente dañino de las prácticas colusorias en el marco de las licitaciones públicas. El bloqueo de los operadores durante un periodo suficiente como para eliminar la competencia de las Pymes que hubiesen quedado marginadas en el proceso de licitación obliga a una diligencia redoblada en la investigación de cualquier cartel o conducta colusoria. Especialmente si los sospechosos ostentan ya una posición de poder de mercado que podría llegar a degenerar en mercados oligopolísticos y en el fenómeno de la captura del regulador.

En dicho contexto, la actuación de la CGC ha sido absolutamente ineficiente y contraria a lo que exigiría el riesgo potencial que entrañan las dos multinacionales y las señales de alarma que aportan los datos objetivos que se aportan. Es por ello que la intervención de la CNMC como instructora o, al menos, como interesada es inevitable para corregir la deriva anterior de la CGC.

Existen varios factores que abocan a la **asunción de la competencia por la CMMC**:

- a) La evidente incapacidad técnica mostrada por la CGC para analizar escenarios complejos como el de una licitación de una cuantía tan elevada y con dos sospechosos cuya presencia en otros mercados no puede valorar ni analizar adecuadamente;
- b) Los integrantes de LA UTE ocupan posiciones por encima del umbral del mínimo del 15% que la Comisión fija para enjuiciar el Poder de mercado (“Comunicación de mínimos”) en varias CCAA y en el conjunto nacional, lo que obliga a una consideración de conjunto de las actuaciones recientes o actuales en términos de competencia, por ejemplo, las licitaciones que está tramitando en este momento la Comunidad valenciana. Una tarea que sólo la CNMC puede llevara a término.
- c) La CGC ha roto con una praxis consolidada en esta materia implantada por la CNMC y seguida de forma unánime por las autoridades autonómicas. La necesidad de restablecer esta línea y garantizar la unidad de mercado exigen la asociación de la competencia por el órgano con competencias sobre todo el territorio.
- d) Incluso si la CGC asume la competencia y despliega una diligencia ausente hasta el

presente, la necesidad de velar por la aplicación uniforme de la normativa exige la intervención de la CNMC, como mínimo en concepto de interesada en virtud del artículo 5.3 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.

e) A mayor abundamiento, no se puede dejar de analizar la actuación de las dos Multinacionales en el contexto de otras conductas cuestionables en materia de licitaciones públicas y afectación a la competencia.

Así por ejemplo existen diligencias abiertas en el TS por una posible actuación fraudulenta de Monbus en un concurso del Ministerio del Ejército relativo a transportes de ámbito nacional y, por lo que atañe a Alsa la propia CNMC ya ha impuesto sanciones por prácticas colusorias en las licitaciones del Transporte escolar de Cantabria (Expediente) y de Navarra (Expediente), lo que suscita la cuestión de si existe un patrón de conducta que se replica por dicho grupo en las diversas CCAA, cuestión que sólo la CNMC puede abordar adecuadamente.

Todo ello con independencia de la valoración que por ese órgano se deba dar al efecto disuasorio que las sanciones impuestas en los expedientes citados, tuvieron en Alsa, una cuestión que una tramitación adecuada y rigurosa de las denuncias sobre las licitaciones de las concesiones gallegas puede evaluar pero que ha frustrado la inadecuada tramitación de los expedientes por los órganos de la Administración gallega.

Entendiendo por todo lo dicho que concurren todos los requisitos que, según la Ley 1/2002, de 21 de febrero, en relación con lo dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, hacen surgir la competencia de la CNMC para conocer y resolver el expediente de que aquí se trata, al verse afectada la libre competencia en el mercado nacional por la índole y los efectos directos e indirectos que la presunta colusión denunciada representa en dicho mercado nacional es por lo que,

SOLICITAMOS la asunción de la investigación de la conducta explicada, a nuestro juicio **colusoria**, por parte de esa COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA.