

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo **SECCIÓN SEXTA**

Núm. de Recurso: 0000746/2018
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 07031/2018
Demandante: ACCENTURE OUTSOURCING SERVICES, S.A. y
ACCENTURE, S.L.
Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA
Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA
COMPETENCIA
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:
D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS
D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS
D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES
D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de septiembre de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 746/18 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de **ACCENTURE OUTSOURCING SERVICES, S.A. y ACCENTURE, S.L.** (conjuntamente, Accenture), contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 26 de julio de 2018, dictada en el Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, por la que se

sanciona a las demandantes por una infracción de artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE y se les impone conjuntamente una sanción económica de 300.000 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que:

” (a) Declare la nulidad de pleno derecho o anule la citada Resolución Impugnada. (b) Con carácter subsidiario, declare nulo o anule el dispositivo Tercero de la Resolución Impugnada, en lo que impone una multa única a Accenture de 300.000 euros. (c) En todo caso, y según lo expuesto en el Fundamento Jurídico-Procesal Quinto, se condene a la Administración demandada a correr con la totalidad de las costas, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 139.1 de la LJCA, al haber dictado la Resolución Impugnada objeto del presente recurso con infracción manifiesta de las Leyes”.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO. – Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones concluidas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 17 de mayo del año en curso, fecha en la que comenzó, finalizando el 7 de septiembre pasado.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 26 de julio de 2018, dictada en el Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, por la que se sanciona a las demandantes por una infracción de artículo 1 de la LDC y

del artículo 101 del TFUE y se les impone conjuntamente una sanción económica de 300.000 euros.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

“Primero. Declarar acreditada una infracción muy grave de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE, constitutiva de cártel, en los términos establecidos en el Fundamento de Derecho Cuarto.

Segundo. - Declarar responsables de dicha infracción a (...) ACCENTURE S.L. y ACCENTURE OUTSOURCING SERVICES S.A (...)

Tercero. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en la infracción a la que se refiere el resuelve anterior, proceden las siguientes sanciones:

(...)

-- ACCENTURE S.L. y ACCENTURE OUTSOURCING SERVICES S.A., solidariamente: 300.000 euros.

(...).

Quinto. Intimar a las empresas infractoras para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente Resolución”.

SEGUNDO. - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

“1. ACCENTURE, S.L Y ACCENTURE OUTSOURCING SERVICES, S.A. (ACCENTURE) ACCENTURE forma parte de una multinacional dedicada a la prestación de servicios de consultoría, servicios tecnológicos y de outsourcing. La marca Accenture se creó en 2001, tras abandonar el nombre Andersen Consulting. El grupo ACCENTURE tiene cuatro líneas de trabajo principales, que se concretan en las áreas de consultoría, tecnología y subcontratación, así como en temas estratégicos de la propia empresa. ACCENTURE, S.L. es la matriz de Accenture Outsourcing Services, S.A., que actúa como filial para la subcontratación y externalización de servicios”.

Recoge la resolución sancionadora que las conductas analizadas se han desarrollado en el sector de servicios de informática y servicios conexos, especialmente en relación con las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones y precisa que, en el presente caso, las conductas objeto de análisis en el expediente de referencia afectan especialmente a las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones y, más concretamente, a los servicios de desarrollo y mantenimiento de software (pertenecientes a su vez a la categoría general de “servicios de tecnologías de la información”), que son demandados por grandes entidades, tanto públicas como privadas y considera que el mercado de producto relevante afectado por las conductas investigadas es el de servicios de tecnologías de la información (también denominado desarrollo y mantenimiento de software), sin que sea necesario cerrar de forma exacta la

delimitación del mismo a los efectos del presente expediente, en la medida en que no afecta a las conclusiones del análisis.

Añade que, a los efectos del presente expediente, en consonancia con la Dirección de Competencia, el mercado de tecnologías de la información (también denominado mercado de desarrollo y mantenimiento de software tiene un ámbito geográfico relevante nacional, que abarca a toda España, pero precisa que si bien el mercado relevante es el de servicios de tecnologías de la información de alcance nacional, en cambio el mercado afectado debe limitarse al mercado de tecnologías de la información en el ámbito de las administraciones públicas afectadas, tanto de ámbito nacional como autonómicas. A estos efectos explica que el sector de servicios de informática y otros servicios conexos (tecnologías de la información) ha experimentado un rápido crecimiento en las últimas décadas, entre otras razones por la creciente introducción de las tecnologías de la información en casi todas las actividades económicas y que, a medida que el sector ha madurado, algunos de sus segmentos han mostrado una tendencia a la concentración en grandes empresas. Que en los últimos años destaca el aumento del uso de los servicios de integración de sistemas, así como el frecuente recurso a los servicios de consultores para facilitar la adopción de nuevas tecnologías por parte de grandes empresas y que el empleo de “outsourcing” o subcontratación se ha convertido en un elemento habitual de las nuevas estrategias empresariales debido a la prioridad concedida al control de los costes. Que, de este modo, en la actualidad, casi todas las empresas tienden a hacer uso de las tecnologías de la información, si bien el acceso a los servicios ligados a estas difiere según se trate de grandes clientes (grandes empresas privadas y administraciones públicas) o de pequeñas y medianas empresas. Que la diferencia fundamental estriba en que los grandes clientes tienden a externalizar o subcontratar todos los servicios, mientras que las pequeñas empresas externalizarían sólo parte de los servicios de tecnologías de la información, debido a consideraciones de tipo económico. Destaca también que la contratación de los grandes clientes se suele producir a través de concursos. Y que, en estos casos, uno de los principales componentes del precio deriva de los recursos humanos empleados para prestar los servicios, si bien las licencias por el uso y mantenimiento de software y hardware también pueden implicar costes muy significativos. Que en el caso particular de los servicios de desarrollo y mantenimiento de aplicaciones y sistemas informáticos (tecnologías de la información o desarrollo y mantenimiento de software), estos son demandados por una amplia variedad de empresas e instituciones, pertenecientes tanto al sector público como al privado y puntualiza que los servicios de desarrollo y mantenimiento de aplicaciones y sistemas informáticos (desarrollo y mantenimiento de software) son una demanda recurrente de todas las administraciones públicas en el proceso de modernización y automatización de sus procedimientos y sistemas y que el sistema internacional de clasificación CPV distingue una “categoría general de servicios de tratamiento de información (TI): consultoría, desarrollo de software, internet y apoyo” dentro de la cual se incluyen los servicios de programación de software y consultoría relacionada, que a su vez incluye el desarrollo del software.

Por lo demás recoge que el conjunto de empresas incoadas ha ostentado, al menos en los años examinados, una cuota de mercado en España superior al 40% en la prestación de servicios de tecnología de la información.

Aborda la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos acreditados y dado que se refieren a varios procedimientos de contratación sobre aplicaciones informáticas celebrados en distintos organismos públicos, procede, a efectos de sistematización, a su análisis por separado en atención al organismo afectado en cada caso y al concurso o licitación correspondiente, distinguiendo a tal efecto los siguientes:

(I) Licitaciones de concursos relacionaos con el desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones informáticas de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT).

(II) Licitaciones de servicios informáticos por parte de la GERENCIA Informática de la Seguridad Social (GISS).

(III) Licitaciones de servicios informáticos por parte del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE).

(IV) Alianzas en el entorno de SAP Sistemas, Aplicaciones y Productos en procesamiento de datos, para Administraciones autonómicas y locales.

(V) Licitaciones convocadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

(VI) Licitaciones en relación con el Instituto Cervantes.

(VII) Ofertas de Cobertura y otros acuerdos entre empresas en varios organismos públicos).

Recoge la resolución sancionadora que los hechos acreditados ponen de manifiesto un modus operandi entre las empresas que se repite en los distintos contratos y se extiende a todos los organismos públicos analizados. Que este modus operandi generalizado permite el mantenimiento de las alianzas entre las sancionadas.

A continuación, analiza los aspectos más relevantes de este modus operandi entre las empresas en los siguientes términos:

“ i) Los acuerdos entre las empresas se producen en muchas ocasiones con anterioridad al anuncio de licitación del contrato En gran parte de los procedimientos de contratación analizados se puede observar cómo las empresas tienen conocimiento de la futura licitación con anterioridad a la publicación de la misma. Ello se consigue gracias a los contactos que las empresas mantienen dentro de la administración contratante. En este sentido, los hechos ponen de manifiesto como SAG e INDRA son las empresas que suelen obtener esta información de primera mano y luego la trasladan al resto de empresas que conforman el acuerdo de colaboración. En otras ocasiones, estos acuerdos se llevan a cabo sin conocer, siquiera, las condiciones de los nuevos pliegos (a modo de ejemplo, hechos 11, 25, 34, 56, 70, 96, 109, 182, 270). Se puede observar, incluso, que en algunas licitaciones las propias empresas que participan de los acuerdos han incidido directamente en la elaboración de los pliegos que deben regir el contrato al que posteriormente licitan (por ejemplo, hechos 28 y 272).

ii) Formalización de los acuerdos de colaboración y los compromisos de constitución de UTE Las negociaciones entre las empresas suelen dar lugar a la firma de un acuerdo de colaboración que no es de carácter público y en el cual se refleja el alcance real de los acuerdos adoptados. Entre otros aspectos, en el mismo se suele hacer referencia a los porcentajes de reparto reales (que no siempre coinciden con los notificados a la administración), a si el acuerdo conlleva la presentación en UTE o la subcontratación de un determinado porcentaje de la facturación esperada, o al compromiso de no participar en ofertas alternativas que puedan generar competencia en el contrato licitado o a la exclusividad de la colaboración. Tanto la exclusividad como las subcontrataciones están dirigidas a evitar la competencia, como llegan a señalar las propias empresas (por ejemplo, hechos 3, 29, 50, 67, 113, 152, 175, 187, 194, 211, 230, 291 y 302). Los acuerdos de colaboración reflejan la forma de funcionamiento de la UTE o la subcontratación y establecen cómo repartir las incorporaciones de personal que se produzcan durante la vigencia del contrato o cómo repartir las subcontrataciones ordinarias que sean necesarias para la prestación de los servicios contratados. Asimismo, estos acuerdos suelen hacer referencia a las fórmulas de regularización destinadas a evitar desviaciones respecto a los porcentajes de reparto acordados. Además del acuerdo de colaboración, suele firmarse un compromiso de UTE, un acuerdo de constitución de UTE y una memoria de UTE. Los dos últimos son de carácter público, se notifican a la administración y pueden presentar porcentajes distintos a los acordados en el pacto privado, que es el que prima, por lo que la administración contratante no es oficialmente conocedora de la existencia de pactos que alteran la composición de las ofertas presentadas por las empresas licitantes. Es importante destacar que la redacción de los documentos a los que se acaba de aludir suele ser muy similar y, en bastantes ocasiones, idéntica en los distintos organismos públicos de continua referencia. De hecho, se ha constatado el uso de documentos relativos a acuerdos anteriores como plantilla o base, aunque se refieran a otros organismos y existan variaciones entre las empresas participantes. Es frecuente también que la fórmula utilizada en las distintas memorias de cara a justificar la UTE coincida literalmente en los casos analizados. La justificación de la formación de UTE radicaría en la experiencia de las empresas miembros y en la utilidad de la UTE para permitir la prestación de los servicios a plena satisfacción del organismo licitante. Pero las memorias de los concursos investigados incorporadas al expediente de referencia no contienen motivaciones técnicas o económicas que justifiquen la formación de las diversas UTE (por ejemplo, hechos 7, 19 y 32). Los porcentajes de participación de las distintas empresas en las UTE no vienen principalmente determinados por los medios técnicos de que disponga cada una de ellas o por su capacidad económica. Si bien es cierto que en ocasiones la necesidad de contar con unos perfiles concretos lleva a que empresas grandes acepten en la UTE a empresas más pequeñas o les garanticen un porcentaje de facturación en forma de subcontratación preferente, se ha acreditado que las empresas negocian los porcentajes intentando asumir cada una la mayor proporción posible, al menos en lo que a los porcentajes nominales se refiere. Además, también se han acreditado casos en los que se cede un determinado porcentaje a otra empresa "porque sí" (ver INDRA y SAG en el caso del INSS, (hecho 267) o como compensación porque otras tengan un mayor porcentaje en otros contratos (entre otros ver el caso del acuerdo de INDRA y SAG respecto al SAP en que se fijan aumentos y decrementos correlativos de participación en ofertas para ir equilibrando la participación global de ambas).

iii) El sistema de regularizaciones.

Como ya se ha señalado, dentro de los compromisos adquiridos por las empresas para la constitución de las UTE, se encuentra el sistema de regularizaciones (por ejemplo, hechos 6, 21, 29, 45, 80, 101, 153, 189, 199, 212). Este sistema persigue que cada empresa

facture el porcentaje pactado inicialmente a través de un mecanismo de compensaciones. Cuando se producen desequilibrios en los porcentajes de facturación porque una de las empresas del acuerdo factura un porcentaje superior o inferior al pactado inicialmente, entra en marcha el mecanismo de compensación, que implica que las empresas que han facturado por encima de su porcentaje pactado deben compensar a las empresas que no han alcanzado los porcentajes iniciales¹³⁸. Las regularizaciones se fijan con cierta periodicidad y en el momento del cierre de la UTE se hacen los balances entre facturación real y teórica. La compensación está pensada para hacerse a través de la UTE, pero en ocasiones se producen directamente entre las empresas. Los hechos acreditados constatan que las regularizaciones se han llevado a cabo, al menos, en los concursos C 08/06, AV 42/10, PA 20/2014, C 03/07, AV 10/11 de la AEAT y PA 2/2015; 7201/13G de la GISS o PA 7/14 del SEPE. En el caso de los concursos de la AEAT, la continuidad en los servicios que se prestan en uno y otro concurso permite ver que INDRA y SAG prestan ¹³⁷ Se ha acreditado que se fija el porcentaje de facturación y de este se deriva la participación efectiva en el contrato de que se trate, según el grado de ejecución global del mismo. ¹³⁸ así se indica en correo interno de INDRA de 26 de noviembre de 2014: “tenemos unos acuerdos firmados con el compromiso de que ninguna de las empresas llegue a facturar más a la UTE que el porcentaje que tiene asignado, definiendo unos mecanismos de compensación entre empresas, si esto sucede. Este mecanismo implica que la empresa que no llega a su porcentaje factura a la UTE el importe que le ha faltado, pero recibe una factura de la empresa que se ha pasado por ese mismo importe minorado en un porcentaje de beneficio” (Folio 8411). sistemáticamente un porcentaje menor de servicios de los que les correspondería sin que, pese a ello, varíen los porcentajes teóricos a lo largo del tiempo.

(...)

iv) El uso de subcontrataciones preferentes en los acuerdos de colaboración. Otro patrón de comportamiento observado en los hechos se refiere al uso habitual por las empresas de la figura de la subcontratación preferente. Estas subcontrataciones preferentes tienen la particularidad de que exigen exclusividad al subcontratado, de tal forma que éste no puede participar en el contrato en competencia con la UTE (por ejemplo, hechos 67, 97, 124 a 137, 149, 162 a 180, 187, 229, 239). Ejemplos acreditados de este extremo son la subcontratación de IBM por la UTE INDRA/SAG/CIBERNOS en 2015 al salir IBM de la UTE preexistente, a la que perteneció en contratos anteriores de la AEAT. O la subcontratación de SAG por la UTE INDRA/CONNECTIS/ATOS en el lote 12 del expediente 7202/06G de la GISS. También son ejemplos acreditados las subcontrataciones de ATOS, CONNECTIS y CIBERNOS en el expediente 7201/13G de la GISS y de ATOS, CONNECTIS y GESEIN en el expediente 7201/14G o las subcontrataciones a ATOS en distintos lotes del expediente PA 11/12 del SEPE. En algunos casos, estas subcontrataciones son instrumentos que posibilitan a las empresas subcontratadas mantener su posición en los acuerdos, cuando en un determinado contrato las empresas, por motivos estratégicos, deciden cambiar la configuración de la colaboración. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en la sucesión de contratos de la AEAT, en los que se puede observar cómo, ante la necesidad de cambiar la configuración de la estrategia de colaboración, las partes deciden acudir al contrato en dos UTE y subcontratar a IBM, que logra así, mantener su porcentaje de participación en el contrato (hechos 55 a 73). En otros casos, se puede observar cómo la subcontratación obedece simplemente a la necesidad de captar a una empresa en la UTE para que no compita en el contrato (por ejemplo, hechos 114 y 146). La contrapartida es la obligación de no competencia con la UTE que asume la empresa subcontratada.

v) El intercambio de información entre las empresas colaboradoras.

La relación de colaboración permanente entre algunas empresas se sustenta, en cierta medida, gracias a la confianza mutua existente entre ellas. Una muestra de esta confianza es el intercambio de información entre empresas de los datos personales de trabajadores y su categoría profesional, cuya relevancia es innegable, si tenemos en cuenta que estamos ante un sector de una considerable especialidad técnica por lo que el personal de las empresas es uno de los grandes activos que genera valor a las empresas y les permite diferenciarse del resto.

. 4.1.3. Otro tipo de colaboraciones entre las empresas.

Los hechos ponen de manifiesto otro tipo de colaboraciones entre algunas de las empresas incoadas como son las ofertas de cobertura para simular la competencia competitiva en algunos contratos en las que habrían participado las empresas SAG, ATOS, INDRA, CIBERNOS, IECISA y BABEL, así como la cesión de claves de Patrimonio entre las empresas SAG y ATOS para poder acudir a la contratación centralizada de la administración pública (hechos 331 a 350). Con el objetivo de facilitar y agilizar la contratación de productos y servicios con características homogéneas para los diferentes organismos y órganos de la administración, puede acordarse su contratación centralizada, a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado. Tal es el caso de determinados servicios de desarrollo y mantenimiento de aplicaciones que fueron contratados a través del procedimiento denominado AM 26/11. En la primera fase de este procedimiento, las empresas ofertan sus productos o servicios, siendo aceptados aquellos que cumplan los requisitos establecidos en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas, e incorporados en un catálogo (de ahí las referencias de las empresas al catálogo 26 de Patrimonio). Cada empresa adjudicataria recibirá unas claves (las denominadas claves de Patrimonio, de gran valor e interés para las empresas) que facilitarán su participación en la segunda fase del procedimiento. En una segunda fase, se convoca una nueva licitación entre las empresas capaces de realizar la prestación concreta solicitada por un órgano u organismo determinado.

(...)”.

Dicho lo anterior y por lo que se refiere a la participación de la recurrente en la infracción sancionada, la resolución consigna lo siguiente:

“ACCENTURE alcanzó acuerdos con INDRA y GESEIN en relación a los concursos licitados por el SEPE a los que se ha hecho referencia en los hechos acreditados. Estos acuerdos se retrotraían al concurso C11/08, lote 6, que fue adjudicado a la UTE INDRA/ACCENTURE/GESEIN/CORITEL (hecho 192). En la licitación del concurso PA 11/12, INDRA, ACCENTURE y GESEIN se presentaron en UTE a los lotes 7 y 8, resultando adjudicatarias del lote 8. Además, ACCENTURE resultó adjudicataria en solitario de los lotes 9 y 10, habiendo presentado INDRA una oferta más elevada (hecho 217).”

Estos hechos, junto a las referencias de negociaciones entre ACCENTURE e INDRA en relación con la continuación de estos servicios de desarrollo de aplicaciones informáticas en el concurso PA 7/14, en las cuales se toman como base para el reparto de participaciones entre INDRA, ACCENTURE y GESEIN los datos de los lotes 8, 9 y 10 del concurso PA 11/12, llevan a esta Sala a la conclusión de que estos acuerdos y negociaciones de ACCENTURE con estas empresas en el expediente PA 7/14 son la continuación de acuerdos y prácticas concertadas preexistentes que afectaron a los concursos C11/08 y PA 11/12. En el caso del expediente PA 7/14 del SEPE, ACCENTURE negoció y mantuvo reuniones con INDRA y GESEIN de cara a mantener los porcentajes de reparto que tenían

anteriormente, antes incluso de la publicación de los pliegos. En este concurso, INDRA y ACCENTURE se presentaron en UTE a los lotes 1 y 2 y acordaron subcontratar a GSEIN por el porcentaje que tenía anteriormente para evitar otras uniones. No obstante, en esta ocasión la UTE no resultó adjudicataria de ninguno de los dos lotes, por lo que los acuerdos alcanzados no pudieron llevarse a efecto para el concurso PA 7/14 (hecho 242)”

TERCERO. - Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora opone frente a ella los siguientes motivos de impugnación:

1- Accenture no participó en el supuesto “plan global” de cártel tendente a mantener el “statu quo” en los Concursos del SEPE y ni siquiera tenía conocimiento del supuesto “plan global” de cártel. Aplicación incorrecta de la jurisprudencia de la UE y de España. No existe ni un solo elemento de prueba en la Resolución Impugnada que acredite: (a) que Accenture haya intentado contribuir a la consecución de una parte o a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por las demás empresas; ni (b) que tuviese conocimiento de todas o algunas de las conductas ilícitas o pudiera haberlas previsto de forma razonable y estuviera dispuesta asumir el riesgo.

2- Subsidiariamente, Accenture acreditó durante la fase administrativa que la cooperación puesta en marcha con terceros en los concursos del SEPE se explicaba por motivos distintos a la colusión. La propia CNMC durante la fase administrativa reconoció que no había prueba de infracción en relación con el Lote 6 de la Licitación de 2008: Falta de prueba de la infracción. Violación del principio de presunción de inocencia. El Informe Económico Petitbò-Artés confirma la necesidad de Accenture de concurrir en UTE al Concurso SEPE 2008 y las ventajas que ello derivó para el SEP. A mayor abundamiento, transcurrieron 4 años entre la adjudicación del lote 6 del Concurso SEPE 2008 y la adjudicación del lote 8 del Concurso SEPE 2012, lo que impide la consideración de una (inexistente) infracción única y continuada y confirma la prescripción de la supuesta (e inexistente) infracción relativa a la adjudicación del lote 6 del Concurso SEPE 2008.

3- La documentación existente en el Expediente sólo acredita la existencia de una cooperación en UTE para el lote 8 del Concurso SEPE 2012, pero en ningún caso acredita la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia entre los miembros de dicha UTE. Inexistencia de infracción en relación con el lote 2 del Concurso SEPE 2014.

4- Accenture no contaba con capacidad individual para concurrir a los Concursos del SEPE (2008, 2012 y 2014), por lo que la cooperación con terceros para presentar ofertas conjuntas y las UTEs creadas o comprometidas a tal efecto estaban plenamente justificadas.

5- Las UTEs que Accenture tuvo que formar o se comprometió a formar con otras empresas para poder concurrir a los Concursos del SEPE fueron procompetitivas.

6- Vulneración el citado principio constitucional de personalidad de la pena (derecho fundamental) consagrado en los artículos 24 y 25 de la Constitución).

7- Vulneración de los derechos de defensa de Accenture como consecuencia de la incoación del Expediente contra ella dieciocho meses después de su inicio. Remisión de la Propuesta de Resolución a la Comisión Europea antes de la vista que se celebró ante el Consejo.

8- La Propuesta de Resolución no incluyó una propuesta del importe concreto de la sanción que, en su caso, debía corresponder a Accenture, según la CNMC.

El Abogado del Estado, por su parte, se opone a la demanda e interesa su desestimación, por los propios fundamentos d la resolución impugnada.

CUARTO- Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados por la recurrente, comenzando por los que denuncian irregularidades de carácter procedimental.

Pues bien, respecto de si la omisión de una propuesta individual de sanción en la Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia de la CNMC supone, a la luz de la jurisprudencia europea y española, una violación de los derechos de defensa, ha de reiterarse el criterio mantenido por la Sala en pronunciamientos anteriores en los que se ha abordado el mismo asunto, criterio que parte de la especial regulación que al respecto se contiene en el Reglamento de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 34 establece que *" La propuesta de resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio . Cuando la Dirección de Investigación considere que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas pondrá de manifiesto dicha circunstancia en su propuesta de resolución"*.

No exige, por tanto, que se concrete el importe de la sanción, que corresponde determinar a la Sala de Competencia del Consejo conforme a lo dispuesto en los artículos 53.2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 38.3 de su Reglamento.

La aplicación de las normas a las que se refiere la recurrente, en particular el artículo 6 del CEDH; los artículos 134 y 135 de la ley 30/92 o el artículo 18 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, ha de ceder ante las normas especiales que regulan esta cuestión conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la misma LDC que, bajo la rúbrica Supletoriedad de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que *"Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico*

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 70 de esta Ley ".

En todo caso, la invocación del artículo 24 de la Constitución y de la necesaria garantía del derecho de la defensa es del todo genérica pues se vincula tan solo a la falta de mención en la propuesta de resolución del importe de la multa a imponer, sin acompañarse de un correlato en el que se exponga en qué medida y por qué concretas circunstancias esa omisión ha mermado las posibilidades de defensa de la sancionada.

QUINTO.- La misma suerte desestimatoria debe seguir el motivo que denuncia la vulneración de los derechos de defensa de Accenture como consecuencia de la incoación del Expediente contra ella dieciocho meses después de su inicio así como la remisión de la Propuesta de Resolución a la Comisión Europea antes de la vista que se celebró ante el Consejo por cuanto que ninguna indefensión ni formal ni material ha ocasionado a la parte recurrente ya que ha podido acceder al expediente, realizar alegaciones al PCH y a la propuesta de resolución, participar en la vista oral, y proponer las pruebas que han considerado relevantes y se les ha proporcionado, al igual que a las demás incoadas, copia de los documentos que integran el mismo, a excepción de aquella información que haya sido declarada confidencial.

SEXTO. - Dicho lo anterior, seguiremos examinando los motivos de impugnación articulados en la demanda.

Denuncia la recurrente que no ha quedado acreditada su participación en la infracción única y continuada que se le imputa y que existe ni un solo elemento de prueba en la resolución impugnada que acredite:

(a) Que ACCENTURE haya intentado contribuir a la consecución de una parte o a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por las demás empresas; ni

(b) Que tuviese conocimiento de todas o algunas de las conductas ilícitas o pudiera haberlas previsto de forma razonable y estuviera dispuesta asumir el riesgo. (47) de hecho, en la resolución impugnada (página 131) el consejo reconoce que carece de pruebas para considerar que las empresas conocían o podían haber previsto razonablemente todos y cada uno de los acuerdos del resto de empresas (excepto SAG e INDRA).

Aduce que el Consejo de la CNMC considera acreditada la existencia del “plan global” consistente en una supuesta infracción única y continuada de cártel sobre la base de unos elementos de hecho, que considera probados, pero que no revelan infracción alguna por parte de Accenture, lo cual es, por sí mismo, suficiente, para considerar carente de toda acreditación la atribución a Accenture de responsabilidad por la supuesta práctica.

Añade que esta conclusión se ve reforzada por el (exigente) estándar de prueba que la jurisprudencia europea y española exigen para acreditar que requiere que se haya acreditado la indubitada voluntad de la empresa de participar en un “plan global” (amén de que tuviera conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por las demás participantes para alcanzar los mismos objetivos) y que no cabe entender que la Resolución Impugnada haya satisfecho dicho estándar de prueba en la medida que Accenture no participó en ninguno de los elementos que se han indicado y fueron considerados acreditados por el Consejo para acreditar la existencia de tal “plan global”.

Refiere que el Expediente incluye elementos que acreditan que Accenture no participó en ningún “plan global” tendente a mantener el “statu quo” en los Concursos del SEPE. Expone que el propio Consejo reconoce que Accenture forma parte del grupo de empresas que “no participan en la totalidad de la conducta y no existe prueba de que la conociesen” (página 131 de la Resolución) por lo que admite no sólo que Accenture no participó en la supuesta infracción única y continuada, sino también que no tenía conocimiento de ella y que este reconocimiento por sí solo basta para descartar la imputación de “infracción única y continuada” que se dirige a Accenture y añade que no se cumplen los requisitos para imputar a Accenture la supuesta infracción única y continuada.

Por lo demás refiere que transcurrieron 4 años entre la adjudicación del lote 6 del Concurso SEPE 2008 y la adjudicación del lote 8 del Concurso SEPE 2012, lo que impide la consideración de una (inexistente) infracción única y continuada y, más importante aún, confirma la prescripción de la supuesta (e inexistente) infracción relativa a la adjudicación del lote 6 del Concurso SEPE 2008.

Ligado a esta alegación, manifiesta que la ruptura de toda supuesta (e inexistente) infracción única continuada entre lote 6 del Concurso SEPE 2008 y la oferta y adjudicación del lote 8 del Concurso SEPE 2012, en línea con la propia doctrina de la CNMC, presenta una doble consecuencia:

(a) Por un lado, impide realizar ninguna presunción, como la que se ha realizado en la Resolución Impugnada, acerca de alguna relación entre ambas licitaciones. El tiempo transcurrido entre ambas adjudicaciones impide considerar que sean parte de una (supuesta) única actuación, por lo que, en ningún caso, y sin necesidad de mayores consideraciones, lo relativo al lote 6 del Concurso SEPE 2008 no puede ser considerado para acreditar la supuesta (e inexistente) infracción correspondiente al lote 8 del Concurso SEPE 2012, y viceversa.

(b) Igualmente, resulta de la máxima importancia tomar en cuenta que la inexistencia de todo vínculo continuado entre el lote 6 del Concurso SEPE 2008 y lote 8 del Concurso SEPE 2012 tiene también como resultado considerar prescrita la supuesta (e insistimos una vez más, inexistente) infracción relativa al lote 6 del Concurso SEPE 2008.

Añade que de la lectura de la Resolución impugnada resulta que tanto en el Concurso SEPE 2012 como en el Concurso SEPE 2014 INDRA intenta presentar

una oferta con otras empresas y que, únicamente, cuando dicha colaboración con terceros no llega a fructificar, es cuando se plantea presentar una oferta con Accenture, lo cual es absolutamente contradictorio con la existencia de un supuesto pacto de mantenimiento del “statu quo” entre estas compañías. Añade que la propia CNMC durante la fase administrativa reconoció que no había prueba de infracción en relación con el Lote 6 de la Licitación de 2008 sino que meramente lo infiere de concursos posteriores del SEPE.

Y concluye manifestándolo siguiente:

(a) Accenture no contaba con capacidad individual para concurrir a los Concursos del SEPE (2008, 2012 y 2014), por lo que la cooperación con terceros para presentar ofertas conjuntas y las UTEs creadas o comprometidas a tal efecto estaban plenamente justificada.

(b) Las actuaciones de Accenture se limitaron a lo que fue estrictamente necesario para poder presentar las citadas ofertas conjuntas y compromisos de UTEs para los concursos indicados sin que, en ningún momento, tratara temas distintos a los propios de la conformación de la futura UTE;

(c) Las UTEs que Accenture tuvo que formar o se comprometió a formar con otras empresas para poder concurrir a los Concursos del SEPE fueron procompetitivas dado que:

(i) No dieron lugar a poder de mercado;

(ii) Permitieron competencia alternativa de otras empresas individuales o agrupadas en otras UTEs que, además, en un número significativo de ocasiones, resultaron vencedoras de los Concursos del SEPE en detrimento de las ofertas conjuntas presentadas por Accenture; y

(iii) Generaron eficiencias significativas para el cliente (SEPE) en la forma de descuentos relevantes en las ofertas presentadas. Por ello, dicho comportamiento únicamente cabe considerarse como pro-competitivo.”

SÉPTIMO. - Recordemos que la recurrente ha sido sancionada por la comisión de una infracción única y continuada, constitutiva de cártel, consistente en un reparto de mercado a través del reparto de licitaciones públicas con el objetivo de mantener la cuota de mercado de cada empresa.

A estos efectos debemos recordar la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, contenida en la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, en el asunto T-211/08, Putters International NV, con cita de la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Participazioni (C- 49/92 P, Rec. p. I-4125), apartado 82, sobre el concepto de infracción única y continuada en la que se afirmó que para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos

materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 31 supra , apartado 87). Y añadió que las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T- 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112).

En igual sentido, la sentencia del Tribunal General, en el asunto T-27/10, AC-Treuhand AG de 17 de mayo de 2013, afirma que *"también es importante precisar que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE , apartado 1. Tal definición del concepto de objetivo único entrañaría el riesgo de privar al concepto de infracción única y continuada de una parte de su sentido, pues tendría como consecuencia que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE , apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06 , Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada)(apartado 240)".*

El apartado 241 de la misma Sentencia señala que *"en consecuencia, con objeto de calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada una de ellos está destinado a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada)".*

Así pues, de esa jurisprudencia se deduce que deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber, la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.

OCTAVO.- Vistas las diferentes posturas que mantienen ambas partes, debemos, examinar si efectivamente existen pruebas que permitan dar por

acreditada la participación de la recurrente en la infracción única y continuada imputada.

A estos efectos conviene recordar que ya en la sentencia dictada en fecha 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, respecto de la prueba de las infracciones en materia de competencia, decíamos que: *"En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1988, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración"*.

Consideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, decíamos: *"(...) es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998/7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999/274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados -cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan"*.

Ya desde la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso núm. 373/93, el Tribunal Supremo viene declarando al referirse a la prueba de presunciones 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 prohibida, 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 concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda"*.

Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de setiembre de 2006 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), (asuntos acumulados T-44/02 OP, T-54/02 OPM, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP), que, en cuanto a la prueba de presunciones en materia de Derecho de la Competencia, señala que: *"Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción"*.

a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 55 a 57)".

También el Tribunal General en la sentencia de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T- 110/07 al referirse a la carga de la prueba declara lo siguiente:

"(46) ... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión) , apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE , apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999 , Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96 , T-189/96 y T-190/96 , Rec. p. II-93).

(47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse 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 Dresdner Bank y otros/ Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)".

Y, en cuanto a la posición del Tribunal Supremo, podemos destacar, entre otras, la sentencia dictada en fecha 19 de junio de 2015, recurso 649/13, que se pronuncia sobre el alcance de esta clase de prueba en los siguientes términos:

" Al respecto, cabe recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996 , 28 de enero de 1999 , 6 de marzo de 2000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. En la sentencia constitucional 172/2005, se afirma

que por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales , al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril , F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho - se continúa afirmando la mencionada Sentencia- que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril , F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4)".

NOVENO. - Pues bien, a la vista de los hechos probados que recoge la resolución sancionadora, debemos convenir con la recurrente en que no existe prueba de conducta anticompetitiva de ACCENTUR en la adjudicación del lote 6 del Contrato C10/08 “Servicios de carácter informático necesarios para la administración electrónica en el SEPE”.

Sin embargo, si entendemos acreditada su participación en la conducta sancionada en las licitaciones del PA 11/12 “Contratación de los servicios informáticos necesarios para el SEPE” y del Contrato PA 7/14, “Servicios para el desarrollo y evolución de aplicaciones informáticas” y PA 8/14 “Servicios para el soporte y evolución de las Infraestructuras y sistemas informáticos”, también del SEPE, a la vista de los hechos recogidos en la resolución sancionadora que pasamos a referir.

En cuanto al Contrato PA 11/12, en la relación de hechos probados se consigna lo siguiente:

(215) Conviene destacar la presentación de INDRA en solitario a los lotes 9 y 10, puesto que en los reportes comerciales internos de INDRA a los que se ha aludido antes, INDRA no se mostraba interesada en participar en ellos. En ambos lotes (9 y 10), resultó adjudicataria ACCENTURE, empresa a la que antes de las negociaciones INDRA señalaba como posible aliado y con la que llegó a acuerdos para la presentación conjunta de ofertas en otros lotes en este concurso y en el pasado. Asimismo, conviene destacar que, como se verá más adelante, en el siguiente concurso que dio continuidad a estos servicios, INDRA,

ACCENTURE y GESEIN intentaron mantener los porcentajes de participación establecidos para este concurso de 2012 (folios 9582 y 9583).

(216) El reporte comercial de INDRA de 3 de septiembre de 2012 indica respecto al concurso PA 11/12 que la licitación es de 12 lotes y que cambia la estructura de los lotes respecto a la situación preexistente, por lo que cada una de las empresas actuales tienen recursos en varios de los futuros lotes. “Debido a la nueva composición de lotes y teniendo en cuenta que la presencia de Indra actualmente era en el ámbito de Desarrollo y Soporte, se han realizado diversas alianzas según el lote con diferentes empresas (Accenture, Gesein, Oesia, Unisys, Alba). Asimismo, se ha optado por presentarnos a los siguientes [...]” (folio 7501). INDRA señala que los lotes a los que se han presentado son los lotes 1, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10 y 11, e identifica a los adjudicatarios

(217) Conforme a la información que manejan ambas empresas, INDRA habría resultado adjudicataria de los lotes 8 (en UTE con ACCENTURE y GESEIN con un 28,14% de descuento⁷⁶) y 11 (en UTE con UNISYS con un 27,04% de descuento⁷⁷). Mientras, la UTE formada por SAG/CONNECTIS/NEXT/ATOS resultó adjudicataria del lote 7, con un 27% de descuento.”

Por lo que se refiere al Contrato PA 7/14, “Servicios para el desarrollo y evolución de aplicaciones informáticas” y PA 8/14 “Servicios para el soporte y evolución de las Infraestructuras y sistemas informático”, recoge la resolución los siguientes hechos:

“(222) El 13 de mayo de 2014, se publicaron los concursos PA 7/14 y PA 8/14 del SEPE, que suponen la continuación de los servicios licitados en el expediente PA 11/12.

(223) Al dividir los servicios licitados en dos concursos, el SEPE agrupa los 12 lotes del año 2012 en 2 lotes para desarrollo en el expediente 7/14 y en 4 lotes para sistemas en el expediente 8/14 (folios 9003 y 9004)

(227) En relación con este contrato, SAG expresó que INDRA tenía dudas respecto al SEPE por los siguientes motivos: “Por un lado están trabajando bien con Accenture, incluso creo que “su lote” va a ser engordado con el tema ¿web?, que es específicamente lo que lleva Acc. Por otro lado, sabe que a medio plazo Accenture no es un buen socio y en INDRA esta alianza no se ve con buenos ojos. Pensara si dejar o no a Accenture, gesein textualmente “es un aliado de Concha” y no sería problema en ningún caso”. Incluso comenta la idea de INDRA de ir por separado y no competir entre las empresas repartiéndose los lotes: “Caso de no ir juntos, no ve mal la idea de “no hacernos daño” y respetar un lote para cada uno” (folio 11216).

(228) Por otra parte, INDRA en un correo electrónico interno de 19 de marzo de 2014, señala la estrategia a seguir: “Se están trabajando las estrategias de presentación tanto con los actuales socios como con el cliente. En principio en los lotes 5 y 6 se está trabajando en un modelo de UTE con Accenture con protagonismo de Indra en ambos lotes. En el lote 7 se seguirá colaborando con Unisys siendo también Indra la gerencia de la UTE y con un mayor %. En el resto de los lotes se debe seguir avanzando en las diferentes conversaciones con posibles socios” (folio 8209).

(229) El 3 de marzo de 2014, INDRA se comunicó con ACCENTURE, aludiendo a una reunión previa y presentando una estimación del importe que correspondería a INDRA, ACCENTURE y GESEIN, conforme a los porcentajes de reparto que tenían anteriormente en otros contratos, señalando que en su caso recuperarían el 5% cedido en su momento y,

en el lado de ACCENTURE, dejarían el 5% que tenían subcontratado a GESEIN (folios 9582 y 9583). ACCENTURE contestó ese mismo día con sus cálculos tomando como base los datos de los lotes 8, 9 y 10 del concurso de 2012, de cara a mantener el reparto entre las tres empresas de los servicios que venían prestando en el SEPE (folio 9582). (230) SAG, NEXT84 y AXPE se reunieron el 8 de abril de 2014 (folio 11236 y 11238). En esa reunión quedaron en preparar un acuerdo de colaboración para los lotes de empleo y prestaciones del concurso público que “previsiblemente convocará el SEPE en breve”. En el acuerdo participarían las tres empresas, SAG, NEXT y AXPE en UTE85, sin perjuicio de la posible incorporación de ATOS (ya que tenía tres recursos en prestaciones y uno en empleo y consideraban conveniente atraerle hacia el grupo como subcontratado) (folio o 11239). Los acuerdos alcanzados suponen ir con un 35% de descuento, tal y como señala el 9 de abril de 2014 en un correo electrónico interno de SAG, indicando que no quiere poner ese dato en el correo con el resto de las empresas “entre otras cosas porque el pliego aún no se ha publicado” (folio 11242).

(231) Como se ha indicado antes, el 13 de mayo de 2014, se publicó la convocatoria de la licitación de los expedientes PA 7/14 y PA 8/14 en la Plataforma de Contratación del Estado, pudiéndose presentar ofertas hasta el 23 de junio de 2014 (folios 780 a 785).

(232) En el reporte comercial de INDRA de 12 a 16 de mayo de 2014 (folios 12198 a 12214), se recogen tanto los 12 lotes anteriores con sus adjudicatarios como la nueva agrupación (folio 12205), señalándose que “a los lotes de desarrollo se va en UTE con Accenture muy bien posicionada con el cliente. UTE 50%-50% con gerencia para Indra. Se subcontrata a GESEIN entre ambas empresas por tener una presencia superior al 20% y evitar otras uniones” (folio 12206, 9004).

(240) La relación de empresas que se presentaron al concurso consta en un correo interno de SAG de 25 de junio de 2014, confirmando que para los lotes 1 y 2 del PA 7/14 se presentaron, entre otros, la UTE SAG-NEXTAXPE y la UTE INDRA/ACCENTURE. Para el PA 8/14 en el lote 3 se presentaron, entre otros, la UTE INDRA/UNISYS (folios 6352 a 6354).

(242) La UTE SAG/NEXT/AXPE ganó el lote 2 del expediente PA 7/14 ofertando un 35,03% de descuento, descuento superior al de sus competidores, entre los que se encontraba la UTE INDRA/ACCENTURE (con un 33,9% de descuento) (folio 781)".

DÉCIMO.- Dicho lo anterior, a la vista de los hechos expuestos, la conducta desplegada por ACCENTUR es incardinable en la infracción única y continuada por la que ha sido sancionada por cuanto que se ajustó al modus operandi diseñado, que hemos transcrito en el primer fundamento de derecho de esta resolución y que responde a una estrategia tendente al reparto de los contratos con el objeto de mantener inalterada su posición en el mercado, en este caso en las licitaciones del SEPE, propósito que resulta muy evidente en los Contrato PA 7/14, “Servicios para el desarrollo y evolución de aplicaciones informáticas” y PA 8/14 “Servicios para el soporte y evolución de las Infraestructuras y sistemas informático”(hechos 229).

Ha quedado también acreditada la instrumentalización de figuras contractuales como son las UTE y la subcontratación para el mantenimiento del status quo preexistente, en este caso, en las licitaciones del SEPE.

Concurren, por tanto, los presupuestos exigidos para afirmar la existencia de una infracción única y continuada, resultando intrascendente que no conociera la totalidad de las conductas desplegadas por las restantes empresas sancionada. A estos efectos cumple manifestar que, como se recoge en la resolución sancionadora, se le imputa la responsabilidad por los comportamientos en los que ha participado directamente, o hayan conocido o podido razonablemente conocer, y no por aquellos acuerdos en los que no hayan participado, ni hayan tenido, ni podido tener, conocimiento.

Tampoco queda desvirtuada la conclusión que alcanzamos por el hecho de que la aquí recurrente solo hubiese participado en las licitaciones del SEPE Recordemos que la resolución sancionadora aborda el estudio de las diferentes licitaciones distinguiendo, a efectos meramente expositivos, la Administración contratante.

Por lo demás, cumple manifestar que la no consecución del propósito perseguido no exime de la responsabilidad de las empresas en la negociación y firma de acuerdos de carácter anticompetitivo, por ser el reparto de mercado una infracción que tiene como objeto alterar la competencia y por lo tanto tipificada en sí misma en los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

UNDÉCIMO. –Por cuanto se refiere a la prescripción que se invoca en la demanda, recordemos que el hecho de que sea calificada una infracción como infracción única y continuada tiene importantes consecuencias en la imputación de la conducta en el ámbito temporal, y permite presumir que la infracción o la participación de una empresa no se ha interrumpido, aunque no se disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo. Esta circunstancia permite la imposición de una multa por la totalidad del periodo de infracción considerado y determina la fecha en la que empieza a correr el plazo de prescripción, a saber, la fecha en la que la infracción continua ha finalizado, STG Trelleborg, (apartado 62).

Así las cosas, encontrándonos ante una infracción única y continuada y, habiéndose acreditado su participación en la licitación PA 11/12, cuyos efectos se extendieron hasta la licitación 2014, en la que también consta acreditada su conducta anticompetitiva, no cabe apreciar prescripción dado que el expediente sancionador fue incoado en 2015.

DUODÉCIMO.- Por lo demás, a juicio de la Sala no resultan plausibles las justificaciones alternativas ofrecidas por la recurrente para defender la inexistencia de la infracción por la que se le ha sancionado.

Por cuanto se refiere a las UTES, recordemos que se rigen por la ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional, cuyo artículo 2

revela ya la preocupación del legislador por la incidencia que la actividad de estas formas organizativas puede tener en materia fiscal y de defensa de la competencia, por lo que previene que tanto las UTEs como las Agrupaciones de Empresas deben estar sometidas a vigilancia permanente por parte de las autoridades de ambos ámbitos: *"Las actividades y repercusiones económicas de las Agrupaciones de Empresas y Uniones Temporales de Empresas serán objeto de especial vigilancia por el Ministerio de Hacienda, para constatar si su actividad se ha dedicado exclusivamente al cumplimiento del objeto para el que fueran constituidas. El cumplimiento de esta función se realizará por la Inspección Financiera Tributaria, sin perjuicio, y con independencia de la aplicación por los Organismos o Tribunales correspondientes de las medidas ordinarias o especiales establecidas o que se establezcan para evitar actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia"*.

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, es ejemplo también de dicha prevención frente a la posible utilización de la UTE para encubrir prácticas anticompetitivas, y así establece en su artículo 69.2 que *"Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas. Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos"*.

De acuerdo con esta caracterización, hemos recordado en Sentencia de 30 de julio de 2018, recurso núm. 566/016, que la UTE implica un sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, sin que esta colaboración tenga personalidad jurídica. También en la de 15 de octubre de 2012, F.J. 5º, advertíamos que *"la creación de UTEs en sí mismas no constituyen un acuerdo anticompetitivo y los acuerdos para su formación deben analizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se producen"*.

Para examinar las posibles restricciones a la competencia generadas por la concurrencia bajo el sistema de colaboración que suponen las UTEs debemos partir de lo establecido en el párrafo 237 de la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 14 de enero de 2011), según el cual, *"Por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente (...)"*.

El criterio determinante para enjuiciar el alcance anticompetitivo de la UTE, el de su necesidad objetiva o la indispensabilidad de esta forma organizativa de modo que, si la intervención de varias empresas bajo una UTE es necesaria, objetivamente, para que puedan participar en una licitación -por exigirlo así razones económicas, geográficas, técnicas o de otra índole-, se entiende que los acuerdos que puedan adoptar encaminados a tomar parte en la misma no resultan anticompetitivos, y ello por el hecho de que las empresas no son competidoras entre sí, pues no podrían concurrir de manera individual.

Acerca de la aplicación y de la incidencia que sobre la participación de UTEs en procedimientos de licitación tiene la Comunicación sobre acuerdos de cooperación horizontal se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de marzo de 2021, recurso núm. 1363/2020, que recopila y sistematiza la doctrina del Tribunal de Justicia sobre esta materia.

Razona dicha sentencia, en cuanto a la referida Comunicación, que *"... las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales pero que, en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia, pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia. (...) y siguiendo la línea interpretativa del Tribunal de Justicia, en la sentencia citada de 17 de septiembre de 2018, a efectos de determinar la adecuación o disconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia, para que opere la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE, que exime de la prohibición establecida en el artículo 101.1, es necesario que se cumplan acumulativamente los cuatro requisitos anotados, a saber: 1º) que el acuerdo contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2º) que los consumidores participen de forma equitativa en el beneficio resultante; 3º) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, 4º) que no se ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate"*.

Además, el Tribunal Supremo aborda la cuestión de a quien corresponde justificar la concurrencia de los requisitos que autorizan la aplicación del artículo 81.3 -101.3 del Tratado-, y se remite en esto a la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 (asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P).

En dicha sentencia el Tribunal de Justicia hace las consideraciones siguientes:

"79 A diferencia de los asuntos sobre concentraciones en los que, según la Comisión, las partes notificantes no soportan ninguna carta de la prueba particular, es reiterada jurisprudencia que, en el contexto de la referida disposición, corresponde a las empresas interesadas presentar a la Comisión pruebas que demuestren que el acuerdo cumple los requisitos establecidos por dicha disposición. La Comisión invoca, para fundamentar su demostración, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión (56/64 y 58/64, Rec. p. 429), así como de 17 de septiembre de 1985, Ford-Werke y Ford of Europe/Comisión (25/84 y 26/84, Rec. p. 2725).

(...)

82 Es necesario señalar por un lado, que, en los apartados 233 a 236 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia recordó la jurisprudencia, los principios y los criterios que rigen la carga de la prueba y el grado de prueba exigido en lo que respecta a la petición de exención con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3. puso de manifiesto, acertadamente, que corresponde a quien invoca dicha disposición demostrar, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurren los requisitos exigidos para obtener una exención (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 45).

83 Por tanto, la carga de la prueba incumbe a la empresa que solicita que se le aplique la exención con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3. Sin embargo, los elementos de hecho que invoca dicha empresa pueden obligar a la otra parte a dar una explicación o una justificación sin la cual es posible concluir que se ha satisfecho la carga de la prueba (véase, en este sentido, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 279)".

El Tribunal Supremo transcribe además el siguiente párrafo de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de enero de 2004 (asunto T-67/01): "*Compete a la empresa solicitante aportar todos los elementos acreditativos necesarios para demostrar la justificación económica de una exención y demostrar que satisface cada uno de los cuatro requisitos exigidos por el artículo 81 CE, apartado 3, que tienen carácter cumulativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión, antes citada, apartados 52 y 61, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1992, Publishers Association/Comisión, T-66/89, Rec. p. II-1995, apartado 69). Asimismo, corresponde a esta empresa demostrar que las restricciones causadas a la competencia cumplen los objetivos que persigue el artículo 81 CE, apartado 3, y que estos últimos no pueden alcanzarse sin dichas restricciones (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2002, Compagnie générale maritime y otros/Comisión, T-86/95, Rec. p. II-1011, apartado 381)".*

También en igual sentido reitera la cita de la antes mencionada sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 que, en su párrafo 92, declara que para que un acuerdo pueda quedar exento con arreglo al artículo 81.3 TCE (hoy 101.3 del TFUE) es necesario que contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, contribución que no puede identificarse con todas las ventajas que las empresas que participan en dicho acuerdo obtienen del acuerdo en relación con su actividad "... *sino con ventajas objetivas apreciables que puedan compensar los inconvenientes que el acuerdo genera en el ámbito de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia Consten y Grundig/Comisión, antes citada, pp. 502 y 503)".*

Todo lo cual evidencia, en definitiva, la necesidad de realizar un análisis en cada supuesto que tenga en cuenta las circunstancias concurrentes, no solo de las empresas que participan en la licitación, sino de las condiciones de esta en la medida en que puedan determinar la necesidad objetiva o indispensabilidad de concurrir en una UT.

DÉCIMOTERCERO.- Dicho lo anterior, convenimos con la Administración en que, en el caso examinado, los hechos acreditados han puesto de manifiesto la

instrumentalización interesada de la figura de la UTE que ha servido de excusa a las empresas para simular una situación de normalidad competitiva en los procedimientos de licitación pública y enmascarar así una serie de acuerdos para repartirse los contratos con el propósito de mantener inalteradas y permanentes sus alianzas a lo largo de un considerable periodo de tiempo y para impedir la configuración de ofertas alternativas que pudieran estar encabezadas por los miembros no principales de las UTE.

Como explica la resolución recurrida, la justificación de la conformación de UTE, en los contratos examinados, responde a planteamientos estratégicos de las empresas que, en gran medida, están orientados al mantenimiento de un statu quo, toda vez que aquellas empresas que venían prestando un servicio a un determinado organismo se aseguran, cuando el acuerdo logra su objetivo, perpetuar su posición en los contratos sucesivos y que el análisis de las licitaciones evidencia que la opción de buscar alianzas alternativas existía en gran parte de las licitaciones. Así resulta del correo electrónico interno de INDRA 19 de marzo de 2014, en el que se consigna lo siguiente: *“Se están trabajando las estrategias de presentación tanto con los actuales socios como con el cliente. En principio en los lotes 5 y 6 se está trabajando en un modelo de UTE con Accenture con protagonismo de Indra en ambos lotes. En el lote 7 se seguirá colaborando con Unisys siendo también Indra la gerencia de la UTE y con un mayor %. En el resto de lotes se debe seguir avanzando en las diferentes conversaciones con posibles socios”* (folio 8209) y de la reunión de 3 de marzo de 2014, en la que INDRA se comunicó con ACCENTURE, aludiendo a una reunión previa y presentando una estimación del importe que correspondería a INDRA, ACCENTURE y GESEIN, conforme a los porcentajes de reparto que tenían anteriormente en otros contratos, señalando que en su caso recuperarían el 5% cedido en su momento y, en el lado de ACCENTURE, dejarían el 5% que tenían subcontratado a GESEIN (folios 9582 y 9583). Consta acreditado que ACCENTURE contestó ese mismo día con sus cálculos tomando como base los datos de los lotes 8, 9 y 10 del concurso de 2012, de cara a mantener el reparto entre las tres empresas de los servicios que venían prestando en el SEPE (folio 9582).

La conclusión que mantenemos no resulta desvirtuada por los informes periciales aportados por la recurrente por cuanto que no acreditan la necesidad objetiva o la indispensabilidad de concurrir en una UT.

A estos efectos, hacemos nuestra la respuesta dada en la resolución recurrida cuando expone que: *“(...) en el caso de ACCENTURE sus alegaciones se basan en un análisis de teoría económica que justifica la formación de las UTE. No se pueden aceptar sus alegaciones debido a que todo su análisis está basado en que la UTE que analiza, en primer lugar, está formada por tres empresas iguales, lo que en el caso de la UTE formada por INDRA y ACCENTURE claramente no sucede. Además, asume que la UTE es realmente capaz de ofrecer costes más bajos y mejora con respecto a empresas individuales. Sin embargo, el informe no tiene en cuenta que, si la UTE está formada por empresas con costes muy diferentes, aquellas con costes mayores aumentan los costes de la UTE, lo que implicaría menores descuentos y, por tanto, una situación peor para los organismos públicos adjudicadores. Tampoco tiene en cuenta que, aunque las UTE sí pueden ofrecer eficiencias, eso no quiere decir que no restrinjan la competencia si el diseño*

de los acuerdos tiene ese objetivo. En cuanto a los argumentos respecto al poder de mercado, tratan de mostrar que las conductas no han podido producir efectos. Sin embargo, las peculiaridades que caracterizan la competencia por medio de licitaciones impiden aceptar que no sea posible la restricción de la competencia cuando las cuotas de mercado de las empresas participantes en la UTE son relativamente reducidas, como afirma la recurrente. En efecto, las propias empresas reconocen que las que venían prestando el servicio estaban mejor posicionadas para hacerse con las futuras licitaciones, al disponer ya del personal especializado, por lo que las conductas acreditadas no hacen sino eliminar la competencia entre los competidores más cercanos y mejor posicionados para dicha licitación, lo que afecta a la competencia y a los intereses de las administraciones públicas de forma muy superior a lo que sería previsible del mero análisis de las cuotas. Finalmente, respecto a su falta de capacidad para presentarse individualmente, tampoco se pueden aceptar las alegaciones de ACCENTURE, dado que, como se ha reiterado tanto en la propuesta de resolución como en este mismo apartado, esto no justifica el uso instrumental de las UTE y de otros mecanismos con el objetivo de mantener el statu quo”.

Añade la resolución que, si bien es cierto que no se han podido acreditar descuentos potenciales mayores que los efectivamente producidos en las adjudicaciones del SEPE afectadas por la conducta, de ahí no puede deducirse que los precios ofertados por las UTE fueran necesariamente pro-competitivo. Que no ha quedado acreditado que las UTE ofrecieran de media descuentos más altos y obtuvieran mejores valoraciones técnicas que las ofertas de empresas individuales y que las UTE en las que participaba ACCENTURE fueran más competitivas porque, al menos en uno de los lotes del SEPE, una empresa que se presentó individualmente, CONNECTIS, hizo una oferta mejor que la de la UTE INDRA/ACCENTURE. Que ACCENTURE asume que en la propuesta de resolución se considera que el único beneficio para las empresas derivado de las conductas está relacionado con los precios que las administraciones públicas pueden ofrecer a las AAPP, cuando estas ganancias se deben también a mantener su participación en concursos del sector público y que ofrecer el descuento máximo cuando existía el límite del 10% podría suponerle otro tipo de beneficios, como el mantenimiento del statu quo.

En consecuencia, desestimamos el motivo de impugnación que denuncia la falta de prueba y la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En consecuencia, no ha quedado acreditado el carácter procompetitiva de la conducta de ACCENTUR que se defiende en la demanda.

DECIMOCUARTO.- Conviene también esta Sala con la resolución recurrida en que, si bien, son necesarios y frecuentes los contactos y las negociaciones previas entre las empresas para la configuración de ofertas conjuntas competitivas, en el caso ahora examinado, mediante su participación en UTEs o mediante la figura de la subcontratación, en el caso examinado, nos encontramos ante un patrón inusual y extendido de comportamiento, arraigado en el tiempo que ha permitido a las empresas repartirse un gran número de contratos públicos en lugar de competir por ellos con la ventaja que eso hubiese supuesto para la competencia, para la administración y para la sociedad. Y que, en concreto, los hechos acreditados ponen

de manifiesto que, mediante la utilización de la figura de la subcontratación de empresas, acompañada con pactos de no competencia, se han buscado alternativas aparentemente lícitas para seguir manteniendo las alianzas entre las empresas con fines anticompetitivos y que con ello se pretendía bloquear la posibilidad de que operadores de pequeñas dimensiones pudieran crear una alianza alternativa a la pretendida por lo que se negocia con ellos condiciones contractuales (como la subcontratación preferente) para impedir que puedan prestar su personal o sus conocimientos a otras entidades no participes en la prestación previa de los servicios, o incluso, la posibilidad de presentar una oferta alternativa al margen del status quo preexistente. Además, que, con esta fórmula, los operadores de menor dimensión se aseguraban mantener su participación en los servicios y, por tanto, su status quo preexistente ya que si se pudieran generar ofertas alternativas, las empresas líderes (SAG e INDRA) podrán tener capacidad para captar a sus trabajadores o bien expulsarlas de la prestación de servicios para un contrato determinado.

Así las cosas, debemos reiterar que ha quedado acreditada la participación de ACCENTUR en acuerdos entre competidores, principalmente tendentes al reparto de contratos, y en los que se aprecia una intención manifiesta de ocultar parte de esos acuerdos a la administración contratante y al mercado en general, requisitos estos previstos en la disposición adicional cuarta de la LDC, en su versión anterior a la reforma introducida con fecha 25 de mayo de 2017.

DÉCIMOQUINTO.- Afirmada que la conducta por la que ha sido sancionada la recurrente, se integra en la prohibición del artículo 1 de la LDC, ha de calificarse como infracción por el objeto y no por sus efectos.

Convine recordar que la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (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).

No es ocioso citar en este punto la doctrina contenida en la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 (EDJ 2009/91757) T-Mobile, que reitera la doctrina anterior, y que en los apartados 27 a 30 alude al tratamiento jurisprudencial de la distinción entre infracciones por objeto y por efecto, subrayando que la infracción lo será por su objeto cuando la conducta, por su propia naturaleza, sea perjudicial para el buen funcionamiento de la libre competencia. El TJUE se pronuncia en estos términos:

"28. En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15).

29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre " infracciones por objeto" e " infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17)".

Dicho lo anterior, la conclusión que alcanzamos sobre la existencia de una infracción por el objeto no resulta desvirtuada por los informes aportados por la recurrente, sin perjuicio de las consecuencias que el análisis de los efectos que se realiza en la resolución recurrida, pueda proyectar en la determinación de la sanción.

DÉCIMOSEXTO.- Denuncia ACCENTUR que la resolución impugnada vulnera el principio de personalidad de la pena porque el Consejo de la CNMC considera (erróneamente) responsables de la infracción, tanto a Accenture, S.L., como a Accenture Outsourcing Services, S.A., sin diferenciar el distinto papel desempeñado por cada una de estas sociedades en los tres concursos en los que se habría producido la citada supuesta infracción. Que tanto Accenture, S.L., como Accenture Outsourcing Services, S.A. pertenecen a un mismo grupo empresarial, pero ello no puede llevar al Consejo de CNMC a prescindir de acreditar la responsabilidad concreta en la que cada una de estas sociedades habría incurrido supuestamente.

El motivo ha de ser desestimado en aplicación de la doctrina contenida en la STS sección 4 del 27 de mayo de 2019 (ROJ: STS 1708/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1708), a cuyo tenor:

"(...) La aplicación de los principios de culpabilidad y de personalidad, ambos deducibles del principio de legalidad en materia sancionadora previsto en el artículo 25.1 de la Constitución, cabe deducir lo siguiente:

1º Que conforme a dichos principios nadie puede ser sancionado sino por hechos que le sean imputables, lo que excluye la responsabilidad objetiva en cuanto derivada de hechos ajenos. Esto explica que el artículo 61 de la LDC prevea dos títulos de imputación específicos: uno por el que se sanciona a título de autor material al responsable de la ejecución de actos colusorios (artículo 61.1 de la LDC) y otro aplicable, en este caso, para grupos de empresas el artículo 61.2-, en el que la responsabilidad es "también" de la matriz y que es imputable porque la filial está bajo su control, ejerce sobre ella una influencia decisiva y determinante de su actuación.

2º A los efectos de tales principios de culpabilidad y responsabilidad, la imputación y consiguiente sanción a la matriz ex artículo 61.2 se basa en la presunción legal de que los actos de la filial obedecen a esa influencia decisiva, presunción a la que se llega por razón de la participación accionarial de la matriz en la filial, presunción que se destruye mediante prueba en contrario cuya carga es de la matriz (cf. artículo 385.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). En tal caso la prueba exculpatoria va dirigida a probar que la actuación infractora es atribuible en exclusiva a la filial, todo lo cual exige integrar el concepto de "influencia decisiva".

3º Por tanto, que se sancione de esta forma a la matriz no implica sancionarla por hechos ajenos: no se está ante un caso de hetero-responsabilidad, sino que la sanción se impone por actos propios deducibles de su exclusivo título de imputación y por una actuación que en consiste su exclusiva y excluyente responsabilidad: responsable de los actos infractores de la filial y de los que también responde ésta pero como autora material.

4º Tal reparto de responsabilidades es lo que explica que se venga sancionando conjuntamente a la filial ex artículo 61.1 de la LDC y a la matriz ex artículo 61.2 de la LDC, cada una responsable según su respectivo título de imputación, de ahí que se advierta la concurrencia de una responsabilidad solidaria en sí compatible con los principios invocados.

5º Tal criterio se deduce de la propia literalidad del artículo 61.2 de la LDC que atribuye la responsabilidad por actos colusorios de manera conjunta: la matriz "es también imputable" evidentemente por los actos colusorios del autor material, luego la actuación de una empresa filial "es también imputable" a la matriz cuando aquella está bajo su control.

6º Ahora bien, lo dicho no excluye una tercera posibilidad: que se imputen los actos colusorios a la matriz como autora material si es que la filial es un mero artificio, una pantalla o instrumento de la matriz, luego quien actúa real y materialmente es la matriz que se sirve de ese artificio que es la filial. En definitiva, que pruebe que la matriz sea "algo más" y la filial sea "algo menos", es decir, que la matriz sea realmente la autora material porque la filial es una mera ficción de la que se sirve la matriz para actuar en el mercado en forma colusoria.

7º En este último supuesto puede plantearse si la imputación a la matriz debe hacerse por el artículo 61.1 de la LDC , esto es, como verdadero y único responsable de las conductas colusorias, o si cabe una interpretación del artículo 61.2 de la LDC que englobe dos posibilidades: bien el supuesto general de responsabilidad de la matriz junto ex artículo 61.2 de la LDC con la filial y ésta imputable ex artículo 61.1 de la LDC ; o bien una interpretación del artículo 61.2 de la LDC según la cual la dicción de tal precepto da cobertura a la atribución de la exclusiva responsabilidad a la matriz, en cuyo caso el

adverbio "también" significaría otro supuesto de imputación: imputar a la matriz como responsable único y directo de los actos colusorios por razón de haber ejercido esa influencia decisiva sobre la filial que queda como mero ente instrumental de la primera.

8º Repárese que respecto de esta última posibilidad, en cuanto a lo que se ha identificado como que tiene interés casacional objetivo, la cuestión ya no afecta tanto a los principios de responsabilidad y culpabilidad sino de integración del título de imputación en uno u otro apartado del artículo 61, pero que se elija una posibilidad interpretativa u otra no afectaría en puridad a esos principios pues no dejaría de exigirse responsabilidad a la matriz por un hecho que se considera que le es imputable en exclusiva.

9º La cuestión, por tanto, se desenvuelve en un primer aspecto fáctico que lleva a la valoración de la prueba por presunciones para la integración del concepto "influencia decisiva", si cabe tener como presunción válida la mera participación accionarial del 100% o del 99'78% y, a su vez, a la valoración de la prueba de contrario -cuya carga corresponde a la matriz- encaminada a destruir la presunción legal ex artículo 61.2 de la LDC, esto es: valorar si ha probado que pese a su condición de matriz no ha determinado de forma decisiva la actuación infractora de la filial.

10º En definitiva, sólo en el caso de que se concluya que hubo una actuación conjunta que debería llevar a apreciar una responsabilidad solidaria de la matriz y de la filial, o exclusiva de la filial, se infringirían los principios de responsabilidad y culpabilidad si se atribuyese por entero la responsabilidad a la matriz como única autora de los actos colusorios cuando en su ejecución ha intervenido la filial desde el ámbito de autonomía que se tenga por probado."

Así las cosas, la fundamentación contenida en la resolución recurrida para fundamentar la responsabilidad de ACCENTUR SL es conforme a la jurisprudencia expuesta.

DECIMOSÉPTIMO. Siguiendo con el examen de los motivos de impugnación articulados en la demanda, opone la representación procesal de IBM la infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE como consecuencia de la intervención en los hechos sancionados de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

Argumenta que, dado el objeto de la conducta perseguida, la intervención y responsabilidad de la Administración Pública competente en la materia - tiene virtualidad para excluir la imputación por la realización de dichas conductas sancionadas, por cuanto esa intervención y responsabilidad pública hace desaparecer la culpabilidad de la conducta necesaria para que la infracción sea perseguible y sancionable.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación acudimos a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2017, rec. 2468/2015, que recoge la jurisprudencia del Tribunal General de la Unión Europea, recogida, entre otras, en las sentencias de 18 de junio de 2010 (asunto T549/08, apartado 71), 16 de septiembre de 2013 (asunto T-3/07, apartado 53) y 18 de junio de 2014 (asunto T-260/, apartado 84), y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expresada en las sentencias de 18 de julio de 2007 (asunto C213/06, apartado 33) y 26 de enero de

2017 (asunto C-611/13, apartado 44). Sentencias en las que se declara que el derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima exige que concurren tres requisitos acumulativos:

1. La Administración debe haber dado al interesado garantías precisas, incondicionales y coherentes que emanen de fuentes autorizadas y fiables.
2. Estas garantías deben poder suscitar una esperanza legítima en el ánimo de aquel a quien se dirigen.
3. Las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables.

El Tribunal Supremo, que ha aplicado el principio de confianza legítima al derecho de la competencia, ha señalado que dicho principio debe ser interpretado de forma restrictiva y siempre en el ámbito de la legalidad. No basta con su alegación respecto de cualquier actuación de la Administración que induzca a error, siendo necesario examinar las circunstancias de cada caso. Y así ha señalado de forma reiterada que la aplicación del principio de confianza legítima en el ámbito de la potestad sancionadora en el ámbito de la competencia exige la concurrencia de dos presupuestos básicos: (i) la existencia de signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes y que (ii) dichos signos induzcan razonablemente al particular a confiar en la legalidad de la actuación administrativa de tal manera que las situaciones de confusión normativa e incertidumbre jurídica pueden generar legítimamente en las empresas confianza en la legalidad de las conductas, excluyendo el elemento de intencionalidad, negligencia o culpa que exige el artículo 63.1 de LDC para que la autoridad de la competencia pueda sancionar con multa a los operadores económicos que infrinjan lo dispuesto en la Ley.

En el presente caso, con independencia de cual haya sido la actuación de personas concretas de la Administración, ninguna norma de rango legal ampara las prácticas objeto de investigación ni las exime de la aplicación de la LDC. Como ha afirmado el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de diciembre de 2017 *"no podían desconocer, por tanto, empresas importantes del sector como lo eran las sancionadas, las exigencias del derecho de la competencia, ni ser llamadas a engaño por una actuación de la Administración más o menos equívoca en cuanto a la admisibilidad del comportamiento de las empresas sancionadas"*. En el presente caso es evidente que las prácticas realizadas no eran conformes con las normas de competencia, aun cuando contaran con la participación de la Administración.

A lo dicho cabe añadir que el principio de protección de la confianza legítima no puede invocarse por un operador económico para justificar la falta de culpabilidad en la comisión de una infracción del Derecho de la Competencia, cuando pudo prever que la participación de instituciones públicas en la adopción de los acuerdos anticompetitivos no privaba a éstos de su antijuricidad e ilicitud por cuanto que la recurrente tiene la capacidad y asesoramiento jurídico como para valorar la trascendencia jurídica de sus actuaciones, y no puede alegar como exculpatoria una circunstancia que por sí sola en modo alguno puede calificarse como determinante de la licitud o ilicitud de una conducta.

En el presente caso, con independencia de cual haya sido la actuación de las distintas administraciones licitadoras, ninguna norma de rango legal ampara las prácticas objeto de investigación ni las exime de la aplicación de la LDC. Como ha afirmado el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de diciembre de 2017 *"no podían desconocer, por tanto, empresas importantes del sector como lo eran las sancionadas, las exigencias del derecho de la competencia, ni ser llamadas a engaño por una actuación de la administración más o menos equivocada en cuanto a la admisibilidad del comportamiento de las empresas sancionadas"*. Pues bien, en el presente caso es evidente que las prácticas realizadas no eran conformes con las normas de competencia, aun cuando contaran con la participación de la Administración. Así las cosas, aunque en ocasiones los pliegos hayan podido tener alguna incidencia de cara al mantenimiento de las UTE, ello no excluye la responsabilidad de las empresas y, en cualquier caso, es importante precisar que la sala examina la conformidad a derecho de la resolución sancionadora impugnada, quedando fuera del ámbito de su enjuiciamiento la decisión de la CNMC de no sancionar a la administración pública por su posible participación en las conductas sancionadas.

DÉCIMOCTAVO.- Por cuanto se refiere a la vulneración del principio de culpabilidad, en la medida que las alegaciones de la recurrente pretenden excluir su responsabilidad y la culpabilidad de su proceder en la actuación de la Administración, nos remitimos a lo ya manifestado respecto a la inexistente vulneración del principio de confianza legítima.

DÉCIMONOVENO.-Procede, en atención a cuanto hemos razonado, la desestimación del recurso, lo que determina la imposición de las costas de esta instancia a la entidad recurrente en aplicación de lo prevenido en el artículo el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de **ACCENTURE OUTSOURCING SERVICES, S.A. y ACCENTURE, S.L.** (conjuntamente, Accenture), contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 26 de julio de 2018, dictada en el Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, por la que se sanciona a las demandantes por una infracción de artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE y se les impone conjuntamente una sanción económica de 300.000 euros, con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativo, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.