

RESOLUCIÓN

Expte. SAMAD/01/18, CONTRATACIÓN PÚBLICA DE COMUNICACIONES MÓVILES

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar
D. Josep Maria Guinart Solà
D^a. Clotilde de la Higuera González
D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 4 de diciembre de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada al margen, ha dictado la presente resolución en el expediente SAMAD/01/18, CONTRATACIÓN PÚBLICA DE COMUNICACIONES MÓVILES, incoado por la Dirección General de Economía y Política Financiera (DGEPF)¹ contra Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid (IAM), Motorola Solutions España, S.A. (MOTOROLA) y Amper Sistemas, S.A. (AMPER) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

¹ Actualmente, las funciones ejecutivas en materia de defensa de la competencia, que antes asumía la DGEPF, recaen en la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad (DGEEC), de acuerdo con lo previsto en el Decreto 126/2017, de 24 de octubre, del Consejo de Gobierno, en el que se modifica el Decreto 193/2015, de 4 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda.

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.....	3
II. LAS PARTES	6
1. Incoados.....	6
2. Interesado	7
III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO.....	8
1. La tecnología TETRA.....	8
2. Caracterización del mercado	8
IV. HECHOS ACREDITADOS	9
V. FUNDAMENTOS DE DERECHO	16
PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER.....	16
SEGUNDO.OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE ...	17
TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR	17
CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA.....	18
HA RESUELTO.....	25
VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA D^a MARÍA PILAR CANEDO.....	26

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 21 de octubre de 2016, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP), mediante el que remitía su resolución 201/2016, de 6 de octubre, junto con el expediente administrativo resultante de la tramitación, todo ello en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional vigesimotercera del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF) (folios 152 a 2014).

La citada resolución 201/2016, de 6 de octubre, estimaba el recurso administrativo especial 184/2016 interpuesto contra la contratación del suministro llave en mano de equipamiento TETRA para la renovación de la Red de Comunicaciones Móviles TETRA para seguridad y emergencias del Ayuntamiento de Madrid, anulando dicha licitación e indicando la posibilidad de que se diesen indicios de infracción del derecho de la competencia en tal expediente, a cuyo fin lo remitía a la autoridad de defensa de la competencia.

2. En posterior trámite de asignación de competencias se determinó por la Dirección de Competencia de la CNMC y por la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid (DGEPE) que, sin entrar a valorar el fondo de si las conductas descritas suponen una infracción o no de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), los órganos competentes para conocer de las actuaciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.3 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, eran los de la Comunidad de Madrid.
3. Abierto el periodo de información reservada la DGEPE realizó dos requerimientos de información al Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid (IAM), con fechas 16 y 17 de marzo de 2017, solicitando diversa información sobre la RED TETRA, el procedimiento de contratación anulado por la resolución 201/2016 del TACP y las reuniones celebradas entre el IAM y las empresas interesadas en el mismo.

Las contestaciones a dichos requerimientos fueron remitidas por el IAM con fecha 12 (folios 2015-2020) y 20 de abril de 2017 (folios 2021-2031).

4. Con fecha 5 de junio de 2017 la DGEPE incoó procedimiento sancionador contra el IAM, MOTOROLA y AMPER como presuntos responsables de prácticas supuestamente restrictivas de la competencia, prohibidas por el artículo 1 de la LDC, que podrían producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación. Adicionalmente, en este mismo acuerdo, se declaraba a Teltronic, S.A.U. (TELTRONIC) interesada en el procedimiento (folios 2037 a 2039).

5. Con fecha 28 de junio de 2017, la mercantil AMPER presentó escrito en el que manifiesta su oposición al acuerdo de incoación de expediente sancionador (folios 2047-2048).
6. Con fecha 31 de julio de 2017, tuvo entrada en el registro de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, escrito de TELTRONIC de solicitud de medidas cautelares.

La DGEPEF elevó propuesta relativa a la adopción de dichas medidas cautelares el 13 de septiembre de 2017, y la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, tras el análisis de las alegaciones presentadas por el IAM el 19 de octubre de 2017, rechazó la adopción de las medidas cautelares solicitadas, mediante resolución de 7 de noviembre de 2017.

7. Con fecha 5 de septiembre de 2017, la DGEPEF requirió al IAM para que detallara determinada información (folios 2230 a 2239) relativa a (i) las comunicaciones existentes entre el IAM, MOTOROLA y AMPER, (ii) los asistentes a las reuniones entre el IAM, MOTOROLA y AMPER, y (iii) la vigencia del modelo 6.2.

Dicho requerimiento fue contestado por el IAM con fecha 18 de septiembre de 2017 (folios 2240 a 2252).

8. Con fecha 9 de octubre de 2017, la DGEPEF realizó un nuevo requerimiento al IAM, solicitándole que indicara el número de reuniones mantenidas desde el 27 de marzo de 2014 (fecha de la carta 1), los participantes en las mismas y las conclusiones alcanzadas en ellas. También se solicitaba la aportación de las actas levantadas en las reuniones (folios 2253 a 2262).

El IAM contestó a este requerimiento el 26 de octubre de 2017 (folios 2266 a 2712).

9. El 4 de enero de 2018 la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad (DGEEC) formuló pliego de concreción de hechos y concedió un plazo de 22 días para formular alegaciones al mismo (de acuerdo con lo dispuesto en los artículo 50.3 LDC, 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC) y 32.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) (folios 2717 a 2835).

Solo TELTRONIC y el IAM presentaron alegaciones al pliego de concreción de hechos, recibándose las de TELTRONIC el 2 de febrero de 2018 (folios 2841 a 2854) y las del IAM el 5 de febrero de 2018 (folios 2855 a 2862).

10. Con fecha de 21 de febrero de 2018, la DGEEC constata que la notificación telemática del acuerdo de incoación y del pliego de concreción de hechos se dirigió a AMPER, S.A. y no a AMPER SISTEMAS, S.A., por lo que se procede

en esa misma fecha a notificar ambos documentos, concediéndoles el mismo plazo legal que se les dio a las otras partes interesadas para la realización de las alegaciones que considerase pertinentes (folio [2840.1] 2780 del expt), no habiéndose recibido alegaciones al efecto.

11. Con fecha de 14 de marzo de 2018 la DGEEC requiere al IAM información relativa a sus presupuestos (folios 2863 a 2867), y a AMPER y Motorola información relativa a sus respectivos volúmenes de negocios (folios 2868 a 2872 y 2873 a 2878, respectivamente).

El 20 de marzo de 2018 tuvo entrada en el registro de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, la contestación del IAM (folios 2879 a 2908). La contestación de AMPER tuvo entrada el 22 de marzo de 2018 (folio 2909 a 2912), completada mediante escrito de 4 de abril de 2018 (folios 2926 a 2954). La contestación de MOTOROLA tuvo entrada el 3 de abril de 2018 (folios 2922 a 2925).

12. El cierre de la fase de instrucción de este procedimiento se produjo mediante acuerdo de la DGEEC de 9 de abril de 2018, de conformidad con el artículo 33.3 RDC a los efectos de elaboración de la correspondiente propuesta de resolución (folios 2955 y 2956).
13. El 7 de mayo de 2018 la DGEEC formuló propuesta de resolución, concediéndose a los interesados en el procedimiento un plazo de 22 días hábiles para formular alegaciones (folios 2970 a 3133).

El 30 de mayo de 2018 tuvieron entrada en el registro de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, las alegaciones a la propuesta de resolución elaboradas por TELTRONIC (folios 3209 a 3483). Las alegaciones de AMPER tuvieron entrada el 1 de junio de 2018 (folios 3484 a 3523). El IAM presentó sus alegaciones el 7 de junio de 2018 (folios 3530 a 3813). El 15 de junio de 2018 tuvo entrada en el registro de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, el escrito de alegaciones de MOTOROLA (folios 3814 a 4502).

14. Finalmente, el 5 de julio de 2018 la DGEEC elevó informe propuesta de resolución al Consejo de la CNMC (folios 4560 a 4727).
15. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su sesión de 4 de diciembre de 2018.
16. Son interesados en este expediente:

- Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid (IAM)
- Motorola Solutions España, S.A. (MOTOROLA)
- Amper Sistemas, S.A. (AMPER)
- Teltronic, S.A.U. (TELTRONIC)

II. LAS PARTES

1. Incoados

Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid (IAM)

De acuerdo con lo previsto en el artículo 1 de sus estatutos², el IAM *“es un Organismo Autónomo, dotado de personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión para el cumplimiento de sus fines.”*

El IAM se adscribe al Área de Gobierno u órgano directivo competente en materia de tecnología y comunicaciones, a cuyo titular le corresponde la dirección estratégica del mismo, así como la evaluación y el control de los resultados de su actividad.”

Asimismo, el artículo 3 de los estatutos del IAM recoge las competencias que este organismo tiene atribuidas, clasificándolas en estratégicas, por un lado, y de carácter operativo, por otro. Entre las de carácter estratégico se encuentran *“la definición, planificación, coordinación y ejecución de las políticas estratégicas del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos en materia de tecnologías de la información y de las comunicaciones”*; y entre las de carácter operativo *“la adquisición y dotación de infraestructuras físicas y lógicas de soporte de los sistemas de información y comunicaciones del Ayuntamiento de Madrid y de sus servicios”*.

Los estatutos del IAM también recogen, en su artículo 22, el régimen de contratación del Organismo, previéndose que la misma se rija *“por las normas generales de la contratación de las Administraciones Públicas que le resulten de aplicación”*, siendo *“necesaria la autorización del titular del Área u órgano directivo al que se encuentra adscrito el IAM, para celebrar contratos de cuantía superior a las cantidades previamente fijadas por aquél.”*

Motorola Solutions España, S.A. (MOTOROLA)

De acuerdo con la información pública recabada por la DGEEC, Motorola Solutions España, S.A. es una empresa con domicilio social en Madrid y 3.653.760,57 euros de volumen de negocios en 2017, que presta servicios al

² De acuerdo con la última modificación de los mismos aprobada por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, en sesión (27/2016) ordinaria celebrada el día 29 de noviembre de 2016, publicado en el B.O.C.M. Núm. 301, de 16 de diciembre de 2016.

mercado ibérico, para lo que cuenta con un personal de 375 personas y oficinas en Madrid, Oporto y Lisboa.

MOTOROLA dirige sus productos a un amplio espectro de clientes, entre los que destacan las compañías operadoras de telefonía móvil, los operadores de servicios de cable o diversos organismos oficiales, como el Ministerio del Interior, y diversos aeropuertos y empresas suministradoras de agua o electricidad. MOTOROLA también suministra soluciones de infraestructuras para redes (ya sean de telefonía móvil o de comunicaciones privadas con trunking y sistemas Tetra), walkie-talkies de consumo, terminales móviles, decodificadores de televisión, cable módems o terminales para VoIP, entre otros productos.

Amper Sistemas, S.A. (AMPER)

Amper Sistemas, S.A. es una sociedad con domicilio en Pozuelo de Alarcón (Madrid) y 16.315.686 euros de volumen de negocios en 2017, dedicada a la ingeniería de sistemas integrados de telecomunicación y control.

En particular, de acuerdo con la información pública a la que ha accedido la DGEEC³, AMPER es una empresa que ofrece sistemas de detección integrada, de comunicaciones y de mando y control, para los sectores de transporte, seguridad pública, control de fronteras, suministro de agua, energía y aplicaciones de red. En concreto, AMPER participa en el diseño de la arquitectura del sistema, la interfaz de alta definición y el desarrollo de aplicaciones de software, integración, instalación, puesta en servicio, soporte técnico y mantenimiento.

Asimismo, AMPER tiene alianzas estratégicas con MOTOROLA, Raytheon, Nortel, Cisco y Avaya. El 100% del capital social de Amper Sistemas, S.A. (AMPER) pertenece a AMPER, S.A.

2. Interesado

Teltronic, S.A.U. (TELTRONIC)

De acuerdo con la información pública recabada por la DGEEC, TELTRONIC es una sociedad domiciliada en Zaragoza, que suministra soluciones completas de comunicaciones inalámbricas a sectores tan relevantes como la Seguridad Pública, el transporte masivo de pasajeros y sectores industriales como la energía, la minería, la siderurgia, el petróleo y el gas, entre otros.

En mayo de 2015, Sepura plc (SEPURA) adquirió Teltronic S.A.U. SEPURA es una mercantil fundada en el Reino Unido en 2002, dedicada al diseño, fabricación y suministro de productos de radio digital, sistemas y aplicaciones desarrollados específicamente para las comunicaciones de misión crítica y para negocios. SEPURA cuenta con una red de *partners* a escala internacional que

³ <http://www.bloomberg.com/research/stocks/private/snapshot.asp?privcapid=39600226>

venden y proporcionan soporte local para sus productos, teniendo presencia en más de 30 países.

III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO

Las conductas objeto de la presente resolución se desarrollan en el sector de las redes de comunicaciones móviles privadas y, en particular, en relación con la red de este tipo con la que cuenta el Ayuntamiento de Madrid.

1. La tecnología TETRA

La red TETRA es una red de comunicaciones móviles privada basada en el estándar que le da nombre (*Trans European Trunked Radio*), del Instituto Europeo de Estándares de Telecomunicación (ETSI).

Esta red engloba un sistema de comunicaciones móviles digital más moderno que el GSM y con capacidades de datos similares a GPRS, basado en TOMA (multiplexación por división en el tiempo) y orientado a servicios de seguridad y emergencias.

La red TETRA se compone de conmutadores centrales, estaciones base, consolas de despacho y terminales. Los conmutadores centrales y estaciones base se conectan entre sí utilizando diferentes tecnologías y protocolos dependiendo del fabricante, por lo que la necesidad de compatibilidad excluye la posibilidad de combinar conmutadores centrales y estaciones base de diferente fabricante. Los terminales de la red TETRA son los únicos elementos de la misma que están sometidos al estándar ETSI, cumpliendo el requisito de interoperabilidad con el resto de elementos de cualquier fabricante.

Los conmutadores centrales determinan los canales de comunicaciones con las estaciones base, que están constituidas por las antenas y elementos activos de radiofrecuencia necesarios para transmitir la información entre los conmutadores y los terminales.

Los terminales son los equipos y dispositivos de usuario, similares a teléfonos móviles, y las consolas de despacho son puestos de operador en los centros de mando, que equivalen a terminales con funcionalidades avanzadas.

2. Caracterización del mercado

El Ayuntamiento de Madrid dispone de una red TETRA, gestionada por el IAM, para prestar sus servicios de seguridad y emergencia.

La red TETRA del Ayuntamiento de Madrid cuenta con dos conmutadores centrales que se conectan con las estaciones base mayoritariamente por una red de radioenlaces, con algunas conexiones punto a punto. En general, los conmutadores centrales y las estaciones base se conectan entre sí mediante

protocolos propiedad de los diferentes fabricantes, a través de distintas tecnologías como pueden ser enlaces síncronos, conexiones Internet Protocol (IP), etc.

El conmutador central de la red TETRA del Ayuntamiento de Madrid es el DIMETRA IP, basado en la tecnología IP, lo que hace que sus elementos principales sean routers, switches, diferentes servidores (de autenticación, de usuarios, de posicionamiento, de mensajes cortos, base de datos, etc.), controladores de zona y conmutadores de paquetes de audio, un servidor de tiempos (que en el sistema del Ayuntamiento de Madrid es crítico porque el funcionamiento es síncrono), firewalls para la salida al exterior y servidores de consolas, pasarelas de interconexión y equipos de monitorización de red. Además, esta red cuenta con grabadoras que registran tanto el audio como el canal en el que se produjo.

Las estaciones base se conectan con los terminales y con las consolas de despacho a través del estándar TETRA, que garantiza la interoperabilidad entre diferentes fabricantes. Estas estaciones base se componen de transceptores de radiofrecuencia que envían y reciben señales de las antenas (TETRA y GPS para el sincronismo) y un controlador de estación base. Además, disponen de pasarelas de datos para conectarse a los conmutadores a través de la red de transporte, y switches internos para interconectar los distintos routers y servidores.

De acuerdo con las anteriores características, la DGEEC define el mercado de producto como el delimitado a través del objeto del contrato, consistente en *“el suministro e instalación, llave en mano, del equipamiento para la renovación de parte de la red de comunicaciones móviles privada TETRA (Terrestrial Trunked Radio) de la que dispone el Ayuntamiento de Madrid para Seguridad y Emergencias.”*

El mercado geográfico delimitado por la DGEEC es el correspondiente a la ciudad de Madrid.

Como se examinará posteriormente, esta Sala considera que, al no haberse realizado durante la instrucción un análisis suficiente de los posibles mercados afectados ni del sector en su conjunto, no resulta posible cerrar la delimitación del mercado en los términos expuestos por el órgano instructor toda vez que, aunque la conducta enjuiciada ha sido calificada como una infracción del artículo 1 de la LDC, resulta posible una definición del mercado diferente que pudiera afectar a la posterior valoración de la conducta.

IV. HECHOS ACREDITADOS

La DGEEC considera acreditada la existencia de contactos y reuniones entre MOTOROLA, el IAM y AMPER con el propósito de alterar el procedimiento de licitación de diversos componentes de la red de comunicaciones TETRA de la

que dispone el Ayuntamiento de Madrid (gestionada a través del IAM) para sus servicios de seguridad y emergencias.

En particular, la DGEEC considera probados los siguientes hechos:

- (1) Mediante Decreto de 26 de abril de 2012, la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública aprobó la instrucción 3/2012 que establece las medidas a adoptar en relación con la contención del gasto en el ámbito de la contratación municipal, modificada posteriormente por el Decreto de 23 de septiembre de 2015 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda (folio 2133).
- (2) El 27 de marzo de 2014 MOTOROLA envió una carta al IAM (carta 1) comunicándoles la discontinuidad del sistema DIMETRA versión 6.2, que constituía el conmutador central de la red TETRA del Ayuntamiento de Madrid, a partir del 1 de junio de 2014 (folio 2035). Además, MOTOROLA afirma que había vencido el periodo de siete años durante el cual se comprometía a reparar productos cancelados. Por todo ello, MOTOROLA recomendaba al IAM la renovación del hardware y del software de los conmutadores DIMETRA a la versión 8.2:



AYUNTAMIENTO DE MADRID
INFORMÁTICA DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID
C/ Albarracín, 33. 2ª planta.
28037 Madrid.

Madrid, 27 de marzo de 2014

Asunto: Ampliaciones de elementos de infraestructura Dimetra IP

Estimados Sres.

Por la presente les informamos que a partir del día 1 de junio de 2014 no será posible la ampliación de estaciones base ni consolas en sistemas Dimetra versión 6.2, como el que posee en estos momentos el Ayuntamiento de Madrid.

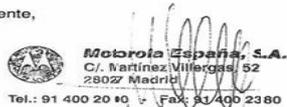
Este hito también implica que no se desarrollarán actualizaciones de software para dicha versión a partir de la citada fecha.

En cuanto al hardware de las estaciones base EBTS y subsistema Centracom, ha vencido el periodo de siete años durante el cual Motorola Solutions se compromete a reparar productos cancelados. Por la misma razón, la reparación de los elementos de los conmutadores estará limitada a partir de 2015, en algunos casos, dependiendo del stock de repuestos, podría ocurrir que algún componente se declarara irreparable sin poder proporcionar uno sustitutivo.

Por todo lo anterior, recomendamos la actualización hardware y software de los conmutadores del sistema Dimetra a la versión 8.2

Para cualquier consulta relacionada con este comunicado quedamos a tu entera disposición.

Atentamente,


 **Motorola España, S.A.**
C/ Martínez Villergas, 52
28027 Madrid
Tel.: 91 400 20 80 • Fax: 91 400 23 80

Jesús Martín
Director Comercial
Motorola Solutions España, SA

Motorola Solutions España, SA
Martínez Villergas, 52 – 28027 Madrid (España). Tel: +34 914002000

- (3) Posteriormente, el 16 de mayo de 2015, el IAM publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) un anuncio de información previa relativo a un contrato de suministro, instalación y puesta en marcha de un nuevo sistema TETRA, por importe de 3.305.785,12 euros (sin IVA) (Anuncio 1). En este anuncio se incluía dentro del objeto del contrato el subsistema de conmutación (Switching and Management Infraestructure (SWMI)) con redundancia geográfica en dos ubicaciones, es decir, se licitaba el conmutador central (folios 208 y 209).
- (4) Mediante Decreto de 27 de agosto de 2015, el Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid autorizó la adquisición de los elementos cuya licitación se había anunciado, al margen del sistema de gestión centralizada que resultaría de aplicación a la red TETRA (Acuerdo Marco 10/2012), por importe de 3.419.970,66 euros (folio 2185). Entre los motivos que justificaban la solicitud de autorización para contratar fuera del Acuerdo Marco, el IAM esgrimía que el Ayuntamiento de Madrid se beneficiaría de la competencia entre los distintos fabricantes y sus integradores, para obtener un mayor nivel técnico, dado que entre las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco solo se tenía constancia de tres que fueran integradoras de equipamiento TETRA *“siendo dos de ellas integradoras de equipamiento MOTOROLA (fabricante del actual sistema TETRA), así se hurtan al Ayuntamiento los beneficios económicos y técnicos que podrían suponer las ofertas de integradores de equipamiento de infraestructura TETRA”* (folios 2186 a 2202).
- (5) El 18 de marzo de 2016 MOTOROLA envió nueva carta al IAM (carta 2), en la que se informaba de un problema detectado en las estaciones base EBTS instaladas en el Ayuntamiento, que provocaría que la red dejase de funcionar. En esta carta se precisaba que la incidencia afectaba al chip GPS y al funcionamiento de las estaciones base en “modo síncrono”, y que el mismo podía hacer fallar a toda la red en agosto de 2017 (folio 2036):



Motorola Solutions España S.A.
C/ Martínez Villaverde, 52
Bloque 3
28027 Madrid (España)

Teléfono: 91 400 20 00
Fax: 91 400 25 79

Att: **D. Fernando Pérez Sánchez**
Gerente de I.A.M
Informática del Ayuntamiento de Madrid
C/ Albarracín 33, 28037 Madrid.

Madrid a 18 de Marzo de 2016

Estimado cliente,
Recientemente Motorola Solutions ha detectado un problema en un componente que afecta a las estaciones base EBTS que según nuestros registros usted tiene instaladas y que provocará una alteración en el funcionamiento de la red dejando ésta de funcionar. Concretamente la incidencia detectada es en el chip de GPS y afecta al funcionamiento de las estaciones base en "modo síncrono", modo fundamental para una red de seguridad y emergencias, impidiendo el funcionamiento de éstas en dicho modo y por tanto de toda la red Tetra.

Un problema añadido es el tiempo en el que la incidencia puede empezar a producirse, aunque inicialmente la fecha límite es Agosto de 2017, sabemos que pueden producirse anomalías con anterioridad a dicha fecha, pudiendo llegar incluso a 5 meses de anulación.
Puede encontrar todos los detalles en la comunicación adjunta.

Con el fin de solventar este problema, Motorola ha desarrollado una actualización de software que, una vez instalada, solvente la mencionada incidencia. Los requisitos para poder acceder a dicha actualización es que el sistema se encuentre en una versión de Dimetra 7.1 o superior.

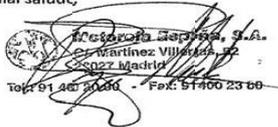
Según consta en nuestras bases de datos su sistema no se encuentra entre los que cumplen los requisitos necesarios para poder acceder a dicha actualización, lo que supone un grave riesgo para su funcionamiento.

Motorola Solutions es consciente del peligro que supone esta situación, tanto para nuestros clientes como para los usuarios de dichas redes.

Para solventar el problema, Motorola ha implementado un programa de actualizaciones para determinados clientes que se encuentran en esta situación y que tienen en vigor un contrato de mantenimiento del sistema, situación en la que se encuentran ustedes con el contrato que tienen con nosotros a través de nuestro partner Amper Sistemas S.A. Dicho plan de actualización consiste en que Motorola, bajo el contrato actualmente en vigor, actualizará el conmutador de la red o "main switch" a la última versión disponible de Dimetra sin coste alguno para nuestros clientes. Dicha actuación implica una actualización tanto a nivel software como hardware incluyendo la instalación de todos los componentes necesarios para restablecer el funcionamiento normal de la red y dejando el conmutador de la red en la última versión disponible. El tiempo límite fijado para llevar a cabo dicha actualización es 31 de Diciembre de 2016.

Sabiendo las implicaciones que esto tiene y las dudas que puede generar quedamos a su entera disposición para una próxima reunión en la que comentar todas las cuestiones relativas a esta actuación.

Reciba un cordial saludo,


Motorola Solutions España S.A.
C/ Martínez Villaverde, 52
28027 Madrid
Tel: 91 400 20 00 - Fax: 91 400 25 79


OFICINA DE REGISTRO IAM
ENTRADA/REGISTRO
Fecha 18/03/2016 Hora 13:33
Nº Anotación 2016/290785
Dest: RM GERENCIA

Diego Nieto Vifé
Director de Ventas España y Portugal
Motorola Solutions España S.A.U.

Esta nueva misiva ofrecía como solución actualizar el software, para lo cual era necesario que el sistema estuviese en una versión DIMETRA 7.1 o superior. Como la versión DIMETRA del Ayuntamiento de Madrid no cumplía este requisito, MOTOROLA ofrece la posibilidad de actualizar el conmutador de la red a la última versión DIMETRA de manera gratuita, en el marco del contrato de mantenimiento que el Ayuntamiento tenía suscrito con MOTOROLA a través de su partner AMPER. Además, MOTOROLA se ofrecía a mantener una reunión para aclarar el modo en que debían desarrollarse todas las actuaciones.

- (6) El contrato de mantenimiento al que se refiere esta carta es el que regía la relación entre el IAM y AMPER, iniciado el 1 de mayo de 2015 y con una duración inicial prevista hasta el 30 de abril de 2017, siendo posteriormente renovado hasta el 30 de abril de 2018. En el pliego de prescripciones técnicas de este contrato, publicado el 11 de diciembre de 2014, se hacía referencia al modelo de conmutador central o nodo con el que contaba el

Con esta actualización su instalación quedará preparada para contar con soporte hasta 2020, si bien las estaciones base modelo eBTS y las consolas Centracom deberían ser actualizadas a la mayor brevedad posible dada su obsolescencia. Amper, empresa homologada por Motorola para la integración de sistemas de las características del suyo, tanto en la versión actual como en la propuesta, y estará en condiciones de realizar el soporte y actualizaciones para que su sistema pueda estar operativo más allá de 2020, tal y como viene realizando en la red TETRA del Ayuntamiento de Madrid desde hace más de 15 años.

Atentamente,



Motorola España, S.A.
C/ Martínez Villergas, 52
28027 Madrid

Tel.: 91 400 20 00 - Fax: 91 400 23 90

Diego Nieto Viñé
Director de Ventas España y Portugal
Motorola Solutions España S.A.U.



AMPER
AMPER SISTEMAS, S.A.
C/ VIRGILIO, 3 / EDIF. 4
28223 POZUELO DEL ABCON
MADRID
C.I.F. A1922436

Enrique Porras
Director General
Amper Sistemas S.A.

- (11) El 11 de mayo de 2016 se publicó en el DOUE un nuevo anuncio de información previa (Anuncio 2), en este caso referido a un contrato de suministro llave en mano de equipamiento TETRA para la renovación de la Red de Comunicaciones móviles TETRA para seguridad y emergencias del Ayuntamiento de Madrid, por importe de 2.066.115,70 euros (sin IVA) (folios 210 a 212).
- (12) Asimismo, en el Estudio de viabilidad y análisis coste/beneficio del expediente “*Suministro llave en mano de equipamiento TETRA para la renovación de la red de comunicaciones móviles TETRA para Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid*” (expte. 001/2016/00881), elaborado por la Subdirección General de gestión económico-financiera del IAM, el 2 de junio de 2016, se describe la red TETRA del Ayuntamiento como integrada por el conmutador DIMETRA IP 8.2, dado el compromiso adquirido por MOTOROLA de actualizar dicho conmutador, mediante cartas de 18 de marzo y de 9 de mayo de 2016 (folios 2207 a 2216).
- El compromiso de renovación del conmutador DIMETRA asumido por MOTOROLA y por AMPER también se recoge en el informe de necesidad e idoneidad elaborado por el IAM (folios 2033 a 2036), y en el estudio económico para la determinación del precio de este mismo contrato (expte. 001/2016/00881) (folios 2104 a 2106).
- (13) Finalmente, el 29 de julio de 2016, se anuncia en el DOUE la licitación de un procedimiento abierto para la adjudicación de un contrato de suministro llave en mano de equipamiento TETRA para la renovación de una parte de la red por importe de 1.651.000 euros (sin IVA) (Anuncio 3), en el que se recogía expresamente que “*Todas las empresas licitadoras deberán presentar homologación de fabricante para los sistemas DIMETRA IPS en su versión 8.2.*” (folios 213 a 465).
- (14) El 10 de marzo de 2017 AMPER envió nueva carta al IAM (carta 4), en la que se anunciaba que preveían completar el reemplazo del conmutador DIMETRA a la versión 8.2 durante el mes de julio de 2017 (folio 2251):



Nº Anotación: 2017/241392
Dest: IAM GERENCIA

Att D. Fernando Pérez Sánchez
Gerente Informática del Ayuntamiento de
Madrid
C/ Albarracín 33, 28037 Madrid.

Madrid a 10 de marzo de 2017

Estimado Fernando,

Le informo de que una vez evaluadas las acciones necesarias para solventar los posibles problemas de sincronía de las estaciones base modelo EBTs de la red Tetra del Ayuntamiento de Madrid, Amper Sistemas SA como adjudicataria del contrato de mantenimiento vigente, conjuntamente con Motorola Solutions como fabricante, tenemos la intención de completar el reemplazo del conmutador Dimetra actualmente en operación, por uno nuevo en versión R8.2 (Gen3), última versión en el mercado, y con redundancia geográfica.

Una vez aceptada por nuestra parte la prórroga solicitada por IAM relativa al "Mantenimiento de la red de comunicaciones Móviles DIMETRA-MOTOROLA del Ayuntamiento de Madrid" se procederá, si así se nos autoriza, a la instalación del conmutador durante el mes de julio de este año, salvo imprevistos ó contingencias ajenas a las partes en cuyo caso se acomodaría el calendario a las fechas que mejor se ajusten a las necesidades de Ayuntamiento de Madrid.

Con esta actualización, su instalación quedará preparada para contar con soporte hasta el año 2020 y estará en condiciones para poder realizar las actualizaciones necesarias de forma que su sistema pueda estar operativo más allá de dicho año, si bien, las estaciones base EBTs y las consolas Centracom deberían ser actualizadas a la mayor brevedad posible dada su obsolescencia. Amper Sistemas S.A., empresa homologada por Motorola para la integración de sistemas de las características del suyo, tanto en la versión actual como en la propuesta, estará en condiciones de realizar el soporte y actualizaciones para que su sistema pueda estar operativo más allá de 2020.

Atentamente,


AMPER SISTEMAS, S.A.
C/ VIRGILIO, 2 - EDIF. 4
28223 POZUELO DE ALARCÓN
(MADRID)
Enrique Portas
Director General
Amper Sistemas S.A.

- (15) Por último, cabe indicar que el Pleno del TACP, mediante resolución de 6 de octubre de 2016, acordó anular *“los anuncios publicados, el PPT en cuanto exige la compatibilidad con un sistema operativo no licitado, y consecuentemente la licitación convocada”* del contrato de suministro llave en mano de equipamiento TETRA para la renovación de una parte de la red del Ayuntamiento de Madrid (número de referencia 300/2016/00881), y ello sobre la base de:
- (i) El incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 141 y 159.1 del TRLCSP y 77.2 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, debido a que el TACP consideró que se había producido un cambio de objeto del contrato entre los diferentes anuncios, lo que excluía la posibilidad de reducir el plazo de presentación de proposiciones prevista en dichos artículos.
 - (ii) El incumplimiento del principio de neutralidad tecnológica, dado que el núcleo de la red (el conmutador central) fue adquirido fuera de la licitación, ocasionando que el fabricante del conmutador

(MOTOROLA) adquiriera la exclusividad sobre todo el resto de componentes de la red, puesto que nadie más podía cumplir el requisito de interoperabilidad. En definitiva, el TACP concluye que esta exclusividad motivada por los requisitos técnicos exigidos de compatibilidad no provienen de un procedimiento competitivo ni garantiza más ahorros que una licitación completa de la red. Por lo tanto, este proceder del IAM es contrario a los principios inspiradores de la contratación pública de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos e igualdad de trato.

Además, el TACP resolvió dar traslado a la CNMC de su resolución, para que valorase la eventual infracción de la LDC.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER

Conforme al artículo 9 de la Ley 6/2011, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, quedó extinguido el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, creado por la Ley 6/2004, de 28 de diciembre.

El 1 de enero de 2012, el ejercicio de las competencias en materia de defensa de la competencia en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid fue asumido por la Consejería competente en materia de comercio interior.

A partir del 10 de octubre de 2014, el ejercicio de las competencias de instrucción de expedientes y de custodia de los ya resueltos en materia de defensa de la competencia en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid fue asumido por la Viceconsejería de Innovación, Industria, Energía y Minas a través del Servicio de Defensa de la Competencia, dependiente de la Subdirección General de Gestión de la Viceconsejería.

Con ocasión del Decreto 72/2015, de 7 de julio, del Consejo del Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid, y del Decreto 193/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, las competencias ejecutivas en Defensa de la Competencia, antes atribuidas a la entonces Viceconsejería de Innovación, Industria, Comercio y Consumo de la Consejería de Economía y Hacienda, pasan a ser desempeñadas por la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda (DGEPF).

Desde el 27 de octubre de 2017, momento en el que entró en vigor el Decreto 126/2017, de 24 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 193/2015, de 4 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad (DGEEC) asumió las funciones

ejecutivas en materia de defensa de la competencia que antes asumía la DGEPF.

Por tanto, en función de lo dispuesto anteriormente y de lo recogido en los artículos 20.2 y 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y de la disposición transitoria única de la Ley 1/2002, las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia en el presente expediente fueron responsabilidad de la citada DGEPF (y de la DGEEC que la sucedió), residiendo las competencias de resolución en este Consejo de la CNMC.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

La Sala de Competencia debe resolver en este procedimiento, sobre la base de la instrucción realizada por la DGEPF (y su sucesora la DGEEC), que se recoge en el informe y propuesta de resolución, si la práctica investigada constituye una infracción del artículo 1 de la LDC, consistente en la concertación entre MOTOROLA, AMPER y el IAM para modificar el objeto del contrato que el Ayuntamiento de Madrid iba a licitar para la renovación de su red TETRA para servicios de seguridad y emergencia.

Por lo que respecta a la normativa aplicable, la conducta imputada a MOTOROLA, AMPER y el IAM se ha desarrollado bajo la actual Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

En su propuesta de resolución elevada a esta Sala la DGEEC considera que los contactos mantenidos entre MOTOROLA, AMPER y el IAM tuvieron como consecuencia la modificación del objeto del contrato licitado por el Ayuntamiento de Madrid para la renovación de su red TETRA, adquiriéndose el conmutador o nodo central sin licitación, lo que vinculaba tecnológicamente el resto de elementos de la red a los de un único fabricante (MOTOROLA). La DGEEC califica esta conducta como una infracción grave del artículo 1.b) LDC, de la que habrían sido responsables MOTOROLA, AMPER y el IAM, atribuyéndole una duración comprendida entre marzo de 2016 y julio de 2017.

Además, la DGEEC considera que existen circunstancias atenuantes que, por aplicación del artículo 64.3 LDC, deben tenerse en cuenta para el cálculo de la sanción del IAM. Estas atenuantes son (i) la desproporción en el poder negociador del IAM, (ii) la necesidad que tenía el IAM de garantizar la continuidad

del servicio ofrecido por la red TETRA, al ser un sistema crítico para la seguridad de los ciudadanos y (iii) la colaboración del IAM durante la tramitación del procedimiento.

En su informe y propuesta de resolución la DGEEC propone sancionar al IAM con 400.661,16 euros, a AMPER con 321.215,07 euros y a MOTOROLA con 63.940,81 euros.

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

El objeto del presente expediente es analizar si ha existido una posible praxis continuada de concertación entre el IAM y las mercantiles AMPER y MOTOROLA en el contrato “*Suministro llave en mano de equipamiento TETRA para la renovación de la red de Comunicaciones móviles Tetra para la Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid*”.

La DGEEC considera acreditado en el expediente un proceso, sin solución de continuidad, de concertación entre el IAM y las mercantiles AMPER y MOTOROLA durante el periodo comprendido entre los años 2014 a 2017, con especial énfasis en el 2016, y en especial:

- Que el compromiso de actualización del conmutador central DIMETRA (dos ordenadores) por modelo SR 8.2 por parte del fabricante MOTOROLA tiene como antecedentes inmediatos las denominadas cartas 2 y 3 (18 de marzo a 9 de mayo de 2016, así como la reunión de 24 de abril de 2016). Tras ello el anuncio 2 de 11 de mayo de 2016. El compromiso se continúa en las reuniones de 29 de junio y 11 de julio de 2016, en el anuncio 3 de 29 de julio de 2016 y en posteriores reuniones de 19 de septiembre y 27 de octubre de 2016.
- Que el cumplimiento del citado compromiso implica un cambio/aminoración del objeto inicial de la contratación respecto a la carta 1 y al anuncio 1, y del coste del mismo, así como la entrada en juego de la interoperabilidad como posible exclusión del mercado de otros operadores.
- Que el compromiso tiene su continuidad en la prórroga del contrato de mantenimiento en marzo de 2017 y la denominada carta 4 del mismo mes y año, dando lugar finalmente a la evolución real y material del conmutador central DIMETRA de MOTOROLA a la versión 8.2 (dos ordenadores) en el mes de julio del 2017 y previa autorización del IAM, antes del fallo de sistema que preveía MOTOROLA para el mes de agosto de 2017.
- Que desde marzo de 2016 queda acreditada una praxis de cartas y reuniones conjuntas entre el IAM y las mercantiles AMPER y MOTOROLA.

Como expone el órgano de instrucción en el apartado tercero de la valoración jurídica incluida en la propuesta de resolución elevada a esta Sala, las autoridades de competencia otorgan la máxima importancia a la existencia de una debida competencia en el ámbito de la contratación de las distintas Administraciones Públicas. De este modo, como recuerda la DGEEC, en los últimos años, esta Comisión ha sancionado a varias empresas cuyas prácticas anticompetitivas han afectado a la contratación de servicios públicos⁴.

Asimismo, en enero de 2018, se publicó la “Guía contra el fraude en la licitación pública” en la que se señalaban algunos de los principales indicios de manipulación en licitaciones públicas o privadas, entre los que pueden destacarse las similitudes sospechosas en las ofertas presentadas, la existencia de ofertas no competitivas, las ofertas económicas de idéntica redacción o formato o la existencia de uniones temporales de empresas (UTES) sin justificación aparente.

Anteriormente, la antigua Comisión Nacional de la Competencia publicó en 2011 una “Guía sobre contratación pública y competencia” con el propósito de mejorar la aplicación de los principios que salvaguardan la libre competencia en la contratación pública, entre otros, la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos, y la no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. En sus propias palabras la Guía pretendió incrementar la aplicación de dichos principios a través de una doble vertiente: en primer lugar, *“destacando los aspectos del proceso de contratación pública en que pueden introducirse restricciones injustificadas a la competencia”* y, en segundo término, *“previniendo posibles conductas colusorias de los licitadores en estos procesos, a la luz de la categorización de tales conductas como infracciones del Derecho de la competencia”*. Las recomendaciones incluidas en la Guía de 2011, desarrolladas con una intención eminentemente práctica, gravitaban en torno a ese doble propósito.

Respecto al primero de ellos, es decir la introducción de restricciones injustificadas a la competencia en los procedimientos de contratación, la Guía pretendió resaltar *“ante los participantes en los mecanismos y procesos de contratación pública las consecuencias para la competencia de las distintas decisiones que los órganos de contratación pueden adoptar en relación con la celebración, el diseño, el procedimiento y la ejecución de los distintos contratos, así como orientar sobre cómo reducir o eliminar dichas consecuencias”*.

No obstante, la Guía también reconocía que *“en la elaboración de las normas de contratación pública, el legislador ha tenido en cuenta el respeto a los principios*

⁴ Entre ellas pueden citarse las resoluciones de 26 de julio de 2018 (expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS), 3 de mayo de 2018 (expte. S/DC/0584/16, AGENCIAS DE MEDIOS), 9 de marzo de 2017 (S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS), 30 de junio de 2016 (expte. S/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS), 26 de mayo de 2016 (expte. S/DC/0504/14 AIO) y 3 de diciembre de 2015 (S/0481/13 CONSTRUCCIONES MODULARES).

de competencia para conciliarlos con otros objetivos de interés público, tales como la eficiencia en la utilización de los fondos públicos, la agilidad en la gestión de los procedimientos de contratación y el control del gasto". En este ámbito de discrecionalidad que las normas de contratación pública reconocen a los órganos de contratación a la hora de tomar decisiones que configuran el proceso de licitación pública, la Guía publicada en 2011 por la CNC pretendía servir de ayuda *"proporcionando un instrumento para la promoción de la competencia efectiva"*.

Igualmente la Guía pretendía contribuir al conocimiento y erradicación de aquellas *"actuaciones que, por no tener encaje en la normativa aplicable de contratación pública"*, debían ser *"eliminadas de los procesos de licitación pública"* tal y como determinaban las resoluciones judiciales y la propia práctica administrativa. Para lograr este objetivo la Guía ofrecía en su apartado 2 (pág. 6-28) determinadas pautas para que en el diseño, desarrollo y ejecución de procedimientos de contratación no se introdujeran restricciones injustificadas a la competencia.

En cuanto al segundo propósito de la CNC en 2011, relativo a la prevención de posibles conductas colusorias en los procedimientos de licitación y contratación pública, la Guía trataba de *"facilitar algunas herramientas para la detección de indicios de conductas contrarias a la normativa de defensa de la competencia que pueden cometer las empresas que participan en licitaciones públicas, en perjuicio de las entidades contratantes y, en definitiva, de los ciudadanos"*. Para ello, dedicaba su apartado 3 (pág. 29-45) a la descripción de los principales tipos de colusión entre ofertantes en licitaciones, proporcionando orientaciones para prevenir o evitar actuaciones colusorias por parte de los licitadores, en línea con las recomendaciones de organismos internacionales como la OCDE.

De este modo, las autoridades de defensa de la competencia desempeñan en el marco de la contratación pública una doble labor. Por un lado realizan una labor de promoción activa de la competencia, analizando y aconsejando en el diseño, desarrollo y ejecución de procedimientos de licitación para evitar la introducción de restricciones injustificadas a la competencia en la contratación pública. Esta labor de promoción de la competencia incluye el uso de la legitimación activa prevista en el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (y en el art. 13.2 de la LDC para las autoridades de competencia autonómicas), como recuerda el órgano instructor en el apartado 4.2 de su valoración jurídica, impugnando ante los tribunales actos de las Administraciones Públicas y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, en este caso, en el ámbito específico de la contratación pública.

Por otro lado, las autoridades de competencia también deben ayudar a prevenir potenciales actuaciones ilícitas de colusión de las empresas oferentes en el proceso de contratación, esto es, las actuaciones de manipulación fraudulenta de ofertas (conocido internacionalmente como *bid rigging*) y combatir las activamente cuando son detectadas a través de sus competencias

sancionadoras, mediante la aplicación de la LDC y, específicamente, de su artículo 1 que prohíbe las conductas colusorias.

Ante la propuesta elevada por la DGEEC tras la instrucción realizada, la Sala debe decidir si la actuación del IAM investigada puede tipificarse como una infracción prohibida por el artículo 1 de la LDC o, corresponde más bien con una restricción injustificada de la competencia susceptible de ser abordada a través de actuaciones de promoción de la misma o bien con un supuesto cuya valoración o enjuiciamiento debe analizarse en el marco de la legislación de contratos del sector público.

El doble ámbito de actuación que las autoridades de competencia pueden desarrollar en el marco de la contratación pública obliga a deslindar aquellos supuestos en que una actuación administrativa de la que derive un obstáculo a la competencia efectiva deba perseguirse mediante el uso de sus herramientas sancionadoras. Como expone la propuesta de resolución elevada a esta Sala por la DGEEC, las conductas prohibidas por la LDC que pueden ser sancionadas por la autoridad de competencia deben cumplir los elementos del tipo y, en concreto, del ilícito previsto en el artículo 1 de la LDC relativo a las conductas colusorias.

Según expone la citada “Guía sobre contratación pública y competencia” de 2011 la *“colusión entre oferentes en una licitación pública se produce cuando éstos se ponen de acuerdo para fijar el precio o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado, con el objetivo de obtener mayores beneficios del concurso o subasta pública”*. De este modo, expone la Guía, suele tener dos objetivos: la fijación del precio o presupuesto ofertado y/o el reparto del mercado, si bien las empresas pueden también optar por pactar otras de las condiciones establecidas en los pliegos (los plazos de ejecución, las características técnicas, etc.).

En lo que respecta a los acuerdos de fijación de precios, con el fin de alcanzar un precio superior al que se derivaría de una licitación competitiva, los licitadores pueden, entre otras opciones, acordar los descuentos ofertados, fijar precios mínimos de participación, o aplicar una misma fórmula de cálculo del precio. En los acuerdos de reparto de mercado, las empresas licitadoras pueden acordar el reparto de mercados geográficos o de clientes. Es habitual que este reparto de licitaciones se realice sobre la base de las cuotas de mercado preexistentes.

Como expone seguidamente la Guía, *“existen diversas técnicas para llevar a cabo los acuerdos entre oferentes, sea cual sea el objetivo de la colusión. Frecuentemente el acuerdo conlleva la selección previa entre sus participantes de la oferta que debe resultar ganadora de un contrato adjudicado mediante licitación. El monto de dicha oferta, o de otras que los participantes puedan presentar en el futuro, debe permitir aumentar las ganancias de todos los participantes, por lo que los acuerdos suelen incluir además diversas técnicas de compensación por la empresa adjudicataria al resto de los participantes para la distribución de esas ganancias”*.

Estos son los acuerdos de *bid rigging* habitualmente perseguidos y sancionados por las autoridades de competencia en el marco de las licitaciones públicas. Tales acuerdos cumplen los tres requisitos que se exigen para la aplicación del artículo 1 de la LDC: pluralidad de operadores económicos, autonomía real de las partes y existencia de un acuerdo de voluntades con el objeto (o efecto) de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado.

Sin embargo, los hechos acreditados en el presente expediente no permiten considerar acreditado este tipo de ilícito en las conductas investigadas. La propia valoración jurídica realizada por el órgano de instrucción excluye su posible existencia al no considerar la infracción que imputa como un acuerdo entre empresas competidoras (infracción muy grave según el art. 62.4 de la LDC) sino como una infracción grave prevista en el art. 62.3 a) de la LDC mediante el acuerdo entre empresas no competidoras en el que participaría un organismo autónomo (el IAM) y dos empresas (MOTOROLA y AMPER) que tampoco compiten en el mercado.

El análisis de los hechos descritos en el apartado IV de esta resolución exige analizar, en primer lugar, la concurrencia de un acuerdo de voluntades entre operadores económicos en los términos previstos por el artículo 1 de la LDC. Sin embargo, como ya se ha expuesto, no existe en las conductas investigadas en el presente expediente acuerdo alguno entre empresas competidoras para la fijación del precio de la licitación o el reparto del mercado. Tampoco existe un acuerdo entre empresas no competidoras de naturaleza vertical, de las examinadas habitualmente por las autoridades de competencia.

En la relación de hechos que el órgano instructor considera acreditados (y que, reproducidos en el apartado IV de esta resolución, cabe en todo caso considerar como no controvertidos) se constata la existencia de sucesivos contactos entre un organismo público (IAM) y dos empresas (MOTOROLA y AMPER) a través de varias cartas dirigidas por los operadores al IAM (hechos 2, 5 y 9), y algunas reuniones entre tales sujetos (hechos 7 a 9). Tales contactos tienen lugar en ejecución de un contrato administrativo entre el organismo autónomo municipal (el IAM) y los dos operadores referidos. En particular, el hecho 6 alude al contrato de mantenimiento 300/2014/00243 cuya vigencia se extiende, una vez prorrogado, de 1 de mayo de 2015 a 30 de abril de 2018. Si bien la resolución 201/2016, de 6 de octubre, del TACP consideró que dicho contrato no amparaba la instalación del conmutador DIMETRA de Motorola en su versión 8.2, la negociación realizada en las reuniones reseñadas no se corresponde en sí misma con un acuerdo colusorio de los habitualmente declarados prohibidos por la LDC. Se trata de actuaciones que, a pesar de la valoración del órgano instructor como parte de un acuerdo cuyo objeto es contrario a la competencia, pueden responder también a una explicación alternativa en relación con la negociación y discusión en torno a los límites y obligaciones derivados del contrato de mantenimiento existente.

La decisión final de IAM en torno al contrato finalmente licitado puede ser considerada por una autoridad de competencia como la introducción de un

obstáculo a la existencia de una competencia efectiva en la futura licitación y revisada y anulada por un tribunal administrativo de contratación pero, se trata de una actuación que resulta del ejercicio de una potestad pública. Por ello fue revisada y declarada contraria a derecho a través de un mecanismo de impugnación ante el TACP, y con ello depurada del ordenamiento jurídico por su disconformidad con la legislación de contratos del sector público. Resulta evidente que dicha actuación, como se ha apuntado, pudo ser también impugnada por la propia Comisión en ejercicio de su facultad impugnatoria (artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio).

Por tanto, se trata de una actuación que puede ser merecedora de un análisis de la autoridad de competencia desde la perspectiva de la promoción de la competencia pero que no resulta sancionable por infracción del artículo 1 de la LDC, dado que no todos los incumplimientos de la normativa de contratos de las Administraciones Públicas que supongan la introducción de un obstáculo significativo a la competencia en la licitación deben ser considerados una infracción de la LDC.

La DGEEC se hace eco de la opinión expresada por el TACP en la resolución 201/2016, de 6 de octubre, para destacar los efectos contrarios a la competencia de la negociación entre el IAM, MOTOROLA y AMPER que imputa como infracción del artículo 1 de la LDC. En dicha resolución el TACP consideró que el órgano de contratación *“aceptando la actualización del sistema de un fabricante (MOTOROLA), habría convertido un contrato abierto a la pugna libre y legítima entre varios operadores del mercado, en un contrato cautivo al que solo concurriría un fabricante y sus colaboradores o distribuidores, desnaturalizando la esencia de la libre competencia que debe presidir la contratación pública.”*

En concreto, el TACP señala que al *“haberse renovado justo antes de esta licitación la infraestructura de MOTOROLA, supone que solamente dicho fabricante, así como sus colaboradores puedan optar a la licitación publicada en el Anuncio 3, por cuanto son los únicos capaces de suministrar equipos idóneos para interoperar con la infraestructura recién renovada. Teltronic y otros fabricantes TETRA no pueden garantizar que sus infraestructuras interoperarían con la infraestructura de la Red de MOTOROLA (DIMETRA 8.2), por lo que sus posibilidades de éxito en la licitación del Anuncio 3 se desvanecen por completo. El cambio del objeto contractual previamente anunciado viene determinado por la decisión de sustitución, sin someterse a procedimiento competitivo, del conmutador 6.2 de DIMETRA por la versión 8.2 de la misma marca y fabricante. Y esta sustitución es justamente la justificación de que en este procedimiento se exija el requisito de compatibilidad o interoperabilidad. Esta ausencia de licitación determina que los futuros contratos contengan un requisito de interoperabilidad que solo pueden cumplir los fabricantes o distribuidores del conmutador indebidamente adquirido ya que dicha compatibilidad, cuya necesidad no se discute, solo la pueden ofrecer los citados fabricantes o distribuidores. Una adecuada licitación del conjunto de la red, cumpliendo con el principio de neutralidad tecnológica, permitiría presentar oferta completa que cubra la*

totalidad en un solo objeto del contrato, sin consecuencias sobre la interoperabilidad ya que los terminales e infraestructura del mismo fabricante operan entre sí de forma compatible. Esta manera de contratar permitiría la concurrencia de cualquier empresa del ramo interesada aportando cualquier tecnología (aunque sea exclusiva) y también la comparación de las ofertas en términos de igualdad al considerar todos los costes de la red en su conjunto. Sin embargo, la adquisición aislada de la infraestructura, dejando para otro momento el mantenimiento o la renovación parcial, supondrá una baja anormal del precio de esa primera adquisición con el único objetivo de obtener la exclusividad y recuperar luego la inversión inflando el precio en un segundo procedimiento sin competencia, pues nadie más puede cumplir el requisito de interoperabilidad. Una manera de comparar objetivamente todo el coste de la renovación es hacerlo en la integridad del producto en el ciclo de vida, de manera que se obtiene la mejor relación coste eficacia”.

Esta Sala considera que el análisis efectuado por el TACP resulta correcto y suficiente para determinar, entre otras razones, la estimación del recurso planteado contra la licitación efectuada por TELTRONIC en aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público y expulsar de dicha licitación una restricción injustificada de la competencia. Sin embargo, de cara a la posible sanción de dicha conducta por infracción de la LDC, dicho análisis, basado en indicios y no ampliado por la DGEEC durante el periodo de instrucción no resulta suficiente para acreditar la conducta prohibida.

La preocupación por la posible existencia de conductas restrictivas de la competencia susceptibles de sanción en la dinámica comercial de los mercados secundarios o *aftermarkets* es común en todas las autoridades de competencia. Estos mercados secundarios revisten particular importancia en el sector tecnológico. Los mercados aguas abajo de equipamiento secundario, mantenimiento y reparación pueden ser de mayor rentabilidad que el mercado primario o aguas arriba donde se produce la práctica inicial que se somete a evaluación. Sin embargo, la práctica de las autoridades de competencia exige para determinar la posible existencia de infracciones en tales supuestos un análisis profundo de los mercados afectados (tanto primario como secundario) y del sector en su conjunto. Dicho análisis no se ha producido en la instrucción realizada por la DGEEC, que se limita a definir el mercado afectado a través del objeto del contrato, consistente en “*el suministro e instalación, llave en mano, del equipamiento para la renovación de parte de la red de comunicaciones móviles privada TETRA (Terrestrial Trunked Radio) de la que dispone el Ayuntamiento de Madrid para Seguridad y Emergencias*”, sin mayores precisiones o investigaciones.

La práctica de la Comisión Europea y de otras autoridades de competencia es significativa en este aspecto. Como se expone en el documento de la OCDE “*Competition Issues in Aftermarkets - Summaries of Contributions*” de junio de

2017⁵, la Comisión subraya la necesidad de un análisis caso por caso de estos supuestos, que suelen abordarse desde la perspectiva del abuso de posición de dominio, acompañado de una investigación a fondo.

La ausencia de cualquier definición y análisis de los posibles mercados primario o secundario afectados, impiden a esta Sala poder evaluar, desde la perspectiva de una infracción de la LDC, las consecuencias señaladas por el TACP que, en todo caso, fueron impedidas gracias a la estimación del recurso.

En consecuencia, no constando un acuerdo entre operadores económicos subsumible bajo el artículo 1 de la LDC, ni un análisis adecuado de los mercados afectados por la supuesta práctica, los hechos investigados no pueden ser declarados contrarios al artículo 1 de la LDC.

Sin embargo, ello no impide apreciar, tal y como hizo el TACP, que la actuación resultaba contraria a derecho en aplicación del TRLCSP.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Declarar no acreditada la existencia de práctica prohibidas en los hechos investigados por la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad de la Comunidad de Madrid en los términos expuestos en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución.

Comuníquese esta resolución a la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad de la Comunidad de Madrid y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

⁵ « Competition Issues in Aftermarkets - Summaries of Contributions » Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS. 21-23 June 2017

[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)1/en/pdf)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA D^a MARÍA PILAR CANEDO

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 11.3 del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría de la Sala de Competencia de la CNMC, formulo el presente voto particular **discordante de la calificación jurídica de los hechos recogidos en la resolución**⁶.

Razones

1. El presente expediente considera no acreditada la existencia de una infracción del artículo 1 de la LDC en los hechos investigados por la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad de la Comunidad de Madrid.

El órgano instructor, sin embargo, había concluido que la conducta es constitutiva de una infracción grave del artículo 1. b) de la LDC de la que resultan autores el IAM, MOTOROLA y AMPER, entidades a las que se proponen sanciones de 400.661,16€ (IAM), 321.215,07€ (AMPER) y 63.940,81€ (MOTOROLA).

2. Los citados hechos, tal como se derivan del expediente, parten de la existencia de dos contratos, uno del IAM con MOTOROLA y otro independiente del IAM con AMPER.

El celebrado con Motorola tenía el objetivo de poner en marcha un sistema informático de gestión de servicios del Ayuntamiento basados en la denominada red Tetra (Acuerdo Marco 10/2012) que opera con un conmutador central que en el caso del Ayuntamiento se denominó DIMETRA. En marzo de 2014 la versión vigente era la 6.2.

El IAM formalizó con AMPER un contrato para el mantenimiento de los citados conmutadores DIMETRA (versión 6.2); su vigencia comenzó el 1 de mayo de 2015 y tenía una duración inicial prevista hasta el 30 de abril de 2017. Posteriormente fue renovado hasta el 30 de abril de 2018 asumiendo, en contra de lo establecido en el contrato, que el mantenimiento podía cubrir la versión 8.2 del DIMETRA.

3. En marzo de 2014 Motorola indica por medio de una carta al IAM que la versión 6.2 de DIMETRA no podía ser objeto de reparación y propone la actualización del hardware (dos ordenadores) y software de DIMETRA para implementar la versión 8.2.

⁶ Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC, aprobado por el Pleno del Consejo, el 4 de octubre de 2013.

Aunque en mayo de 2015 se publica un contrato abierto que licitaba, entre otras cosas, un conmutador central (dentro de la red TETRA), en agosto de 2015 el Ayuntamiento autoriza la contratación fuera del Acuerdo Marco para permitir una mayor competencia.

En marzo de 2016, MOTOROLA remite otra carta al IAM en que le indica que el sistema podría dejar de funcionar en agosto de 2017. Para evitarlo, MOTOROLA se ofrece a cambiar gratuitamente la versión del conmutador. MOTOROLA asume que AMPER realizará una adaptación en su contrato de mantenimiento con el IAM (a pesar de que el mismo se refería a la versión 6.2 de DIMETRA).

El 24 de abril se realiza una reunión entre MOTOROLA, AMPER y el IAM en que el organismo público aborda conjuntamente con las dos empresas las cuestiones vinculadas con los dos contratos afectados.

El 9 de mayo MOTOROLA y AMPER (a la que MOTOROLA denomina “empresa homologada”) remiten otra carta al IAM manifestando que ambas se comprometen a realizar los cambios pertinentes –la primera en relación al conmutador y la segunda en relación al mantenimiento de la versión 8.2 del mismo- de forma que el sistema pueda estar operativo hasta el año 2020.

El 11 de mayo de 2016 se publica en el DOUE un nuevo anuncio referido a un contrato de suministro llave en mano de equipamiento TETRA para la renovación de la Red de Comunicaciones móviles TETRA para seguridad y emergencias del Ayuntamiento de Madrid. En el Estudio de viabilidad y análisis coste/beneficio del expediente “*Suministro llave en mano de equipamiento TETRA para la renovación de la red de comunicaciones móviles TETRA para Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid*” (expte. 001/2016/00881), elaborado por la Subdirección General de gestión económico-financiera del IAM, el 2 de junio de 2016, se describe la red TETRA del Ayuntamiento como integrada por el conmutador DIMETRA IP 8.2.

Existen acreditadas nuevas reuniones entre MOTOROLA, AMPER y el IAM los días 29 de junio de 2016, 11 de julio de 2016.

El 29 de julio de 2016, se anuncia en el DOUE la licitación del procedimiento abierto para la adjudicación de un contrato de suministro llave en mano de equipamiento TETRA para la renovación de una parte de la red en el que se recogía expresamente que “todas las empresas licitadoras deberán presentar homologación de fabricante para los sistemas DIMETRA IPS en su versión 8.2.”

Existen acreditadas nuevas reuniones entre MOTOROLA, AMPER y el IAM el 19 de septiembre de 2016 y el 27 de octubre de 2016.

El 6 de octubre de 2016 el Pleno del TACP resolvió anular la licitación del contrato de suministro llave en mano de equipamiento TETRA para la renovación de una parte de la red del Ayuntamiento de Madrid. Una de las razones esgrimidas es el incumplimiento del principio de neutralidad tecnológica, “dado que el núcleo de la red (el conmutador central) fue adquirido fuera de la licitación, ocasionando que el fabricante del conmutador (MOTOROLA) adquiriera la

exclusividad sobre todo el resto de componentes de la red, puesto que nadie más podía cumplir el requisito de interoperabilidad”.

El 10 de marzo de 2017 AMPER envió una carta al IAM en la que se anunciaba que preveían completar el reemplazo del conmutador DIMETRA a la versión 8.2 durante el mes de julio de 2017.

4. La resolución aprobada de forma mayoritaria por la Sala de Competencia de la CNMC recuerda la relevancia de luchar contra las conductas que generan una alteración de la competencia en el proceso de contratación pública, de manera totalmente compartida por esta Consejera y en línea con las numerosas valoraciones y recomendaciones emitidas por entidades internacionales y autoridades de competencia⁷.

Recuerda también la existencia de dos cauces de lucha contra los problemas de competencia en la contratación pública: la **promoción de la competencia** -que supone la realización de colaboraciones e informes tratando de fomentar la competencia en los procesos de contratación y que incluye la legitimación activa para impugnar pliegos en el caso de que se considere necesario- y la **defensa de la competencia** –que busca luchar contra las actuaciones ilícitas de colusión entre operadores para evitar la manipulación fraudulenta de ofertas mediante la aplicación de las prohibiciones previstas en la LDC-.

5. Sin embargo la resolución considera que “no existe en las conductas investigadas en el presente expediente acuerdo alguno entre empresas competidoras para la fijación del precio de la licitación o el reparto del mercado. Tampoco existe un acuerdo entre empresas no competidoras de naturaleza vertical, de las examinadas habitualmente por las autoridades de competencia”. Se indica igualmente que las comunicaciones entre el IAM, MOTOROLA y AMPER “pueden responder también a una explicación alternativa en relación con la negociación y discusión en torno a los límites y obligaciones derivados del contrato de mantenimiento existente” y que “la decisión final de IAM en torno al contrato finalmente licitado puede ser considerada por una autoridad de competencia como la introducción de un obstáculo a la existencia de una competencia efectiva en la futura licitación y revisada y anulada por un tribunal administrativo de contratación pero, se trata de una actuación que resulta del ejercicio de una potestad pública”. Esta conducta, según mantiene la resolución, “puede ser merecedora de un análisis de la autoridad de competencia desde la perspectiva de la promoción de la competencia pero que no resulta sancionable por infracción del artículo 1 de la LDC, dado que no todos los incumplimientos de la normativa de contratos de las Administraciones Públicas que supongan la

⁷ Las referencias más recientes a la valoración de la aplicación de la normativa de contratación pública en los países miembros de la Unión Europea pueden encontrarse en COMISION EUROPEA, *The Single Market Performance in Public Procurement*, Bruselas, 2018, en http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm#maincontentSec2. En la OCDE, *Fighting bid rigging in public procurement*, en <http://www.oecd.org/competition/cartels/fightingbidrigginginpublicprocurement.htm>.

introducción de un obstáculo significativo a la competencia en la licitación deben ser considerados una infracción de la LDC.”

Además la resolución considera que aunque los mercados secundarios “revisten particular importancia en el sector tecnológico dado que pueden ser de mayor rentabilidad que el mercado primario o aguas arriba donde se produce la práctica inicial que se somete a evaluación”, resulta necesario un análisis en profundidad de los mercados afectados que no se ha producido en la instrucción del expediente.

6. Existen en esa valoración cuestiones con las que esta Consejera no puede coincidir.

7. En primer lugar, la opinión mantenida de manera mayoritaria por la Sala realiza una caracterización de la conducta descrita en virtud de la cual las concertaciones vinculadas con la contratación pública tienen como sujeto a las empresas licitadoras. No considera por tanto como posible parte de la concertación a cualquier operador con capacidad para incidir en el mercado, entendiéndose por tal, junto con los licitadores, al poder adjudicador.

Un poder adjudicador, al proveerse de productos o servicios en el mercado, cumple las exigencias jurisprudenciales para ser considerado **operador económico** y, por lo tanto, puede considerarse miembro de una concertación para alterar el funcionamiento de la competencia en el proceso y por lo tanto actor de una infracción en materia de competencia⁸.

No existe duda de que, cuando la Administración actúa como operador económico, su actuación está sometida al derecho de la competencia⁹. Debe recordarse el amplio concepto de operador económico empleado en la regulación de competencia que se refiere a cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación.

Puede plantearse si la administración puede incardinarse en ese amplio concepto en el caso de la contratación pública. No puede dudarse de que la competencia es, precisamente, uno de los principios que la Ley considera que debe inspirar el proceso de contratación y la Administración tiene la obligación de ser garante de su respeto. No en vano el artículo 1 de la Ley de contratos, que establece el objeto y finalidad de la Ley, mantiene que la misma debe garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones; publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato

⁸ Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2010, Asunto Knauf Gips KG v Commission, C-407/08 P, ECLI:EU:C:2010:389.

⁹ Véanse las sentencias del TJUE de 12 de julio de 2012, As. C-138/11 Compass-Datenbank, ECLI:EU:C:2012:449 y de 28 de febrero de 2013, As. C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, ECLI:EU:C:2013:127.

entre los licitadores así como asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa¹⁰.

No cabe tampoco poner en duda que el ejercicio de una potestad pública no exime a la Administración del cumplimiento de la legalidad y, en consecuencia, de la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

En 2016 el Tribunal Supremo afirmó que la Administración puede considerarse responsable de un cártel incluso si no actúa como operador económico si su papel es activo y va más allá de sus funciones propias¹¹. Es decir, el ámbito de aplicación de la normativa de competencia no estaría determinado por el concepto de empresa u operador económico, sino **por la aptitud de la conducta realizada para causar “un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado”**. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que “en el ámbito del Derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado”¹².

El Tribunal de Justicia manifiesta, en su Sentencia *EasyPay and Finance Engineering* (ap. 37)¹³:

“A este respecto procede señalar, en una primera fase, que, por un lado, a efectos de aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, una empresa es cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Por otro lado, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o

¹⁰ Véase la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE-A-2017-12902.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, Recurso 2946/2013, (ECLI: ES:TS:2016:3525), dictada respecto de la Resolución de 6 de octubre de 2011 de la CNC en el expediente S/167/09 productores de uva y vino de Jerez accesible en <https://www.cnmc.es/expedientes/s016709> (última consulta 30 de julio de 2018).

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015, Recurso 294/2013, relativa a la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009 (ECLI : ES:TS:2015:800) (Expediente 639/09, Colegio Farmacéuticos Castilla la Mancha accesible en <https://www.cnmc.es/expedientes/63908>).

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015 Asunto C-185/14 (ECLI :EU:C:2015:716).

servicios en un determinado mercado (véase la sentencia Compass-Datenbank, C-138/11, EU:C:2012:449, apartado 35)¹⁴.

En la misma línea ya se ha pronunciado quien suscribe este Voto en el que emitió en la Resolución de la CNMC en el expediente Licitaciones de Aplicaciones informáticas¹⁵.

Por todo ello, concluye esta Consejera que el IAM opera en el caso analizado como operador económico a efectos de la aplicación de la normativa de competencia.

8. En segundo lugar, las valoraciones de la resolución vinculan las conductas colusorias de *bid rigging* con fijaciones de precios o repartos de mercado, obviando que tales conductas pueden tener como objetivo la limitación de la competencia en toda su extensión y por lo tanto incluir concertaciones entre los diversos operadores (incluyendo los de naturaleza pública) para generar **barreras de entrada en un proceso de contratación**, limitando la entrada de operadores por las diferentes vías a su alcance¹⁶.

9. En opinión disidente de esta Consejera, las conductas descritas en la Propuesta de Resolución cumplen los tres requisitos que se exigen para la aplicación del artículo 1 de la LDC: existe una pluralidad de operadores económicos; existe autonomía real de las partes, y existe una concertación que tienen por objeto falsear la competencia en el mercado.

En primer lugar, se acredita en el expediente la existencia de una serie de **contactos entre operadores económicos** que, a pesar de no ser competidores en el mercado, tienen capacidad para falsear la competencia de manera determinante. La citada capacidad se traduce, en el caso descrito, en un cierre de mercado a operadores ajenos a MOTOROLA y AMPER (que venían prestando servicios) que consiguen por parte del IAM un cambio en el proceso de contratación que, tal como posteriormente determinó el TACP, no cumplía las exigencias de neutralidad competitiva y por lo tanto resultaba contrario a la normativa de contratación pública y fue anulado.

En opinión de esta Consejera, la concertación entre los tres operadores que no compiten entre sí, tiene como consecuencia la generación de una exclusividad

¹⁴ La misma sentencia establece que « para rechazar la calificación de actividad económica, la mencionada actividad **debe formar parte indisociable, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que está sujeta**, del sistema nacional de pensiones de jubilación (véase, por analogía, la sentencia Aéroports de Paris/Comisión, C-82/01 P, EU:C:2002:617, apartado 81) » indisolubilidad que no se verifica en el caso analizado.

¹⁵ Resolución de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, https://www.cnmc.es/sites/default/files/2122881_3.pdf.

¹⁶ Véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (firmes), dictadas en el Asunto Concurso Pinosolo, de 15 de febrero de 2016, Rec. 428/2013, (ECLI:ES:TSJPV:2016:255) y de 22 de marzo de 2016, Rec. 407/2013, (ECLI:ES:TSJPV:2016:256).

que, de acuerdo al TACP, está “motivada por los requisitos técnicos exigidos de compatibilidad (que) no provienen de un procedimiento competitivo ni garantiza más ahorros que una licitación completa de la red. Por lo tanto, este proceder del IAM es contrario a los principios inspiradores de la contratación pública de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos e igualdad de trato”.

El hecho de que, gracias a la actuación de las autoridades de contratación, el contrato no llegara a licitarse y por lo tanto no tuviera efectos en el mercado, no justifica que pueda concluirse que no existe infracción, dado que la causa por la que el contrato no llega a ejecutarse es ajena a los sujetos partícipes en la concertación (sí podría considerarse al analizar la cuantía de una posible sanción).

El hecho de que las decisiones de contratación del IAM sean susceptibles de ser recurridas por la vía administrativa –sea por otros operadores o por las autoridades de competencia- no impide que su actuación pueda también ser valorada desde la perspectiva de defensa de la competencia. No en vano, tal como se deriva de los hechos expuestos, la Administración contratante no solo era concedora de la concertación existente entre las empresas licitadoras, sino que la misma no hubiese sido posible sin su participación activa.

Es decir, nos encontramos ante un supuesto en que una entidad que no opera en los mercados afectados, incide sin embargo de manera decisiva en ellos por medio de una concertación con dos empresas que genera barreras de entrada en los mismos.

10. La valoración realizada en la resolución en virtud de la cual no se habría realizado un análisis suficientemente pormenorizado del mercado afectado por la conducta como para determinar sus posibles efectos aguas arriba y aguas abajo, tampoco se comparte por esta Consejera.

La contratación inicial se había realizado por medio de un Acuerdo Marco que limitaba la competencia a un número de operadores. El Ayuntamiento había autorizado la contratación por medio de un contrato abierto, precisamente para fomentar la competencia.

La ampliación por el IAM de los dos contratos existentes para permitir el mantenimiento de la prestación por parte de MOTOROLA y AMPER, claramente supone una restricción de la competencia cuya valoración no requeriría de mayor análisis por la dirección de investigación, en opinión de esta Consejera.

11. Finalmente, tampoco puede compartirse la valoración realizada por la resolución, referida a las posibles explicaciones, de las diversas reuniones mantenidas entre las entidades incoadas, alternativas a la concertación.

Tanto el hecho de que a varias reuniones asista el IAM y las dos empresas incoadas -con las que el organismo público tiene suscritos dos contratos independientes- como las fechas en las que las mismas tienen lugar (en varias

ocasiones con carácter previo a la publicación de los anuncios de licitación) y el contenido de las cartas subsiguientes, ponen de manifiesto, en opinión disidente de esta Consejera, la existencia de una concertación.

12. Las consideraciones previas llevan a esta Consejera a emitir este voto particular al considerar que de la instrucción realizada se deriva la existencia de una infracción grave del artículo 1 de la LDC que debería haberse declarado en la resolución.

13. Dada la naturaleza de esta manifestación, por medio de un Voto Particular a una resolución de archivo, esta Consejera no entra a valorar la propuesta de sanción realizada por la dirección de instrucción y sus diferentes elementos.

En tal sentido emito este Voto Particular.

Firmado: María Pilar Canedo Arrillaga