

RESOLUCIÓN

Expte. S/DC/0626/18 RADARES METEOROLÓGICOS

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 13 de febrero de 2020

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha dictado esta Resolución en el expediente S/DC/0626/18 RADARES METEOROLÓGICOS, incoado por la Dirección de Competencia contra ADASA SISTEMAS, S.A.U. (ADASA), SCHNEIDER ELECTRIC ESPAÑA, S.A. y CIRRUS SPAIN, S.L. -actualmente denominada DTN SERVICES AND SYSTEMS SPAIN, S.L.-, por supuesta infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**).

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.....	4
II. LAS PARTES	7
III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO.....	9
1. Mercado de producto	9
2. Mercado geográfico.....	13
3. Estructura de los mercados de mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados y suministro de repuestos.	15
IV. HECHOS ACREDITADOS	16
1. En relación con el concurso convocado por la AEMET en 2014 para los servicios de mantenimiento del sistema de Observación Radar (licitación 98003929)	16
2. En relación con el concurso convocado por la AEMET en 2017 para el suministro de repuestos de radares meteorológicos y equipos relacionados (licitación 98004753).....	21
V. FUNDAMENTOS DE DERECHO	22
PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER.....	22
SEGUNDO.OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA GENERAL APLICABLE.....	22
TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR ...	23
CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA.....	24
4.1. Sobre la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre las empresas con la finalidad de repartirse varias licitaciones de la AEMET.....	24
4.2. Sobre la capacidad de las empresas para concurrir al contrato de 2014.....	31
A) Sobre la solvencia mínima exigida para el contrato del año 2014	31
B) Sobre la capacidad de TELVENT	34
C) Sobre la capacidad de ADASA.....	38
D) Conclusión	40
4.3. Sobre la calificación de las conductas	41
4.4. Sobre el carácter único y continuado de la infracción	44
4.5. Análisis de culpabilidad	46
4.6. Autoría y responsabilidad.....	47
A) ADASA	47

B) SCHNEIDER	47
C) CIRRUS (actualmente DTN SERVICES AND SYSTEMS SPAIN, S.L)	50
QUINTO. OTRAS ALEGACIONES A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y CUESTIONES PLANTEADAS EN FASE DE RESOLUCIÓN	51
5.1. Alegaciones sobre indefensión	51
A) Sobre el análisis de efectos en la PR	51
B) Sobre la denegación de ampliación de plazo	53
5.2. Sobre la aplicación de los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE	54
5.3. Sobre la definición del mercado afectado	59
5.4. Sobre la afectación al comercio en el interior de la Unión Europea	61
5.5. Sobre las inspecciones practicadas por la DC.....	62
5.6. Alegaciones en relación con la propuesta de sanción	67
5.7. Confidencialidad.....	70
SEXTO. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR	71
SÉPTIMO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.....	72
7.1 Criterios expuestos por el Tribunal Supremo	72
7.2 Criterios para la determinación de la sanción: valoración general de la conducta ...	73
7.3 Criterios para la valoración individual de la conducta	74
7.4 Tipo sancionador total que correspondería imponer y última comprobación de proporcionalidad	75
RESUELVE.....	77
VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA D^a MARÍA PILAR CANEDO 2	78
1. Objetivo y contenido del Voto particular	79
2. Elementos de la resolución que justifican el Voto	80
A. El precedente de la ACCO.....	81
B. Las multas impuestas en la resolución de la CNMC.....	83
C. Sobre la prohibición de contratar.....	90

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 15 de enero de 2018, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) un escrito de la Dirección General de la Autoridad de Competencia de Cataluña (Autoritat Catalana de la Competència –ACCO-) informando sobre la presentación de una denuncia por el Servicio Meteorológico de Cataluña contra dos empresas por prácticas que podrían constituir una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), consistentes en presentar ofertas económicas similares para la contratación de radares y estaciones meteorológicas en el territorio catalán, siendo asignado el caso finalmente a la ACCO.
2. No obstante lo anterior, del análisis realizado por la Dirección de Competencia (**DC**) tomando como referencia los hechos remitidos por la ACCO, se detectaron posteriormente de oficio elementos que potencialmente podrían ser indiciarios de conductas restrictivas de la competencia entre algunas empresas dedicadas a los servicios de instalación y mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados y suministro de repuestos en España.
3. Con fecha 26 de marzo de 2018, la DC acordó, conforme a lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC, el inicio de un periodo de **información reservada** con número de expediente S/0626/18, con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador (folios 1 a 2).
4. En el marco de la citada información reservada, la DC realizó inspecciones en las sedes de las empresas SCHNEIDER ELECTRIC, S.A., SCHNEIDER ELECTRIC ESPAÑA, S.A., SCHNEIDER ELECTRIC IT SPAIN, S.L. (en adelante designadas conjuntamente como SCHNEIDER) y de la empresa CIRRUS SPAIN, S.L. (CIRRUS) –actualmente denominada DTN SERVICES AND SYSTEMS SPAIN, S.L. (DTN)-, como continuadoras de las actividades de la empresa TELVENT (folios 604 a 681).
5. Con fecha 11 de mayo de 2018, tuvo entrada en la CNMC escrito de las empresas SCHNEIDER aportando una serie de información requerida por la DC respecto de las licitaciones relacionadas con el objeto de la investigación en las que SCHNEIDER ELECTRIC IT SPAIN, S.L. hubiese participado durante el periodo 2010-2018 (folios no confidenciales 690 y 691 y folios confidenciales 692 a 694).

6. A la luz de todo lo anterior, con fecha 16 de mayo de 2018, la DC adoptó una orden de investigación adicional (folios 617 a 627), ordenando a las empresas SCHNEIDER a que se sometieran a una inspección en la sede de la CNMC, con el fin de inspeccionar, revisar y filtrar la información electrónica suministrada por las empresas con posterioridad y a resultas de la primera inspección. La inspección se realizó el día 16 de mayo de 2018 con la personación en la sede de la CNMC de los representantes de las empresas SCHNEIDER (folios 642 a 650).
7. De los datos aportados por AEMET y de la documentación recabada en las inspecciones, se consideró que existían indicios racionales de la comisión, por parte de ADASA, así como de SCHNEIDER y CIRRUS (actualmente DTN), como continuadoras de las actividades de la empresa TELVENT, de una infracción del artículo 1 de la LDC, consistente en acuerdos o prácticas concertadas entre empresas competidoras para la fijación de precios y para el reparto de mercado.
8. A la vista de lo anterior y, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, la DC acordó, con fecha 6 de julio de 2018, la **incoación** de expediente sancionador contra ADASA, SCHNEIDER y CIRRUS (actualmente DTN) por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC. Las actuaciones iniciadas se registraron con el número de expediente S/0626/18 y se procedió a notificar el acuerdo de incoación a las tres interesadas el 9 de julio de 2018 (folios 792 a 794 y 795 a 814). Con fecha 24 de junio de 2019, la DC acordó la ampliación de la incoación por artículo 101 TFUE (folios 2071 a 2079).
9. La DC realizó los siguientes requerimientos de información:
 - A la AEMET, con fecha 23 de julio de 2018 (folios 916 a 921), solicitando información y aportación de datos en relación con una licitación convocada por ella en el año 2017 (concretamente la licitación nº 98004753) y con otros contratos licitados desde 2014 hasta la actualidad cuyo objeto fuera el mismo que el de la licitación mencionada. La contestación a este requerimiento de información tuvo entrada en la CNMC el 6 de agosto de 2018 (folios 991 a 1148 –folios confidenciales 994 a 1148-).
 - A SCHNEIDER, con fecha 24 de julio de 2018, solicitando información en relación con ciertos documentos incorporados al expediente. La contestación a este requerimiento de información tuvo entrada en la CNMC el 27 de julio de 2018 (folios 977 a 990 –folios confidenciales 983 a 990- y folios no confidenciales 1217 a 1229).

- A las empresas incoadas (ADASA, SCHNEIDER y CIRRUS –actualmente DTN-), a terceros (AFC INGENIEROS, ATOS, MCV y OFITECO) y a la AEMET (folios 1694 a 1695, 1709 a 1710, 1724 a 1725), con fecha 1 de febrero de 2019. Las contestaciones a estos requerimientos de información constan en los folios confidenciales 2001 a 2019 y no confidenciales 2020 a 2038, 1949 a 1953, 1964 a 1973, 1870 a 1875, 2042 a 2052, 1799 a 1802, 1822 a 1825 y 1785 a 1786.
- 10. Con fecha 1 de julio de 2019, la DC adoptó el **Piiego de Concreción de Hechos (PCH)**, que fue debidamente notificado a las partes para que presentaran las alegaciones y pruebas que estimasen oportunas (folios 2.088 a 2.139). Presentaron alegaciones SCHNEIDER (folios 2.224 a 2.361), ADASA (folios 2.362 a 2.472) y DTN SERVICES (folios 2.473 a 2.676).
- 11. Con fecha 16 de septiembre de 2019, se cerró la fase de instrucción del procedimiento (folio 2.692). La **propuesta de resolución (PR)** del procedimiento, junto con las alegaciones de las partes, fue elevada a la Sala de Competencia con fecha 17 de octubre de 2019 (folio 3.059).
- 12. Con fecha 29 de octubre de 2019, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la **remisión de información a la Comisión Europea** prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término del plazo a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003.

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 3 de diciembre de 2019 (folio 3177).
- 13. Con fecha 29 de diciembre de 2019, el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia ha adoptado resolución en el expediente 94/2018, Licitaciones Meteorológicas de Cataluña, en la que declara la existencia de una infracción del artículo 1 de la LDC, de la que son responsables MCV, S.A. y ADASA SISTEMAS, SAU, consistente en acuerdos o prácticas concertadas para el reparto de mercado en el marco de varias licitaciones públicas relativas al servicio de instalación, mantenimiento y suministro de radares convocadas por el Servicio Meteorológico de Cataluña.

14. Con fecha 16 de enero de 2020, la Sala de Competencia de la CNMC acordó **requerir a las empresas el volumen de negocios** correspondiente al año 2019. El plazo máximo para resolver el procedimiento quedó suspendido en aplicación del artículo 37.1 a) de la LDC (folios 3188 a 3190).

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 31 de enero de 2020 (folio 3257).

15. Esta resolución ha sido aprobada por el Consejo en Sala de Competencia en su sesión de 13 de febrero de 2020.

II. LAS PARTES

Son partes interesadas en el procedimiento las empresas incoadas que se relacionan a continuación:

1. ADASA SISTEMAS, S.A.U. (ADASA)

ADASA es una empresa de ingeniería con presencia en Latinoamérica, Europa, Australia, Asia y Norte de África. ADASA se encuentra especializada en soluciones tecnológicas aplicadas al ciclo del agua, medio ambiente y meteorología¹. Sus actividades se centran en la automatización y control, sistemas de información y comunicación, así como en redes de control hidrológico, de calidad de las aguas, calidad del aire y parámetros meteorológicos.

ADASA pertenece en su totalidad a COMSA CORPORACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS, S.L. (COMSA CORPORACIÓN), matriz del grupo COMSA.

ADASA ha participado en licitaciones nacionales enmarcadas en el ámbito de los servicios de instalación y mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados y suministro de repuestos en España.

¹ <http://www.adasasistemas.com/esp/home.php>

2. SCHNEIDER ELECTRIC ESPAÑA, S.A. (SCHNEIDER)

SCHNEIDER es una empresa dedicada al desarrollo de tecnologías de gestión de energía y de automatización². SCHNEIDER forma parte del grupo francés SCHNEIDER ELECTRIC, S.A.³ (en adelante, GRUPO SCHNEIDER), el cual opera a nivel mundial, en más de 100 países, con cuatro principales unidades de negocio: industria, tecnología de la información, construcción y energía.

El GRUPO SCHNEIDER era propietario, desde el año 2011, de TELVENT GIT, S.A. (en adelante, GRUPO TELVENT)⁴, grupo español especializado en software y soluciones de tecnologías de la información para la gestión de infraestructuras eléctricas, de petróleo y gas, de agua y de transporte, que a su vez, integraba a la extinta TELVENT ENERGÍA, S.A. (TELVENT), empresa dedicada a las actividades de instalación, mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados y suministro de repuestos.

TELVENT se fusionó con SCHNEIDER en el año 2016. Posteriormente, en febrero de 2017, la parte del negocio de TELVENT relacionada con los radares y estaciones meteorológicas pasó a integrarse en una sociedad vehículo denominada CIRRUS SPAIN, S.L., que en mayo de ese mismo año fue vendida a TBG HOLDINGS DTN B.V., empresa subsidiaria de la entidad suiza TBG AG (folios 635 y 1950-1951).

SCHNEIDER, ya sea directamente o a través de TELVENT o CIRRUS, ha participado en licitaciones nacionales enmarcadas en el ámbito de los servicios de instalación y mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados y suministro de repuestos en España.

De acuerdo con la información aportada por los representantes de las EMPRESAS SCHNEIDER durante el transcurso de la inspección domiciliaria efectuada por la Dirección de Competencia con fecha 9 de mayo de 2018 (ver Acta de Inspección inicial, folios 628 a 641), el GRUPO SCHNEIDER no tiene ninguna relación con actividades en materia de radares y estaciones meteorológicas desde la venta de CIRRUS a la empresa TBG HOLDINGS DTN B.V.

² <https://www.schneider-electric.es/es/>

³ <https://www.schneider-electric.com/ww/en/>

⁴ COMP/M.6298 SCHNEIDER ELECTRIC/TELVENT.

3. CIRRUS SPAIN, S.L. (CIRRUS)

CIRRUS se constituyó en febrero 2017, tras la extinción de TELVENT, y formó parte de SCHNEIDER hasta mayo de 2017, fecha en la que fue adquirida por la entidad TBG HOLDINGS DTN B.V. (socio único)⁵, entidad subsidiaria de la suiza TBG AG (folios 635 y 1950-1951).

De acuerdo con la información aportada por los representantes de las empresas SCHNEIDER durante el transcurso de la inspección domiciliaria efectuada por la Dirección de Competencia con fecha 9 de mayo de 2018 (ver Acta de Inspección inicial, folios 628 a 641), CIRRUS se creó como una sociedad vehículo con el fin de integrar el negocio relacionado con los radares y estaciones meteorológicas que realizaban las empresas del GRUPO TELVENT⁶.

CIRRUS ha participado en licitaciones nacionales enmarcadas en el ámbito de los servicios de instalación y mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados y suministro de repuestos en España.

En enero del 2019, ha modificado su denominación social por DTN SERVICES AND SYSTEMS SPAIN, S.L (en adelante, DTN) (folio 1964). Por ello, a lo largo de esta resolución, se empleará la denominación CIRRUS para hacer referencia a esta entidad con anterioridad a enero de 2019 y la denominación DTN para fechas posteriores.

III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO

1. Mercado de producto

Las conductas analizadas en el presente expediente se han llevado a cabo en el marco de las licitaciones convocadas por la AEMET relativas a los servicios de mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados y el suministro de repuestos.

⁵ <https://www.boe.es/borme/dias/2017/06/29/pdfs/BORME-A-2017-122-28.pdf>.

⁶ En 2011 TELVENT entra a formar parte del Grupo SCHNEIDER, en 2014 se fusionan jurídicamente las entidades TELVENT ENVIROMENT y TELVENT ENERGIA y, posteriormente, en el año 2016, como se ha indicado, TELVENT se fusiona jurídicamente con SCHNEIDER. Finalmente, en febrero de 2017, la parte del negocio de TELVENT relacionada con los radares y estaciones meteorológicas pasa a integrarse en la sociedad vehículo, denominada CIRRUS (folio 622).

La AEMET dispone de una amplia red de observación que incluye tanto observatorios convencionales como sistemas de teledetección. Asimismo, mantiene una vigilancia permanente sobre los fenómenos meteorológicos adversos que puedan ocurrir en cualquier lugar del territorio y elabora todo tipo de predicciones a muy distintos plazos. La AEMET proporciona datos de la red de observación, en tiempo real, así como avisos y predicciones para distintos ámbitos espaciales y temporales⁷.

Dentro de las distintas redes de observación de las que dispone la AEMET, destaca, dentro de los sistemas de teledetección terrestres, el Sistema de Observación Radar⁸, compuesto por distintos productos de observación de la precipitación mediante la red de radares que se dedican a una actividad muy específica, y que no es sustituible a través de otros sistemas de observación.

El radar meteorológico es un instrumento utilizado por los meteorólogos para localizar precipitaciones, calcular sus trayectorias y en algunos casos incluso estimar el tipo de precipitación (lluvia, nieve, granizo, etc.) y la velocidad del viento. El objetivo es estudiar los ecos del radar devueltos por “blancos” meteorológicos y presentarlos a partir de un mecanismo de recepción apropiado⁹.

Cada radar meteorológico escanea el área que le rodea, con una cobertura aproximada de 250 kilómetros. El radar envía la información al Centro Regional, donde se procesa la información y se generan las imágenes radar (mapas de lluvia). Cada Centro Regional envía la información al Centro Nacional, donde se procesa la información y se genera un mapa completo con la información procedente de todos los radares (folios 960 a 972 – traducción propia¹⁰).

En España actualmente existe una red de 20 radares meteorológicos, de los cuales, 15 de ellos pertenecen a la AEMET, 3 al Servicio Meteorológico de Cataluña (METEOCAT), 1 a la Agencia Vasca de Meteorología (EUSKALMET) y 1 al Servicio Meteorológico de Galicia (METEOGALICIA) (folios 3 a 4).

Los radares meteorológicos de la AEMET fueron instalados a finales de los años 80 o principios de los años 90, aunque la AEMET informó de que, en el año 2018,

⁷ <http://www.aemet.es/es/eltiempo>

⁸ <http://www.aemet.es/es/portal/eltiempo/observacion>

⁹ https://meteoglosario.aemet.es/es/termino/601_radar-meteorologico.

¹⁰ « Each Weather Radar scans the 3D area around its location (coverage aprox. 250 km) and send the information to the Regional Center where the information is processed and radar images (rain maps) are generated. Each Regional Center sends the information to the National Center, where all information is processed and a full map is generated merging the information from all radars.»

se estaba trabajando en la instalación de un nuevo radar en Tenerife. La actividad que se realiza desde entonces en el ámbito de los radares y sus equipos relacionados se centra en su mantenimiento y en el suministro de repuestos. Las renovaciones que se necesitan hacer son de carácter parcial (folios 3 a 4).

De acuerdo con la información contenida en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) de la licitación nº 98003929 del año 2014 y del PPT de la licitación nº 201800005080 del año 2018¹¹, la AEMET es propietaria y opera en la actualidad el Sistema de Observación Radar (SOR) compuesto por 15 Sistemas Regionales Radar (SRR) y 1 Sistema Nacional Radar (SNR). Como elementos soporte, se dispone de un conjunto de repuestos y del denominado Sistema para Desarrollo.

Las licitaciones convocadas por la AEMET¹² han tenido como objetivo, bien:

- El mantenimiento de:
 - Sistema de Observación Radar¹³, (SOR)
 - Los equipos de observación meteorológica de aeropuertos y bases
- El suministro de:
 - Garitas meteorológicas
 - Instrumentos de medida de radiación solar para el Centro de Investigación Atmosférica de Izaña
 - Un magnetrón para los radares meteorológicos de la AEMET
 - Filtros de radiofrecuencia para receptores radar
- El suministro e instalación de:
 - Ayudas meteorológicas para aeropuertos
 - Sensores de visibilidad y tiempo en diversos aeropuertos

¹¹ Información pública, accesible en la Plataforma de Contratación del Sector Público (<https://contrataciondelestado.es>), en concreto en los siguientes vínculos:

- Licitación nº 98003929 del año 2014: https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/68acd889-9d59-4974-a5e4-fb401503cbcb/DOC_CD2014-619543.html?MOD=AJPERES

Acceso directo al documento:

https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/PLACE_es/Site/area/docAccCmpnt?srv=cmpnt&cmpntname=GetDocumentsById&source=library&DocumentIdParam=9bb11269-83fa-40ae-8ea5-0c3bfb8125f8

- Licitación nº 201800005080 del año 2018: https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/002a642d-8f8e-46bb-a29e-f1f9a6ff737c/DOC_CD2018-434608.html?MOD=AJPERES

Acceso directo al documento:

https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/PLACE_es/Site/area/docAccCmpnt?srv=cmpnt&cmpntname=GetDocumentsById&source=library&DocumentIdParam=22ca3481-4a00-4be4-87ff-43468cfc2be6

¹² Información obtenida del Portal de Contratación Pública.

¹³ Al menos la nº 98003929 del año 2014.

- Equipamientos meteorológicos en Base Aérea
- Ayudas meteorológicas en Bases Aéreas
- Estación meteorológica para el aeropuerto de Son Bonet

No existen precedentes nacionales ni de la Unión Europea en este sector concreto. Sin embargo, existen otros precedentes¹⁴ relativos a sectores que presentan ciertas similitudes, en los que se ha segmentado el mercado de producto de referencia distinguiéndose entre mercado de mantenimiento y mercado de suministro de repuestos para el mantenimiento.

Todas estas actividades se pueden entender como complementarias, pues satisfacen necesidades distintas, pero se encuentran estrechamente vinculadas y, en muchos casos, verticalmente relacionadas.

La fabricación y comercialización y, por otro lado, el mantenimiento de las instalaciones y radares meteorológicos pueden ser prestadas por proveedores diferentes.

En cuanto a las actividades de instalación, de conformidad con la información aportada en las contestaciones a las solicitudes de información enviadas el 1 de febrero de 2019 a las empresas incoadas, a terceros y a la AEMET (folios confidenciales 2001 a 2019 y no confidenciales 2020 a 2038, 1949 a 1953, 1964 a 1973, 1870 a 1875, 2042 a 2052, 1799 a 1802, 1822 a 1825 y 1785 a 1786), pueden llevarse a cabo bien por las empresas fabricantes directamente o bien por aquellas que se dedican a las actividades de mantenimiento y reparación. Asimismo, se trata de una actividad complementaria a las demás y que satisface diferentes necesidades, en línea con lo señalado en los precedentes mencionados.

Por su parte, las actividades de mantenimiento podrían analizarse de forma separada a las de suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones. El precedente¹⁵ que considera estos mercados de forma separada se basa en que existe una regulación específica que establece que ambas actividades deben ser llevadas a cabo por empresas diferentes. No obstante, a pesar de que no es el caso en este expediente, puesto que, en España, estas actividades pueden ser llevadas a cabo por las mismas empresas, lo cierto es que la naturaleza de las actividades es muy distinta. Mientras que el servicio de mantenimiento y reparación requiere de unos servicios provistos con cierta periodicidad (en el caso del mantenimiento de tipo preventivo, cada 6 meses) y de

¹⁴ Expte. S/DC/0557/15 NOKIA y Expte. S/DC/0522/14 THYSSENKRUPP.

¹⁵ Expte. S/DC/0557/15 NOKIA.

inmediatez (en el caso del mantenimiento de tipo correctivo, entre 1 hora y 1 semana) así como de recursos humanos y técnicos especializados, de acuerdo con la información de la que se dispone, las actividades de suministro de repuestos no parecen requerir tiempos de respuesta tan cortos (en tanto al menos algunos son objeto de licitaciones específicas) ni de la utilización de recursos humanos o materiales tan especializados (folios 2020 a 2038, 1949 a 1953, 1964 a 1973, 1870 a 1875, 2042 a 2052, 1799 a 1802, 1822 a 1825 y 1785 a 1786). También cabe señalar que el mantenimiento y el suministro de repuestos suelen licitarse separadamente y que los contratos resultantes tienen importes y duraciones muy distintas.

Todas las actividades mencionadas, por lo tanto, tienen una naturaleza diferente, que de acuerdo con un criterio de sustituibilidad de la demanda, satisfacen necesidades diversas. También es significativo que estos distintos servicios se pueden licitar de forma separada y en principio se pueden llevar a cabo de manera independiente. En este sentido, es destacable que hay distintos oferentes en cada eslabón de la cadena. Así, de acuerdo con la información de la que se dispone, los fabricantes de los radares con que cuenta la AEMET (VAISALA y SELEX ES GMBH) no se dedican al mantenimiento de radares ni suministran repuestos.

Así pues, en la medida en que las prácticas objeto de este expediente se refieren exclusivamente al mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados y al suministro de repuestos y no a la fabricación e instalación de los mismos, no se considera necesario definir si existe un único mercado de fabricación, venta e instalación o si cabe segmentar el mercado distinguiendo la fase de fabricación y venta mayorista de la de venta e instalación.

A la vista de lo anterior, a efectos del presente expediente se consideran los siguientes mercados de producto afectados sin que sea necesario en este caso cerrar una definición estricta de los mismos:

- El mercado de mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados.
- El mercado de suministro de repuestos de radares meteorológicos.

2. Mercado geográfico

El ámbito geográfico de los mercados de producto afectados por este expediente se circunscribe a España.

En primer lugar, las licitaciones de mantenimiento de radares meteorológicos son convocadas por entidades del sector público de ámbito estatal, como la AEMET, o regional, como METEOCAT, EUSKALMET y METEOGALICIA.

En segundo lugar, todas estas entidades, en lo que a contratación se refiere, se rigen por la misma normativa, 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 (LCSP).

En tercer lugar, las empresas participantes en estas licitaciones son de dimensión nacional o regional, y en el caso de tratarse de empresas multinacionales, como VAISALA, su participación en las licitaciones se ha limitado a la subcontratación para la aportación de mano de obra cualificada (AFC INGENEROS ha subcontratado con VAISALA para la presentación de una oferta a la licitación del 2018, mediante la que se prorroga el servicio de mantenimiento de la red SOR).

La circunscripción del mercado geográfico al ámbito nacional también se deriva de que las labores de mantenimiento y reparación precisan, por un lado, de la utilización de recursos humanos especializados, con formación y experiencia en la materia y de recursos materiales específicos; y por otro, de unos tiempos de respuesta relativamente reducidos. Como se ha indicado, hay que distinguir dos tipos de servicios de mantenimiento, uno preventivo, cada 6 meses, y otro correctivo, que se realiza cuando sucede una avería. El tiempo de respuesta ante una avería suele ser como máximo de 1 hora, mientras que el tiempo de resolución de la avería depende del componente SOR que resulte averiado, pudiendo oscilar entre 24 horas y una semana. Si bien parte de este servicio de mantenimiento que puede llevarse a cabo de forma remota (el mantenimiento del software), el resto de las labores de mantenimiento y/o reparación hay que realizarlas in situ, y el escaso tiempo de respuesta parece requerir que las empresas que ofrecen estos servicios estén ubicadas al menos en el mismo país que las instalaciones o radares objeto de reparación o mantenimiento (folios 1998 a 1990, 1946 a 1948, 1961 a 1963, 1822 a 1825, 2042 a 2052, 1799 a 1802, 1822 a 1825, 1785 a 1786 y Pliego de Prescripciones Técnicas para los “Servicios de mantenimiento del sistema de observación radar de la Agencia Estatal de Meteorología” de junio del 2014).

Por ello, a efectos de este expediente, la dimensión geográfica de los mercados afectados se considera de ámbito nacional.

Por otro lado, se cumplen los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea de

directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio en el interior de la UE, lo que conlleva la aplicación del artículo 101 del TFUE a los efectos del presente expediente.

El alcance de las conductas objeto de investigación se ha extendido a todo el territorio nacional y éstas son susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio en el interior de la Unión Europea, toda vez que nos encontramos ante conductas que afectan a todo el territorio nacional, en el que han participado las principales empresas dedicadas al mantenimiento y suministro de repuestos de radares meteorológicos y equipos relacionados.

De acuerdo con la doctrina consolidada y como ha señalado el Consejo de la CNC¹⁶ y la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC¹⁷, si las prácticas que se analizan tienen alcance nacional, como es el caso, debe entenderse que son susceptibles de afectar al comercio interior de la Unión Europea de manera apreciable. En definitiva, los acuerdos colusorios analizados son susceptibles de infringir el artículo 101 del TFUE.

3. Estructura de los mercados de mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados y suministro de repuestos.

Los mercados en los que se han llevado a cabo las conductas objeto de análisis en esta resolución se enmarcan en un sector donde existe un alto grado de concentración.

La demanda de este tipo de servicios proviene principalmente de organismos públicos, como son fundamentalmente las agencias meteorológicas (estatal – AEMET – y autonómicas –METEOCAT, EUSKALMET y METEOGALICIA-), pero también por el Canal de Isabel II, las confederaciones hidrográficas, los servicios de protección civil así como ciertos organismos públicos de investigación (CSIC) (folios confidenciales 2001 a 2019 y no confidenciales 2020 a 2038, 1949 a 1953, 1964 a 1973, 1870 a 1875, 2042 a 2052, 1799 a 1802, 1822 a 1825 y 1785 a 1786).

En lo que se refiere a la oferta, se pueden distinguir las empresas instaladoras y mantenedoras o bien únicamente mantenedoras que ofrecen sus servicios en los ámbitos nacional y regional como CIRRUS, ADASA, AFC INGENIEROS, ATOS y

¹⁶ Resoluciones de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08 Transitorios y de 6 de octubre de 2011, Expte. Productores de Uva y Vinos de Jerez.

¹⁷ Entre otras, Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 2 de enero de 2014, Expte. S/0404/12 Servicios Comerciales AENA.

OFITECO (folios 3 a 4, folios confidenciales 2001 a 2019 y no confidenciales 2020 a 2038, 1949 a 1953, 1964 a 1973, 1870 a 1875, 2042 a 2052, 1799 a 1802, 1822 a 1825 y 1785 a 1786).

En España hay principalmente dos empresas que se dedican a la instalación, mantenimiento y distribución o suministro de repuestos de radares meteorológicos y equipamientos de naturaleza similar, ADASA y TELVENT (y posteriormente sus sucesoras, SCHNEIDER y CIRRUS), que son precisamente las únicas empresas que han resultado adjudicatarias en las tres últimas licitaciones convocadas por la AEMET para ofrecer estos servicios (folios 3 a 4). No obstante, también cabe mencionar otros operadores que han presentado sus ofertas tales como AFC-INGENIEROS (cuya área de especialización es el mantenimiento del software de los radares), ATOS (dedicado fundamentalmente al mantenimiento de radares marítimos) y OFITECO (dedicado fundamentalmente al mantenimiento de las redes hidro-meteorológicas) (folios 1822 a 1825, 2042 a 2052 y 1870 a 1875).

IV. HECHOS ACREDITADOS

1. En relación con el concurso convocado por la AEMET en 2014 para los servicios de mantenimiento del sistema de Observación Radar (licitación 98003929)

1.1. Licitación de la AEMET.

En el año 2014, la AEMET convocó la licitación número 98003929 para el mantenimiento del SOR¹⁸, como continuación de los contratos previos de 2006 y 2010.

Según el Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato, el presupuesto de licitación fue de 2.211.880 euros (IVA incluido), la duración del contrato era de 24 meses con posibilidad de prorrogarlo anualmente hasta en dos ocasiones, y para acreditar la solvencia económica y técnica se exigía clasificación de las empresas (Grupo P; Subgrupo 1; Categoría D).

La única oferta presentada fue la de la UTE ADASA-TELVENT, con una baja del 1,51%, resultando por tanto adjudicataria del contrato a través del acuerdo de

¹⁸ Información pública obtenida del Portal de Contratación del Sector Público: <https://www.boe.es/boe/dias/2014/07/22/pdfs/BOE-B-2014-26382.pdf>.

adjudicación de 20 de noviembre de 2014 por un importe de 2.178.580 euros. El día 11 de diciembre de 2014 se firmó el contrato (folio 251).

El contrato de servicio de mantenimiento del SOR de la AEMET fue prorrogado dos veces, del 12 de diciembre de 2016 al 11 de diciembre de 2017 y del 12 de diciembre de 2017 al 11 de diciembre de 2018 (folios 250 a 589).

1.2. La UTE entre ADASA y TELVENT

La UTE entre ADASA y TELVENT a través de la cual decidieron licitar de forma conjunta para este contrato de 2014, se formalizó el día 17 de noviembre de 2014 (folios 266 a 284).

De acuerdo con los estatutos de la UTE (folio 297), el objeto de la misma era la ejecución de las obras de servicios de mantenimiento del SOR de la AEMET. La participación o cuotas de cada una de las empresas firmantes del convenio se fijaron en 60% ADASA y 40% TELVENT (folio 302).

La UTE subcontrató a AFC INGENIEROS para que se encargase del mantenimiento del software (folio 341).

1.3. Documentación interna de SCHNEIDER

En la respuesta de SCHNEIDER de 27 de julio de 2018 al requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia, se aporta un documento que forma parte de un proceso interno de esta empresa, entonces propietaria del GRUPO TELVENT, conocido como “Quote Link” y utilizado por TELVENT para realizar una evaluación de riesgos para proyectos por importe superior a 2 millones de euros, en el que se incluyen las características principales (técnicas, contractuales, operacionales, financieras, etc.) e información de la licitación nº 98003929 del año 2014.

En este documento se indica el motivo de concursar al citado contrato a través de una UTE con ADASA (folios 963, 964 y 971) (traducción y subrayado propios):

“Adasa Sistemas S.A. es nuestro principal competidor en este mercado en España (radares meteorológicos) – aunque no el único – y actualmente se encarga del mantenimiento de la red”[...]¹⁹.

*“Adasa Sistemas S.A. y Telvent Energía S.A. son los principales competidores y vamos a presentar las ofertas como un Consorcio”[...]*²⁰

“Por favor, justifique la necesidad de constituir una estrategia de Consorcio comercial: Telvent Energía se une a Adasa Sistemas, al tratarse de nuestro principal competidor. Unirse a ellos reduce el entorno competitivo, ya que somos las dos principales empresas del mercado y unidos podemos ganar el contrato a un precio más alto”²¹.

Asimismo, se hace referencia a la capacidad de TELVENT para presentarse a este contrato en los siguientes términos (folios no confidenciales 961 a 963, 971 y 972 –traducción y subrayado propios-)²²:

¹⁹ “Adasa Sistemas S.A. is our main competitor in this market in Spain (weather radars) –not the only one- and it is currently in charge of this network maintenance”.

²⁰ “Adasa Sistemas S.A. and Telvent Energía S.A. are the main competitors and we will bid as a Consortium. There is an agreement with AFC Ingenieros to act as subcontractor of our project”.

²¹ “Please justify the need for a Consortium Comercial strategy: Telvent Energía joins Adasa Sistemas as it is our main competitor. Joining them reduces the competitive environment as we are the two main companies on the market and joined together we can win the contract at a higher price”.

²² Se indica lo siguiente: “The experience of our human resources is wide. Proposed project team is composed of a group of people who were working on the maintenance contract of the network and had carried out the network upgrades. Our knowledge of the network and related technology is depth.”[...]

“Telvent was in charge of network maintenance between 1996 and 2010. The network has experienced three major upgrades (2003, 2007-2008 and 2010-2011) all of them led and carried out by Telvent. We have had other contracts related to this network. Actually, we signed a contract at the beginning of 2014 for the supply of various spare parts.”

“Tender docs include the following requirements for Human and Material Resources”: [...]

“Regarding this HR requirements, Telvent would have all profiles with the proper experience and pre-allocated. However, as part of the Consortium, profiles A and one person from B and C will be assigned to Adasa Sistemas. One person of B and one person from C are part from Telvent, and profile D will be part of AFC Ingenieros (Consortium Subcontractor). Apart from required profiles, Telvent’s organization chart is shown in Notes & Attachments Section. Proposed team includes a Project Manager, a Radar Expert Maintenance Group (composed by profiles B and C), and a Level I Maintenance Group (including Telvent’s personnel and local subcontractors in Canarias and Galicia). Engineering and Laboratory Group will be partially allocated to the project.”

“Material Resources: [...]

Telvent has already these facilities in La Isla, Seville. In relation of Measurement and Calibration equipment, we have included the annual calibration cost of this equipment in OG Services.”

"La experiencia de nuestros recursos humanos es amplia. El equipo del proyecto propuesto está compuesto por un grupo de personas que estaba trabajando en el contrato de mantenimiento de la red y que habían llevado a cabo las actualizaciones de la misma. Tenemos un conocimiento profundo de la red y de la tecnología relacionada"[...].

"Telvent se encargó del mantenimiento de la red entre 1996 y 2010. La red ha experimentado tres grandes mejoras (2003, 2007-2008 y 2010-2011), todas ellas lideradas y ejecutadas por Telvent. Hemos tenido otros contratos relacionados con esta red. De hecho, firmamos un contrato a principios de 2014 para el suministro de varias piezas de repuesto"[...].

"Los documentos de licitación incluyen los siguientes requisitos para los recursos humanos y materiales": [...]

"En cuanto a estos requisitos de RRHH, Telvent tendría todos los perfiles con la experiencia adecuada y preasignados. No obstante, como parte del Consorcio, los perfiles A y una persona de B y C serán asignados a Adasa Sistemas. Una persona de B y una persona de C forman parte de Telvent, y el perfil D formará parte de AFC Ingenieros (Subcontratista del Consorcio).

*Además de los perfiles requeridos, el organigrama de Telvent se muestra en la sección de Notas y Anexos. El equipo propuesto incluye un Jefe de Proyecto, un Grupo de Expertos en Mantenimiento de Radares (compuesto por los perfiles B y C) y un Grupo de Mantenimiento de Nivel I (que incluye al personal de Telvent y a los subcontratistas locales en Canarias y Galicia). El Grupo de Ingeniería y Laboratorio será parcialmente asignado al proyecto.
Medios Materiales: [...]*

Telvent ya cuenta con estas instalaciones en La Isla, Sevilla. En relación a los equipos de Medición y Calibración, hemos incluido el costo anual de calibración de estos equipos en los Servicios OG".

"Telvent dispone del equipamiento, capacidad y experiencia apropiados para asumir las actividades de su socio si es necesario" (hemos mantenido la red

"Telvent has the proper equipment and experience to carry out the partner's scope if needed (we have maintained the network for 14 years until 2010. The scope of works has been shared geographically in order to minimize the response times and transportation expenses, allowing an increase of margin in both companies"[...].

durante 14 años hasta 2010). El alcance de las actividades se ha repartido geográficamente con el objetivo de minimizar los tiempos de respuesta y los costes de transporte, permitiendo un incremento del margen en ambas [...].

Asimismo, constan en el expediente una serie de correos electrónicos internos de TELVENT en relación con este contrato, con referencia a los documentos “QLK-1407-1594329 E.Babeau's approval” y “MoM AEMET Maintenance –v1”, en los que se indica lo siguiente (folios 1217 a 1229 – traducción y subrayado propios)²³:

“Telvent afirma que la salud financiera del socio (líder) de la UTE es aceptable, aunque recientemente ha sido bastante negativa. En caso de quiebra del socio, Telvent podría financiar el proyecto de forma autónoma”.

“La salud financiera del socio no es muy favorable pero cuenta con el apoyo de COMSA GROUP. Ambas empresas intercambiarán cartas de patrocinio de sus matrices (TELVENT GIT y COMSA GROUP)”.

“Amplia experiencia técnica en estas instalaciones en contratos previos. Además, el cliente tiene un acuerdo con el fabricante del software para nuevas versiones/actualizaciones. Por lo tanto, ningún riesgo previsto por BU”.

“Execution SME apoya esta propuesta y confirma nuestra capacidad para cumplir plenamente con los requisitos técnicos. Incluso, considera que, si fuera necesario, podríamos llevar a cabo todo el proyecto”.

1.4. Contratos posteriores de la AEMET para mantenimiento de la SOR

Tras finalizar el periodo de prórroga máximo estipulado en el contrato en diciembre de 2018, la AEMET abrió un nuevo proceso de licitación para los servicios de

²³ “Telvent says that the financial health of the UTE partner (leader) is acceptable though rather negative recently. In case of bankruptcy of the partner, Telvent could re-insource the scope internally”.

“Partner financial: not very favourable figures, but is supported by Comsa Group. Both partners will interchange a comfort letter from their parent companies (Telvent GIT and Comsa Group)”.

“Wide technical expertise with these installations in previous contract. Additionally, Customer has an agreement with Software manufacturer for new releases/upgrades. Therefore, no foreseen risk by BU”.

“Execution SME supports this proposal, and confirms our capabilities for fully complying with technical requirements. Even, he considers that, if necessary, we would be able to carry out the entire project”.

mantenimiento de la red SOR, al que se presentaron ADASA y CIRRUS, esta vez por separado, así como AFC INGENIEROS y ATOS.

La adjudicataria de este nuevo contrato fue ADASA, por un importe de 1.351.948€, siendo el presupuesto base de la licitación de 2.003.000€²⁴.

2. En relación con el concurso convocado por la AEMET en 2017 para el suministro de repuestos de radares meteorológicos y equipos relacionados (licitación 98004753)

2.1. Licitación de la AEMET

En el año 2017, la AEMET convocó la licitación nº 98004753 para el suministro de filtros de radiofrecuencia para receptores radar (folios 1111 a 1148). Durante el año 2017 y hasta diciembre de 2018, estaba todavía en vigor la ejecución del contrato SOR analizado en el apartado anterior tras su primera y segunda prórrogas.

La AEMET mandó un escrito para la solicitud de ofertas el 19 de abril de 2017 a ADASA, CIRRUS (SCHNEIDER) y AFC INGENIEROS. Las empresas ADASA y CIRRUS enviaron sus ofertas a la AEMET el 4 de mayo del 2017 (folios 1.120 a 1.122).

La oferta económica que presentó ADASA fue de 12.610 euros (folio 1.127).

La oferta económica que presentó CIRRUS fue de 12.869 euros (folio 1.128).

Finalmente, el contrato fue adjudicado a la empresa AFC INGENIEROS por un importe de 11.250 euros (folio 1.141).

2.2. Documentación obtenida en las inspecciones

Entre la documentación obtenida en las inspecciones destaca un correo electrónico de fecha 28 de abril de 2017, fecha posterior a la solicitud de ofertas de la AEMET pero previa al envío de las ofertas por parte de ADASA y CIRRUS, intercambiado entre dos empleados de SCHNEIDER –entonces propietaria de CIRRUS- en el que se señala lo siguiente (folios 777 y 778):

²⁴ Información pública disponible en el Portal de Contratación del Sector Público : https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfljU1JTC3ly87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQjzSs9nFPDzFOD8vJL00wSfnf1ywJzAm1t9Qtycx0B8IT7Nw!!/

“El acuerdo final alcanzado verbalmente con Adasa es el siguiente:

- 1) Cirrus oferta con 1% de baja: nuestro precio sería 12.870,00 EUR.*
- 2) Adasa oferta con 3% de baja: su precio sería 12.610,00 EUR.*
- 3) El beneficio se estima en unos 2 KEur que repartiremos al 60/40 tal cual está formalizada la UTE. [...].”*

Siendo las ofertas las mismas que posteriormente se enviaron a la AEMET y el reparto de los beneficios idéntico a los acuerdos de reparto de la UTE para el servicio de mantenimiento del SOR.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y, según 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 GENERAL APLICABLE

La Sala de Competencia del Consejo debe resolver en este expediente, sobre la base de la instrucción realizada por la DC que se recoge en el informe y propuesta de resolución, si las prácticas investigadas son constitutivas de infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

En lo relativo a la normativa aplicable, las conductas recogidas en los hechos acreditados se han desarrollado durante la vigencia de la Ley 15/2007. En atención a ello, la Ley 15/2007 es la norma aplicable al presente procedimiento sancionador,

sin perjuicio de la aplicación de otras normas especiales como se indicará más adelante.

Por otro lado, esta Sala se muestra favorable a la aplicación también del artículo 101 del TFUE. Como ya se ha señalado anteriormente, el alcance de estas conductas se ha extendido a todo el territorio nacional y teniendo en cuenta la naturaleza y características de las conductas analizadas, así como las empresas que han participado en las mismas, éstas son susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio en el interior de la Unión Europea, de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea²⁵.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Una vez instruido el procedimiento sancionador, la DC ha propuesto a esta Sala que se declare la existencia de una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en un acuerdo entre empresas competidoras de reparto de mercado y de fijación de precios instrumentado a través de la constitución de una UTE de forma fraudulenta, para reducir de forma injustificada y artificial la competencia en licitaciones convocadas por la AEMET, así como mediante un intercambio de información, que se enmarcan en el mercado de los servicios de mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados y suministro de repuestos.

La DC considera que son responsables:

- ADASA SISTEMAS, S.A.U. por su participación en una infracción única y continuada constitutiva de cártel, prohibida por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, en el periodo comprendido entre diciembre de 2014 y diciembre de 2018.
- SCHNEIDER ELECTRIC ESPAÑA, S.A por su participación en una infracción única y continuada constitutiva de cártel, prohibida por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, en cuanto empresa sucesora de TELVENT, en el periodo comprendido entre diciembre de 2014 y junio de 2016 y, a título personal, desde junio de 2016 hasta febrero de 2017.
- DTN SERVICES AND SYSTEMS SPAIN, S.L. (antes, CIRRUS) por su participación en una infracción única y continuada constitutiva de cártel,

²⁵ Comunicación de la Comisión-Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado [Diario Oficial C 101 de 27.4.2004].

prohibida por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, en el periodo comprendido entre febrero de 2017 y diciembre de 2018.

La DC propone las siguientes sanciones:

Empresas	Sanción (€)
ADASA	460.000
SCHNEIDER	110.000
CIRRUS (DTN)	50.000

Asimismo, la DC considera que procede aplicar el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1. Sobre la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre las empresas con la finalidad de repartirse varias licitaciones de la AEMET

Partiendo de la consideración general de que ambas empresas son competidoras en el mismo mercado, algo que no ha sido puesto en cuestión por las empresas en sus alegaciones y que, en todo caso, se constata al observar que las dos empresas han concurrido a los mismos contratos licitados por la AEMET, procede determinar si los hechos acreditados permiten concluir la existencia de un acuerdo entre ambas empresas con fines anticompetitivos.

Esta Sala ya se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la complejidad que entraña la obtención de pruebas en conductas como las que aquí se analizan, dado que el éxito de este tipo de acuerdos ilícitos se caracteriza, precisamente, por su hermetismo y ocultación al mercado. Las empresas que practican este tipo de ilícitos, conocedoras y conscientes de las facultades de las autoridades de competencia para la persecución de este tipo de prácticas, consiguen, cada vez con mayor éxito, sofisticar sus conductas ilícitas haciéndolas en muchas ocasiones prácticamente indetectables. De ahí que la prueba en este tipo de procedimientos deba analizarse atendiendo a los hechos individualmente considerados cuya

valoración resulta más concluyente tras un análisis global y en conjunto de tales hechos.

Así lo han reconocido en anteriores ocasiones las autoridades de competencia señalando que los acuerdos para repartirse el mercado o para fijar precios rara vez pueden demostrarse de forma directa o documental y la única forma de hacerlo es por evidencias circunstanciales que, a su vez, permiten presumir de forma fundada la existencia de acuerdo.

En este sentido, es la visión general del mercado y del comportamiento de los agentes lo que permite a las autoridades de competencia llegar a la convicción de que la única explicación de esos resultados y esos comportamientos es la existencia de un acuerdo. En este tipo de acuerdos, secretos por naturaleza, no es exigible la acreditación de que todos y cada uno de los hechos de la pluralidad de acciones que llevan a cabo los operadores y que forman parte de la estrategia anticompetitiva, constituyan una infracción, sino que la infracción la constituye precisamente ese conjunto de hechos, con una finalidad muy determinada, incluso aunque de forma aislada cada uno de ellos no pueda reputarse como contrario a las normas de competencia por objeto.

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 26 de octubre de 2000 (asunto T-41/96), señala que *“la prueba de la existencia de un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado debe basarse en la constatación directa o indirecta del elemento subjetivo que caracteriza el propio concepto de acuerdo, es decir, de una concordancia de voluntades entre operadores económicos sobre la aplicación de una política, la búsqueda de un objetivo o la adopción de un comportamiento determinado en el mercado, independientemente de la forma en que se expresa la voluntad de las partes de comportarse en el mercado conforme a los términos de dicho acuerdo (véanse en este sentido, en particular, las sentencias ACF Chemiefarma/Comisión, antes citada, apartado 112, y Van Landewyck y otros/Comisión, antes citada, apartado 86)”*.

Igualmente, la Sentencia del TGUE de fecha 12 de diciembre de 2014, en el asunto T-562/08, en relación con la calidad probatoria que corresponde exigir a las autoridades de competencia en materia de prácticas contrarias al derecho de la competencia, ha manifestado que, al ser notorias tanto la prohibición de participar en acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que se pueden exponer los infractores, es habitual que las actividades que comportan tales prácticas y acuerdos se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se

celebren en secreto, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo. Por consiguiente:

“no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que acrediten expresamente una toma de contacto entre los operadores afectados. Aunque la Comisión descubra tales documentos, normalmente éstos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción. En consecuencia, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 55 a 57; véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada)”.

Se hace cargo el Tribunal de la dificultad que entraña para las autoridades de competencia la labor probatoria en este tipo de prácticas, por lo que reconoce una cierta suficiencia razonable a la hora de aportar los elementos de prueba que sirvan de base para la correspondiente sanción. De otra manera, difícilmente sería posible perseguir y sancionar este tipo de prácticas.

Ya en el ámbito judicial de nuestro país, el Tribunal Supremo, consciente también de la dificultad de demostrar este tipo de conductas, considera esencial el uso de la prueba indirecta en el ámbito de los procedimientos tramitados por la Autoridad de Competencia. Así, el Alto Tribunal en su Sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993) ha señalado que:

“hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibitiva, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concierto para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”.

Partiendo de las consideraciones apuntadas, y en el marco del análisis de las UTE desde la perspectiva del derecho de defensa de la competencia que la Dirección de Competencia expone en los párrafos 98 y ss de la PR, esta Sala, a la vista de las pruebas contenidas en el expediente, considera que las mismas ponen de manifiesto la existencia de un acuerdo entre ADASA y TELVENT (que continuaron posteriormente SCHNEIDER y CIRRUS) cuya finalidad ha sido repartirse de manera ilícita, al menos, dos contratos con la AEMET.

A partir de la prueba documental obtenida de TELVENT y SCHNEIDER (sucesora de TELVENT), del comportamiento posterior de las empresas y de las circunstancias en las que se han llevado a cabo las conductas, cabe concluir una clara concordancia de voluntades con una finalidad anticompetitiva en los mercados afectados considerados en esta resolución.

En relación con el contrato 98003929 del año 2014 (apartado 1 de los hechos acreditados), en un documento interno de la empresa TELVENT que forma parte de un proceso interno conocido como “Quote Link” y utilizado por TELVENT para realizar una evaluación de riesgos para proyectos por importe superior a 2 millones de euros, ya se manifestaba, de manera desinteresada, que la finalidad de concurrir a la licitación con ADASA era *“reducir el entorno competitivo, ya que somos las dos principales empresas del mercado y unidos podemos ganar el contrato a un precio más alto”*. Para ello, ambas empresas decidieron constituir una UTE y presentarse conjuntamente al contrato.

Estamos ante la instrumentalización interesada y forzada de una figura jurídica, como es la UTE, que sirve de excusa a las empresas para simular una situación de normalidad competitiva en el procedimiento de licitación pública y enmascarar así un acuerdo para repartirse el contrato. Se utiliza un instrumento jurídico ampliamente admitido en la práctica contractual pública y privada para obtener fines ilícitos.

Por tanto, en este caso, el medio utilizado no puede estar justificado si está orientado a fines anticompetitivos, incluso aunque hubiese sido necesario para acudir a la licitación. El objetivo de concurrir al contrato de manera conjunta para reducir el entorno competitivo y obtener así un mayor beneficio del contrato a través de ofertar un precio más alto que el que hubiese resultado en caso de presentación por separado, manifestado en la documentación interna de TELVENT, resulta corroborado por los hechos ya que la baja de la oferta presentada por la UTE para este contrato fue del 1,51%, una cifra que contrasta con los contratos de los años 2010, en el que la baja fue del 30%²⁶, y 2018, en el que las bajas de las ofertas presentadas por CIRRUS y ADASA fueron superiores al 25% (folio 1997).

Sin perjuicio de ello, como se verá en el apartado siguiente, las incoadas tampoco han acreditado la existencia de una justificación razonable que permita considerar la necesidad de acudir en UTE al contrato, salvo que, como ya se ha señalado, todo

²⁶ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-B-2010-41623

ello obedezca a una estrategia de las empresas consistente en dar apariencia de legalidad a un acuerdo ilícito.

Las empresas durante el procedimiento han tratado de desacreditar el documento interno de TELVENT. ADASA considera que el contenido del documento en cuestión, si bien puede revelar las intenciones y estrategias de TELVENT, no resulta en ningún caso extrapolable a ADASA, dado que en el mismo no se refleja la situación, intención, opinión o estrategia de dicha empresa, sino que únicamente se la menciona de forma incidental, como empresa competidora con la que se pretende constituir una UTE por parte de TELVENT. DTN, por su parte, considera que el documento interno no es concluyente en relación con la existencia de un acuerdo previo de reparto de mercados entre TELVENT y ADASA. En este sentido, la citada empresa trae a colación la resolución de la CNMC de 12 de julio de 2018, en el asunto Baterías de Automoción (S/DC/0569/15) en el que la manifestación unilateral de una de las empresas no fue considerada una prueba de cargo para acreditar la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

Sin embargo, para esta Sala la prueba obtenida de TELVENT es un documento que contiene información que debe ser calificada de verosímil.

Se refiere a una información interna de TELVENT del año 2014, que viene incorporada en correos electrónicos internos entre trabajadores de alta cualificación. En ellos se analizan las características de la licitación y los riesgos asociados a la presentación en UTE al citado contrato. Como ya se ha indicado en esta resolución, se trata de documentos internos que se elaboraban en el seno de la citada empresa y que son esenciales para tomar decisiones estratégicas, ya que en ellos se realizaba una evaluación del riesgo que podría contraer la empresa al presentarse a determinadas licitaciones.

La información contenida en esos documentos merece, a juicio de esta Sala, la calificación de información veraz, por el contenido de la misma ya que hace referencia a datos e información concreta y contrastada de las empresas, a las características del contrato y a las intenciones de las partes al presentarse en UTE. Además, el contenido de la información no ha sido puesto en cuestión por SCHNEIDER.

Asimismo, resulta evidente que se trata de una información desinteresada desde el punto de vista de las consecuencias que se pueden derivar de la misma. No se aprecia en la citada documentación un interés por parte de TELVENT de querer perjudicar a ADASA a través de un hipotético falseamiento del contenido de la misma. Como ha señalado la CNMC en otros procedimientos, la información

inculpatoria de terceros como la descrita en esta resolución es una prueba válida porque no se aprecia cuál podría ser el interés de TELVENT de autoinculparse.

Es una prueba, además, que cobra todo su sentido cuando se pone en valor con el resto de elementos probatorios que constan en el expediente, toda vez que se concluye que lo manifestado por TELVENT en esos documentos sobre las intenciones anticompetitivas encuentran reflejo en el propio comportamiento posterior de las empresas y en las circunstancias en las que se han llevado a cabo las conductas, y esta es una diferencia sustancial con respecto al expediente citado por DTN (S/DC/0569/15). En aquel expediente, la conducta unilateral de la empresa, sin acreditación directa o indirecta de su exteriorización hacia otras empresas y sin acreditación directa o indirecta de su seguimiento, no fue considerado un ilícito al no existir concordancia de voluntades, coordinación entre las empresas, o alineación consciente de comportamientos por parte de estas, con el objetivo de llevar a cabo prácticas anticompetitivas.

Sin embargo, en este caso, se aprecia que las empresas finalmente llevaron a cabo la estrategia contenida en esos informes con la finalidad de no competir por el contrato de 2014, y esa misma voluntad se trasladó a otro contrato licitado por la AEMET en el año 2017.

En efecto, las pruebas correspondientes al contrato de 2017 (apartado 2 de los hechos acreditados), evidencian nuevamente la existencia de una voluntad clara entre las empresas ADASA y CIRRUS²⁷ (empresa que sucedió a SCHNEIDER) para repartirse el contrato 98004753. El correo electrónico obtenido como prueba de cargo contenido en los folios 777 y 778 del presente expediente es claro al respecto:

“El acuerdo final alcanzado verbalmente con Adasa es el siguiente:

- 1) Cirrus oferta con 1% de baja: nuestro precio sería 12.870,00 EUR.*
- 2) Adasa oferta con 3% de baja: su precio sería 12.610,00 EUR.*

²⁷ De acuerdo con la información aportada por los representantes de las empresas SCHNEIDER durante el transcurso de la inspección domiciliaria efectuada por la Dirección de Competencia con fecha 9 de mayo de 2018 (ver Acta de Inspección inicial, folios 628 a 641), CIRRUS se creó como una sociedad vehículo con el fin de integrar el negocio relacionado con los radares y estaciones meteorológicas que realizaban las empresas del GRUPO TELVENT.

3) El beneficio se estima en unos 2 KEur que repartiremos al 60/40 tal cual está formalizada la UTE. [...]

Se indica en el mismo la existencia de un acuerdo, no escrito, entre ambas empresas para repartirse la licitación a través de la presentación de ofertas de cobertura, muy habitual en este tipo de conductas anticompetitivas de reparto de licitaciones públicas. Con esta práctica, las empresas, nuevamente, simulan concurrir en competencia al contrato, con el consiguiente engaño a la administración contratante y al resto de empresas licitadoras, cuando en realidad con anterioridad han decidido su reparto.

En relación con esta prueba hay que destacar dos cuestiones. La primera es que el correo data de fecha 28 de abril de 2017 y las ofertas económicas finalmente presentadas, que coinciden con las cantidades indicadas en el correo electrónico, son de fecha 4 de mayo de 2017. Es decir, hay una clara coincidencia entre la voluntad de las partes expresadas en ese correo electrónico y lo que finalmente realizaron las empresas. La segunda cuestión que se desprende de este correo electrónico es la clara voluntad de seguir manteniendo el reparto acordado en el año 2014: *“3) El beneficio se estima en unos 2 KEur que repartiremos al 60/40 tal cual está formalizada la UTE. [...]*”. De ello resulta una clara evidencia de que en el año 2017 deciden extender el acuerdo adoptado en el año 2014 al nuevo contrato con el objeto de preservar los porcentajes de participación inicialmente pactados por las empresas ADASA y TELVENT.

En el apartado siguiente se analiza la capacidad de las empresas para concurrir a la licitación de 2014 en UTE, aunque ya es posible adelantar que la conclusión del análisis es la falta de una justificación razonable desde el punto de vista empresarial para concurrir a través de un acuerdo asociativo, un argumento más que refuerza la idea de que la UTE era un instrumento utilizado para simular el acuerdo anticompetitivo entre ambas empresas. En el caso del contrato de 2017, dado el presupuesto base de licitación del mismo, que ascendía a 15.730 euros, la justificación para aunar voluntades en la presentación de las ofertas carece igualmente de razonabilidad y lo único que demuestra es que las empresas no tuvieron problemas en adaptar sus estrategias en función de la tipología de contrato que debían repartirse, eso sí, con independencia del contrato, el beneficio a repartir debía ser el mismo, el pactado en el año 2014.

Por todo ello, esta Sala considera que estamos ante un acuerdo anticompetitivo por objeto alcanzado en el año 2014 que, posteriormente, se extendió al contrato de 2017.

4.2. Sobre la capacidad de las empresas para concurrir al contrato de 2014

Como se ha indicado, ha quedado acreditado sin que haya sido cuestionado por las partes, que las empresas ADASA y TELVENT operan en los mismos mercados y, por lo tanto, son competidoras, habiéndose presentado por separado a otras licitaciones de la AEMET. No obstante, ambas empresas han venido señalando a lo largo del procedimiento que carecían de la capacidad suficiente para presentarse por separado a la licitación del contrato número 98003929 del año 2014 y por ello consideran que el acuerdo asociativo entre ambas no puede ser considerado anticompetitivo.

Habiéndose acreditado la existencia de acuerdos anticompetitivos entre las empresas, el análisis de la capacidad de las mismas para presentarse en UTE al contrato de 2014 pierde la relevancia que las empresas quieren darle, toda vez que la UTE es sencillamente el modo en que se ejecuta el acuerdo anticompetitivo pactado que, además, trasciende de la UTE en cuestión y afecta a otra licitación posterior a la que acuden individualmente las empresas.

En su PR (párrafos 65 y ss) la Dirección de Competencia, tras un análisis detallado, considera que ambas empresas tenían capacidad para acudir individualmente a la licitación de 2014. Esta Sala considera igualmente que no ha quedado acreditado el carácter indispensable de la UTE.

En todo caso, como se verá a continuación, en este expediente el análisis de la capacidad de las empresas es un elemento más que permite corroborar la existencia de los acuerdos anticompetitivos alcanzados por las empresas.

A) Sobre la solvencia mínima exigida para el contrato del año 2014

El pliego de cláusulas administrativas del contrato 98003929 del año 2014 exigía, para acreditar la solvencia económica financiera y técnica, que las empresas estuviesen clasificadas en el Grupo P, Subgrupo 1, Categoría D. Asimismo, a la exigencia de clasificación había que sumar una exigencia concreta y adicional de adscripción de medios profesionales y materiales para este contrato²⁸. En concreto, como medios personales, se exigía adscribir 6 ingenieros, y como medios materiales se exigía que las empresas dispusieran de un área de laboratorio, un área de almacén y equipos de media y calibración específicos.

²⁸https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/36e6beb5-f30c-44dc-acce-049af7488955/DOC_20140716091847Administrativo.pdf?MOD=AJPERES

Como es sabido, la clasificación en la contratación pública en un mecanismo legal que simplifica la acreditación de la solvencia de las empresas cuando concurren a determinados contratos públicos. Permite sustituir la carga que representa tener que acreditar la solvencia por los medios tradicionalmente admitidos, por la simple acreditación de tener la clasificación exigida para el contrato en cuestión. En este sentido, la clasificación también es un medio exigible y válido para acreditar la solvencia de las empresas.

El régimen del uso de la UTE en la contratación pública contenido en la Ley 3/2011 y su reglamento de desarrollo (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), aplicables al contrato en cuestión, permitía a las empresas que conformaban la UTE acumular solvencia siempre y cuando las mismas hubiesen obtenido previamente, a título individual, la clasificación como empresas de obras y servicios.

El Tribunal Económico Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su intención de resumir la doctrina y jurisprudencia al respecto indicó, en su resolución de 29 de abril de 2016 (337/2016), los criterios a tener en cuenta para la acumulación de la solvencia por parte de las empresas integrantes de una UTE:

“No obstante, lo anterior, tanto La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado como el Tribunal Administrativo Central como el Tribunal Supremo llegan a las siguientes conclusiones:

Respecto de la capacidad, es exigible a todas y cada una de las empresas o personas físicas que componen la UTE.

Respecto de la solvencia técnica, es exigible asimismo a todos y cada uno de los componentes de la UTE, si bien con el criterio flexible de entender que la relación que tengan con el objeto del contrato puede ser directa o indirecta siempre que todas ellas tengan una finalidad social al menos relacionada con el objeto del contrato. Es decir, se exige a cada uno al menos un mínimo de solvencia técnica.

Respecto de la solvencia económica también se exige a cada uno de los componentes de la UTE, (lo cual es obvio dada la responsabilidad solidaria de todos los componentes de la UTE tanto frente a la Administración como frente a terceros); si bien con el criterio flexible de entender que alguno de sus componentes puede probar su solvencia económica acreditando la capacidad económica de otra empresa perteneciente o no a la UTE, con la que tenga cualesquiera vínculos jurídicos, siempre que pruebe fehacientemente que puede disponer de los fondos económicos de ésta tercera empresa”.

En el citado informe, en alusión a un informe suyo anterior, el Tribunal Económico concluye que: *“si tenemos en cuenta que los requisitos de solvencia técnica y económica tienen por objeto garantizar, prima facie, el buen fin del contrato, así como asegurar inicialmente que el futuro adjudicatario está en condiciones de hacer frente a las responsabilidades de todo orden que se deriven del mismo, obviamente todas las empresas que formen parte de una UTE deben cumplir los requisitos mínimos de solvencia técnica y económica, habida cuenta de la responsabilidad solidaria que, para el cumplimiento de sus obligaciones, establece la Ley”*.

Sin perjuicio del análisis de la capacidad individual de las empresas que se realiza en este apartado, y a tenor del régimen legal sobre acumulación de clasificación al que se ha hecho referencia, es posible concluir que, desde un punto de vista formal, ambas empresas debieron acreditar de manera individual la exigencia de clasificación, de lo que se desprende que tanto TELVENT como ADASA debían disponer de una solvencia técnica y económica mínima exigible para concurrir a este tipo de contratos.

En relación con la solvencia económica, los hechos acreditados ponen de relieve que ambas empresas no pretendieron contar con los fondos económicos de la otra empresa para completar una eventual falta de capacidad económica. Prueba de ello es que en los acuerdos para configurar la UTE, las empresas se exigieron mutuamente presentar una carta de patrocinio de las empresas matrices (folio 1126).

En relación con la exigencia de capacidad adicional exigida al margen de la clasificación, las conclusiones no pueden ser distintas.

Por un lado, en lo que se refiere a la adscripción necesaria de medios profesionales altamente cualificados, el número de personas exigido (un total de 6) no podía ser un obstáculo para que empresas de la magnitud y trayectoria de ADASA y TELVENT pudiesen acudir a la licitación en solitario.

Por otro lado, en relación con la adscripción de medios materiales, consta acreditado en el expediente que cada una de ellas disponía, de manera individual, de los citados medios. Ello se confirma en el acta de la reunión de seguimiento del contrato de fecha 2 de octubre de 2015 contenida en los folios 382 y ss. en la que se manifiesta lo siguiente:

“Con respecto a los medios técnicos "área tipo almacén" y "área tipo laboratorio", solicitados en el PPT y necesarios para satisfacer la solvencia requerida (punto 14 del PCAP), UTE comunica su intención, no expresada de manera explícita en su

oferta, de que tanto el almacén como el laboratorio estén divididos, existiendo un almacén en ADASA y otro en Telvent y un laboratorio en ADASA y otro en Telvent” (folio 346).

“La UTE realizó el mantenimiento preventivo del radar de Murcia de forma conjunta por parte de las dos empresas para unificar los procedimientos. Se siguen utilizando procedimientos diferentes para la realización de la calibración. La principal diferencia estriba en la medida de la potencia de pico en emisión, una de las empresas utilizó el cristal y la otra watímetro, UTE afirma que la potencia medida por ambos métodos coincidió. Las dos empresas disponen de instrumental para realizar esta medida de cualquiera de las dos formas actualmente en uso. Sin embargo cada una sigue con su método histórico. AEMET desearía una convergencia” (folio 388).

Para corroborar las conclusiones alcanzadas por esta Sala, a continuación, se analiza la capacidad individual de cada empresa en el periodo en que se llevó a cabo la licitación de la AEMET.

B) Sobre la capacidad de TELVENT

La propia TELVENT reconoce en el documento interno al que se hace referencia en el apartado 1 de los hechos acreditados que contaba con capacidad para licitar y acometer individualmente el proyecto licitado en 2014. Ha de señalarse también que se trata de un documento interno relevante ya que formaba parte del proceso de TELVENT para la evaluación de riesgos de proyectos de envergadura, sin que las alegaciones contengan elemento alguno que permita cuestionar la verosimilitud de lo que el mismo refleja.

Si bien no procede reproducir aquí el contenido íntegro del mencionado documento, a continuación, se tratarán los aspectos más relevantes que el mismo recoge a los efectos de acreditar la capacidad de TELVENT.

En relación con la suficiencia de recursos humanos, aunque SCHNEIDER afirma que sólo disponían de dos trabajadores cualificados, no documenta en modo alguno esta afirmación que es además contraria a lo expuesto en el documento interno. En el mismo se reconoce que, aunque TELVENT disponía de recursos humanos (RRHH) suficientes, el equipo propuesto incluiría trabajadores de ADASA en los siguientes términos: *“La experiencia de nuestros recursos humanos es amplia. El equipo del proyecto propuesto está compuesto por un grupo de personas que estaba trabajando en el contrato de mantenimiento de la red y que habían llevado a cabo las actualizaciones de la misma.”*

El documento interno continúa recalcando la suficiencia y experiencia de los RRHH de TELVENT: *“En cuanto a estos requisitos de RRHH, Telvent tendría todos los perfiles con la experiencia adecuada y preasignados. No obstante, como parte del Consorcio, los perfiles A y una persona de B y C serán asignados a Adasa Sistemas. Una persona de B y una persona de C forman parte de Telvent, y el perfil D formará parte de AFC Ingenieros (Subcontratista del Consorcio). Además de los perfiles requeridos, el organigrama de Telvent se muestra en la sección de Notas y Anexos. El equipo propuesto incluye un Jefe de Proyecto, un Grupo de Expertos en Mantenimiento de Radars (compuesto por los perfiles B y C) y un Grupo de Mantenimiento de Nivel I (que incluye al personal de Telvent y a los subcontratistas locales en Canarias y Galicia). El Grupo de Ingeniería y Laboratorio será parcialmente asignado al proyecto”.* (subrayado añadido)

En todo caso, como veremos, TELVENT contaba con capacidad económica suficiente para acometer las contrataciones de personal que precisara la ejecución del contrato.

En cuanto a los recursos técnicos, TELVENT afirma en este documento interno disponer del equipamiento apropiado *“para asumir las actividades de su socio si es necesario”*; *“Execution SME apoya esta propuesta y confirma nuestra capacidad para cumplir plenamente con los requisitos técnicos. Incluso, considera que, si fuera necesario, podríamos llevar a cabo todo el proyecto”*.

De lo anterior cabe inferir que TELVENT podría haber llevado adelante el proyecto individualmente. La citada empresa también señala que carecía de capacidad para mantener radares alejados de sus oficinas centrales; ahora bien, lo que refleja el documento interno es que el reparto geográfico lo que permite es, en palabras del propio TELVENT en el mencionado documento interno, *“un incremento del margen”*. De este documento no cabe en modo alguno inferir falta de capacidad, lo que se extrae del mismo es que el reparto permitía a las empresas tener un mayor margen.

En cuanto a la capacidad económica, TELVENT dice literalmente que *“en caso de quiebra del socio, TELVENT podría financiar el proyecto de forma autónoma”*. Asimismo, contaba con el patrocinio de su matriz TELVENT GIT, tal como consta en el folio 1.226 del expediente.

Por otro parte, en lo que se refiere a la experiencia de TELVENT en el mantenimiento de la red en cuestión, ha de destacarse que la citada empresa reconoce que, desde 1996 hasta 2010, fue la que llevó a cabo el mantenimiento del SOR y que tiene un amplio conocimiento de la red y de las mejoras que se han

llevado a cabo en la misma. Así ha quedado acreditado en el presente expediente y así lo reconoce la citada empresa en el mencionado documento interno en los siguientes términos: “*Telvent se encargó del mantenimiento de la red entre 1996 y 2010. La red ha experimentado tres grandes mejoras (2003, 2007-2008 y 2010-2011), todas ellas lideradas y ejecutadas por Telvent. Hemos tenido otros contratos relacionados con esta red. De hecho, firmamos un contrato a principios de 2014 para el suministro de varias piezas de repuesto.*” Ni en las alegaciones ni en el informe económico presentado, que consta en los folios 2626-2676, se aporta soporte alguno a la mera manifestación de que TELVENT desconocía las mejoras de la red que eran esenciales para poder presentar una oferta.

Es también necesario destacar que a pesar de que TELVENT llevó a cabo el mantenimiento del SOR durante más de una década, ello no fue óbice para que la UTE formada por ADASA y AFC INGENIEROS ganase el concurso de 2010. En consecuencia, esta Sala no comparte la alegación, contenida también en el informe económico, de que las ventajas del incumbente en esta licitación recurrente determinen la necesidad de concurrir en UTE con él. Ello, además, llevaría a la conclusión de que, en licitaciones recurrentes, la presencia del incumbente siempre sería necesaria para poder operar, lo cual sería tanto como decir que en las mismas no hay espacio para la competencia.

Ni siquiera el Sistema Automático de Vigilancia al que se refiere el informe económico es una razón suficientemente importante como para evitar que TELVENT se hubiera presentado como competidor de ADASA en 2014. Como recoge el propio informe, el sistema era una mejora que podían incluir las empresas en su oferta, no una obligación, y únicamente suponía un total de 4,5 puntos sobre 100²⁹. TELVENT, en el citado documento interno, reconocía que tenían capacidad “*para cumplir plenamente con los requisitos técnicos*” e incluso podrían “*llevar a cabo todo el proyecto*”, sin mencionar en ningún momento que no pudieran hacer frente al desarrollo de este Sistema.

Además, el informe también señala que “*el software que forma parte del sistema automático de vigilancia es un software desarrollado por la empresa HYDS a petición de ADASA*”, por lo que TELVENT podría haber encargado un presupuesto a esta u otra empresa para incluir el coste de su desarrollo en su oferta. Teniendo en cuenta que TELVENT había sido adjudicataria del contrato hasta sólo 4 años antes de la licitación de 2014, y por lo tanto tenía un gran conocimiento del SOR, con lo especificado en la Sección 4.2.2 del PPT podría haber estimado el coste del

²⁹ Sección 16.2.1.2 del PCAP (Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares).

desarrollo del sistema. Esto se debe a que el Pliego especifica en esta sección que la funcionalidad básica del sistema de vigilancia consistiría en:

“(1) detectar las faltas de disponibilidad y las posibles anomalías en los productos de observación radar, (2) recoger los avisos generados de manera automática en los diferentes sistemas del SOR, y (3) analizar toda esta información y, en función de su naturaleza y gravedad, proceder al envío de alarmar a través de e-mail tanto al propio equipo de trabajo del Adjudicatario como al personal de AEMET encargado de la explotación del SOR. A efectos administrativos, la alarma enviada equivaldrá a una notificación de avería y la hora a considerar será la de su envío. De la alarma emitida deberá quedar registro en el sistema de notificación de averías. Según se expone en el PCAP, esta mejora se valorará sólo si lleva asociado al compromiso de un tiempo de respuesta máximo de 1 hora durante el horario de servicio”.

No parece probable, por tanto, que una empresa como TELVENT, con la experiencia que tenía en el sector, pueda argumentar que no disponía de información suficiente para estimar el coste de este Sistema.

A lo anterior se une que TELVENT, además de presentarse en UTE con ADASA a la licitación de mantenimiento del SOR, se presentó a la licitación número 98003689, para el suministro de repuestos para equipos de radares meteorológicos de AEMET y cuyo presupuesto ascendía a 868.109 euros. Tanto ADASA, TELVENT como AFC INGENIEROS, se presentaron a este concurso, que ganó la propia TELVENT, lo que no hace sino demostrar su capacidad para acudir individualmente a otras licitaciones en el mercado de los servicios de instalación y mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados y suministro de repuestos en España.

Por otro lado, la segunda prórroga de la licitación del 2014 en la que resultó adjudicataria la UTE ADASA-TELVENT finalizó en diciembre de 2018, por lo que se inició una nueva licitación para la contratación del mismo servicio, a la que se presentaron: ADASA, AFC INGENIEROS, ATOS, y CIRRUS. (folio 1679). La adjudicataria fue ADASA, por un importe de 1.351.948€, siendo el presupuesto base de la licitación de 2.003.000€³⁰.

³⁰ Información pública disponible en el Portal de Contratación del Sector Público : https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfljU1JTC3ly87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMMyU1zLcvQjzSs9nFPDzFOD8vJL00wSnyf1ywJzAm1t9Qtycx0B8IT7Nw!!/

De acuerdo con la información aportada por la AEMET en la contestación a la solicitud de información de 1 de febrero de 2019 (folios 1785 a 1786), no hay grandes diferencias entre la licitación del 2014 y la del 2018. Si bien el pliego técnico de la licitación del 2018 es más exigente que el de 2014, la parte dominante de los servicios solicitados, que son los relacionados con el mantenimiento de la red SOR, es prácticamente la misma.

Por todo ello, esta Sala considera acreditado que TELVENT disponía de capacidad suficiente para acudir de manera individual al contrato en cuestión.

C) Sobre la capacidad de ADASA

En cuanto a los recursos económico-financieros, ha de rechazarse la alegación de ADASA relativa a que sus dificultades financieras impedían asumir el contrato licitado en 2014 en solitario.

Como se ha señalado con TELVENT, ambas empresas habían acordado intercambiar cartas de patrocinio de sus empresas matrices. En el caso de ADASA, el patrocinio provenía de COMSA (folio 1226). Ello implica que ADASA contaba con el apoyo financiero de su matriz que, a finales del año 2013, había refinanciado su deuda por importe cercano a los 930 millones de euros, manifestando su presidente que ello permitía al grupo cubrir las necesidades del plan de negocio a medio plazo (folios 2689 a 2691). En el folio 1126, la propia TELVENT, a la hora de valorar los riesgos de presentarse con ADASA, hace mención al apoyo financiero de COMSA.

Finalmente, en relación con esta cuestión hay que reseñar que ADASA concurrió en ese periodo a multitud de contratos públicos, algunos de gran envergadura, ya fuere a título individual o en UTE³¹.

Cabe destacar el contrato 98003689 del año 2014, en el que ADASA no fue adjudicataria, pero presentó oferta individual por importe de 723.000 euros. De ello se desprende que el que el riesgo financiero que ADASA pretendía asumir por el contrato de suministro, de presupuesto por importe de 868.109 euros y duración 6 meses, no dista del que podría haber asumido en caso de haberse presentado sola al contrato de 2014 al que se presentó en UTE con TELVENT, cuyo

³¹ En la página web de contratación del Estado se obtiene información en relación con los contratos a los que se presentó ADASA en solitario o en UTE. El presupuesto total de contratos a los que se presentó en el año 2014 en UTE o en solitario ascendió a más de 10 millones de euros.

Fuente: www.contratataciondelestado.es

presupuesto era mayor, pero se distribuía en 2 anualidades a razón de 1.089.290 euros cada año (folios 253 y 254).

Asimismo, cabe indicar que según consta en el folio 2452 del expediente, en el año 2014 los ingresos de ADASA fueron de 13.355.000 euros, situándose por encima de los años 2016, 2017 y 2018, por lo que la actividad de la empresa en ese año fue considerable.

Por lo que respecta a los equipos técnicos necesarios para la prestación del servicio, la propia ADASA admite que disponía del 50% de los equipos necesarios para llevar a cabo el contrato licitado y reconoce también en su escrito de alegaciones que adquirió los de AFC a un precio atractivo, aunque sin indicar la fecha. Lo anterior, unido a que la situación económico-financiera permitía continuar desarrollando los proyectos a medio plazo, lleva a rechazar la alegación de que el carecer del total de equipos necesarios antes de la licitación determinase la incapacidad de ADASA para ofertar en solitario.

En cuanto a los recursos humanos, ADASA ha señalado que no disponía de perfiles con experiencia, formación y disponibilidad para cubrir en solitario los puestos y personal necesarios para llevar a cabo las actividades demandadas por las bases de la licitación. Además, la citada empresa indica que la situación económica, financiera, y de medidas laborales que estaba sufriendo hicieron que la directriz, tanto desde la empresa, como del grupo al que pertenece, fuera no realizar inversiones ni incrementar la plantilla de personal.

Sin embargo, tal como se ha demostrado en este apartado, los recursos económicos con los que contaba ADASA eran suficientes como para asumir la contratación del resto de personal que necesitaba para poder acometer el contrato en solitario.

En el folio 2.472 del expediente consta el listado de personal necesario, según ADASA, para asegurar el nivel de servicio permanente exigido en los pliegos del contrato. De los 20 técnicos del listado, la mitad fueron puestos a disposición por la propia ADASA, por lo que únicamente necesitaba disponer de otros 10 trabajadores, una cantidad perfectamente asumible por una empresa de la entidad de ADASA.

Es de destacar, además, que ADASA ya contaba con perfiles técnicos cualificados, toda vez que, tal como ha señalado AFC Ingenieros en el folio 1.824, en el contrato de 2010 en el que participó en UTE con ADASA la aportación de AFC para este contrato se limitó a una serie de técnicos locales, en algunas zonas, para llevar a

cabo “*tareas de mantenimiento de perfil técnico bajo (caídas de tensión, o cosas muy básicas)*” por lo que encontrar ese perfil de trabajador necesario para completar la plantilla no debería haber supuesto un impedimento para concurrir en solitario a la licitación.

La propia SCHNEIDER, en el folio 2268 del expediente confirma que “*ADASA ya disponía de una red de grupos técnicos, con personal cualificado, con cobertura nacional que le permitía cumplir con las elevadas exigencias de la licitación 2014-2018 sobre la capacidad de respuesta ante averías para los distintos radares de AEMET distribuidos por todo el territorio nacional*”.

Por tanto, desde el punto de vista del personal necesario para acometer el contrato, cabe concluir que ADASA también tenía capacidad suficiente.

Finalmente, hay volver a reseñar que a finales de 2018, una vez iniciadas las actuaciones en este expediente, se llevó a cabo una nueva licitación para la contratación del mismo servicio, a la que se presentaron por separado ADASA, AFC INGENIEROS, ATOS, y CIRRUS. (folio 1679). La adjudicataria fue ADASA, por un importe de 1.351.948€, siendo el presupuesto base de la licitación de 2.003.000€³².

De acuerdo con la información aportada por AEMET en la contestación a la solicitud de información de 1 de febrero de 2019 (folios 1785 a 1786), no hay grandes diferencias entre la licitación del 2014 y la del 2018.

D) Conclusión

El análisis realizado en esta apartado pone de manifiesto una carencia de racionalidad desde el punto de vista de la estrategia empresarial en el acuerdo asociativo, toda vez que ambas empresas contaban o estaban en condiciones de contar con la capacidad suficiente para poder afrontar el contrato en solitario o, en su defecto, por medio de las subcontrataciones necesarias, como suele ser habitual en contratos públicos de esta envergadura.

No resulta justificado que TELVEN, sobre la que consta en el expediente un reconocimiento expreso sobre su suficiencia para acudir al contrato en solitario, y ADASA, que igualmente contaba con capacidad suficiente, acordaran una UTE sin la obtención de ningún beneficio a cambio, ya que, desde un punto de vista

³² Información pública disponible en el Portal de Contratación del Sector Público : https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfljU1JTC3ly87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQjzSs9nFPDzFOD8vJL00wSnyf1ywJzAm1t9Qtycx0B8IT7Nw!!/

estratégico, compartir el contrato suponía una reducción considerable de los beneficios, tangibles e intangibles, derivados de la ejecución del mismo. Por ello, esta Sala considera que las empresas acordaron una estrategia de reparto que debía ir más allá de este contrato y que les redundaría en unos beneficios tales que compensarían el tener que compartir el mismo. Prueba de ello, es que en el año 2017 las empresas volvieron a acordar el reparto de otro contrato licitado por la AEMET en porcentajes idénticos a los acordados en el acuerdo de UTE del año 2014.

Por ello, esta Sala considera que la UTE no está basada en criterios de razonabilidad económica y nada justificaba acudir en asociación al citado contrato salvo que, como ya se ha dicho, todo ello formara parte de un acuerdo cuyo objetivo era repartirse ilícitamente el contrato a través de un instrumento, como es la UTE, que permitía a las empresas ofrecer una apariencia de legalidad.

4.3. Sobre la calificación de las conductas

La DC ha calificado las conductas investigadas como una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en un acuerdo entre empresas competidoras de reparto de mercado y de fijación de precios.

Los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE prohíben los acuerdos entre empresas competidoras que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado de que se trate.

Dentro de las prácticas concretas que prohíben ambos artículos, cabe citar, por lo que interesa en esta resolución, el reparto de mercado y los acuerdos de precios entre competidores.

Por otro lado, la disposición adicional cuarta de la LDC define la conducta de cártel como aquella consistente en todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las

restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia³³.

A la vista de todo lo anterior, esta Sala confirma la calificación efectuada por la DC en su propuesta de resolución y considera que las conductas analizadas en los apartados anteriores merecen la calificación de infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE constitutiva de cártel.

DTN ha señalado en sus alegaciones que la constitución de una sola UTE en relación con una sola licitación de mantenimiento del SOR no puede constituir en sí misma un cártel en el mercado de mantenimiento de radares y equipos relacionados y de suministro de piezas de recambio de radares.

Por el contrario, esta Sala considera que estamos ante la presencia de acuerdos de reparto y fijación de precios entre empresas competidoras de, al menos, dos contratos, que se han adoptado en secreto. Existe un claro interés por parte de las empresas para ocultar a la administración y al resto del mercado sus objetivos anticompetitivos, de ahí que hayan utilizado un acuerdo asociativo aparentemente lícito o hayan acudido a la práctica de ofertas de cobertura encubiertas, todo ello con la finalidad de mostrar una apariencia de normalidad competitiva que no se corresponde con la realidad que muestran los hechos. Prueba de ello es que en los hechos acreditados hay una referencia expresa a la existencia de un acuerdo verbal para el reparto del contrato del año 2017, cuestión que pone de manifiesto las cautelas tomadas por las empresas para evitar dejar huella de sus acuerdos.

Todo ello constituye una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en la adopción de acuerdos con el objeto de restringir la competencia en los mercados definidos en esta resolución.

La jurisprudencia nacional y de la Unión Europea vienen señalando que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia. Este tipo de acuerdos como los analizados en esta resolución son

³³ Redacción introducida con el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo. La definición anterior hacía referencia a todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones

per se perjudiciales para el mercado y difícilmente pueden ser considerados como infracciones de escasa importancia³⁴.

Sin perjuicio de que estemos ante una infracción por objeto, los efectos de la infracción son evidentes, toda vez que el objetivo expresado de concurrir en colusión a los contratos analizados era reducir el entorno competitivo y obtener así un mayor beneficio del contrato a través de ofertar un precio más alto que el que hubiese resultado en caso de presentación por separado. Ya se ha indicado, por ejemplo, que la baja de la oferta presentada por la UTE para el contrato de 2014 fue del 1,51%, una cifra que contrasta con los contratos de los años 2010, en el que la baja fue del 30%³⁵ y el del año 2018 en el que la baja de la oferta ganadora (sin impuestos) presentada por ADASA fue del 30,2% (folio 1997). En relación con el contrato de 2017, aunque las empresas no fuesen finalmente adjudicatarias del contrato, el acuerdo alcanzado para repartirse el mismo redujo la competencia en la licitación ente ambas empresas y en consecuencia, ello pudo afectar al precio final de adjudicación del contrato.

El precio es una de las variables que las partes utilizan para diferenciarse del resto de concursantes en la licitación y la falta de competencia en las licitaciones públicas analizadas ha supuesto un encarecimiento del precio de los contratos que de otra manera no se hubiese producido, con la consiguiente afectación al interés público.

En relación con ello, la Sala ha recordado ya en resoluciones previas³⁶ lo señalado por la CNC, *“resultan inaceptables los argumentos esgrimidos por algunas empresas de que este tipo de colusión no afecta significativamente a los consumidores o de que en ausencia de ella el resultado hubiera sido el mismo. Pocas infracciones pueden dañar tanto y a una base tan amplia. Al suponer un mayor coste de la licitación y, con ello, un mayor cargo presupuestario, está afectando nada menos que a todos los contribuyentes.”* (RCNC de 19 de octubre de 2011, Expte. S/0226/10, Licitaciones de carreteras).

La Audiencia Nacional ha hecho suyo ese mismo reproche acentuado al señalar que *“respecto a la proporcionalidad hemos de considerar la afectación significativa al interés público, la concertación que examinamos alteró los precios de las*

³⁴ Sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec.p. I-4529, apartado 29.

³⁵ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-B-2010-41623

³⁶ Resolución de fecha 4 de diciembre de 2014, Expte. S/0453/12, Rodamientos ferroviarios y resolución de fecha 30 de junio de 2016, Expte. S/0519/14, Infraestructuras Ferroviarias.

licitaciones a cargo de fondos públicos[...]. Por otra parte, la conducta eludió las normas administrativas que garantizan la transparencia en la contratación administrativa y el acierto en la selección de la oferta más ventajosa, y tendió directamente a impedir su aplicación” (SAN de 16 de mayo de 2014, recurso núm. 643/2011).

Por tanto, la infracción aquí analizada ha permitido a las empresas beneficiarse al poder ofertar un precio mayor y ha perjudicado a la administración –y, por ende, a todos los contribuyentes- al tener que soportar un mayor coste por la ejecución del contrato.

Los hechos merecen la calificación de infracción muy grave del 62.4.a) de la LDC consistente en acuerdos de cártel entre empresas competidoras entre sí.

Asimismo, tal como se verá más adelante en el apartado de respuesta a las alegaciones, no cabe considerar aplicable la exención del artículo 1.3 de la LDC ni la del artículo 101.3 del TFUE a la infracción imputada, al no haberse probado la concurrencia de los requisitos necesarios para ello.

4.4. Sobre el carácter único y continuado de la infracción

DTN señala en sus alegaciones que no cabe apreciar en el presente asunto una "pluralidad de actos" que puedan ser considerados como una infracción única y continuada, ya que solo se investiga una sola UTE. Según indica la citada empresa, ni esta UTE ha sido renovada por las partes ni la DC ha encontrado ningún otro indicio de infracción en el mercado investigado. A lo sumo, por tanto, habría que considerar una infracción consistente en la suscripción de un acuerdo mediante el que se constituye una UTE. Dicho acuerdo tendría una duración de cuatro años que no podría ser terminado por las partes ya que las partes tampoco podrían oponerse a las prórrogas, que son unilateralmente decididas por la Administración.

Esta Sala no puede compartir las alegaciones de DTN.

Es profusa la jurisprudencia, nacional y de la Unión Europea, que viene señalando que la imputación de una infracción única y continuada debe estar precedida de la concurrencia de los siguientes requisitos³⁷:i) que la conducta obedezca a la existencia de una pluralidad de actos llevados a cabo por los mismos sujetos responsables, próximos en el tiempo, y que obedezcan a una práctica homogénea

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C-441/11, apartado 41; sentencias de la Audiencia Nacional de 5 de febrero de 2013 y de 29 de julio de 2014 (recurso nº 172/2013).

en el *modus operandi* por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares; ii) que la actuación de los responsables se produzca en ejecución de un plan previamente concebido; iii) que exista unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza.

La duración de esta infracción, que incluye los acuerdos de reparto de dos contratos, abarcaría, al menos, desde el 8 de septiembre de 2014, fecha de la presentación de la oferta conjunta del contrato número 98003929 (folio 329), hasta el momento de finalización del contrato de adjudicación del proyecto, tras el transcurso de las dos prórrogas realizadas, esto es, el 11 de diciembre de 2018 (folios 250 a 589).

Las conductas que conforman la infracción tienen una única finalidad, el reparto entre ADASA, TELVENT y sus sucesoras SCHNEIDER y CIRBUS, de contratos licitados por la AEMET en los mercados definidos en esta resolución. Por tanto, hay identidad de sujetos y de objetivo perseguido por las partes.

En cuanto al *modus operandi* escogido por las partes para repartirse ambos contratos, se observa como las empresas son capaces de adaptarse a las circunstancias que rodean a cada licitación para mantener sus alianzas de 2014. Si en el año 2014, las partes decidieron instrumentalizar el acuerdo ilícito a través de la constitución de una UTE, en el año 2017, el hecho de que el contrato fuera de una cuantía considerablemente menor obligó a las empresas a adaptar su estrategia y hacer uso de ofertas de cobertura previamente pactadas.

En todo caso, fuera cual fuera la estrategia en cada momento, las empresas mantuvieron los porcentajes de reparto pactados en el año 2014, tal como demuestra el correo electrónico contenido en los folios 777 y 778 del presente expediente en el que se indica lo siguiente: “3) *El beneficio se estima en unos 2 KEur que repartiremos al 60/40 tal cual está formalizada la UTE. [...]*”

Lo anterior demuestra la existencia de un objetivo único y una continuidad en las alianzas entre las empresas con fines ilícitos y cuyo origen, al menos desde el punto de vista probatorio, hay que fijarlo en el año 2014. Por ello, el *lapso* temporal entre ambos contratos no es, en este expediente, un factor que permita considerar quebrada la continuidad de la conducta, más aún, si tenemos en cuenta que la duración del contrato del año 2014, y por tanto, el acuerdo de reparto de este contrato, se alargó hasta el año 2018.

4.5. Análisis de culpabilidad

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas como contrarias a la LDC, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la autoridad de competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada. En efecto, en el ámbito del derecho administrativo sancionador³⁸ no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, siendo imprescindible el elemento de culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable al sujeto pasivo autor de la conducta.

Así se interpreta la expresión recogida en el artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)³⁹, cuando establece que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos, debiendo necesariamente imputar dicha responsabilidad a título de dolo o culpa, entendida ésta como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Esta Sala considera que ha quedado acreditado que las empresas responsables de la infracción conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas llevadas a cabo.

El objetivo manifestado por las empresas es reducir la competencia en el mercado para obtener un mayor beneficio de la administración (folios 963, 964 y 971).

Asimismo, se aprecia una clara intención de ocultar esos acuerdos a la administración contratante y al mercado en general. La instrumentalización de la UTE y la presentación de ofertas de cobertura por las empresas son mecanismos que persiguen simular la concurrencia en la contratación pública y por ello se realizan con el desconocimiento de la administración contratante y del resto de empresas licitantes que no forman parte de los acuerdos.

En los hechos probados correspondientes al acuerdo de reparto del contrato del año 2017, se llega incluso a manifestar que existe un acuerdo verbal entre las

³⁸ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004.

³⁹ Anteriormente el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

empresas, lo que pone de manifiesto una clara intención de mantener en secreto la voluntad colusoria.

Todos estos factores conducen a la conclusión de que las empresas conocían que su actuación no podía ser conforme con las más elementales reglas de la sana competencia entre competidores, de ahí que quepa considerar la concurrencia del elemento volitivo de la conducta por parte de las empresas.

4.6. Autoría y responsabilidad

A) ADASA

ADASA es autor y responsable de la infracción por su participación en los acuerdos de reparto de ambos contratos. El inicio de su participación cabe fijarlo en septiembre de 2014 y el final en diciembre de 2018, con la finalización del contrato suscrito en el año 2014.

B) SCHNEIDER

Está plenamente admitido por la jurisprudencia de la Unión Europea⁴⁰, española y por los precedentes de la CNMC⁴¹, que una infracción de las normas sobre la competencia puede ser imputada al sucesor económico de la persona jurídica que la haya cometido, con el fin de que el efecto útil de dichas normas no se vea comprometido a causa de los cambios efectuados en las estructuras societarias de las empresas. La Audiencia Nacional ha declarado que cuando no exista persona jurídica a la que se pueda atribuir la responsabilidad por la infracción en la que han estado involucrados los activos transferidos porque la antigua propietaria haya dejado de existir legalmente, los principios de efectividad y eficacia de los artículos 101 y 102 del TFUE conllevan la aplicación del principio de continuidad económica y se traslada la responsabilidad por la infracción a la empresa sucesora⁴².

Esta doctrina ha sido confirmada por el Tribunal Supremo (Sentencia de 16 de diciembre de 2015, recurso 1973/2014) al disponer lo siguiente: “(...) *el criterio que*

⁴⁰ Asuntos TJUE C-40/73, Suiker Unie; C-49/92P ANIC, C 29/83, Compagnie Royale Asturienne des Mines, SA, C-204/00 y otros P Alborg Portland; Asuntos TGUE T-6/89 Enichem, T-134/1994 NMH Stahlwerke, T-348/08, Aragonesas Industrias y Energij, SAU v Commission, and T-349/08, Uralita SA v Commission.

⁴¹ Entre otras, Resolución de la CNMC de 26 de mayo de 2016 (Expte. S/0504/14 AIO) y Resolución de 3 de diciembre de 2015 (expte. s/0481/13 construcciones modulares).

⁴² Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2013 (recurso 48/2012) en el ámbito del Expte. S/0251/10 Envases Hortofrutícolas.

debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas. La modulación de los principios de culpabilidad y responsabilidad dependerá de que se constate una quiebra parcial de continuidad económica y empresarial entre las empresas sucesivas, pero no necesariamente por el mero hecho de que haya habido una reorganización, un cambio de nominación o la adquisición de la empresa por otra, esto es, por un cambio de titularidad. Otra cosa conduciría, como aduce con razón el Abogado del Estado, a la elusión discrecional de responsabilidades por parte de una sociedad mercantil procediendo a cualquiera de las citadas modificaciones.”

SCHNEIDER es la sucesora económica de TELVENT (folios 635 y 1950-1951) por lo que debe asumir la responsabilidad por la autoría de la infracción cometida por TELVENT hasta junio de 2016.

Asimismo, procede atribuirle responsabilidad a título personal desde junio de 2016 hasta febrero de 2017, momento en que los activos relacionados con el mantenimiento de este tipo de instalaciones se transfirieron a CIRRUS (folios 635 y 1950-1951).

En definitiva, SCHNEIDER es responsable de la infracción desde septiembre de 2014 hasta febrero de 2017.

La citada empresa ha venido sosteniendo a lo largo del procedimiento que no cabe atribuirle responsabilidad, como sucesora de TELVENT, por no ser en la actualidad titular de los elementos materiales y humanos que participaron en la infracción, ya que estos están transferidos a CIRRUS debiendo ser responsable, por tanto, esta última.

Sin embargo, en este supuesto, SCHNEIDER es la sucesora de TELVENT y no ha dejado de existir, por lo que atribuirle la responsabilidad por el periodo imputable a TELVENT es concordante con la jurisprudencia citada.

La Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2006 (asunto T-259/02) incluida en las alegaciones de SCHNEIDER, señala que (subrayado añadido):

325 Por el contrario, cuando, entre el momento en que se cometió la infracción y el momento en que la empresa de que se trate debe responder de ella, la persona responsable de la explotación de dicha empresa haya dejado de existir jurídicamente, es preciso localizar, en un primer momento, el conjunto de elementos materiales y humanos que participaron en la comisión de la

infracción, para, en un segundo momento, identificar al actual responsable de la explotación de dicho conjunto, con el fin de impedir que, como consecuencia de la desaparición de la persona responsable de su explotación en el momento en que se cometió la infracción, la empresa pueda no responder de ella (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, citada en el apartado 285 supra, apartado 953).⁴³

La sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2009 en el asunto T-161/05, cuyo párrafo 64 se reproduce literalmente a continuación, señala lo siguiente (subrayado añadido):

“En todo caso, la imputación al nuevo titular de una infracción cometida por el anterior es una posibilidad que la jurisprudencia reconoce a la Comisión en algunas circunstancias, y no una obligación, particularmente en casos como el de autos, en que el titular inicial autor de la infracción sigue existiendo jurídica y económicamente (en el sentido de la sentencia ETI y otros, antes citada, apartado 40). Además, en el caso de autos, no existe el riesgo de que la empresa autora de la infracción eluda sanciones (véase el apartado 51 supra), riesgo que el principio de continuidad económica pretende combatir, ya que Hoechst continúa existiendo tanto jurídica como económicamente.”

En similares términos se pronunció también el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 13 de diciembre de 2012 (asunto T-103/08, párrafo 97)⁴⁴ en la que se citan las conclusiones del abogado general Melchior Wathelet presentadas el 4 de

⁴³ Estos pronunciamientos son similares a los recogidos en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1991 asunto T-6/89 (párrafos 235 y siguientes).

⁴⁴ “S’agissant, enfin, des arguments tirés d’une violation du principe d’égalité de traitement, en ce que la Commission aurait traité de manière différente un tel transfert intragroupe dans le cadre d’une autre décision d’application de l’article 81 CE, il suffit de souligner qu’il résulte de la jurisprudence citée au point 89 ci-dessus que, dans des circonstances comme celles de l’espèce, la Commission a le choix d’imposer une amende à l’exploitant initial ou au nouvel exploitant de la même entreprise impliquée dans l’entente. En tout état de cause, ainsi que la Commission l’a relevé, et conformément à une jurisprudence constante, les requérantes ne sauraient invoquer une décision adoptée dans une autre affaire – en l’occurrence la décision de la Commission du 29 novembre 2006 (voir point 85 ci-dessus) – pour échapper à une sanction au motif qu’un autre opérateur économique impliqué dans une autre entente ne se serait pas vu infliger d’amende (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 31 mars 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, Rec. p. I-1307, point 197, et arrêt du Tribunal du 5 décembre 2006, Westfalen Gassen Nederland/Commission, T-303/02, Rec. p. II-4567, point 141).” (Subrayado añadido)

septiembre de 2014 en el asunto C 434/13 P (Parker) en las que señala que *“de la jurisprudencia de la Unión se desprende que la Comisión podía elegir entre considerar responsable del comportamiento infractor, bien al predecesor económico, bien al sucesor económico, bien a los dos solidariamente”*.

En el caso que nos ocupa y como ya se ha señalado, SCHNEIDER al integrar a TELVENT asumió las responsabilidades de esta última que pudieran derivarse del incumplimiento de las normas de competencia. Por tanto, en su condición de empresa sucesora económica que no se ha extinguido debe ser considerada responsable de la infracción cometida por su predecesora. Asimismo, SCHNEIDER se ha podido beneficiar de las ganancias y el aumento del valor de la empresa que hubieran podido derivarse de la práctica imputada.

C) CIRRUS (actualmente DTN SERVICES AND SYSTEMS SPAIN, S.L)

En febrero de 2017, la parte del negocio de SCHNEIDER proveniente de TELVENT relacionada con los radares y las estaciones meteorológicas pasó a integrarse en CIRRUS, incorporándose también los empleados del grupo SCHNEIDER vinculados con este negocio. De acuerdo con la información aportada por los representantes de las EMPRESAS SCHNEIDER, CIRRUS se creó como una sociedad vehículo con el fin de integrar el negocio relacionado con los radares y estaciones meteorológicas que realizaban las empresas del GRUPO TELVENT, las cuales formaban parte del GRUPO SCHNEIDER (folios 635, 1950-1951). En mayo de 2017 fue adquirida por la entidad TBG HOLDINGS DTN B.V.

Por tanto, se considera a CIRRUS responsable a título personal de este reparto de mercado en el que participa activamente desde febrero de 2017 hasta diciembre de 2018. En enero del 2019, CIRRUS ha modificado su denominación social por DTN SERVICES AND SYSTEMS SPAIN, S.L (folio 1964).

En relación con esta imputación, DTN ha señalado que no participó activamente en infracción alguna de la normativa de competencia, limitándose a ejecutar el contrato con la AEMET suscrito por TELVENT al estar legalmente obligado a ello. Asimismo, en relación con el contrato de 2017, la citada empresa indica que no puede declararse la responsabilidad personal de CIRRUS en el presente expediente ya que la conducta investigada en el marco de la licitación menor de 2017 debe considerarse parte integrante de la propia UTE.

Esta Sala considera que el periodo infractor debe ser considerado hasta la fecha de terminación de la ejecución y efectos del acuerdo anticompetitivo que, en este caso, coincide con la fecha de ejecución del contrato, el cual finalizó en diciembre

de 2018. Dentro del periodo infractor considerado, CIRRUS asumió en febrero de 2017 la titularidad del contrato suscrito en 2014, así como los derechos y obligaciones derivados de la conformación de la UTE y, además, lejos de mostrar su rechazo por las prácticas aquí sancionadas fue parte activa del acuerdo de 2017 que suponía una extensión del pacto de 2014, por lo que debe ser considerada autora y responsable de la infracción a partir de febrero de 2017 y hasta la finalización del contrato en diciembre de 2018.

En este sentido, cabe indicar que la voluntad de CIRRUS de continuar con la conducta se pone de manifiesto en el acuerdo de reparto del año 2017, tal como demuestra el correo electrónico contenido en los folios 777 y 778 del presente expediente en el que aparece CIRRUS como una de las empresas participantes (véase el apartado 2 de los hechos acreditados).

Como ya se ha señalado en esta resolución, se desprende de este correo electrónico la clara voluntad de seguir manteniendo el reparto acordado en el año 2014: “3) *El beneficio se estima en unos 2 KEur que repartiremos al 60/40 tal cual está formalizada la UTE. [...]*”. De ello resulta una clara evidencia de que en el año 2017 deciden extender el acuerdo adoptado en el año 2014 al nuevo contrato con el objeto de preservar los porcentajes de participación inicialmente pactados por las empresas ADASA y TELVENT.

QUINTO. OTRAS ALEGACIONES A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y CUESTIONES PLANTEADAS EN FASE DE RESOLUCIÓN

5.1. Alegaciones sobre indefensión

A) Sobre el análisis de efectos en la PR

DTN considera que se ha vulnerado el derecho de defensa al incorporar a la PR una valoración sobre los efectos de las conductas que no constan en el PCH.

La citada entidad indica que realizar en la PR una valoración de los efectos que no constan en la fase de instrucción supone imputarle nuevos hechos tras el cierre de la fase de instrucción, y ello implica una infracción del procedimiento legalmente establecido y en consecuencia le genera indefensión.

Respuesta de la Sala de Competencia

Como se ha señalado en esta resolución, dada las características de los acuerdos alcanzados entre las empresas, es posible calificar las conductas como una infracción por objeto, es decir, que tiene la aptitud suficiente para provocar ciertos

efectos perjudiciales en el mercado en el que se producen esos acuerdos.

La consecuencia inmediata de calificar una infracción por objeto es que no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia. En este sentido, se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁵.

El hecho de que la DC haya incorporado en su PR una valoración de los efectos que han podido provocar las conductas no implica, en modo alguno, introducir nuevos hechos ni una ampliación de la imputación, y ello es así porque este tipo de acuerdos tienen la particularidad de ser en sí mismos anticompetitivos y no requieren de análisis de efectos porque se presume que los mismos se producen.

Como ha señalado el abogado general de la UE en sus conclusiones presentadas el 27 de marzo de 2014 en el asunto C-67/13P *“si bien sería posible ponderar los posibles efectos favorables y contrarios a la competencia en el marco de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 3, resulta innegable que utilizar el concepto de objeto contrario a la competencia presenta una serie de ventajas, por cuanto simplifica la determinación de que ciertas prácticas de las empresas tienen un efecto restrictivo”*.

Por tanto, tratándose de un cártel de reparto de mercado y fijación de precios, la valoración por parte de la DC de los posibles efectos que han podido provocar las conductas analizadas no altera, en modo alguno, la calificación de las conductas, ni supone una alteración de los hechos descritos en el PCH. Lo que ha hecho la DC ha sido poner de manifiesto las consecuencias directas, inherentes y lógicas que se derivan de los acuerdos de reparto de los contratos entre las empresas, describiendo la realidad de los hechos con datos que constan en el expediente.

La propia TELVENT en las pruebas puestas de manifiesto durante la instrucción del expediente llega a indicar que la finalidad de concursar en asociación con ADASA es *“ganar el contrato a un precio más alto”* y la consecuencia lógica de ello es que el contrato se encarece para la administración.

En todo caso, basta recordar que han sido las propias empresas las que en sus

⁴⁵ Sentencia de 13 diciembre 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda). Asunto C-226/11 (Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros). En el mismo sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2013, dictada en el ámbito del Expte. 132/2007 Cervezas de Canarias y Sentencia de la AN de 8 de marzo de 2013, dictada en el ámbito del Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez.

escritos de alegaciones al PCH han introducido el debate sobre los efectos de las conductas⁴⁶ por lo que no resultaría, como alega DTN, una cuestión introducida “ex novo” por el órgano instructor.

B) Sobre la denegación de ampliación de plazo

ADASA alega indefensión por habersele denegado la ampliación de plazo solicitado por la citada empresa para presentar las alegaciones a la propuesta de resolución. Según ADASA, la denegación de ampliación de plazo le ha privado de forma injustificada y arbitraria de los días necesarios para preparar adecuadamente su defensa y contestar los argumentos y los cálculos de la CNMC.

Respuesta de la Sala de Competencia

La regulación de la ampliación de plazos de los procedimientos administrativos viene contemplada, con carácter general, en el artículo 32 de la Ley 39/2015, de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia (artículo 45 de la LDC). El citado precepto, otorga a la Administración la potestad de conceder ampliación de los plazos establecidos, pero no le obliga a ello. En concreto, señala que *“La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero”*.

Del enunciado de este artículo y su conexión con las restantes previsiones que en materia de procedimiento se contienen en los citados textos legales, se extrae la conclusión de que estamos ante una facultad estrictamente discrecional de la administración actuante cuya concesión tiene carácter excepcional.

En el folio 2934 consta el acuerdo de denegación de ampliación del plazo solicitado por ADASA, que incluye, de manera suficientemente detallada, los motivos por los que la DC consideró que no procedía entonces conceder la ampliación. A juicio de esta Sala, las explicaciones dadas por la DC en el citado acuerdo son suficientes para considerar cumplido el deber de motivación que se exige a la administración pública en su toma de decisiones.

En todo caso, la denegación de una ampliación de plazo no puede suponer vicio alguno del procedimiento en que se solicite puesto que, para el ejercicio del derecho

⁴⁶ Escrito de alegaciones al PCH de SCHNEIDER (párrafos 28 y 38) y escrito de alegaciones al PCH de DTN (párrafos 123 y ss.).

de alegar, la ley ya establece un plazo concreto que es el que, con carácter general, se considera pertinente para que el interesado pueda manifestar lo que a sus intereses convenga.

Tampoco se aprecia la indefensión alegada por ADASA. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional ya reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC (entre otras, Resoluciones de 3 de febrero de 2009, Expte R/008/08 Transitarios 1, y de 22 de julio de 2010, Expte. R/0048/10 Licitaciones de Carreteras) y la actual Sala de Competencia de la CNMC (Resolución de 20 de febrero de 2014, Expte R/0160/13 UDER): *"El Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses"* señalando que *"la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes"*. Es decir, que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa. Estima, por tanto, la Jurisprudencia Constitucional que *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (STC 71/1984, 64/1986)"*.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) ha precisado (por todas en su sentencia de 7 de febrero de 2007, recurso de casación nº 6456/2002) que, en los casos de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la CE sólo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador y sólo podrá ser invocada respecto a actos definitivos y que, por esta razón, tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. En el presente caso, es evidente que la alegación de indefensión en relación con un acto que, como ocurre con la denegación de una ampliación de plazo, es de mero trámite, no es posible apreciar indefensión. En el mismo sentido cabe citar la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 8 de octubre de 2009.

5.2. Sobre la aplicación de los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE

DTN y SCHNEIDER han venido alegando a lo largo del procedimiento que, en todo caso, concurren los requisitos para la exención prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE.

Para las citadas empresas, la UTE ha contribuido claramente a una mejora de la calidad de los servicios prestados a la AEMET y la misma ha contribuido a mejorar el panorama competitivo de la licitación de 2018 y a reducir el precio, al posibilitar a TELVENT presentar una oferta competitiva a la citada licitación. SCHNEIDER añade que la licitación conjunta permitió reducir los tiempos de respuesta a averías y reducir el número de averías en un 75%.

Respuesta de la Sala de Competencia

El apartado tercero del artículo 1 de la LDC establece que no se aplicará el apartado primero a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. En términos análogos se regula la excepción en el artículo 101.3 del TFUE.

En relación con esta cuestión, las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 (actual artículo 101 del TFUE) (2004/C 101/08) señalan, en su apartado 46, lo siguiente:

“El apartado 3 del artículo 81 no excluye a priori determinados tipos de acuerdos de su ámbito de aplicación. Por principio, todos los acuerdos restrictivos que reúnan las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 pueden acogerse a la excepción. En cambio, no es probable que las restricciones graves de la competencia cumplan las condiciones del apartado 3 del artículo 81. En general, este tipo de restricciones se prohíbe en los reglamentos de exención por categorías o se consideran restricciones especialmente graves en las directrices y comunicaciones de la Comisión. Por lo general, los acuerdos de este tipo no cumplen (al menos) las dos primeras condiciones del apartado 3 del artículo 81. Ni crean ventajas económicas objetivas ni benefician a los consumidores. Por ejemplo, un acuerdo horizontal de fijación de precios limita la producción, lo que da lugar a una mala asignación de recursos. Además, transfiere valor de los consumidores a los productores, ya que da lugar a un aumento de precios sin contrapartida alguna para los consumidores del mercado de referencia. Por otro lado, en general

este tipo de acuerdos tampoco cumple el criterio del carácter indispensable contemplado en la tercera condición” (subrayado añadido).

Asimismo, en su apartado 51, las Directrices indican que *“todas las mejoras de eficiencia alegadas deberán justificarse, de modo que puedan verificarse los puntos siguientes:*

- a) la naturaleza de las eficiencias;*
- b) el vínculo entre el acuerdo y las eficiencias;*
- c) la probabilidad e importancia de cada eficiencia alegada y*
- d) cómo y cuándo se obtendrá cada supuesta eficiencia.”*

En este expediente estamos ante el tipo de conductas muy graves que las propias Directrices consideran que es muy poco probable que generen ventajas económicas objetivas ni beneficien a los consumidores. Además, las empresas no han conseguido justificar las ventajas que ha supuesto presentarse en UTE al contrato en cuestión.

El informe económico presentado por las empresas que consta en los folios 2560 a 2625 señala que las incidencias se redujeron en gran medida durante el contrato adjudicado a la UTE con respecto al periodo anterior. Sin embargo, en el anexo I del mencionado informe se observa claramente que las incidencias bajan considerablemente de 2011 a 2014, es decir, antes de la creación de la UTE (de más de 500 a 68), mientras que en el periodo 2014 a 2018 permanecen relativamente estables (en torno a 90). De hecho, cabe señalar que las incidencias totales registradas en 2014 (último año del anterior contrato), un total de 68, se sitúan por debajo de las incidencias totales en cada uno de los años durante los que el SOR fue mantenido por la UTE entre ADASA y TELVENT (desde 2015 hasta 2018 fueron de 97, 103, 93 y 73). Además, como el propio informe reconoce, este descenso podría deberse a que durante el período 2010 a 2014 las actividades de mantenimiento fuesen fundamentalmente correctivas mientras que el periodo siguiente se centrasen en el mantenimiento preventivo.

En lo que se refiere a los supuestos beneficios de la complementariedad geográfica, ya se ha señalado que la propia TELVENT reconoce en el documento interno descrito en el apartado 1 de los hechos acreditados que lo que ello permitía es mejorar los márgenes, sin que en el citado documento se incluya referencia alguna a mejoras en la calidad del servicio. Como se ha expuesto en esta resolución, la

mejora de márgenes sólo beneficia a las partes de la UTE y no cumple con la condición de que una parte equitativa de tales beneficios pase a los consumidores.

Por lo que respecta a la alegación relativa a que las ventajas competitivas de ADASA (ya que los Pliegos no contenían información sobre el estado de los equipos del SOR y sobre el coste de mantenimiento) y la excesiva duración del contrato habrían determinado que la colaboración tuviera el efecto pro competitivo de posibilitar mayor competencia en la licitación de 2018, cabe señalar, en primer lugar, que TELVENT prestó el servicio durante los 12 años anteriores a que ADASA se encargara del mantenimiento, por lo que esta última consiguió ganar la licitación en 2010 en condiciones peores (en cuanto a la información y la experiencia sobre el SOR) que TELVENT. De hecho, en 2006 ADASA ni siquiera se había presentado a la convocatoria, ya que únicamente participó TELVENT. Esto demuestra claramente que la presencia de estas supuestas ventajas o desventajas competitivas no es en ningún caso determinante de la capacidad de la empresa para presentarse en solitario a la licitación y resultar adjudicataria.

Por otro lado, esta Sala tampoco considera que el Sistema Automático de Vigilancia determinase que TELVENT no pudiese concurrir en solitario a la licitación. Como recoge el propio informe económico, el sistema era una mejora que podían incluir las empresas en su oferta, no una obligación, y únicamente suponía un total de 4,5 puntos sobre 100. El documento interno de TELVENT reconocía que tenían capacidad *“para cumplir plenamente con los requisitos técnicos”* e incluso podrían *“llevar a cabo todo el proyecto”*, sin mencionar en ningún momento que no pudieran hacer frente al desarrollo de este Sistema.

Además, el informe económico también señala que *“el software que forma parte del sistema automático de vigilancia es un software desarrollado por la empresa HYDS a petición de ADASA”*, por lo que TELVENT podría haber encargado un presupuesto a ésta u otra empresa para incluir el coste de su desarrollo en su oferta. Teniendo en cuenta que TELVENT había sido adjudicataria del contrato hasta sólo 4 años antes de la licitación de 2014, y por lo tanto tenía un gran conocimiento del SOR, con lo especificado en la Sección 4.2.2 del PPT podrían haber estimado el coste del desarrollo del sistema. Esto se debe a que el Pliego especifica en esta sección que la funcionalidad básica del sistema de vigilancia consistiría en:

“(1) detectar las faltas de disponibilidad y las posibles anomalías en los productos de observación radar, (2) recoger los avisos generados de manera automática en los diferentes sistemas del SOR, y (3) analizar toda esta información y, en función de su naturaleza y gravedad, proceder al envío de

alarmas a través de e-mail tanto al propio equipo de trabajo del Adjudicatario como al personal de AEMET encargado de la explotación del SOR. A efectos administrativos, la alarma enviada equivaldrá a una notificación de avería y la hora a considerar será la de su envío. De la alarma emitida deberá quedar registro en el sistema de notificación de averías. Según se expone en el PCAP, esta mejora se valorará sólo si lleva asociado al compromiso de un tiempo de respuesta máximo de 1 hora durante el horario de servicio”.

No cabe considerar que para conseguir el contrato TELVENT hubiera tenido que recurrir, como únicas alternativas, o bien a la participación agresiva (aun cuando pudiera suponer incurrir en pérdidas durante el primer contrato), o bien a participar en UTE con ADASA para obtener la información necesaria y presentar una oferta competitiva en convocatorias posteriores.

En segundo lugar, respecto a la supuestamente elevada duración de los periodos de licitación (dos años prorrogables por otros dos), el informe económico aportado cita un documento de la OCDE de 2014⁴⁷ para justificar que esta duración elevada aumentaría la incertidumbre sobre el estado de la red y sobre los efectos de un mantenimiento insuficiente e implicaría un mayor riesgo para los potenciales competidores. Sin embargo, en ese documento se explica que la duración de los periodos de licitación suele ser de entre 5 y 30 años, por lo que la duración del contrato de AEMET, de 2 años prorrogables, esto es, 4 años en total, no se puede considerar como excesiva. Además, la OCDE señala que los periodos más largos (sin que se pueda considerar que éste lo sea) pueden tener consecuencias positivas ya que incentivan la realización de inversiones a largo plazo.

En tercer lugar, respecto a que los potenciales competidores, debido a la existencia de costes hundidos podrían optar por no participar o por presentar ofertas no competitivas para asegurarse de no incurrir en pérdidas en caso de ser adjudicatarios del contrato, el informe obvia que existen otras posibilidades: que los costes hundidos no sean suficientemente importantes como para hacer; que los potenciales competidores no sean competitivos; que la empresa incumbente no tenga ventajas en otros aspectos de la licitación o que los potenciales competidores sean más eficientes.

⁴⁷ La cita del informe indica erróneamente que corresponde a un documento de 2017, pero el párrafo traducido se refiere al documento “Working Party No. 2 on Competition and Regulation”, JT03367299, publicado por la OCDE en 2014.

En concreto, en el caso de TELVENT y ADASA, como se ha mencionado las incoadas no han logrado probar que la UTE fuera necesaria.

Por tanto, esta Sala entiende que no cabe considerar aplicable la exención del artículo 1.3 de la LDC ni la del artículo 101.3 del TFUE a la infracción imputada, al no haberse probado la concurrencia de los requisitos necesarios para ello.

5.3. Sobre la definición del mercado afectado

Según DTN, el incorrecto análisis llevado a cabo por la DC, a pesar de no cerrar formalmente la definición, conlleva las siguientes consecuencias:

- a) se eliminan del panorama competitivo importantes empresas como VAISALA y se excluyen ciertas empresas claramente presentes en el mismo a través del recurso a definiciones de mercado excesivamente estrechas.
- b) se limita excesivamente el alcance geográfico del mercado incrementándose en consecuencia la gravedad y el alcance de la conducta imputada.
- c) se obvia la interrelación entre el mercado de mantenimiento y el suministro de repuestos. Según DTN, la AEMET incorpora los suministros de repuestos en los contratos de mantenimiento y sólo de forma excepcional se convocan licitaciones de suministros. Ello tiene consecuencias muy relevantes para el análisis de la licitación menor de suministro de filtros de radiofrecuencia licitado en el año 2017.
- d) al describir la estructura del mercado, se identifican licitaciones que nada tienen que ver con el mercado investigado lo que le lleva a alcanzar, como veremos posteriormente, conclusiones erróneas sobre la capacidad de las partes de concurrir en solitario a la licitación de 2014.

Respuesta de la Sala de Competencia

Como reiteradamente viene señalando esta Sala, son las propias empresas las que con sus conductas anticompetitivas determinan el ámbito afectado por la infracción, siendo en este caso los mercados afectados los de mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados y el de suministro de repuestos de radares meteorológicos, sin perjuicio de la posibilidad de definir otros mercados en función de las distintas fases de la cadena de valor.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de enero de 2019 (rec nº 4323/2017), señala, recogiendo jurisprudencia de la Unión Europea que *“las empresas que*

alcancen un acuerdo con un objeto contrario a la competencia siempre persiguen una restricción sensible de la competencia, independientemente de la importancia de sus cuotas de mercado, de sus volúmenes de operaciones y de la existencia de otras empresas competidoras capaces de suministrar estos productos.”

Resulta pertinente a estos efectos la cita de la sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2016 en el asunto T-208/13 (Telefónica- Portugal Telecom):

“Así pues, en el marco del artículo 101 TFUE, apartado 1, no es exigible una definición previa del mercado pertinente cuando el acuerdo controvertido tiene en sí mismo un objeto anticompetitivo, es decir, cuando la Comisión ha podido concluir válidamente, sin previa delimitación del mercado, que el acuerdo en cuestión falseaba la competencia y podía afectar de forma sensible al comercio entre los Estados miembros. En particular, se trata de las restricciones más graves, expresamente prohibidas por el artículo 101 TFUE, apartado 1, letras a) a e) (conclusiones del Abogado General Bot presentadas en los asuntos acumulados Erste Group Bank y otros/Comisión, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P, Rec, EU:C:2009:192, apartados 168 a 175). Si el propio objeto de un acuerdo es restringir la competencia mediante un «reparto de mercados», no es, por tanto, necesario definir con precisión los mercados de que se trata, puesto que la competencia real o potencial se ha visto restringida necesariamente (sentencia Mannesmannröhren-Werke/Comisión, citada en el apartado 150 anterior, EU:T:2004:218, apartado 132).”

Por otra parte, del hecho de que, efectivamente, como también se alega, coexistan empresas de distinto tamaño y distinto grado de especialización en determinados segmentos del mercado no puede inferirse una definición incorrecta de los mercados afectados y considerarse que las incoadas no son competidoras entre sí.

De hecho, como ya se ha indicado, la fabricación, instalación y mantenimiento pueden ser llevados a cabo por las mismas empresas. Ahora bien, y sin perjuicio de que en el presente caso no se cierra una definición de mercado por las razones expuestas, el hecho de que VAISALA pudiera operar en el sector de mantenimiento a través de un agente no invalida las consideraciones realizadas en la PR. Ello obedece a que no habría sustituibilidad por el lado de la oferta ya que una empresa mantenedora no podría con facilidad y en un plazo relativamente corto pasar a fabricar radares. Tampoco habría sustituibilidad por el lado de la demanda ya que para quien precisa mantener un radar, la fabricación del mismo no es sustitutiva del mantenimiento.

En cuanto al ámbito geográfico, siendo el acuerdo de ámbito nacional, es claro que el mercado afectado debe tener ese ámbito geográfico.

En este sentido, como ya se ha indicado en la presente resolución, la necesidad de disponer de recursos humanos especializados radicados a corta distancia del radar que vaya a mantenerse corrobora la consideración de que estamos en un mercado de ámbito nacional.

5.4. Sobre la afectación al comercio en el interior de la Unión Europea

DTN considera que el análisis realizado por la DC es manifiestamente insuficiente para determinar si la conducta investigada pudo afectar al comercio en el interior de la Unión Europea, de conformidad con lo previsto en las Directrices sobre el concepto de efecto en el comercio entre los Estados miembros y la jurisprudencia europea y nacional. Por consiguiente, el artículo 101 del TFUE no debería ser aplicable en el presente caso.

Respuesta de la Sala de Competencia

Los cárteles que abarcan a todo el territorio nacional son susceptibles de tener afectación al mercado en el interior de la Unión Europea, especialmente si la conducta puede generar un efecto de reducción de la dinámica competitiva o la exclusión de terceros competidores. En particular, si estas conductas tienden a compartimentar un mercado nacional y diferenciarlo de los mercados del resto de Estados miembros, suele existir una afectación al comercio en el interior de la Unión Europea.

En este sentido, las Directrices de la Comisión Europea relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado [actuales artículos 101 y 102 del TFUE], en su párrafo 78 establece lo siguiente:

“En principio, los carteles horizontales que abarcan todo un Estado miembro, pueden afectar al comercio entre Estados miembros. Los tribunales comunitarios han sostenido en varias sentencias que los acuerdos que abarcan la integridad del territorio de un Estado miembro producen por su propia naturaleza el efecto de consolidar la compartimentación de los mercados a escala nacional impidiendo la penetración económica que el Tratado pretende lograr⁴⁸.”

⁴⁸ Sentencias TJCE de 11.07.1989, As. Belasco, 21.01.1999, As. Bagnasco y 19.02.2002, As. Wouters.

En este caso, además, la conducta es llevada a cabo por las principales empresas del mercado como indica la propia TELVENT en la documentación recabada por la DC.

Finalmente, hay que reseñar que, en este mercado, operan empresas de otros Estados miembros y que la conducta analizada podría dificultar o excluir la entrada de operadores de países de la Unión Europea que puedan estar interesados en entrar en el mercado español.

5.5. Sobre las inspecciones practicadas por la DC

DTN considera que las inspecciones llevadas a cabo en el marco del presente expediente incurrieron en serias irregularidades que impiden la incorporación al expediente de la documentación recabada en la sede de SCHNEIDER y sobre la que la DC fundamenta de forma exclusiva la prueba de cargo frente a DTN.

En concreto, la citada empresa alega que la DC no disponía de indicios que justificasen la práctica de las inspecciones que dieron lugar a la incoación del presente expediente. Asimismo, considera que la Orden de Investigación está redactada en términos excesivamente amplios y no se delimita suficientemente el objeto, finalidad y ámbito territorial de la investigación.

Por otro lado, en lo que se refiere a la segunda inspección, DTN considera que la misma no puede fundamentarse válidamente en el artículo 27 de la Ley 3/2013. Esta disposición no puede utilizarse como base para llevar a cabo una segunda inspección, de seguimiento de la primera, pero fuera de su ámbito y en la sede de la propia CNMC. Alega DTN que la Ley no contempla la posibilidad de que, en el marco de una inspección, una empresa investigada aporte documentación no disponible durante la primera inspección en un momento posterior, para su revisión en la propia sede de la CNMC.

Respuesta de la Sala de Competencia

Tal como consta en el expediente, con fecha 15 de enero de 2018, se recibió en la Dirección de Competencia un escrito de la Dirección General de l'Autoritat Catalana de la Competència (ACCO), en el que se informaba de la denuncia del Servicio Meteorológico de Cataluña (METEOCAT) contra MCV, S.A., ADASA Sistemas, S.A.U. (ADASA) y la UTE ADASA Sistemas S.A.U.-MCV S.A. por prácticas que podrían constituir una infracción de la LDC, consistentes en presentar ofertas económicas similares en la licitación para la contratación de radares y de estaciones meteorológicas en el territorio catalán, así como su seguimiento y

mantenimiento, concurriendo habitualmente a las mismas dos o tres empresas, dos de ellas en Unión Temporal de Empresas (UTE).

Atendiendo a este escrito, la DC realizó un análisis de las licitaciones objeto de la denuncia interpuesta por METEOCAT, además de otras licitaciones de naturaleza semejante y cuyo órgano de contratación era la AEMET.

Sobre la base de dicho análisis, el caso fue asignado a la ACCO⁴⁹.

Sin embargo, a partir de los datos analizados y de la información recabada en una entrevista celebrada por la DC con la AEMET, se detectaron posteriormente elementos que potencialmente podrían ser indiciarios de conductas entre algunas empresas dedicadas al mantenimiento de instalaciones meteorológicas del ámbito de la AEMET, con el objeto de repartirse el mercado, que pudieran ser constitutivas de una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC.

En concreto, tal como consta en el acuerdo de inicio del presente procedimiento (folios 1-2), se detectó que, al menos, en una licitación nacional del año 2014, prorrogada hasta diciembre de 2018, y gestionada por la AEMET en el mercado del mantenimiento de instalaciones meteorológicas, ADASA resultó adjudicataria, conformando una UTE con la empresa TELVENT.

A partir de la información recabada por la DC, se adoptó la decisión de practicar inspecciones en las sedes de las empresas, entre ellas, SCHNEIDER.

El objeto de la inspección, tal como indica la orden de investigación que consta en los folios 613 a 616, era verificar la existencia de actuaciones de diversas empresas en el sector de los servicios de instalación, mantenimiento y suministro de instalaciones meteorológicas y de radares meteorológicos en España, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes en acuerdos o prácticas concertadas para un reparto de mercado, entre otras vías, mediante la participación conjunta con otras empresas en licitaciones nacionales enmarcadas en el ámbito de los servicios de instalación, mantenimiento y suministro de instalaciones meteorológicas y de radares meteorológicos en España.

⁴⁹ Expediente 94/2018, Licitaciones Meteorológicas de Cataluña, en el que el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia ha adoptado resolución sancionadora de fecha 29 de diciembre de 2019 (antecedente número 13 de esta resolución).

Para ello, se solicitó la correspondiente autorización judicial, cuyo auto número 155/2018, que acordaba autorizar la inspección, justificaba la medida en los siguientes términos (folios 604 a 612):

“Así las cosas, tanto el escrito de solicitud como la Orden de Investigación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, expresan adecuadamente las razones por las que, a su entender, existe la fundada sospecha de la existencia de prácticas anticompetitivas en el mercado relacionado con los servicios de instalación, mantenimiento y suministro de instalaciones meteorológicas y de radares meteorológicos a nivel nacional.

Ello como consecuencia de la denuncia interpuesta por la entidad METEOCAT y como consecuencia del análisis de la documentación facilitada por la entidad AEMET.

A la vista de ello debe considerarse, a los efectos del limitado juicio que corresponde hacer, que es legítima la finalidad perseguida mediante la medida de que se trata, en tanto que se expresan los datos base que llevan a la CNMC a considerar, razonablemente, la existencia de una práctica anticompetitiva que se hace necesario comprobar. Para ello, debe concluirse que la entrada en el domicilio de la empresa objeto de investigación resulta idónea, necesaria y proporcionada. Debiendo recordar que tales prácticas anticompetitivas constituyen una infracción muy grave sancionada con multas de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora, o en su caso, hasta 10 millones de euros, lo que avala el juicio positivo de proporcionalidad en sentido estricto, siendo, finalmente, la presente medida, necesaria y la única posible para garantizar el buen fin de la investigación”.

Los hechos descritos evidencian que la DC disponía de indicios suficientes para llevar a cabo las citadas inspecciones, unos indicios que corroboró el auto judicial de inspección citado.

Tratándose de contratos públicos, una de las maneras de obtener información adicional puede ser la búsqueda de información pública y accesible de contratos licitados en el citado mercado para observar si existía una coincidencia sospechosa de las mismas empresas en otras licitaciones. Por eso en este caso, tras la citada investigación, la DC recabó información pública en relación con licitaciones en el mercado afectado y consideró que esa información, junto con la información trasladada por la propia AEMET, contenía indicios suficientes para poder llevar a cabo inspecciones de las empresas.

En cuanto a la otra cuestión alegada por DTN relativa a la imprecisión de la orden de investigación, la Audiencia Nacional viene señalando que el ejercicio de las facultades de inspección está condicionado a que exista una orden de investigación que permita identificar a las empresas y los elementos esenciales previstos en el artículo 13.3 del RDC, en particular el objeto y la finalidad de la inspección. Expresa la Sentencia que la administración *“no está obligada en esa fase a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la inspección”*⁵⁰.

La propia Sentencia para concretar los límites del contenido de la orden de inspección asume algunos pronunciamientos de los tribunales de la Unión Europea, entre ellos, los de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de fecha 8 de marzo de 2007 (asunto T-339/04) que ha precisado que *“la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de un decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el periodo durante las que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección”*⁵¹.

En este sentido, y tratándose de licitaciones públicas, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de junio de 2015 (recurso de casación 2012/2013), en la que el Alto Tribunal ha manifestado que cuando una investigación por prácticas contrarias a la competencia se refiere, como en este caso, al reparto de licitaciones públicas, carece de eficacia para la detección del ilícito limitar en exceso el objeto de la investigación.

Tal como indica la orden de investigación, se trataba de llevar a cabo una inspección en la sede de SCHNEIDER por su posible participación en acuerdos y/o prácticas concertadas anticompetitivos que suponen una violación del artículo 1.1 de la LDC. En ella se identifica el mercado de los servicios de instalación, mantenimiento y suministro de instalaciones meteorológicas y de radares meteorológicos, en España, y se describe que la conducta puede consistir en un reparto de mercado, entre otras vías, mediante la participación conjunta con otras empresas en licitaciones nacionales enmarcadas en el ámbito de los servicios de

⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2011 (recurso 131/2010).

⁵¹ En el mismo sentido, véase la Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2014 (asunto T-402/13, párrafo 80 y ss).

instalación, mantenimiento y suministro de instalaciones meteorológicas y de radares meteorológicos en España.

A tenor de todo ello, a juicio de esta Sala, la orden de investigación en cuestión contenía todas las notas básicas que son exigidas legal y jurisprudencialmente, identificando el objeto, la finalidad y el alcance de la misma, sin que sea exigible una calificación precisa de las conductas puesto que de otro modo se frustraría el efecto útil de las inspecciones.

Por lo que respecta a la alegación relativa a que la denominada segunda inspección no estaría amparada por el artículo 27 de la LCNMC, ha de recordarse que, como se refleja tanto en el acta de la inspección iniciada el 8 de mayo de 2018 (folio 628 y siguientes), para la que se contaba con autorización judicial, como en el acuerdo de incoación (folio 792 y siguientes), durante esta primera inspección se solicitaron a SCHNEIDER los *backups* informáticos de determinadas personas que fueron empleadas de la empresa TELVENT ENERGÍA, S.A. Dada la imposibilidad de poder determinar de manera fehaciente cuándo se podría contar con la información solicitada, el equipo de inspección solicitó a SCHNEIDER que, tan pronto obtuviera los *backups* de los archivos informáticos, se comprometiera a ponerse en contacto con la DC para la inspección de estos archivos en la sede de la propia empresa o, en su caso, en la propia sede de la CNMC, cosa que aceptó voluntariamente SCHNEIDER.

Los días 10 y 11 de mayo de 2018, SCHNEIDER informó a la DC (folios 685-686 y 730) de que disponía la citada información, procediéndose posteriormente a su análisis en la sede de la CNMC con el pleno consentimiento de SCHNEIDER como acredita inequívocamente el folio 652 en el que la citada empresa “*manifiesta su consentimiento a la realización de la inspección de acuerdo con lo señalado en la citada Orden*”, de fecha 16 de mayo de 2018. En consecuencia, la inspección se llevó a cabo de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 3/2013 y el artículo 40 de la LDC que prevén que el ejercicio de las facultades de inspección requerirá “*el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial*” y que incluye dentro de las facultades de inspección la verificación de documentos relativos a la actividad de que se trate en cualquier soporte.

Finalmente, en lo que se refiere a la alegada vulneración de los derechos de defensa de DTN por no haberle comunicado la inspección en la que se llevó a cabo el análisis de la información aportada posteriormente por SCHNEIDER (los *backups*), hay que volver a indicar que la citada inspección estaba amparada por la

normativa de aplicación y contaba con la correspondiente autorización judicial referida anteriormente y con la orden de investigación del Director de Competencia.

No incumbe a la CNMC en ese momento procedimental, anterior a la incoación del procedimiento, la obligación de comunicar a un tercero una inspección realizada en otra empresa, entre otro motivos, porque con ese proceder se perdería la eficacia y utilidad de la actividad inspectora.

En todo caso, hay que reseñar que DTN ha tenido pleno conocimiento de la información recabada en la inspección ya que la misma consta en el expediente, por lo que esta Sala no considera que concurra la vulneración del derecho de defensa alegado por la citada empresa.

5.6. Alegaciones en relación con la propuesta de sanción

A) Alegaciones de ADASA

ADASA alega que la CNMC se basa únicamente en el volumen de negocios de las empresas en el mercado afectado (VNMA) para determinar el grado de participación de cada una en la conducta. De esta forma, según ADASA, cuanto mayor sea el VNMA de una empresa mayor será su participación en la conducta, ignorando las pruebas obrantes en el expediente contra las diferentes infractoras y sin tener en cuenta que pueda comercializar otros productos.

En sus alegaciones, menciona algunas sentencias que afirman que *“en la medida en que uno de los sujetos inspire el acuerdo colusorio, lo promueva, consiga las adhesiones de otros agentes económicos, vigile su cumplimiento y “arrastre” a los demás, su autoría reviste una especial significación que legitimará, en buena lógica jurídica, una mayor sanción que la impuesta a los demás sujetos”*.

ADASA considera que, de acuerdo con lo anterior, la fijación de los tipos sancionadores por parte de la DC resulta errónea y arbitraria, puesto que se le atribuye el tipo sancionador más elevado, aunque no existen pruebas contra ella.

Por otra parte, sostiene que la determinación de la sanción no está motivada, siendo imposible para las partes conocer, ni tan siquiera indiciariamente, el método de determinación del tipo sancionador y el modo en el que se concreta la cifra.

Por último, ADASA manifiesta que el resto de empresas no han aportado las cifras de volumen de negocio siguiendo los mismos criterios que ella, por lo que se están comparando de forma injusta cifras que no se corresponden con los mismos conceptos.

En este sentido, alega que SCHNEIDER y CIRBUS solo aportaron en 2014 y 2018 cifras de determinados meses, mientras que ADASA aportó los años completos.

Además, según esta empresa, el resto de infractoras no incluyeron en la cifra aportada el importe que se corresponde con todos aquellos servicios subcontratados por las UTE, mientras que ADASA sí lo ha incluido. Aportan una nueva cifra de VNMA calculada de acuerdo con el criterio seguido por el resto de infractoras.

Respuesta de la Sala

El VNMA de cada empresa infractora no es el único criterio utilizado por la CNMC para individualizar los tipos sancionadores. Siempre se tienen en cuenta las posibles evidencias que pueda haber en el expediente en relación con el grado de responsabilidad de cada empresa. Éstas pueden reflejarse en la multa como una circunstancia agravante o atenuante o de alguna otra forma en la fase de individualización de las sanciones.

No obstante, si la CNMC considera que el grado de responsabilidad de las empresas infractoras es similar, la principal herramienta disponible para poder individualizar la sanción es la duración de la participación de cada empresa y la facturación obtenida en el mercado afectado durante su participación.

En este caso, se trata de un acuerdo anticompetitivo bilateral con la finalidad de repartirse licitaciones, por tanto el grado de responsabilidad es muy similar entre las empresas infractoras.

Asimismo, el ajuste de proporcionalidad sirve para asegurar que la sanción no sea excesiva en relación con la efectiva dimensión de la conducta, especialmente en el caso de empresas multiproducto en las que el mercado afectado se corresponda con una parte muy reducida de la facturación total de la empresa.

En lo que se refiere a las diferencias del tipo sancionador con respecto a las otras empresas infractoras, cabe indicar que la participación de ADASA en la conducta es mayor que la del resto de empresas, de ahí que el tipo que cabe aplicarle sea también proporcionalmente mayor.

Finalmente, la empresa alega falta de motivación en la propuesta de sanción de la DC. Sin embargo, esta Sala considera que la PR dedica todo el apartado VII a la explicación detallada de la determinación del importe de la multa que propone imponer. En ese apartado se puede observar como la DC, tras valorar los criterios del artículo 64.1 de la LDC, fija un tipo sancionador general del 4,5%.

Posteriormente lleva a cabo una valoración individual de la conducta de cada empresa, teniendo en cuenta la duración de su participación y el volumen de negocios en el mercado afectado durante ese período de tiempo. De la suma del tipo sancionador general y el tipo sancionador individual se obtiene el tipo sancionador total de cada empresa, realizándose a continuación una comprobación final de proporcionalidad de las sanciones en euros que corresponderían a estos tipos sancionadores.

Por tanto, las empresas han podido conocer el sistema que la DC ha seguido para la determinación de las sanciones, teniendo en cuenta, además, que ha seguido el método que viene explicado en las Indicaciones provisionales de la CNMC sobre la determinación de sanciones⁵². Es cierto que la PR no detalla el cálculo numérico concreto, pero esto no impide que la motivación sea suficiente. En este sentido se pronunció el TJUE en su Sentencia de 22 de octubre de 2015 (Caso AC-Treuhand/Comisión), que establece lo siguiente:

“A la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa”.

B) Alegaciones de SCHNEIDER

SCHNEIDER señala que ha colaborado activamente con la DC en la investigación de las conductas, por lo que cabe aplicar la atenuante por colaboración del artículo 64.3.d) de la LDC.

Según señala la citada empresa, ofreció voluntariamente a los inspectores la posibilidad de revisar en la sede de la propia CNMC los archivos y correos a los que no habían logrado tener acceso durante la inspección, una vez que estos fuesen puestos a su disposición por parte de los proveedores externos que custodian los *backups* de los archivos y correos electrónicos. Asimismo, indica que mantuvo en todo momento informada a la CNMC sobre el desarrollo de las tareas de recuperación y obtención de los referidos archivos mediante escritos de 10 y 11 de mayo de 2018, acordándose finalmente revisar dichos archivos en la sede de la CNMC el día 16 de mayo de 2018.

⁵² <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/normativa-y-guias>

Respuesta de la Sala

Como se refleja en el acta de la inspección iniciada el 8 de mayo de 2018 (folio 628 y siguientes), para la que se contaba con autorización judicial, durante esta primera inspección se solicitaron a SCHNEIDER los *backups* informáticos de determinadas personas que fueron empleadas de la empresa TELVENT ENERGÍA, S.A. Como se ha señalado anteriormente, dada la imposibilidad de poder determinar de manera fehaciente cuándo se podría contar con la información solicitada, el equipo de inspección solicitó a SCHNEIDER que, tan pronto obtuviera los *backups* de los archivos informáticos, se comprometiera a ponerse en contacto con la DC para la inspección de estos archivos en la sede de la propia empresa o, en su caso, en la propia sede de la CNMC, cosa que aceptó voluntariamente SCHNEIDER.

Los días 10 y 11 de mayo de 2018, SCHNEIDER informó (folios 685-686 y 730) de que disponía de tal información, procediéndose posteriormente a su análisis en la sede de la CNMC con el pleno consentimiento de SCHNEIDER como acredita inequívocamente el folio 652 en el que SCHNEIDER *“manifiesta su consentimiento a la realización de la inspección de acuerdo con lo señalado en la citada Orden”*, de fecha 16 de mayo de 2018. En consecuencia, tal inspección se llevó a cabo de acuerdo con lo previsto en el artículo 40 de la LDC y el artículo 27 de la Ley 3/2013, que prevén que el ejercicio de las facultades de inspección requerirá *“el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial”* y que incluye dentro de las facultades de inspección la verificación de documentos relativos a la actividad de que se trate en cualquier soporte.

Por su parte, el propio artículo 40 de la LDC, exige a las empresas a someterse a las inspecciones que el Director de Competencia haya autorizado.

Por tanto, la actuación de SCHNEIDER deriva de la obligación de la empresa del deber de someterse y colaborar como consecuencia de las facultades de inspección de la DC previstas en el artículo 40 de la LDC y 27 de la Ley 3/2013.

No cabe apreciar la atenuante solicitada.

5.7. Confidencialidad

Las empresas han solicitado la confidencialidad de la información relativa al volumen de negocio del año 2019 necesario para el cálculo de la sanción.

En relación con ello, esta Sala considera que la citada información, además de tener carácter público dado que es información que consta o constará en los

registros públicos correspondientes, es una información necesaria para el cálculo de la sanción y que refleja el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 63 de la LDC que condiciona el cálculo de la misma al porcentaje del volumen de negocios total de la empresa del año anterior, por lo que no procede declarar la confidencialidad de la misma.

SEXTO. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

Los artículos 71 a 73 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) establecen el régimen y el procedimiento de la prohibición de contratar para aquellas empresas que hayan sido sancionadas con carácter firme, entre otros motivos, por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia (artículo 71.1.b).

En relación con esta cuestión, se pone de manifiesto que esta resolución, que pone fin al procedimiento sancionador y contra la que no cabe recurso alguno en vía administrativa, declara la existencia de responsabilidad de varias empresas por infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, infracción que debe ser calificada como infracción de falseamiento de la competencia a los efectos del mencionado artículo 71.1.b) de la LCSP. La duración de la infracción se ha extendido o se ha llevado a cabo más allá del 22 de octubre de 2015 (fecha en la que entró en vigor la disposición que contemplaba este concreto supuesto de prohibición de contratar⁵³), sin perjuicio de la diferente participación de cada una de las empresas en la misma. Por tanto, a diferencia de la interpretación realizada por DTN en la que considera que no le de aplicación dado que las conductas se iniciaron en el año 2014, todas las empresas quedan sometidas a la aplicación del meritado artículo de la LCSP.

De conformidad con los artículos 72.2 y 73.3 de la LCSP la eficacia de la prohibición de contratar requiere de un pronunciamiento expreso sobre el alcance y duración de la misma y su posterior inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.

Esta resolución no se pronuncia sobre la duración y el alcance de la prohibición de contratar, por lo que se acuerda remitir una certificación de la misma a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de conformidad con lo previsto en el artículo 72.3 LCSP. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de que esta Comisión sea consultada o pueda emitir informe sobre las circunstancias concurrentes en el marco de dicho procedimiento que permitan graduar la duración

⁵³ Disposición final decimoctava de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

y el alcance de la prohibición para cada uno de los sujetos afectados de acuerdo con su concreta participación.

SÉPTIMO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

7.1 Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

La determinación de la sanción deberá adecuarse a los criterios expresados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013)⁵⁴ que son, en esencia, los siguientes:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”*. *“Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”*
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen”*.

Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse

⁵⁴ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC.

7.2 Criterios para la determinación de la sanción: valoración general de la conducta

Se trata de una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en un acuerdo entre empresas competidoras, por un lado ADASA y por otro TELVENT y posteriormente, SCHNEIDER y CIRRUS (actualmente DTN) en los términos expresados en el apartado 4.6 de la presente resolución, de reparto de mercado y de fijación de precios en el mercado de los servicios de mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados y suministro de repuestos.

Se trata, por tanto, de una infracción muy grave (art. 62.4.a de la LDC) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2019.

El volumen de negocios total de las mencionadas empresas, relativo al año 2019, es el siguiente:

Entidades infractoras	Volumen de negocios total en 2019 (€)
ADASA	12.043.147
SCHNEIDER	419.358.000
CIRRUS (actualmente DTN)	9.431.880

El porcentaje sancionador, que se aplicará en el presente expediente al volumen de negocios total de cada entidad infractora, debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo mencionados en el apartado anterior.

En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), como ya se ha dicho, se trata del mercado de los servicios de mantenimiento de radares meteorológicos y equipos relacionados y suministro de repuestos.

En cuanto a la cuota de mercado de las empresas responsables (art. 64.1.b), teniendo en cuenta la información que obra en el expediente puede concluirse que estas son las principales empresas del mercado, si bien no se dispone de datos concretos.

El mercado geográfico afectado por la infracción es el español en su totalidad, por lo que la infracción es susceptible de afectar al comercio en el interior de la Unión Europea (art. 64.1.c).

La duración de la conducta (art. 64.1.d) abarca desde el 8 de septiembre de 2014, fecha de la presentación de la oferta conjunta del contrato número 98003929, hasta el momento de finalización del contrato de adjudicación del proyecto, tras el transcurso de las dos prórrogas realizadas, esto es, el 11 de diciembre de 2018.

La conducta ha tenido el efecto de reducir artificialmente la competencia en las licitaciones y afectar al precio final de adjudicación de los contratos (art. 64.1.e).

Los anteriores criterios del artículo 64.1 de la LDC permiten realizar una valoración general de la infracción de cara a su sanción que se traduce en un tipo sancionador general del 4,0%.

7.3 Criterios para la valoración individual de la conducta

En cuanto a la valoración de la conducta de las tres entidades, conviene tener en cuenta varios factores adicionales para que la sanción refleje la efectiva participación de cada una en la infracción.

En la tabla siguiente se recoge la duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en el total del volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción:

Empresas	Duración de la conducta	Volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA, €)	Participación en el VNMA total de la infracción (%)
ADASA	Sept. 2014 – Dic. 2018	5.021.825	76,74%

SCHNEIDER	Sept. 2014 – Feb. 2017	842.604	12,88%
CIRRUS (actualmente DTN)	Feb. 2017 – Dic. 2018	679.618	10,39%

No se ha apreciado la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes previstas en los artículos 64.2 y 64.3 para ninguna de las entidades infractoras, por lo que no procede modificar el tipo sancionador por estos motivos.

7.4 Tipo sancionador total que correspondería imponer y última comprobación de proporcionalidad

Siguiendo la precitada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, duración y ámbito geográfico de la conducta, participación de las infractoras en la conducta, no concurrencia de agravantes o atenuantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de las empresas.

El tipo sancionador total que corresponde aplicar a cada entidad infractora, de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta, y con su respectiva participación en ella, se muestran en la tabla siguiente:

Empresas	Tipo sancionador total (% del volumen de negocios total)
ADASA	6,5
SCHNEIDER	4,4
CIRRUS (actualmente DTN)	4,3

Estos tipos sancionadores son adecuados a la gravedad y características de la infracción de las empresas. Sin embargo, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, en ocasiones la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la

empresa podría conducir a una sanción en euros que resultase desproporcionada en relación con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva.

Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que cada entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes, y aplicarle un factor incremental de disuasión⁵⁵. Esta estimación se utiliza como valor de referencia, por encima del cual se considera la multa podría resultar desproporcionada.

De acuerdo con las estimaciones realizadas con esos supuestos prudentes, las sanciones en euros resultantes de aplicar los tipos sancionadores de la anterior tabla a las cifras de volumen de negocio de las infractoras, superan el valor de referencia estimado para cada una de ellas, por lo que las multas se han ajustado a la baja para evitar que resulten desproporcionadas.

Por tanto, las sanciones proporcionadas y disuasorias que corresponde imponer a las entidades infractoras son las siguientes:

Empresas	Sanción (€)
ADASA	450.000
SCHNEIDER	110.000
CIRRUS (actualmente DTN)	50.000

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

⁵⁵ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, como el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como la de los ratios sectoriales de empresas no financieras del Banco de España.

RESUELVE

- Primero.** Declarar acreditada una infracción única y continuada muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007, y del artículo 101 del TFUE, constitutiva de cártel, de la que son responsables las empresas ADASA SISTEMAS, S.A.U., SCHNEIDER ELECTRIC ESPAÑA, S.A. y DTN SERVICES AND SYSTEMS SPAIN, S.L.
- Segundo.** Imponer las siguientes sanciones a las empresas responsables:
- ADASA SISTEMAS, S.A.U.: **450.000 euros**
 - SCHNEIDER ELECTRIC ESPAÑA, S.A.: **110.000 euros**
 - DTN SERVICES AND SYSTEMS SPAIN, S.L.: **50.000 euros**
- Tercero.** De conformidad con el fundamento sexto, remitir la presente resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos oportunos.
- Cuarto.** Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA D^a MARÍA PILAR CANEDO 79

1. Objetivo y contenido del Voto particular	79
2. Elementos de la resolución que justifican el Voto	80
A. El precedente de la ACCO	81
B. Las multas impuestas en la resolución de la CNMC	83
a. El sistema de cálculo de las sanciones en la CNMC.....	83
- Cálculo del tipo infractor.....	83
- Cálculo de la multa final impuesta a cada empresa.....	83
b. La aplicación de las indicaciones provisionales a este supuesto.....	86
c. Propuesta realizada por esta consejera.....	88
C. Sobre la prohibición de contratar.....	90

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 **concurrente con la calificación jurídica de los hechos recogidos en la resolución, aunque discordante con las consecuencias jurídicas que de ella se derivan**⁵⁶.

1. Objetivo y contenido del Voto particular

1. El objetivo de este Voto particular es manifestar que considero que ante las conductas analizadas y el daño que la alteración de las contrataciones pública por las empresas genera en la sociedad, las **medidas aprobadas por la Sala resultan insuficientes**.

Ello no permite una aplicación eficaz de la normativa de competencia. La citada consideración se basa en las siguientes razones que serán objeto de desarrollo a continuación.

2. En opinión disidente de esta consejera las **sanciones** impuestas no respetan los principios de **efectividad, proporcionalidad y disuasión** exigidos por la regulación española y europea. La metodología empleada por la Sala para imponerlas genera una **tendencia a la fijación de multas de importe reducido**, en detrimento de las arcas públicas y perjudicando al contribuyente, que es más acusada, aunque no exclusiva, en las empresas de mayor tamaño. Además, supone una **discriminación** entre las empresas que participan en la conducta.

3. La resolución opta nuevamente por no declarar la duración y alcance de la **prohibición de contratar**, a pesar de existir un precedente de la Autoridad Catalana de Competencia que ya los determina.

Ello, como se demuestra en casos precedentes, limita la eficacia de tal medida y en consecuencia del efecto útil del derecho de la competencia y las posibilidades del organismo de contribuir al bienestar de los ciudadanos. Además esta decisión reduce la seguridad jurídica y genera indirectamente un beneficio injustificado a las empresas infractoras en la medida en que se reduce, como se deriva de la interpretación ofrecida por el Tribunal de justicia y se explicará más adelante, el plazo máximo de duración de la prohibición.

⁵⁶ 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.

2. Elementos de la resolución que justifican el Voto

4. La resolución acredita la existencia una infracción constitutiva de cártel única y continuada muy grave del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE de la que se consideran responsables las empresas ADASA SISTEMAS, S.A.U., SCHNEIDER ELECTRIC ESPAÑA, S.A. y DTN SERVICES AND SYSTEMS SPAIN, S.L.

La infracción supone una conducta de *bid rigging* que ha alterado la competencia en relación con varios procesos de contratación pública de AEMET, entidad pública dependiente de un Ministerio y cuyo posible protagonismo en los hechos o conocimiento posible de los mismos no se analiza en el expediente, como ya viene siendo habitual en los expedientes de la CNMC⁵⁷.

5. Las conductas de *bid rigging* suponen un elevado y considerable perjuicio al interés general.

Ese daño al interés general se traduce en precios más elevados y falta de incentivos a producir mejoras en la calidad de los productos y servicios que, en este caso, van a recibir los ciudadanos.

Es decir, no se circunscribe, ni siquiera especialmente, a los competidores directos de las infractoras, sino que afecta a la propia Administración que presta servicios públicos y, en consecuencia, a la generalidad de la ciudadanía.

Por esta razón, el legislador confiere a la autoridad de competencia un amplio margen de apreciación discrecional para diseñar la concreta reacción ante las infracciones acreditadas para que la misma sea proporcional a la conducta que se ha desarrollado y genere una suficiente disuasión.

En opinión de quien suscribe este voto, este objetivo no se alcanza en este caso.

6. Además, los hechos acreditados se han calificado como infracciones del artículo 101 TFUE, al considerar que generan efectos en el mercado interior de la Unión Europea.

⁵⁷ Ni siquiera se recuerda los artículos 132.3 y 150.1 de LCSP establecen la obligación de los órganos de contratación notificar a las autoridades de competencia cualesquiera hechos o conductas de los cuales tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, que produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación” o, en caso de que la administración sea tan solo una víctima de la conducta su capacidad (y la conveniencia) de que solicite la reparación de los daños que haya podido sufrir por la conducta.

En este caso no procedería referirse a la nulidad de pleno derecho de los acuerdos o a la revisión de oficio de los contratos vigentes, ya que no existe ninguno en el asunto analizado.

A pesar de que el artículo 5 del Reglamento 1/2003 manifiesta que corresponde a las autoridades de competencia de los Estados miembros “la imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional”, también se establece el mandato de realizar una **aplicación eficaz y uniforme de la normativa europea de competencia**, lo cual se refuerza en la Directiva ECN+⁵⁸. Esta norma, en su artículo 13 se establece que “para garantizar la aplicación efectiva y uniforme de los artículos 101 y 102 del TFUE, las autoridades administrativas nacionales de competencia deben tener la facultad de imponer multas **efectivas, proporcionadas y disuasorias** a las empresas y asociaciones de empresas que infrinjan los artículos 101 o 102 del TFUE”.

Por estas razones resulta imprescindible analizar si las sanciones impuestas cumplen los objetivos mencionados.

A. El precedente de la ACCO

7. Resulta en este supuesto muy relevante el precedente establecido por la Resolución del Expediente 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña dictada en diciembre de 2019 por la Autoridad Catalana de Competencia⁵⁹.

La importancia del precedente se deriva especialmente de la semejanza de los hechos que se sancionan en ambas resoluciones (las de la ACCO afectando tan solo a Cataluña y las de la CNMC a todo el territorio nacional) y del hecho de que fue precisamente la noticia ofrecida por la ACCO, como se pone de manifiesto en los antecedentes de esta Resolución, la que dio lugar a la instrucción realizada por la CNMC.

8. La ACCO declara la existencia de una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en la realización de acuerdos o prácticas concertadas para el reparto del mercado, en el marco de varias licitaciones públicas relativas al servicio de instalación, mantenimiento y suministro de radares y estaciones meteorológicas, convocadas por el Servicio Meteorológico de Cataluña.

⁵⁸ Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del consejo de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. DOUE 11/3 de 14 de enero de 2019.

⁵⁹ Resolución de la Autoridad Catalana de Competencia de 23 diciembre de 2019, Expediente 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico en http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acc0/documents/arxiu/actuacions/20200121_Resolucio-exp.-94.18-PUB.pdf

Declara responsables de la conducta a dos empresas (una de ellas coincidente con una de las sancionadas en esta resolución) y varias personas físicas en calidad de directivos.

9. Destaca por su trascendencia en la contribución a la eficacia de la aplicación de la normativa de competencia la declaración de responsable como facilitador de la conducta, en adecuada aplicación de la jurisprudencia *Treuhand*, al funcionario director encargado del servicio⁶⁰.

10. La resolución impone tipos infractores del 6,35 y 6,15 por ciento a las empresas. Las multas impuestas son coincidentes con el resultado de aplicar el citado tipo al volumen de negocios de las empresas afectadas.

11. La resolución define la duración y alcance de la prohibición de contratar a las empresas afectadas en aplicación de las obligaciones establecidas en el ordenamiento jurídico y contribuyendo al efecto útil de la aplicación de la normativa de competencia.

Ello contribuye no solo a incrementar los estándares de seguridad jurídica exigibles en los procedimientos que derivan en consecuencias jurídicas restrictivas de derechos de los afectados sino especialmente a garantizar la eficacia de la regulación contenida en el ordenamiento jurídico español y europeo.

12. Además el resuelto de la resolución exige su comunicación a la administración a los efectos oportunos y, en concreto:

“(i) en relación con la nulidad de pleno derecho de los acuerdos declarados prohibidos en esta Resolución y la revisión de oficio de los contratos vigentes (según el artículo 47.1, letra f, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), y (i) con respecto a la aptitud de estos acuerdos de ocasionar daños económicos y la existencia de la posibilidad de solicitar la reparación del daño producido a las empresas responsables, con el fin de salvaguardar el interés general”.

Igualmente la resolución de la ACCO recuerda al Servicio encargado de la contratación pública que “los artículos 132.3 y 150.1 de LCSP establecen la obligación de los órganos de contratación notificar a las autoridades de competencia cualesquiera hechos o conductas de los cuales tengan conocimiento

⁶⁰ Resolución que, sin embargo, deja fuera a la administración que, cuando menos sería responsable de la actuación del funcionario. Sobre el papel de facilitador, SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda) de 22 de octubre de 2015, Asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG, ECLI:EU:C:2015:717.

en el ejercicio de sus funciones, que produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”.

B. Las multas impuestas en la resolución de la CNMC

a. El sistema de cálculo de las sanciones en la CNMC

13. Para determinar las multas, esta resolución aplica un sistema de cálculo contenido en un documento que se hizo público en la web de la CNMC el día 6 de noviembre de 2018 -aunque fechado el día 10 de octubre del mismo año- bajo la denominación “Indicaciones Provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de los artículo 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de junio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”⁶¹.

El documento “*pretende dar a conocer las pautas generales que, dentro de su discrecionalidad, guían*” la actuación del Consejo. Por tanto, asumiendo el citado objetivo y el contenido subsiguiente, se corresponde con unas directrices o comunicación y su aprobación correspondería al Consejo de la CNMC (artículo 20.7 de la Ley 3/2013).

14. Desde una perspectiva **formal**, debe manifestarse que el Consejo no ha aprobado ese documento.

Desde una perspectiva **sustantiva**, el citado documento contiene lo que considero imprecisiones técnico-jurídicas con las que debo manifestar mi desacuerdo.

- Cálculo del tipo infractor

- Cálculo de la multa final impuesta a cada empresa

16. La más grave de las cuestiones que afecta a estas “indicaciones provisionales” se encuentra, sin embargo, en opinión de esta consejera, en lo que califican como “**comprobación final de la proporcionalidad**”. La citada “comprobación” se realiza en relación a lo que se denomina “*valor de referencia de lo que se considera una multa disuasoria y proporcional*”.

Las indicaciones manifiestan que la multa disuasoria “debe ser igual o superior al beneficio ilícito”. “Por ello, el límite de proporcionalidad es igual al beneficio ilícito estimado multiplicado por un factor entre 1 y 4 que varía en función de la duración

⁶¹ El documento está disponible en <https://www.cnmc.es/node/372212>. Por otra parte, el hecho de que las indicaciones se denominen provisionales genera una inseguridad jurídica en el mercado que es contraria a las exigencias inherentes al derecho sancionador.

de la infracción y del tamaño de la entidad infractora.” Estas afirmaciones deben ser objeto de comentario.

17. En primer lugar, esta consejera no puede compartir que una sanción disuasoria pueda ser igual al beneficio ilícito.

La comisión de una infracción genera, independientemente del beneficio ilícito (y máxime en un supuesto como el objeto de este expediente, que afecta a la contratación pública), daños en la sociedad, en las administraciones, en la competitividad del mercado o en la economía, además de los directos que se produzcan en los competidores, en los consumidores (que podrían ser reclamados por la vía civil).

Las sanciones administrativas tienen una **función represiva** y una **preventiva** que busca evitar la existencia (y reproducción) de conductas que generan un daño al interés general. Para ello constituyen una reacción del ordenamiento jurídico que, como reiteradamente indica la Directiva europea mencionada, se basa en el castigo para resultar **efectiva, proporcionada y disuasoria**.

Si la respuesta ofrecida por el ordenamiento se conforma con el objetivo de establecer sanciones iguales al beneficio ilícito objetivo por el infractor, y asumiendo como evidentes posibilidades de no detección de las conductas, se estaría generando un sistema sancionador que fomenta la infracción en lugar de tratar de evitarla. Es decir, si la empresa -que indudablemente recibe un beneficio extraordinario al cometer la infracción- sabe que existe un riesgo de no detección de la práctica y que, en caso de ser detectada y sancionada, la multa impuesta tan sólo podrá igualar el beneficio extraordinario, la tendencia natural será a maximizar su bienestar y cometer por tanto la infracción.

Es decir, para que una multa sea disuasoria, resulta imprescindible que sea sensiblemente superior al beneficio ilícito.

18. En segundo lugar, las directrices dicen realizar una valoración de la sanción que parte de una estimación del beneficio ilícito que, en los casos en que no se derive del expediente, se calcula considerando un porcentaje del margen bruto de explotación del sector.

El sistema de cálculo del citado beneficio ilícito merecería un estudio más detallado, ya que asumir como factor de referencia el margen bruto del sector y multiplicarlo, en su caso, por un factor de disuasión implicaría, bien asumir que el sector en su conjunto está cartelizado, o bien realizar una estimación sin base alguna sobre el factor multiplicador del beneficio ilícito. Es decir, se trata de ofrecer una apariencia de seguridad al introducir cálculos matemáticos en el método de cálculo de las sanciones que oculta que los mismos se basan en parámetros no necesariamente relacionados con la entidad real de la infracción, los beneficios ilícitos de las empresas y los efectos de la conducta en el mercado.

19. Además, las indicaciones emplean un “*el límite de proporcionalidad (que) es igual al beneficio ilícito estimado multiplicado por un factor entre 1 y 4 que varía en función de la duración de la infracción y del tamaño de la entidad infractora.*”

Este criterio no puede compartirse por varias razones: en primer lugar, como ya veíamos porque **no cabe considerar que la sanción puede ser disuasoria si tan solo iguala el beneficio ilícito**; del mismo modo, tampoco se considera adecuado limitar el factor multiplicador a 4; además, que el criterio de determinación de la disuasión esté basado en la **duración de la infracción o el tamaño de la entidad** carece de sentido, sobre todo en lo referente al tamaño de la entidad infractora (ya que el tamaño de la entidad infractora carece objetivamente de trascendencia por no tener relación con la gravedad de la conducta y sin embargo ya es tenido en cuenta al calcular el importe de las sanciones en relación con su volumen de negocios).

20. Finalmente, y lo que resulta aún más grave, las “Indicaciones provisionales” determinan que si la multa que se obtiene del tipo inicial es inferior al denominado valor de referencia de proporcionalidad se mantiene intacta (pudiendo determinarse sanciones nítidamente inferiores al beneficio ilícito). Sin embargo, si la sanción resultante de la aplicación del tipo es superior, ésta debe reducirse.

Esta última corrección resulta, en opinión de esta consejera, claramente contraria no solo a la necesaria función de **disuasión** que deben llevar aparejadas las sanciones **sino especialmente a la de proporcionalidad** que la legislación y jurisprudencia exigen.

El principio de proporcionalidad de las sanciones rige en el establecimiento y aplicación de todas las medidas restrictivas de derechos y libertades de los individuos. El mismo supone la exigencia de que exista una correspondencia entre la infracción y la sanción y la prohibición de la adopción de medidas que puedan considerarse innecesarias o excesivas. Para que pueda considerarse que una medida sancionatoria es proporcional, los requisitos fijados por la doctrina son tres, que exista un procedimiento en que se respeten los derechos de defensa; que la medida adoptada produzca la menor injerencia posible, y **que la medida sea apta para alcanzar los fines que la justifican.**

El sistema establecido por las indicaciones provisionales genera una reducción de las sanciones cuando son superiores al denominado límite de proporcionalidad. Sin embargo, no genera una subida en caso contrario.

Es decir, las indicaciones se fijan en el carácter limitativo del poder sancionador que implica la aplicación del principio de proporcionalidad, pero no consideran adecuadamente la exigencia de aptitud para alcanzar el fin pretendido que el mismo principio exige.

El resultado supone una reducción de las sanciones (especialmente en el caso de grandes empresas) bajo el subterfugio de una pretendida proporcionalidad que no

resulta ajustada a las exigencias de nuestra legislación ni de la regulación europea en materia sancionadora.

21. En opinión de quien suscribe este voto, todo cuanto antecede no se opone a considerar para calcular el montante de la sanción, si la empresa infractora es multi-producto y uni-producto.

22. La forma de cálculo de las sanciones asume que hay sanciones inferiores al beneficio ilícito, incluso si son menores del 10% del volumen de negocios de las empresas fijado tanto por la LDC como por el Reglamento 1/2003.

Además, establece correcciones tan solo en una dirección (a la baja) lo que genera un trato desigual entre los operadores.

Por todo ello, en opinión de esta consejera este sistema de cálculo de las sanciones resulta contrario a la exigencia de **aplicación uniforme de la normativa europea** de la competencia y **también a los criterios normativos recogidos en el artículo 64 LDC**.

Un sistema sancionador que tiende a reducir de manera muy significativa el importe de las sanciones respecto del tipo sancionador calculado, genera una falta de **efectividad** en la aplicación de la normativa europea que no resulta coherente con los objetivos de la regulación de disuasión y proporcionalidad exigidos por la normativa europea. Sistemas de determinación de las sanciones que no generen una confluencia en la forma de cálculo con los europeos, dentro de los amplios márgenes concedidos por el artículo 64 LDC y la jurisprudencia del TS que lo desarrolla, generan un claro riesgo de **fórum shopping** que sería deseable evitar.

b. La aplicación de las indicaciones provisionales a este supuesto

23. La resolución parte de estos datos:

Entidades infractoras	Volumen de negocios total en 2019 (€)	Tipo teóricamente impuesto	Multa	Tipo real
ADASA	12.043.147	6,5%	450.000	3,7%
SCHNEIDER	419.358.000	4,4%	110.000	0,02%
CIRRUS (actualmente DTN)	9.431.880	4,3%	50.000	0,5%

Es decir, aplicando la mencionada metodología, la resolución parte de la determinación de unos tipos infractores generales que posteriormente se modulan para cada una de las empresas atendiendo a diferentes factores.

Puede observarse que las sanciones que finalmente se imponen a las empresas varían de manera sensible respecto de los tipos generales fijados. Ello se debe a

la aplicación del denominado “factor de proporcionalidad” que se ha descrito previamente.

Varias deben ser las observaciones que se realicen al respecto.

24. Comencemos por los tipos infractores determinados. Como es bien sabido, el artículo 64 LDC establece que los criterios para determinar el montante de las sanciones son la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado de cada empresa, el alcance de la infracción, su duración, el efecto en los derechos y legítimos intereses de los usuarios y otros operadores económicos, los beneficios ilícitos obtenidos y las circunstancias atenuantes y agravantes.

Nos encontramos ante una infracción vinculada con la contratación pública que, en consecuencia merece la máxima atención para tratar de evitar que las mismas se produzcan. No en vano varios ordenamientos de nuestro entorno próximo confieren a tales conductas trascendencia penal⁶².

La **dimensión del mercado** es nacional y de tal entidad que se ha considerado necesaria la aplicación del artículo 101 del TFUE.

Por ello, a pesar de la no prolongada duración de la conducta podemos concluir que nos encontramos ante una conducta dolosa y de la mayor gravedad.

25. A pesar de ello los tipos **teóricos** impuestos oscilan entre un 4,3% y un 6,5% y los tipos **reales** entre un **0,02 y un 3,7%**.

En primer lugar debe manifestarse que los tipos (incluso los teóricos) resultan inferiores a los impuestos por la ACCO en una infracción de mayor duración pero que tan solo afecta a la comunidad autónoma y que no aplica el derecho de la UE.

Sancionar una infracción de *bid rigging* con un tipo sancionador que podría imponerse a una infracción leve o a una grave, resulta en opinión de esta consejera, claramente **contrario, por insuficiente, al principio de proporcionalidad de las sanciones** y a la exigencia de disuasión inherente a todo sistema sancionador especialmente en conductas tan nocivas para el interés público.

Este sistema de determinación de las sanciones que da lugar a una tan insuficiente reacción ante infracciones muy graves pone en riesgo la aplicación uniforme del derecho de la competencia generando discriminación de las entidades.

No en vano, las sanciones impuestas por la ACCO, que en opinión de esta consejera respetan el principio de proporcionalidad de la reacción del ordenamiento jurídico respecto de la infracción cometida, generan una reacción

⁶² Un número creciente de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno han modificado sus ordenamientos para imponer consecuencias penales a las colusiones vinculadas con contratación pública. Véase las referencias de la OCDE en <http://www.oecd.org/competition/cartels/fightingbidrigginginpublicprocurement.htm>

incomparablemente más ajustada a las exigencias del derecho de la competencia que las establecidas por la CNMC.

Si tan solo se comparan los **tipos teóricos**, se verifica que la ACCO los determina siempre entorno al 6%, lo que resulta coherente con una infracción muy grave, que afecta a contrataciones públicas de una administración determinada y que se localiza geográficamente.

Los tipos teóricos determinados por la CNMC no alcanzan ese nivel de proporcionalidad considerando la afectación al derecho de la UE y el ámbito nacional de la conducta (aun considerando que la duración de la misma es sensiblemente menor que la de la infracción identificada por la ACCO). Si se comparan los tipos reales resultantes del cálculo final de la sanción la conclusión es, como veremos, aún más grave en contra del criterio de la CNMC.

En cualquier caso, la forma de calcular la diferencia de tipos sancionadores entre las empresas tiene tan solo en cuenta su intervención en lo que se denomina Volumen de Mercado Afectado, denominación bajo la que se incluyen los datos de facturación ofrecidos por las empresas en los contratos objeto de cada acuerdo. Esta fórmula de cálculo no tiene en cuenta elementos de individualización de la responsabilidad como por ejemplo el papel jugado por cada una de las empresas en la práctica (instigador, beneficiario directo, beneficiario indirecto, mero seguidor...) u otros tales como la duración en la participación en la conducta. De este modo, se reconoce excesivo peso a la facturación directa que las empresas reciben de los contratos objeto de la infracción (ofrecida además en general por las propias infractoras) y se desconoce, por ejemplo, la existencia de otros tipos de compensaciones que se producen en los cárteles.

Ello tiene como consecuencia que los tipos fijados por la CNMC para las diferentes empresas (6,5%-4,3%) difieran de manera excesiva, considerando los hechos concretos en que participan las empresas.

En cualquier caso, los tipos teóricos o generales determinados por la CNMC carecen en la mayoría de casos de relevancia, ya que el resultado de su aplicación se pondera (tan solo a la baja) en relación con el factor creado en la mencionada metodología, lo que genera una distorsión entre los operadores que carece de relación con ninguno de los elementos recogidos en el artículo 64 LDC y genera una bajada de las multas que, como hemos indicado, en este caso las reduce a cifras exiguas en este supuesto (3,7; 0,02 y 0,5 frente al entorno del 6% aplicado realmente en la resolución catalana cuyo ámbito es regional).

c. Propuesta realizada por esta consejera

26. De cuanto antecede puede deducirse que esta consejera considera que las sanciones impuestas a las empresas no cumplen los principios tantas veces mencionados de eficacia, disuasión y proporcionalidad (entendida como límite a la actuación sancionadora y exigencia de que la misma sea adecuada al fin pretendido).

27. No corresponde a esta consejera, sino como veíamos al Consejo de la CNMC, proponer una metodología de cálculo de las sanciones que sea de aplicación por la Sala de Competencia. Sin embargo, sí deben traerse a colación elementos que resultarían pertinentes en el debate.

28. La mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 constituye jurisprudencia asentada que esta Sala debe aplicar.

En la misma se determina que cuando el artículo 63 de la LDC manifiesta que se puede imponer una sanción de hasta un tanto por ciento “marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto “umbral de nivelación” sino en cuanto a cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga mayor densidad antijurídica”.

Recuerda además la Sentencia que son los parámetros fijados en los artículos 63 y 64 LDC los únicos que deben inspirar a la autoridad de competencia en la determinación del montante de las sanciones ya que “aun cuando se admitiera una cierta colaboración reglamentaria para introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de sanciones establecidas legalmente, los reglamentos no podrían alterar la naturaleza o límites de las sanciones que la ley contempla (...) sin que tampoco se hayan atribuido a la CNMC potestades reglamentarias en la materia, careciendo de esta naturaleza y de carácter vinculante ad extra sus comunicaciones”.

En opinión de esta consejera, de la citada Sentencia y sus valoraciones se deduce que son los elementos recogidos en la Ley los que deben servir a fundamentar la sanción fijada considerando las infracciones más graves (del 10%) para las conductas que presenten la mayor densidad antijurídica.

Esta premisa, acompañada de la consideración que previamente realizamos sobre la disuasión (en términos de las reconocidas funciones preventiva y represiva del derecho sancionador) llevaría a imponer multas que cumplan el necesario efecto de proporcionalidad y disuasión.

29. Finalmente, y en relación con varias afirmaciones realizadas por la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, resultará adecuado, nuevamente, recordar la Directiva ECN+.

El Tribunal Supremo realiza las afirmaciones previamente comentadas ante una situación, indiscutible, en que el Reglamento 1/2003 establece que las autoridades nacionales aplicarán para sancionar las conductas tipificadas en el TFUE “las sanciones previstas en su derecho nacional”. Desarrolla el Alto Tribunal el argumento recordando que las sanciones nacionales “no tienen por qué adoptar ni los parámetros ni los porcentajes del artículo 23 del Reglamento 1/2003” y que, de hecho, el artículo 63 “diverge sensiblemente” de lo establecido en la norma europea

hasta el punto de clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves asignando tipos sancionadores a cada tipología, de manera diferente a la norma europea.

El Tribunal Supremo recuerda también que “el legislador nacional, dentro de su legítimo margen de configuración normativa (...) podría haber decidido adoptar de modo expreso y reconocido las mismas pautas de fijación de las sanciones” que la normativa europea.

Debe entenderse que, en ese supuesto, nada obstaría a la aplicación de un sistema de cálculo de sanciones equiparable con el europeo.

Ante esta reflexión no puede sino recordarse que el plazo de transposición de la directiva ECN+ es el 4 de febrero de 2021 (artículo 34) y algunas modificaciones normativas serán necesarias en nuestro ordenamiento antes de esa fecha. No puede olvidarse que su considerando 47 establece:

“Con objeto de garantizar que las multas impuestas por infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE reflejen la importancia económica de la infracción, las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) deben tener en cuenta la **gravedad** de la misma. Las ANC también deben poder fijar multas que sean **proporcionales a la duración** de la infracción. **Estos factores deben evaluarse de acuerdo con la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de modo que se garantice la disuasión.** La evaluación de la gravedad se debe hacer caso por caso para todos los tipos de infracción, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. Entre los factores que se pueden tener en consideración se encuentran la **naturaleza de la infracción**, la **cuota de mercado combinada de todas las empresas involucradas**, el **alcance geográfico de la infracción**, el hecho de que la infracción **se haya aplicado**, el **valor de las ventas de bienes y servicios de la empresa** a que se refiere directa o indirectamente la infracción y el **tamaño y poder de mercado** de la empresa implicada”.

C. Sobre la prohibición de contratar

30. El artículo 71 de la LCSP establece que no podrán contratar con la administración las entidades que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia.

Desde una perspectiva procedimental, el artículo 72 de la LCSP establece que determinadas prohibiciones de contratar, entre las que se encuentran las de falseamiento de la competencia, se apreciarán directamente por los órganos de contratación, **cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración**, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas. En el caso de que la resolución administrativa no contenga pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar, los mismos deberán determinarse mediante un procedimiento instruido al efecto. Corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

31. La resolución manifiesta que “cabe identificar un automatismo en la prohibición de contratar derivada de infracciones en materia de falseamiento de la competencia, que deriva *ope legis* o como mero reflejo del dictado de una resolución que declare dicha infracción por así disponerlo el mencionado artículo 71.1.b) de la LCSP”.

Sin embargo, no fija la duración y alcance de la prohibición de contratar y por ello acuerda remitir certificación de la resolución a la Junta Consultiva de contratación “al margen de la posibilidad de que esta Comisión sea consultada o pueda emitir informe sobre las circunstancias concurrentes en el marco de dicho procedimiento que permitan graduar la duración y el alcance de la prohibición para cada uno de los sujetos afectados”.

32. No cabe duda sobre el hecho de que la prohibición de contratar se ha convertido efectivamente por el legislador español en una **consecuencia jurídica** que deriva directamente de la Ley en el caso de empresas sancionadas por infracciones a la normativa de competencia.

No existe sin embargo armonía doctrinal ni jurisprudencial sobre la **naturaleza jurídica** de las prohibiciones de contratar. Existen resoluciones que afirman que la prohibición es una medida de gravamen no sancionatoria⁶³. También existen, sin embargo, pronunciamientos que las consideran sanciones y manifiestan que “*estamos ante el ejercicio de una potestad sancionadora que le corresponde exclusivamente a la Administración, aun cuando pueda ser solicitada por los ciudadanos*”⁶⁴.

Indudablemente nos encontramos ante una reacción del ordenamiento que limita de manera importante derechos de los sujetos a quienes se impone y afecta a su operativa pudiendo incidir en algunos casos y dependiendo de las circunstancias en cuestiones esenciales para la entidad que recibe la medida (especialmente si se trata de empresas, algunas de las cuales realizan tantos por ciento muy elevados de sus volúmenes de negocio precisamente con administraciones). Esa limitación exige que se respeten garantías procesales en la determinación de las condiciones en que debe declararse la duración y alcance de la prohibición.

Ello, no obstante, la discusión sobre si las prohibiciones se conceptúan como medidas sancionatorias o de mero gravamen puede tener trascendencia práctica, dado que de ello dependería si se configuran como un instrumento **preventivo** o **represivo** y, en consecuencia, el fin que pretenden.

Las prohibiciones de contratar podrían considerarse como una forma de proteger a la administración que buscaría, fundamentalmente, evitar que ésta contrate con entidades que, por haber cometido una infracción (en este caso de competencia)

⁶³ Véase por ejemplo la STS de 28 de marzo de 2006 (recurso de casación 4907/2003).

⁶⁴ STS 30 de abril de 2014 (Sección 7ª, recurso de casación 1530/2013, RJ 2014/2685).

han puesto en cuestión su compromiso con la legalidad y, en consecuencia, su honorabilidad.

Las prohibiciones de contratar podrían sin embargo considerarse como una más dentro del catálogo de reacciones previstas por el ordenamiento para tratar de proteger a la sociedad de conductas tan nocivas para el interés general como las infracciones de competencia. Asumiendo que las sanciones no pueden en todos los casos llegar a compensar los beneficios extraordinarios obtenidos por las empresas mediante la infracción (considerando el tope del 10% de volumen de negocios a que nos referíamos y el hecho de que existen conductas que se prolongan durante años); considerando que las sanciones no pueden compensar por los daños difusos que las infracciones causan en la sociedad, o considerando que existen en numerosas ocasiones personas físicas o jurídicas que no tienen posibilidad o capacidad de reclamar los daños que las infracciones les han causado, el sistema punitivo debe idear formas de reacción que contribuyan conjuntamente al deseado fin de la disuasión de las conductas (junto otras medidas de comportamiento o las sanciones a directivos).

En caso de que las prohibiciones se configurasen como un instrumento **meramente preventivo**, el interés prevalente en su definición sería el de los poderes adjudicadores, que decidirían sobre las condiciones de aplicabilidad, con flexibilidad en función de sus necesidades o intereses. Es decir, en el caso de considerar que la medida sirve a proteger los intereses de la administración sería a ella a quien correspondería valorar si debe asumir el riesgo de contratar con un determinado operador a pesar de su conducta previa. Esta medida no tendría la finalidad de castigar infracciones precedentes. Tan solo la de evitar que la administración contrate con personas de las que puede sospecharse que no van a cumplir adecuadamente sus obligaciones.

Sin embargo, si consideramos que las prohibiciones son un instrumento **represivo**, la decisión deberá adoptarse tomando en consideración las circunstancias que la han justificado. De este modo, la graduación del alcance y duración de la prohibición deberán definirse atendiendo a criterios como la culpabilidad y la proporcionalidad con la infracción cometida.

En opinión de esta consejera y desde la perspectiva de la autoridad de competencia, no cabe duda de que la prohibición de contratar es una más de las **consecuencias represivas** de la conducta infractora que se une a las multas; obligaciones de comportamiento, reclamaciones de daños o sanciones a directivos en el catálogo de las reacciones previstas por el ordenamiento ante las infracciones de competencia.

No en vano, la prohibición tiene, como puede comprobarse por las reacciones de las empresas ante el riesgo de su declaración, un marcado carácter disuasorio. En muchas ocasiones, de hecho, superior al de las multas.

Además, cualquier otra solución que dejase en manos de los poderes adjudicadores la decisión sobre la prohibición atendiendo a sus necesidades o voluntad de asumir riesgos y sin basarse en la vinculación de la medida limitativa

de derechos con la conducta que la genera supondría un riesgo de trato desigual entre las empresas que, en sí mismo, podría generar discriminación y un falseamiento de la competencia.

Todas estas consideraciones llevan a la conclusión de que resulta imprescindible conceptualizar las prohibiciones de contratar como medidas sancionatorias que buscan cumplir las funciones de represión y disuasión (inherentes como hemos visto a toda medida sancionadora en el ordenamiento jurídico español).

De la citada conclusión se deriva que es a la autoridad de competencia a quien compete definir para cada infracción el conjunto de consecuencias jurídicas que sirvan a los principios de eficacia, disuasión y proporcionalidad exigidos por la normativa europea. En el caso de que una reacción de tanta trascendencia como la prohibición de contratar quedara en manos de una administración diferente de la de competencia, la reacción ante la que el Tribunal Supremo denomina densidad antijurídica se vería dividida de manera artificial.

El necesario equilibrio entre los principios de disuasión y proporcionalidad - considerando el necesario respeto a los derechos de defensa durante el procedimiento, atendiendo a la culpabilidad de los sujetos infractores y considerando la gravedad y resto de circunstancias de los hechos que justifican la reacción global- puede alcanzarse por la autoridad de competencia y no por ningún otro órgano de la administración. No en vano, ya se había pronunciado al respecto la CNMC en informes de proyectos normativos manifestando:⁶⁵

“la CNMC, en los casos que lo estime oportuno, podrá pronunciarse expresamente sobre el alcance y determinación de la prohibición de contratar en todas sus resoluciones sancionadoras relativas a la Ley 15/2007”.

33. Siguiendo con el necesario respeto a los principios del derecho sancionador, el **principio de legalidad** exige, no solo que las sanciones tengan base legal (incuestionable en este caso como hemos comprobado) sino también que exista base normativa para identificar la **competencia del órgano de adopta la decisión** sancionatoria.

Es cierto que, quizá por ser una norma previa a la LCSP, la LDC no contiene una referencia expresa a las prohibiciones de contratar en el **artículo 53** que recoge el contenido que pueden incluir las resoluciones que puede adoptar el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y sería deseable que así sucediera.

⁶⁵ Entre otros véase, CNMC, IPN/CNMC/010/15 Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, Madrid, 16 de julio de 2015, https://www.cnmc.es/sites/default/files/709299_6.pdf. Del mismo modo se ha recogido en el IPN/CNMC/011/15 Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, Madrid, de la misma fecha.

Sin embargo, el citado precepto reconoce expresamente que el Consejo puede **imponer a las empresas condiciones y obligaciones determinadas** incluyendo las de comportamiento. En opinión de esta consejera, nada obsta para que, dentro de ellas, se incluyan tanto obligaciones de hacer como de no hacer y por tanto el citado precepto sirve de habilitación para imponer las prohibiciones de contratar con la administración en los términos que se considerasen oportunas.

34. Del mismo modo, debemos referirnos al artículo 5 del Reglamento 1/2003 que establece que:

“Las autoridades de competencia de los Estados miembros **son competentes para aplicar** los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. **A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:**

(...)

- imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de **cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional.**

Del citado precepto, vigente desde mayo del año 2004, y contenido en un Reglamento de la Unión Europea (del que se predica por tanto la primacía y el efecto directo), se desprende que las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar cualquier sanción prevista en el derecho nacional tendente a garantizar la eficacia de los artículos 101 y 102 del TFUE. Considerando el contenido de los artículos 71 y 72 de la LCSP, no puede caber duda de la competencia de esta Sala para aplicar las citadas medidas sancionatorias.

La inclusión de la frase “al margen de la posibilidad de que esta Comisión sea consultada o pueda emitir informe sobre las circunstancias concurrentes en el marco de dicho procedimiento que permitan graduar la duración y el alcance de la prohibición para cada uno de los sujetos afectados” muestra la voluntad de intervenir en el proceso de toma de decisión de manera consultiva y sin la posibilidad de control externo a que las resoluciones de la CNMC están sometidas lo que es coherente con las funciones que el ordenamiento asigna a la autoridad de competencia.

35. Tal como está redactada la regulación, parecería que ambas opciones de determinación de la duración y alcance de la prohibición de contratar son posibles (que sea la CNMC o que sea la Junta Consultiva de contratación pública del Estado las realicen).

Sin embargo, considerando la redacción de la Directiva de contratos y la jurisprudencia que la aplica, debe entenderse como explicamos a continuación, que el efecto útil del Derecho europeo de la competencia recomienda que sea la CNMC quien realice tal determinación.

La Directiva establece en su artículo 57.7 que el plazo de exclusión no podrá exceder de los tres años en los supuestos de infracción de la normativa de competencia. El Tribunal de Justicia ha aclarado que “el artículo 57, apartado 7, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un operador económico ha adoptado un comportamiento comprendido en el motivo de exclusión del artículo 57, apartado 4, letra d), de dicha Directiva, que ha sido sancionado por una autoridad competente, el período de exclusión máximo **se calcula a partir de la fecha de la resolución de dicha autoridad**”⁶⁶.

Ello implica que el período máximo de exclusión es de tres años desde que se dicta la resolución de la CNMC y que cualquier dilación que se pudiera producir por la remisión del expediente a la Junta y el tiempo que ésta tardara en tomar decisiones al respecto (como se verifica en los expedientes precedentes) sería deducido del plazo máximo de imposición de la medida limitativa.

Ello es contrario a la aplicación eficiente del derecho de la Unión y su efecto útil y tan solo beneficia injustificadamente a las empresas infractoras que ven reducida la duración de la medida limitativa de sus derechos por razones administrativas o procedimentales ajenas a las conductas llevadas a cabo.

36. Por todo cuanto antecede esta consejera considera que la autoridad de competencia, atendiendo a las condiciones de la infracción declarada, debe pronunciarse sobre el alcance y duración de la prohibición de contratar.

Es precisamente la autoridad de competencia la mejor situada para valorar de manera conjunta la globalidad de las medidas de gravamen y sanción que pueden adoptarse ante los hechos acreditados y la que está en mejor posición para ponderar las consecuencias en el mercado de las conductas sancionadas. Del mismo modo es la que mejor puede valorar los supuestos en que, como establece la Ley no procede “declarar prohibición cuando, en trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, se acredite el pago o compromiso de pago de las multas por los responsables y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia” y revisarla cuando se cumplan las condiciones legales.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de octubre de 2018, Asunto C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, ECLI:EU:C:2018:855.

En la misma línea se ha pronunciado la ACCO -en la resolución comentada al principio de este voto- determinando, en consonancia con los hechos enjuiciados, la duración y alcance de la prohibición de contratar lo que genera un interesante precedente en la aplicación de la normativa de competencia en España que servirá al avance de esta disciplina.

En tal sentido emito este Voto Particular.

Firmado: María Pilar Canedo Arrillaga