

RESOLUCIÓN**Expediente S/DC/0584/16, AGENCIAS DE MEDIOS****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 3 de mayo de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante **CNMC**), con la composición expresada, ha dictado la presente Resolución en el expediente S/DC/0584/16, AGENCIAS DE MEDIOS de acuerdo al siguiente índice:

I. Antecedentes de hecho.....	3
II. Partes	10
1. CARAT ESPAÑA, S.A.U. (CARAT).....	10
2. INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A. (YMEDIA) y su directivo	10
3. MEDIA BY DESIGN SPAIN, S.A. (MEDIA BY DESIGN)	11
4. MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L. (MEDIA SAPIENS) y su directivo	11
5. PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. (PERSUADE) y su directivo.....	12
III. Hechos acreditados.....	12
1. Características, diseño del Acuerdo Marco y ejecución	12
2. Comunicaciones entre competidores previas a la adjudicación definitiva del Acuerdo Marco.....	17
3. Actuaciones de las empresas incoadas durante la ejecución del Acuerdo Marco	19
A. No presentación de ofertas.....	19
B. Exclusión de ofertas.....	20
C. Intercambio de correos electrónicos relativos a los contratos basados	21
a. Campaña 1/15-Transparencia.....	21
b. Campaña 4/15- Violencia de género.....	23
c. Campaña 5/15-Enfermedad Mental	23
d. Campaña 9/15 de la Dirección General de Tráfico	24
e. Campaña 12/15 - Promoción cultural y divulgación de los reales sitios	25
f. Campaña 14/15- Productos alimentarios	28

g. Campaña 15/15- Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP)	29
h. Campaña 16/15- Ahorro y eficiencia energética 2015 (IDAE)	29
i. Campaña 18/15- Fraude Fiscal	30
j. Campaña 19/15- Fuerzas Armadas	31
k. Campaña 21/15- Transporte Público.....	31
l. Campaña 28/15- Prevención de VIH y otras ITS	32
m. Campaña 9/16- Sensibilización contra la violencia de las mujeres 2016	32
n. Recapitulación de las pruebas referidas a campañas	33
D. Intercambios de información no referidos a contratos concretos.....	34
E. Incidencias producidas en la ejecución de las licitaciones de los contratos basados en el Acuerdo Marco	36
5. Otros hechos acreditados	36
IV. Fundamentos de Derecho	37
PRIMERO. Objeto de la Resolución, Normativa aplicable y Competencia para resolver	37
SEGUNDO. Propuesta de Resolución del órgano instructor	38
TERCERO. Valoración de la Sala de Competencia	41
1. Delimitación de la conducta constitutiva de infracción y tipicidad.....	41
A. Empleo de la prueba de indicios	42
a. El contexto económico, jurídico y fáctico en que se desarrolla el Acuerdo Marco.....	43
- Configuración del Acuerdo Marco	44
- Relaciones existentes entre las empresas incoadas	44
b. Los contactos entre las empresas incoadas relacionados con los contratos derivados y su posible valoración.....	46
c. El carácter secreto de los intercambios de información.....	56
d. Otros elementos probados	57
B. Conclusión sobre la tipificación de la conducta	59
a. Existencia de un cártel	59
b. Infracción por objeto	60
c. Carácter único y continuado de la infracción	61
d. Duración	67
2. Antijuridicidad	68
3. Responsabilidad	70
a. De las empresas.....	70
- El análisis de una supuesta confianza legítima.....	70
- La responsabilidad de YMEDIA en la conducta	73
- Conclusión e individualización de la responsabilidad	76
b. De los directivos o representantes legales incoados	78
CUARTO. Otras alegaciones y cuestiones planteadas en la fase de consejo	81
1. Sobre la invalidez de la inspección llevada a cabo por la Dirección de Competencia en la sede de PERSUADE	81
2. Sobre el diferente trato dispensado a OPTIMEDIA respecto del resto de empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco incoadas	82
3. Sobre la participación en la infracción de MEDIA BY DESIGN	83
4. Sobre la solicitud de confidencialidad	84
QUINTO. Determinación de la sanción	86
1. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.....	86
2. Criterios para la determinación de la sanción: valoración general de la conducta.....	86
A. Criterios para la valoración individual de la conducta.....	89
B. Tipo sancionador y adecuación de la sanción en el caso de las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco	90
C. Multa a la empresa facilitadora	91
D. Criterios de determinación y sanción a imponer a las personas físicas declaradas responsables	91
RESUELVE	92

I. Antecedentes de hecho

1. El de 23 de julio de 2014, la CNMC recibió una **consulta** de la Junta de Contratación Centralizada del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas relativa a la licitación celebrada en mayo de 2014 de un Acuerdo Marco, el 50/2014, para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado (en adelante el Acuerdo Marco). La Junta de Contratación Centralizada pedía a la CNMC que evaluara si determinados hechos que habían tenido lugar en dicho procedimiento resultaban conformes con la LDC¹.

La consulta tenía su origen en ciertas quejas que la Junta de Contratación Centralizada había recibido de dos licitadores -PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. (PERSUADE) y CARAT ESPAÑA S.A.U. (CARAT)- en relación con las ofertas presentadas por otras dos de las agencias de medios participantes en la licitación de dicho Acuerdo Marco, en particular, de MEDIA BY DESIGN SPAIN, S.A. (MEDIA BY DESIGN) (oferta más baja) y MARKETING ADVERTISING CONCEPTUAL, S.L. (MAC) (oferta más alta). Según PERSUADE y CARAT, las ofertas de MEDIA BY DESIGN y MAC distorsionaban de manera intencionada los resultados del concurso. Por ello, solicitaban su exclusión del procedimiento.

La Dirección de Competencia acordó llevar a cabo unas diligencias previas (bajo la referencia DP/0030/14) que fueron cerradas el 15 de septiembre de 2014 al no apreciar existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia. Dejó no obstante abierta la posibilidad de evaluar el comportamiento posterior de las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco 50/2014 en las licitaciones de sus contratos derivados.

2. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales estimó parcialmente los recursos presentados por PERSUADE y CARAT sobre el Acuerdo Marco². Por ello **resultaron adjudicatarias** MEDIA BY DESIGN, PERSUADE, OPTIMEDIA, S.L.U. (OPTIMEDIA), CARAT y MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L (MEDIA SAPIENS)³.

3. El 13 de noviembre de 2015 la Dirección de Competencia solicitó información a la Junta de Contratación Centralizada del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en relación con las licitaciones derivadas del Acuerdo Marco desde su entrada en vigor (folios 347 y 348).

¹ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007, Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.

² La resolución 630/2014, de 8 de septiembre de 2014, excluye del procedimiento de licitación del Acuerdo Marco 50/2014 la oferta presentada por MAC, aunque antes de esa resolución, dicha empresa ya había solicitado su exclusión del concurso.

³ El Acuerdo Marco 50/2014 fue formalizado el 26 de noviembre de 2014, teniendo prevista una duración de dos años, prorrogables por períodos no superiores a seis meses, hasta un máximo de dieciocho meses.

El 15 de diciembre de 2015 la Junta de Contratación Centralizada remitió documentación y un informe sobre los citados contratos celebrados hasta esa fecha (folios 349 a 4566).

El 5 de mayo de 2016, a la vista de la información obtenida, la Dirección de Competencia acordó el inicio de una nueva **información reservada** (S/DC/0584/16). A la misma se incorporó toda la información de las diligencias previas DP/0030/14, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC (folio 1).

4. El 11 de mayo de 2016, el Director de Competencia dictó cuatro Órdenes de Investigación por las que se autorizaba a funcionarios de la CNMC a realizar **inspecciones** simultáneas durante los días 24 de mayo de 2016 y siguientes en las sedes de OPTIMEDIA (folios 4567 a 4571), MEDIA SAPIENS (folios 4602 a 4606), PERSUADE (folios 4641 a 4645) y CARAT (folios 4684 a 4688), respectivamente.

5. El mismo día 11 de mayo de 2016, la Dirección de Competencia solicitó las respectivas **autorizaciones judiciales** urgentes "*inaudita parte*" para la entrada de los inspectores de la CNMC en las sedes de OPTIMEDIA, MEDIA SAPIENS, PERSUADE y CARAT.

6. Los días 18 y 19 de mayo de 2016, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo competentes en cada caso, dictaron sendos autos autorizando la entrada -los días 24 de mayo de 2016 y siguientes- en los domicilios de **MEDIA SAPIENS** (folios 4609 a 4614) y de **OPTIMEDIA** (folios 4572 a 4576). Sin embargo, por error, la administración de justicia notificó, en ambos casos, el auto correspondiente a cada empresa afectada. La notificación fue recogida, en el caso de MEDIA SAPIENS, el mismo 18 de mayo de 2016 a las 16:19 horas, por una empleada de la empresa (folio 4615). En el caso de OPTIMEDIA, el 20 de mayo de 2016 a las 15:54 horas, por un empleado de la empresa (folio 4578).

7. En el caso de **CARAT**, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo correspondiente resolvió, el 19 de mayo de 2016, no conceder la autorización solicitada por la CNMC para entrar en la sede de la empresa y sus filiales, por considerar que no se habían individualizado suficientemente los edificios a investigar (folios 4694 a 4698). En consonancia con esta decisión, el 20 de mayo de 2016 el Director de Competencia emitió una nueva Orden de Investigación (folios 4689 a 4693) en la que delimitaba el alcance de la inspección programada únicamente a CARAT.

8. El 20 de mayo de 2016, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo competente autorizó la entrada "*inaudita parte*" de los inspectores de la CNMC

en la sede de **PERSUADE**, el día 24 de mayo de 2016, estando previsto que pudiera durar la inspección hasta dos días más (folios 4656 a 4665).

9. Finalmente, los días 24 y 25 de mayo de 2016, la Dirección de Competencia **realizó inspecciones simultáneas** en las sedes de MEDIA SAPIENS, PERSUADE y OPTIMEDIA⁴ (folios 4567 a 4601, 4602 a 4640 y 4641 a 4683 respectivamente).

Los inspectores de la Dirección de Competencia no pudieron acceder a la sede de CARAT pues, según consta en el acta de inspección (folios 4699 a 4704), la empresa y sus representantes decidieron no acceder a la inspección ordenada el 20 de mayo de 2016 cuando se les comunicó que el Juzgado había denegado la autorización judicial referida a la Orden del día 11 de mayo. El mismo día 24 de mayo de 2016, CARAT presentó en la CNMC un escrito fundamentando las razones de su decisión (folios 4708 y 4709).

10. El 2 de junio de 2016, tuvo entrada en el registro de la CNMC un **recurso** de OPTIMEDIA contra la Orden de Investigación de 11 de mayo y la subsiguiente actuación inspectora (expediente R/AJ/164/16).

El 3 de junio de 2016 tuvieron entrada en la CNMC los correspondientes recursos de PERSUADE (expediente R/AJ/168/16) y MEDIA SAPIENS (expediente R/AJ/175/16).

En los tres casos, el Consejo de la CNMC resolvió desestimar dichos recursos: el 14 de julio de 2016 en el caso de OPTIMEDIA y el 21 de julio de 2016 en los casos de PERSUADE y MEDIA SAPIENS⁵.

11. El 2 de septiembre de 2016 la Dirección de Competencia **incoó el presente expediente sancionador** (folios 4819 a 4821) contra CARAT, MEDIA SAPIENS, PERSUADE, INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A. (YMEDIA) y MEDIA BY DESIGN (corrigió un error material el 14 de septiembre al incluir el mercado de producto - folios 4888 a 4891-).

El objeto del procedimiento es analizar la existencia de supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas para el intercambio de información comercial sensible; la fijación de precios u otras condiciones comerciales y el reparto del mercado de servicios de intermediación publicitaria en España, especialmente en relación con las licitaciones derivadas del Acuerdo Marco 50/2014 (el denominado Acuerdo Marco) para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado, sus Organismos

⁴ La inspección en la sede de OPTIMEDIA sólo duró un día.

⁵ Véanse las Resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC de 14 de julio de 2016, Expte. R/AJ/164/16, OPTIMEDIA (<https://www.cnmc.es/expedientes/raj16416>); las dos emitidas el 21 de julio de 2016, Expte. R/AJ/168/16, PERSUADE (<https://www.cnmc.es/expedientes/raj16816>), y Expte. R/AJ/175/16, MEDIA SAPIENS SPAIN (<https://www.cnmc.es/expedientes/raj17516>).

Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás Entidades Públicas Estatales.

12. Junto con el acuerdo de incoación de 2 de septiembre de 2016 la Dirección de Competencia dio trámite de alegaciones a MEDIA SAPIENS y a PERSUADE para que se manifestaran sobre la confidencialidad de los documentos recabados durante las inspecciones de sus sedes que iban a ser incorporados al expediente (folios 4819 a 4821).

Al respecto, PERSUADE presentó en el registro de la CNMC el 16 de septiembre de 2016 su escrito de alegaciones en el que solicita confidencialidad de ciertos documentos señalados en el indicado acuerdo de incoación (folios 4921 a 4927). El 26 de septiembre de 2016 -previo requerimiento de la Dirección de Competencia de 21 de septiembre de 2016- PERSUADE completó su escrito motivando su solicitud de confidencialidad y aportando una versión censurada de los documentos que consideraba confidenciales (folios 4944 a 5330).

El 18 de noviembre de 2016, la Dirección de Competencia acordó la denegación de la solicitud de confidencialidad de PERSUADE. El acuerdo se notificó a la empresa en la misma fecha (folios 5360 a 5375) y el 7 de diciembre de 2016, PERSUADE interpuso recurso administrativo contra el mismo (folios 5543 a 5548), originando el expediente R/AJ/683/16 (folios 5543 a 5548). El 16 de febrero de 2017, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC desestimó el citado recurso⁶.

El 13 de marzo de 2017, PERSUADE remitió un escrito a la Dirección de Competencia anunciando su decisión de recurrir ante la Audiencia Nacional la citada resolución del Consejo de la CNMC y solicitando expresamente medidas cautelarisimas y/o cautelares (folio 7552). El 14 de marzo de 2017, la Dirección de Competencia acordó la suspensión del cómputo del plazo máximo de resolución del procedimiento (folios 7553 y 7554). El 19 de mayo de 2017, se recibió la notificación del auto de la sección sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, adoptado el 10 de mayo de 2017, por el que se deniegan las medidas cautelares de suspensión de la resolución recurrida solicitadas por PERSUADE.

El 23 de mayo de 2017 la Dirección de Competencia acordó la reanudación, desde el 20 de mayo de 2017, del cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento. La nueva fecha límite para resolver el expediente es el 7 de mayo de 2018 (folio 7880).

MEDIA SAPIENS manifestó, mediante escrito de 23 de septiembre de 2016 (folios 4940 a 4943), que no solicitaba la confidencialidad de ninguno de los documentos que se iban a incorporar al expediente, aunque alegaba indefensión de la empresa en relación a la notificación del acuerdo de incoación.

⁶ Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, de 16 de febrero de 2017, R/AJ/683/16 PERSUADE COMUNICACIÓN, <https://www.cnmc.es/expedientes/raj68316>.

13. El 14 de julio de 2017, teniendo en cuenta los hechos y a los efectos de poder aplicar la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC, se **amplió la incoación** del expediente sancionador contra los siguientes directivos o representantes legales de las empresas incoadas: D. Giacomo José Pullara Sanz (PERSUADE), D. Guillermo José Hernández López (MEDIA SAPIENS) y D. José Pablo Canal (YMEDIA).

14. El 17 de julio de 2017 la Dirección de Competencia formuló el **Pliego de Concreción de Hechos** (PCH) (artículo 50.3 de la LDC). El mismo fue notificado a los interesados el 18 de julio de 2017 (folios 8147 a 8169).

Entre el 4 de agosto de 2017 y el 14 de agosto de 2017 tuvieron entrada en la CNMC las alegaciones al PCH presentadas por los interesados⁷.

15. En el mismo documento de notificación del PCH se requirió a MEDIA SAPIENS, CARAT, PERSUADE, MEDIA BY DESIGN e YMEDIA:

- su volumen de negocios en el ejercicio 2016 tanto a nivel mundial como en España,
- el correspondiente al mercado de servicios de intermediación publicitaria en España de los años 2014 a 2016, desglosado por años; en ambos casos antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados.

Entre el 4 de agosto de 2017 y el 11 de septiembre de 2017 tuvieron entrada en la CNMC las respuestas de las interesadas al citado requerimiento de información⁸.

16. El 23 de octubre de 2017, la Dirección de Competencia acordó el cierre de la fase de instrucción conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del RDC⁹.

⁷ MEDIA SAPIENS y D. Guillermo José Hernández López (folios 8226 a 8258), PERSUADE y D. Giacomo José Pullara Sanz (folios 8350 a 8361), MEDIA BY DESIGN (folios 8368 a 8370), YMEDIA (folios 8374 a 8383), CARAT (folios 8399 a 8412) y D. José Pablo Canal (folios 8422 a 8424).

⁸ MEDIA SAPIENS respondió inicialmente el 4 de agosto de 2017 (folios 8223 y 8224), completando dicha información, posteriormente, los días 16 y 23 de agosto de 2017 (folios 8428 y 8429 y 8437 a 8439). MEDIA BY DESIGN presentó el 8 de agosto de 2017 su contestación al requerimiento de información (folios 8342 a 8344). PERSUADE remitió su contestación el 11 de agosto de 2017 (folio 8365); sin embargo, como su respuesta no contenía la información solicitada, el 6 de septiembre de 2017 se notificó a la entidad escrito de reiteración de la solicitud de información de 18 de julio de 2017. La respuesta definitiva de PERSUADE a la solicitud de información tuvo entrada en la CNMC con fecha 11 de septiembre de 2017 (folio 8453). YMEDIA y CARAT respondieron al requerimiento de información el 14 de agosto de 2017 (folios 8384 a 8387 y 8416 y 8417 respectivamente).

⁹ Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, BOE nº 50, de 27 de febrero de 2008. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-3646>.

17. El 3 de noviembre de 2017 la Dirección de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución (PR), otorgándose a las partes plazo de quince días para que formularan las alegaciones convenientes (artículo 50.4 de la LDC).

La PR fue notificada a las partes el 3 de noviembre de 2017 (folios 8647 a 8660).

Entre el 21 y el 23 de noviembre de 2017 tuvieron entrada en la CNMC las alegaciones a la PR presentadas por los interesados (MEDIA BY DESIGN, folios 8702 a 8709; MEDIA SAPIENS y Guillermo José Hernández López, folios 8713 a 8787; José Pablo Canal, folios 8790 a 8793; YMEDIA, folios 8797 a 8818; CARAT, folios 8822 a 8879; PERSUADE y Giacomo José Pullara Sanz, folios 8883 a 8905).

18. El 27 de noviembre de 2017 la Dirección de Competencia elevó su Informe Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC, de acuerdo con el artículo 50.5 de la LDC (folios 8907 a 9052).

19. El 22 de febrero de 2018 la Sala de Competencia aprobó un Acuerdo sobre prueba, vista, confidencialidad y remisión a la Comisión Europea (folios 9063 a 9069). Mediante este acuerdo se admitió parcialmente la prueba solicitada, se acordó la celebración de vista, se resolvió sobre la confidencialidad de las alegaciones a la propuesta de resolución presentadas por las empresas y se acordó la remisión a la Comisión Europea de la información necesaria para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003¹⁰.

20. El 23 de febrero de 2018 se realizó la remisión a la Comisión Europea, lo que supuso la suspensión con tal fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.2 c) de la LDC (folios 9114 y 9115). Superado el plazo previsto en el acuerdo de 22 de febrero, la suspensión acordada se levantó el 25 de marzo de 2018 (folio 9351).

21. En cumplimiento del citado acuerdo de 22 de febrero de 2018, el 28 de febrero de 2018 se incorporaron al expediente los pliegos de prescripciones técnicas y de condiciones administrativas particulares del Acuerdo Marco 50/2017, admitidos como prueba en el mencionado acuerdo (folios 9140 a 9193). También se incorporaron al expediente, en cumplimiento del acuerdo de 22 de febrero de 2018, los modelos fiscales aportados como prueba por PERSUADE el 8 de marzo de 2018 (folios 9271 a 9293). Esta empresa solicitó, el 20 de marzo de 2018, la confidencialidad de los modelos fiscales aportados, salvo en los folios en los que aparezca mencionada la sociedad YMEDIA (folios 9343 a 9346).

¹⁰ Reglamento 1/2003 (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOUE nº L 1 de 4 de enero de 2003, versión consolidada publicada en DOUE nº C 202 de 7 de junio de 2016.

22. El 2 de marzo de 2018 se convocó la vista del expediente, fijándose su celebración el día 5 de abril de 2018 a las 9.30 horas (folios 9194 y 9195).

Entre los días 5 y 6 de marzo de 2018 tuvieron entrada en el registro de la CNMC escritos de MEDIA SAPIENS (folios 9245 a 9259); YMEDIA (folios 9260 a 9263); CARAT (folios 9264 a 9267), y José Pablo Canal (folios 9268 a 9270). MEDIA SAPIENS, Guillermo José Hernández y CARAT comunicaban su intención de asistir a la vista. YMEDIA y D. José Pablo Canal comunicaron que no asistirían a la vista.

El 5 de abril de 2018 tuvo lugar el acto de la vista, celebrado en la sede de la CNMC en Madrid (folios 9380 a 9383). A este acto acudieron los representantes de CARAT, así como de MEDIA SAPIENS y su directivo D. Guillermo José Hernández López.

23. El 12 de abril de 2018, la Sala de Competencia acordó solicitar a las empresas incoadas, información relativa a su volumen de negocios total en el año 2017, así como a su volumen de negocios derivado de la ejecución del Acuerdo Marco en los años 2014 a 2016, desglosado por años y antes de la aplicación de impuestos. Además, en este acuerdo, se solicitan ciertas aclaraciones a MEDIA SAPIENS y PERSUADE, sobre la información que estas empresas ya habían facilitado sobre su facturación relacionada con los contratos derivados del Acuerdo Marco. Asimismo, dado que la información solicitada resultaba imprescindible para resolver este expediente, se acordó la suspensión del plazo para resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1 a) LDC (folios 9404 a 9406).

El 23 de abril de 2018, MEDIA SAPIENS aportó la información requerida solicitando la confidencialidad de todos los datos relativos a su volumen de negocios tanto total como proveniente de los contratos derivados del Acuerdo Marco, así como de los datos aportados para justificar las discrepancias identificadas (folios 9445 a 9450). Este escrito fue subsanado al día siguiente, al apreciar la propia empresa un error en la cifra correspondiente a su volumen de negocios total en 2017 (folios 9484 a 9488).

MEDIA BY DESIGN también contestó al requerimiento de información el día 23 de abril de 2018 (folios 9461 a 9466).

CARAT e YMEDIA aportaron la información requerida el 25 de abril de 2018, solicitando también la confidencialidad de los datos relativos tanto a su volumen de negocios total como del proveniente de los contratos derivados del Acuerdo Marco (folios 9498 a 9503 y 9513 a 9514).

Finalmente, transcurrido el plazo de diez días concedido al efecto, el 25 de abril de 2018 se levantó la suspensión del plazo máximo para resolver (folio 9528).

PERSUADE no contestó al requerimiento del volumen de negocios total de 2017. El día 26 de abril de 2018 (un día después de que terminara el plazo para aportar la información solicitada) aportó una serie de facturas con el objeto de aclarar la cifra aportada previamente por esta empresa, sobre su facturación relacionada con los contratos derivados del Acuerdo Marco (folios 9548 a 9565).

24. Son interesadas en este expediente las siguientes empresas:

- CARAT ESPAÑA, S.A.U.
- INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A.
- MEDIA BY DESIGN SPAIN, S.A.
- MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L.
- PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A.

Lo son también los siguientes directivos o representantes legales:

- D. José Pablo Canal (INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A.)
- D. Guillermo José Hernández López (MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L.)
- D. Giacomo José Pullara Sanz (PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A.)

25. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 3 de mayo de 2018.

II. Partes

Las partes interesadas en el presente expediente, tal y como consta en el PCH, son las siguientes:

1. CARAT ESPAÑA, S.A.U. (CARAT)

CARAT es una empresa perteneciente al grupo DENTSU AEGIS NETWORK. Se dedica al ejercicio de actividades relacionadas con la publicidad y las relaciones públicas, especialmente a la intermediación publicitaria como agencia de medios. Es una de las cinco empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco 50/2014¹¹.

Tiene su sede social en Madrid y facturó 409.490.704 euros en el año 2016, mientras que en el año 2017 su volumen de negocios ascendió a 419.016.420 euros.

2. INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A. (YMEDIA) y su directivo

YMEDIA es una empresa **también** perteneciente al grupo DENTSU AEGIS NETWORK. Su objeto social es realizar “estudios de mercados, estudios de calidades de productos, promoción y comercialización de nuevos productos.”

Presentó oferta en la licitación del Acuerdo Marco, si bien nunca fue adjudicataria.

Tiene su domicilio social en Madrid y facturó 296.590.572 euros en el año 2016 y 326.082.253 en el año 2017.

¹¹ CARAT, al igual que PERSUADE, resultó elegida como una de las empresas con oferta más ventajosa el 1 de octubre de 2014, tras excluirse del procedimiento de licitación del Acuerdo Marco 50/2014 a MAC.

JOSÉ PABLO CANAL es Director de la Oficina de Barcelona de la empresa, según figura en la relación del equipo directivo de la empresa en su página web¹² (folio 8017).

3. MEDIA BY DESIGN SPAIN, S.A. (MEDIA BY DESIGN)

MEDIA BY DESIGN es una agencia de medios que opera en España y pertenece al grupo M&C SAATCHI. Es una de las cinco adjudicatarias del Acuerdo Marco.

A mediados de 2015, solicitó la resolución de este contrato, que se produjo finalmente el 15 de octubre de 2015.

Tiene su sede social en Madrid y facturó 277.371,08 euros en 2016, mientras que en el año 2017 no ha tenido facturación.

4. MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L. (MEDIA SAPIENS) y su directivo

MEDIA SAPIENS es una empresa perteneciente 100% al grupo empresarial Sapiens Holding Group¹³.

Fue constituida en julio de 2010 con el objetivo de “crear, proyectar, ejecutar y distribuir campañas de publicidad a través de cualquier medio publicitario, existente o futuro, así como todas las actividades propias de una agencia de publicidad de servicios generales”.

Es una de las cinco empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco.

Está domiciliada en Madrid. Facturó 5.098.896,99 euros en 2016 y 13.953.116 en 2017.

D. Guillermo José Hernández López, es administrador único de MEDIA SAPIENS (primero directo y, desde el 1 de febrero de 2016, indirecto, a través de SAPIENS HOLDING GROUP, S.L., donde es también administrador único) y representante legal de la empresa de conformidad con el artículo 233.2.a) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital¹⁴. Asimismo, Guillermo José Hernández López es el máximo directivo de MEDIA SAPIENS, como consejero delegado.

¹² YMEDIA VIZEUM, *Equipo Directivo*, <https://www.ymedia.es/es/corporativo/equipo-ymedia>.

¹³ People Media, S.L. también pertenece al grupo Sapiens Holding Group.

¹⁴ Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, BOE núm. 161, de 03 de julio de 2010.

5. PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. (PERSUADE) y su directivo

PERSUADE es una agencia pequeña e independiente cuyo objeto es “crear, proyectar y distribuir campañas publicitarias a través de todos los medios de difusión, proporcionar asistencia técnica completa en materia de relaciones públicas”.

Es una de las cinco empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco.

Tiene su sede social en Madrid. No ha aportado su volumen de negocios en 2016 ni 2017. Las últimas cuentas depositadas de esta empresa son de 2014, momento en que su facturación ascendió a 3.063827,17 euros

D. Giacomo José Pullara Sanz actúa como consejero delegado y representante legal de la empresa tal como consta en la escritura de poder general para pleitos y especial para otras facultades, otorgada por la sociedad denominada “PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A.”, presentada por la empresa en el registro electrónico de la CNMC (folio 8019).

El nombramiento de D. Giacomo José Pullara Sanz como consejero y secretario del consejo de administración se produjo el 7 de mayo de 2013, por un plazo de cinco años (folio 8022). Asimismo, Giacomo José Pullara Sanz es el máximo directivo de PERSUADE, como consejero delegado de la misma.

III. Hechos acreditados

1. Características, diseño del Acuerdo Marco y ejecución

En este expediente se analiza la labor de intermediación en la compra de espacios publicitarios de las agencias de medios en los contratos derivados del Acuerdo Marco 50/2014. Estos contratos tienen por objeto regir la compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, destinados a la materialización de las campañas de publicidad de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás Entidades Públicas Estatales¹⁵.

El órgano de contratación es la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (en adelante, DGRCC), según establece la cláusula XVII del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) del

¹⁵ Los medios establecidos en el Acuerdo Marco 50/2014 son televisión, medios gráficos, radio, internet, publicidad exterior y cine.

Los servicios incluidos en el objeto del Acuerdo Marco 50/2014 son: - La estrategia y la planificación de la compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios. - La adaptación de la creatividad.- La contratación de los espacios publicitarios.- El asesoramiento y apoyo técnico necesario. - El seguimiento y control de las campañas. - La elaboración de una memoria a la finalización de la campaña.

Acuerdo Marco y la disposición adicional quinta del Real Decreto 696/2013, de 20 de septiembre.

Se trata de un contrato que no tiene todos sus términos definidos por lo que, para la adjudicación de sus contratos derivados, los organismos petitionarios deben convocar siempre una segunda licitación.

La administración no asume ninguna obligación de celebrar un número determinado de contratos ni por un importe concreto, cuando formaliza un acuerdo marco.

Los contratos basados en el Acuerdo Marco se ejecutan a riesgo y ventura de los contratistas, con sujeción a las cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del Acuerdo Marco y a las de desarrollo de cada licitación, siguiendo además las instrucciones que para su interpretación dé el órgano de contratación.

El organismo interesado en la realización de la campaña publicitaria correspondiente (Ministerio, Organismo Autónomo, etc.) es el encargado de la consulta a los licitadores, la recepción y el análisis de las ofertas recibidas, así como de la elevación al órgano de contratación de la propuesta de adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco, de conformidad con lo previsto en el artículo 206.3.b) LCSP¹⁶.

El Acuerdo Marco determina una serie de elementos de esa segunda licitación a los que habrán de ajustarse los contratos que en él se basen:

- Determina que las empresas que pueden concurrir a las licitaciones de los contratos basados en el acuerdo marco son, inicialmente, las cinco adjudicatarias del acuerdo marco,
- Fija los precios máximos o porcentajes de descuento mínimos aplicables a cada espacio y soporte publicitario,
- Establece las condiciones generales de los servicios y términos básicos.

El valor máximo estimado, excluido el impuesto sobre el valor añadido, del conjunto de contratos contemplados durante la duración total del acuerdo marco (incluidas las posibles prórrogas) era de 77.000.000€ (dicho valor tiene carácter meramente orientativo).

La ejecución del acuerdo marco implica la convocatoria de licitaciones por parte de diversas administraciones de contratos derivados. Del Acuerdo Marco se desprende que en esas licitaciones **deben** participar todas las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco. Si bien el PPT y el PCAP del AM no recogen

¹⁶ Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, vigente en el momento en que tuvieron lugar las prácticas investigadas en este procedimiento.

expresamente la citada obligación, los pliegos de las campañas basadas sí lo establecen¹⁷.

Además, el 20 de febrero de 2015 la administración insertó en CONECTA CENTRALIZACIÓN una nota informativa en la que clarificaba cuestiones surgidas sobre la ejecución del Acuerdo Marco (folios 6284 y 6285)¹⁸. En particular, en dicha nota informativa se recoge la obligación que tienen todas las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco, de presentar oferta válida para las licitaciones de todos los contratos basados, siempre que se haya recibido la solicitud de oferta en los términos obligados por la ley. También se aclara que los criterios de valoración a aplicar a los contratos basados y su ponderación pueden ser establecidos para cada campaña, atendiendo a las necesidades de cada una de las administraciones contratantes. La administración que promueve cada campaña no está vinculada por los criterios exactos previstos en el Acuerdo Marco (aunque las empresas sí lo están por sus ofertas máximas).

La necesidad y obligatoriedad de presentar oferta válida para todos los contratos basados fue reiterada por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (en adelante DGRCC) en diferentes reuniones celebradas en el mes de abril de 2015 (folios 6275 a 6279), en las que también informó de la obligatoriedad de presentar una estrategia de comunicación en los procedimientos de licitación de los contratos basados.

La cláusula III del pliego de prescripciones técnicas (PPT) del Acuerdo Marco establece la **necesidad de presentar un plan estratégico de comunicación** (en adelante, PEC) que debe recoger como mínimo la estrategia de medios para la consecución de los objetivos, justificando los medios a utilizar, su formato, la inversión en cada medio y la evaluación teórica de los resultados que se obtendrían, el calendario previsto de la campaña y el equipo de trabajo asignado al proyecto. La no presentación del plan estratégico de comunicación impide que el órgano responsable de la campaña pueda valorar correctamente las ofertas presentadas y, por lo tanto, motiva la exclusión de las empresas que no lo presenten, salvo que el órgano competente para el examen de las proposiciones y la propuesta de adjudicación motive que tal defecto no constituye un incumplimiento grave y definitivo de las obligaciones esenciales establecidas en los pliegos.

¹⁷ Salvo, como alega MEDIA SAPIENS, lo establecido el 20 de febrero de 2015 existe correspondencia oficial de Red.es en el sentido contrario respecto al concurso IDAE 16/15 (folios 8300-8302), en la que se indica expresamente la no obligatoriedad de presentar oferta, pidiendo simplemente que, en el caso de no estar interesados en presentar una oferta, la adjudicataria se lo comunicara a Red.es.

¹⁸ CONECTA CENTRALIZACIÓN es una aplicación por la que se gestionan electrónicamente las contrataciones propuestas por los organismos públicos basadas en acuerdos marco centralizados, así como las solicitudes de actualización de productos por parte de los adjudicatarios de los acuerdos marco. (Véase <http://catalogocentralizado.minhafp.es/pctw/Acceso/inicio.aspx>).

El 20 de noviembre de 2015 la DGRCC dictó una resolución en que daba interpretación sobre la forma de aplicar los **porcentajes de descuento** sobre las tarifas vigentes que debían seguir las adjudicatarias en sus ofertas a los contratos derivados (folio 353). El diseño de la **fórmula de valoración** de las ofertas supone que la puntuación que pueda obtener cada uno de los oferentes, en el Acuerdo Marco y sus contratos derivados, esté condicionada por las ofertas realizadas por el resto de licitadores.

La **duración** inicialmente establecida es de dos años, con posibilidad de prórrogas sucesivas de seis meses hasta alcanzar un plazo máximo de duración total del acuerdo marco de tres años y medio.

La adjudicación de los contratos basados en el acuerdo marco queda limitada a la vigencia de éste. La ejecución de los contratos derivados podía, sin embargo, extenderse hasta 18 meses desde la finalización de la vigencia del acuerdo marco.

El PCH describe con detalle (párrafos 81 a 96) las cuestiones procedimentales relacionadas con el desarrollo de la licitación del Acuerdo Marco¹⁹. En la citada descripción consta la disconformidad de PERSUADE y CARAT respecto de las ofertas presentadas por algunas de las empresas licitadoras. Con carácter previo a la adjudicación del Acuerdo Marco, estas dos empresas habían solicitado a la Secretaría de la Junta de Contratación Centralizada del Ministerio (JCCM) la exclusión del procedimiento de licitación de las ofertas de MAC y MEDIA BY DESIGN, alegando que resultaban desproporcionadas, al alza la primera y a la baja la segunda.

Posteriormente –en agosto de 2014, tras la adjudicación del Acuerdo Marco el 30 de julio- OPTIMEDIA, STARCOM, MEDIA SAPIENS, MEDIA BY DESIGN y MAC, PERSUADE y CARAT interpusieron contra el acuerdo de adjudicación de 30 de julio de 2014 recursos especiales en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC).

Como consecuencia de la estimación parcial de dichos recursos, el 1 de octubre de 2014, se modificó la adjudicación del Acuerdo Marco, resultando adjudicatarias CARAT, MEDIA BY DESIGN, MEDIA SAPIENS, OPTIMEDIA y PERSUADE.

La formalización del contrato entre la Administración y estas empresas tuvo lugar el 26 de noviembre de 2014. El Acuerdo Marco entró en vigor el 27 de noviembre de 2014. Por lo tanto, el período de vigencia inicial de dicho acuerdo marco se extendía hasta el 26 de noviembre de 2016, con la posibilidad de prórrogas por periodos de seis meses hasta un máximo de 18 meses adicionales.

¹⁹ En la citada descripción se constata que en la licitación participaron 23 empresas, de las cuales 10 eran agencias de medios independientes y 13 pertenecían a los grupos Publicis, WPP, Dentsu Aegis, Omnicom o Havas. La licitación del Acuerdo Marco no imponía condiciones que limitasen la presentación de empresas del mismo grupo empresarial, de hecho, a la licitación se presentaron varias empresas de los grupos Publicis, WPP, Dentsu Aegis, Omnicom o Havas.

El 23 de abril de 2015, MEDIA BY DESIGN planteó a la administración su voluntad de resolver su contrato como adjudicataria del Acuerdo Marco aduciendo que, por motivos sobrevenidos con posterioridad a la formalización del Acuerdo Marco, no vienen presentando ofertas. El contrato fue resuelto de mutuo acuerdo el 15 de octubre de 2015.

CARAT, MEDIA SAPIENS y PERSUADE aceptaron voluntariamente las prórrogas del contrato, que continuó en vigor al menos hasta la finalización de su segunda prórroga, el 26 de noviembre de 2017.

Hasta el **25 de mayo de 2016** se habían adjudicado 22 contratos basados en el Acuerdo Marco, por importe de 32.260.847,66 euros (antes de la aplicación del IVA)²⁰.

De ellos CARAT había sido adjudicataria de 5 contratos por valor de 16.339.669,42 euros; es decir, el 50,64%.

MEDIA BY DESIGN no fue adjudicataria de ningún contrato.

MEDIA SAPIENS fue adjudicataria de 9 contratos, por valor de 7.796.384,87 euros; es decir, el 24,17%.

OPTIMEDIA fue adjudicataria de 5 contratos, por valor de 785.133,95 euros; es decir, el 2,43%.

PERSUADE fue adjudicataria de 3 contratos, por valor de 7.339.669,42 euros; es decir, el 22,75%.

Hasta el momento de la elaboración del PCH, el **30 de junio de 2017**, se habían adjudicado 32 contratos basados en el Acuerdo Marco, por importe de 58.235.556 euros (antes de la aplicación del IVA)²¹.

De ellos, CARAT fue adjudicataria de 9 contratos, por valor total de 33.088.252€; es decir el 56,8%.

MEDIA BY DESIGN no fue adjudicataria de ningún contrato.

MEDIA SAPIENS fue adjudicataria de 14 contratos, por valor total de 11.570.009€, es decir el 19,9%.

OPTIMEDIA fue adjudicataria de 5 contratos, por valor total de 785.125€.

PERSUADE fue adjudicataria de 4 contratos, por valor total de 12.792.170€, es decir el 22 %.

Estos datos se recogen de manera detallada a continuación:

²⁰ Información obtenida de la web de la Junta de Contratación Centralizada. *Contratación Centralizada*, https://contratacioncentralizada.gob.es/contratos-basados?p_auth=kMrrSGUq&p_p_id=contratosbasados_WAR_DGRCCportletsportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&contratosbasados_WAR_DGRCCportletsportlet_action=buscar#no-back-button

²¹ Información suministrada por la DGRCC y los datos de la web de la Junta de Contratación Centralizada.

AÑO 2015					
EMPRESA	CARAT	PERSUADE	MEDIA SAPIENS	OPTIMEDIA	MEDIA BY DESIGN
Nº LICITACIONES ADJUDICADAS	4	3	8	4	0
IMPORTE TOTAL	8.928.711€	7.339.670€	7.546.042€	537.191€	-
AÑO 2016					
EMPRESA	CARAT	PERSUADE	MEDIA SAPIENS	OPTIMEDIA	MEDIA BY DESIGN
Nº LICITACIONES ADJUDICADAS	2	0	3	1	
IMPORTE TOTAL	14.469.459€	-	2.714.050€	247.934€	
AÑO 2017 (hasta 30/6)					
EMPRESA	CARAT	PERSUADE	MEDIA SAPIENS	OPTIMEDIA	MEDIA BY DESIGN
Nº LICITACIONES ADJUDICADAS	3	1	3		
IMPORTE TOTAL	9.690.082€	5.452.500€	1.309.917€		
TOTAL					
EMPRESA	CARAT	PERSUADE	MEDIA SAPIENS	OPTIMEDIA	MEDIA BY DESIGN
Nº LICITACIONES ADJUDICADAS	9	4	14	5	0
IMPORTE TOTAL	33.088.252€	12.792.170€	11.570.009€	785.125€	-

Fuente: elaboración propia a partir de los datos de la plataforma de contratación centralizada del Estado

2. Comunicaciones entre competidores previas a la adjudicación definitiva del Acuerdo Marco

El plazo para presentar ofertas del Acuerdo Marco finalizaba el 9 de junio de 2014 a las 15 horas.

En los párrafos 97 a 105 del PCH se constata la existencia de comunicaciones entre CARAT e YMEDIA y entre YMEDIA y PERSUADE que tuvieron lugar entre el 4 de junio de 2014 y el 30 de octubre de 2014.

Su contenido versa:

- sobre cuestiones relativas a las ofertas a presentar en el Acuerdo Marco (folios 5718 y 5719), (entre CARAT e YMEDIA, pero encontrado en la sede de PERSUADE),
- sobre los recursos presentados por PERSUADE y CARAT ante el TACRC (folios 5753 y 5757 a 5807),
- sobre el resultado de la adjudicación tras la resolución de TACRC (folio 5811) y
- sobre el recurso interpuesto ante el TACRC por STARCOM contra la adjudicación de 1 de octubre de 2014, del Acuerdo Marco 50/2014 (folios 5821a 5832 y 5834 a 5845).

Se encuentra en la sede de PERSUADE una comunicación de **4 de junio de 2014** entre José Pablo Canal (YMEDIA) y [JRO] (CARAT) (folio 5718 y 5719), referente a una duda sobre un aspecto relacionado con la oferta a presentar en el Acuerdo Marco. En particular, [JRO] pregunta:

“En los ejercicios estáis metiendo el equipo asignado a la cuenta??? Por un lado no dice nada y en otro sitio lo menciona”.

A lo que José Pablo Canal responde:

“Pues no he caído, lo revisamos.”

El **31 de julio de 2014** (folio 5753), al día siguiente de anunciarse la adjudicación inicial del Acuerdo Marco 50/2014, en un correo electrónico remitido por José Pablo Canal (YMEDIA) a [AVE] y Giacomo Pullara (PERSUADE), se señala:

*“No sé si serviría pero...Starcom y Optimedia son del mismo grupo. Si insinuamos que puede pactar precios porque hay un responsable del grupo en España que puede dar instrucciones y pactar precios... Si cayera una entraría (en el caso de que MBD no estuviera que debe ser lo lógico) Zenith que, casualmente, es del mismo grupo. De ahí pasaríamos a nosotros
Por otro lado, les he dicho a Carat que intenten que un medio recurra la adjudicación porque (o informe a la administración) los precios de MBD son imposibles y porque los de MAC supondrían un perjuicio para sus intereses y que no tiene lógica.
No es fácil porque deberíamos demasiados favores pero por no pedir que no quede
Un saludo”*

El **14 de agosto de 2014** -mismo día de su presentación- José Pablo Canal (YMEDIA) envía a Giacomo Pullara (PERSUADE) el recurso de CARAT ante el TACRC (folios 5757 a 5807).

El **12 de septiembre de 2014**, tras la resolución del TACRC de 8 de septiembre que estimaba los recursos de PERSUADE y CARAT, Giacomo Pullara (PERSUADE) escribe a José Pablo Canal (YMEDIA), el siguiente correo electrónico referido a la nueva valoración técnica y económica del Acuerdo Marco 50/2014 (folio 5811):

*“Persuade. SEGUNDO y Carat CUARTO.
Por finnnnN
Somos la pollaaaaaaa
Mal se nos tenía que dar”*

Igualmente, constan en el expediente al menos cuatro comunicaciones entre YMEDIA y PERSUADE en las que se intercambian las alegaciones de YMEDIA, PERSUADE y CARAT al recurso interpuesto por STARCOM respecto de la adjudicación de 1 de octubre de 2014 del Acuerdo Marco 50/2014. Por ejemplo, el 28 de octubre de 2014, José Pablo Canal (YMEDIA) envía a [AVE] y Giacomo Pullara (PERSUADE), un correo electrónico con el asunto “Comentario de nuestra abogada”, que refiriéndose a las alegaciones de PERSUADE al recurso interpuesto por STARCOM (folio 5820), afirma:

*“Estimado José Pablo:
Las alegaciones de Persuade me gustan. Están, desde un punto de vista técnico, muy bien explicadas y, de hecho, algunos de los apartados nos vendrán muy bien a nosotros para reproducir en nuestros escritos. Por nuestra parte, OK a su presentación.
Un saludo,”*

Del mismo modo –folios 5821 a 5832-, YMEDIA circula a PERSUADE el borrador de alegaciones que CARAT iba a presentar en el marco de ese recurso de STARCOM.

Estas comunicaciones tienen lugar entre PERSUADE, CARAT e YMEDIA, empresas que, todas ellas, habían presentado oferta de manera independiente en la licitación del Acuerdo Marco 50/2014.

La oferta de YMEDIA era la más elevada tras la de MAC y queda como la más elevada tras la exclusión de esta última después de la estimación parcial de los recursos especiales en materia de contratación ante el TACRC, presentados por PERSUADE y CARAT. Por lo tanto, la oferta de YMEDIA incide en la determinación de las puntuaciones económicas de las 20 empresas licitadoras restantes, al ser el límite máximo que se emplea en las fórmulas.

De hecho, la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación puso de manifiesto en una nota explicativa transcrita en la resolución del TACRC que estimaba parcialmente los recursos interpuestos por PERSUADE y CARAT (folios 331 a 333), que:

“4. Además de las empresas citadas por PERSUADE y CARAT se ha detectado una tercera empresa –INTELIGENCIA Y MEDIA- cuya oferta es similar a la de MAC, es decir, con precios desproporcionados al alza, un 382% superior a la media con picos de 1625%.”

3. Actuaciones de las empresas incoadas durante la ejecución del Acuerdo Marco

Durante la tramitación de este procedimiento se han acreditado los siguientes hechos relacionados con la ejecución del Acuerdo Marco en los que han participado las empresas incoadas (véanse los párrafos 117 a 225 del PCH).

A. No presentación de ofertas

Queda acreditado que las empresas incoadas no presentaron ofertas en todas las licitaciones, pese a que la Administración les explicó reiteradamente que tenían obligación de hacerlo, como se ha profusamente detallado²². Se recogen a continuación las campañas con sus fechas.

²² Así se constata en las respuestas de la DGRCC a los requerimientos de información de la Dirección de Competencia, de 15 de diciembre de 2015 (folios 349 a 4566) y de 14 de febrero de 2016 (folios 6270 a 7547).

	CARAT	PERSUADE	MEDIA SAPIENS	OPTIMEDIA	MEDIA BY DESIGN ²³
OFERTA NO PRESENTADA	23/15 (06-07-15) 24/14 (08-15) 28/15 (09-15) 2/16 (01-16) 5/16 (03-16) 11/16 (06-16)	28/15 (09-15) 2/16 (01-16) 3/16 (04-16) 5/16 (03-16) 6/16 (03-16) 8/16 (04-16)	22/15(04,05-15) 23/15 (06,07-15) 28/15 (09-15) 2/16 (01-16) 3/16 (04-16) 6/16 (03-16) 8/16 (04-16)	12/15 (02,03-15)	3/15 (02-15) 4/15 (02-15) 9/15 (03-15) 10/15(02-15) 11/15(05-15) 13/15(02-15) 14/15(05-15) 16/15(05,06-15) 18/15(04-15) 19/15(04-15) 21/15 (05-15) 22/15(04,05-15) 23/15 (06-07-15) 24/14 (08-15) 25/14 (08-15) 28/15 (09-15)

Fuente: elaboración de la CNMC a partir de la información de la DGRCC

B. Exclusión de ofertas

En reiteradas ocasiones las empresas presentaban ofertas que resultaban excluidas por alguno de los siguientes motivos:

- No contener una oferta económica válida, bien al ser menos favorable que la presentada en el Acuerdo Marco, bien al no satisfacer las condiciones de la campaña concreta.
- No contener el necesario PEC, o contener uno deficiente que no cumplía los requisitos exigidos en la campaña concreta.

OPTIMEDIA es la única empresa adjudicataria del Acuerdo Marco 50/2014 que se presentó a todas las licitaciones abiertas hasta el momento de la elaboración del PCH, salvo a una de la que consta que no tuvo noticia²⁴.

También es la única empresa que muestra su contrariedad a la JCCM por el hecho de que el resto de adjudicatarias no participen en todos los concursos (folios 7986, 7989, 7990, 7992 y 6279)²⁵. De hecho, OPTIMEDIA ganó varias campañas ofreciendo el precio máximo establecido en el Acuerdo Marco, debido a que el resto de competidores no presentaron oferta o fueron excluidos por presentarla de manera defectuosa, como ocurrió en el concurso 28/15 (folios

²³ Cabe destacar que MEDIA BY DESIGN resolvió su contrato con la Administración como adjudicataria del Acuerdo Marco 50/2014 en octubre de 2015 y por tanto no puede concurrir a las campañas posteriores a esa fecha.

²⁴ Los folios 7975 y 7976 contienen un correo electrónico interno recabado en la inspección de la sede de OPTIMEDIA, en el que se recoge que el motivo por el que no se presentaron a la convocatoria de Patrimonio Nacional (campaña 12/15), fue porque no la habían recibido.

²⁵ El 6 de junio de 2016 tuvo lugar una reunión entre **OPTIMEDIA** y la DGRCC, a petición de la empresa, en la que la misma puso de manifiesto **que algunas empresas adjudicatarias no presentaban ofertas a todas las licitaciones** y solicitó información sobre las causas por las que la administración había excluido algunas de sus ofertas en los procedimientos de licitación de contratos derivados (folios 6279).

7817 a 7822) o en el concurso 5/16 (folios 6870 y 6871). Igualmente es la única empresa que se interesa por los defectos de sus ofertas que habían motivado su exclusión de los procesos de licitación (folio 6279).

A continuación, se recogen detalladamente, los datos relativos a las licitaciones a las que las empresas no presentaron oferta o lo hicieron de manera defectuosa:

		CARAT	PERSUADE	MEDIA SAPIENS	OPTIMEDIA	MEDIA BY DESIGN ²⁶
EXCLUIDA	OFERTA ECONÓMICA DEFECTUOSA	15/15 (03-15) 16/15(05,06-15)	16/15(05,06-15)	8/15 (02-15)	3/15 (02-15) 2/16 (01-16) 7/16 (06-16)	15/15 (03-15)
	NO PEC	3/15 (02-15) 12/15(02,03-15)	3/15 (02-15) 12/15(02,03-15)	3/15 (02-15) 12/15(02,03-15)	4/15 (02-15)	12/15(02,03-15)
	PEC DEFICIENTE	8/15 (02-15) 13/15 (02-15) 21/15 (05-15) 6/16 (03-16)	8/15 (02-15) 13/15 (02-15) 11/16 (06-16)	13/15 (02-15) 5/16 (03-16), 11/16 (06-16)	8/15(02-15) 13/15(02-15) 21/15(05-15) 6/16 (03-16) 11/16 (06-16)	8/15 (02-15)

Fuente: elaboración propia a partir de la información de la DGRCC

C. Intercambio de correos electrónicos relativos a los contratos basados

En el PCH se transcriben los mencionados correos electrónicos, agrupándose por campaña, lo que acredita de manera directa este tipo de intercambios en 13 campañas derivadas del Acuerdo Marco que tuvieron lugar entre diciembre de 2014 y mayo de 2016.

a. Campaña 1/15-Transparencia

La presentación de ofertas en esta licitación debía realizarse entre el 19 de diciembre de 2014 y el 8 de enero de 2015.

El 26 de diciembre de 2014 a las 12:45h y 13:07h, Giacomo Pullara (PERSUADE) escribe a Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) el siguiente correo electrónico:

*“Hola Guillermo,
Te paso mi cuadro
Un abrazo”*

El adjunto contiene unas estimaciones relativas a la campaña 1/15-Transparencia (folios 5551 a 5554).

Posteriormente -a las 13:39h del 26 de diciembre de 2014- Giacomo Pullara (PERSUADE) envía a Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) una nueva versión adjuntando un nuevo cuadro “con fórmulas del acuerdo marco” (folios 5555 y 5556)

²⁶ Cabe destacar que MEDIA BY DESIGN resolvió su contrato con la administración como adjudicataria del Acuerdo Marco 50/2014 en octubre de 2015 y por tanto no puede concurrir a las campañas posteriores a esa fecha.

El mismo 26 de diciembre de 2014 a las 13:52h, Giacomo Pullara (PERSUADE) escribe a José Pablo Canal (YMEDIA) (folio 5854):

*“Hola amigo,
Te paso lo que me sale con las formulas del acuerdo marco.
Los resultados serían: CARAT 50,97; MBD 61,50; PC 48,60; Media SAPIENS 50,54; OPTIMEDIA 49,09.
En la hoja que te paso he metido datos de cobertura.
Todavía no me ha llamado Guillermo
Un abrazo”*

Inmediatamente después, a las 13:54h, José Pablo Canal (YMEDIA) contesta a Giacomo Pullara (PERSUADE) (folio 5854):

“Ostias!!! Pues tenemos un problema”

El 29 de diciembre de 2014, a las 11:16h, responde Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) a PERSUADE e YMEDIA y adjunta su cuadro (folio 5410 y 5411):

*“Os mando un archivo con 3 pestañas.
Por un lado, valoración Total Concurso, con puntuación real de las empresas.
Por otro, la puntuación de este concurso basado, con alguna modificación en amarillo, que repercute directamente en la puntuación Final (tercera pestaña)
Hablamos”*

Estimaciones de precios y descuentos enviadas por Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) a Giacomo Pullara (PERSUADE) y José Pablo Canal (YMEDIA) el 29 de diciembre de 2014 respecto a la campaña 1/15 (folio 5411):

	CARAT	MEDIA BY DESIGN	PERSUADE	MEDIA SAPIENS SPAIN	OPTIMEDIA	Oferta mínima	Oferta máxima
TV ámb. Nac. Emisión en abierto y TV aut. (Ap. X.2.1.1 pliego)							
GRP A3 y asoci. (8/1 al 15/07) (€)	2.450,00	75,00	2.400,00	750,00	1.018,60	75,00	2.450,00
GRP Tele 5 y asoci. (8/1 al 15/07) (€)	150,00	75,00	1,00	600,00	1.029,60	1,00	1.029,60
GRP TV auton. (8/1 al 15/07) (€)	570,00	50,00	500,00	570,00	600,00	50,00	600,00
GRP La Sexta asoci. (8/1 al 15/07) (€)	150,00	75,00	1,00	1.350,00	951,50	1,00	1.350,00
GRP Cuatro y asoci. (8/1 al 15/07) (€)	2.450,00	75,00	2.600,00	1.400,00	1.029,60	75,00	2.600,00
TV Resto de televisiones (Ap. X.2.1.2 pliego)						Máximo	
Resto TVs- Porcentaje desc. (%)	92,00%	95,00%	92,00%	88,00%	87,00%	95,00%	
Medios gráficos (Ap. X.2.2 pliego)							
Diarios de información general (%)	47,00%	30,00%	52,00%	58,00%	70,00%	70,00%	
Publicidad conv. Emitida en cadena (Ap. X.2.3.1 pliego)							
Radio Conv. En cadena emis. Gen (%)	70,00%	60,00%	68,00%	80,00%	75,00%	80,00%	
Radio Conv. En cadena emis. Tem. (%)	80,00%	85,00%	75,00%	80,00%	77,00%	85,00%	
Internet Ordenadores personales (Ap. X.2.4 pliego)							
PCs Web medios com. Integrados (€)	1,00	6,00	1,00	0,85	1,00	0,85	6,00
PCs. Otros sitios web. Integrados (€)	0,75	6,00	0,65	0,72	0,80	0,65	6,00

Estimaciones enviadas por Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) a Giacomo Pullara (PERSUADE) y José Pablo Canal (YMEDIA) el 29 de diciembre de 2014 respecto a la cobertura y puntuación en la campaña 1/15 (folio 5411)

	92,00	20	80	
EMPRESA	COBERTURA	TÉCNICO	ECONÓMICO	TOTAL
CARAT	91,00	19,78	50,94	70,72
MEDIA BY DESIGN	71,00	15,43	58,56	73,99
PERSUADE	92,00	20,00	54,14	74,14
MEDIA SAPIENS	84,00	18,26	54,68	72,94
OPTIMEDIA	86,00	18,70	52,82	71,51

Todas estas comunicaciones tuvieron lugar antes de la fecha de cierre de presentación de las ofertas para la campaña de transparencia, el 8 de enero de 2015.

En este caso, sólo PERSUADE mejora su oferta respecto de su precio máximo vinculante ofrecido en el Acuerdo Marco. Las demás agencias se limitan a ofertar sus precios y descuentos del acuerdo marco (folio 574).

La oferta de PERSUADE (folios 383, 574) se adapta a los cambios sugeridos por MEDIA SAPIENS (folio 5411). PERSUADE resulta adjudicataria de esta campaña (folio 576). Este no sería el resultado en el supuesto de que PERSUADE hubiera mantenido también sus precios y descuentos del acuerdo marco (folio 5854).

b. Campaña 4/15- Violencia de género

El 13 de febrero de 2015 a las 7:31h, dentro del plazo para presentar ofertas en esta licitación (folio 880), José Pablo Canal (YMEDIA) envía el siguiente correo electrónico a Giacomo Pullara (PERSUADE) (folios 5857 a 5890). En él YMEDIA traslada a PERSUADE la estrategia de medios elaborada y previamente enviada por CARAT para este concurso, junto con el siguiente mensaje:

“Buenos días

Me mandan esto para que empecemos a componer nuestro documento

¿Puedes meterle mano?

Recuerda que nuestro doc debe ser poco valorado

Un abrazo y gracias” (Énfasis añadido).

En este caso, solo CARAT, adjudicataria de esta campaña, realiza una oferta más ventajosa respecto de su oferta máxima vinculante del Acuerdo Marco (folios 879 a 905).

c. Campaña 5/15-Enfermedad Mental

El 16 de febrero de 2015 a las 15:01h, Giacomo Pullara (PERSUADE) envía a José Pablo Canal (YMEDIA), el siguiente correo electrónico (folio 5894), también dentro del plazo para presentar ofertas a esta licitación, que finalizaba el 25 de febrero de 2015 a las 17:30 (folio 1097):

“hola amigo,

carat 89.42

*mdb 85.19
pc 79.32
ms 82.59
opt 83.70
un abrazo”*

Ese mismo día, a las 15:47h, José Pablo Canal (YMEDIA) contesta a las estimaciones realizadas por Giacomo Pullara (PERSUADE), en las que se veía posicionada a CARAT en primer lugar, lo siguiente:

“Pues en ambos, si los quiere mbd, tendrá que bajar precios”

En esta campaña de escaso importe (60.116 euros) se presentan todas las agencias y lo hacen en los términos comprometidos en el Acuerdo Marco.

CARAT es el adjudicatario. Las puntuaciones obtenidas por las empresas se corresponden exactamente con las estimadas en el correo electrónico de PERSUADE de 16 de febrero de 2015 salvo en el caso de OPTIMEDIA, que logra 84.02 puntos (folios 1097 a 1123).

d. Campaña 9/15 de la Dirección General de Tráfico

El plazo para presentar ofertas para esta licitación finalizaba el 27 de marzo de 2015 (folio 1660).

Previamente a esa fecha CARAT intercambió comunicaciones con el Ministerio del Interior solicitando aclaración sobre algunos extremos de la propia licitación. El contenido de esas comunicaciones fue posteriormente trasladado a José Pablo Canal (YMEDIA). Éste a su vez, se lo trasladó a Giacomo Pullara (PERSUADE) el 17 de marzo de 2015 (folios 7903 a 7906).

El 17 de marzo de 2015 a las 11:55h, [ADO] (CARAT) escribió al Ministerio del Interior:

*“Buenos días,
Una vez analizado el pliego del concurso “Servicio de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, destinados a la materialización del plan de campañas de divulgación de la seguridad vial de la dirección general de tráfico durante 2015” observamos que el modelo solicitado de oferta económica (anexo V) no se ajusta al pliego del acuerdo marco.
Los descuentos presentados para el acuerdo marco por ejemplo en gráfica eran para el conjunto de los diarios de información general y no para cada uno de los diarios y tampoco para cada uno de los grupos editoriales.
Agradeceríamos se rectificara la oferta económica ajustándola al acuerdo marco o bien aclararan las ponderaciones y valoraciones de los descuentos en prensa.
Un saludo.”*

El Ministerio del Interior responde esa misma mañana a la 13:03h:

“Buenos días,

El acuerdo marco es un acuerdo de mínimos, a partir de los cuales cada organismo puede especificar, en función de sus necesidades. Así, la DGT ha ampliado el abanico de medios en prensa, y entendemos que es decisión de cada agencia aplicar un descuento genérico para todos los soportes o un descuento específico para cada uno de ellos. Atentamente, reciba un cordial saludo”

[JRO] (CARAT), contesta al Ministerio del Interior a las 15:08h del mismo 17 de marzo de 2015:

“Ok. Muchas gracias por su respuesta. Podría decirnos entonces las valoraciones de prensa como se van a repartir por soporte y grupo?”

Al minuto siguiente (15:09h) [JRO] (CARAT) escribe a José Pablo Canal (YMEDIA):

“He vuelto a insistir”

A las 15:11h José Pablo Canal (YMEDIA) responde a [JRO] (CARAT):

*“Tienen unos huevos que se los pisan porque el acuerdo de minimos no se refiere a eso y porque como nuestra propuesta base de descuentos por medios se ha de respetar, no tiene forma de saber si lo estamos respetando o lo estamos bajando
Es un alucine lo del acuerdo marco”*

De nuevo un minuto más tarde, a las 15:12h del 17 de marzo de 2015, José Pablo Canal (YMEDIA) escribe a Guicomo Pullara (PERSUADE):

*“Para tu info
¿Cómo coño saben si respetamos las condiciones de nuestra propuesta del acuerdo marco?
La Poll de Vedoll”*

CARAT es la adjudicataria de este concurso de 5.100.000 euros, sin mejorar la oferta que había establecido en el Acuerdo Marco (folio 1419 y 1420).

MEDIA SAPIENS (folios 1421 y 1422) y PERSUADE (folio 1426) tampoco mejoran sus respectivas ofertas del Acuerdo Marco.

De hecho, en este caso, solo OPTIMEDIA mejora en ciertos servicios su oferta del acuerdo marco (folio 1424). Sin embargo, la puntuación obtenida en la estrategia de medios es clave para determinar la superioridad de la oferta de CARAT frente a OPTIMEDIA (folios 1664 a 1679).

MEDIA BY DESIGN no acude a la licitación (folio 1660).

e. Campaña 12/15 - Promoción cultural y divulgación de los reales sitios

El plazo de presentación de ofertas de esta campaña se extendía entre el 23 de febrero de 2015 y el 3 de marzo del 2015, ambos inclusive (folio 1984). El 25 de

febrero de 2015 a las 14:32h Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS)²⁷ envió el correo que a continuación se transcribe a [JSA] (MEDIA BY DESIGN)²⁸ y a otros destinatarios que utilizaban las direcciones “[...]@gmail.com”, “[...]@gmail.com”, “[...]@gmail.com”. Estas direcciones no han podido ser identificadas. El mencionado correo fue enviado (folio 5424), y afirmaba:

*“Hola,
Os transmito mis impresiones finales de cara a Patrimonio Nacional.
Creo que podemos presentarnos todos.
Carat y Optimedia no variarán condiciones.
MbD, Persuade y MS lo hacen como sigue*

TV ámb. Nac. Emisión en abierto y TV aut. (Ap. X.2.1.1 pliego)	CARAT	MEDIA BY DESIGN	PERSUADE	MEDIA SAPIENS SPAIN	OPTIMEDIA
Medios gráficos (Ap. X.2.2 pliego)					
Diarios de información general (%)	47,00%	30,00%	80,00%	58,00%	70,00%
Diarios de información especializada (%)	65,00%	45,00%	68,00%	80,00%	70,00%
Suplementos (%)	85,00%	70,00%	82,00%	70,00%	70,00%
Revistas (%)	85,00%	85,00%	82,00%	50,00%	70,00%
Internet Ordenadores personales (Ap. X.2.4 pliego)					
PCs Web medios com. Integrados (€)	1,00	1,00	1,00	0,85	1,00
PCs. Web medios com. Otros (€)	2,20	2,00	2,10	1,30	1,50
PCs. Web medios com. Video (€)	6,00	2,00	6,00	1,28	5,00
PCs. Web medios com. Especiales (€)	1,00	1,00	2,00	0,20	2,00
Publicidad exterior (Ap. X.2.5 pliego)					
Publicidad exterior convencional (%)	90,00%	90,00%	90,00%	72,00%	85,00%
En base a esto las coberturas deben ser					
COBERTURA	22,5%	No presenta	No presenta	75,8%	48,2%

*En el anexo no se pide cobertura y no hay ninguna referencia a P.O. y ámbito por lo que lo ideal es que a MbD y Persuade se le olvide ponerla y si se la reclama después pusiera un 44.7% (MbD) y un 14.5% (Persuade).
Por favor, confirmar recepción y darme vuestro OK.
Saludos”*

PERSUADE presentó su oferta el 26 de febrero de 2015 -es decir, al día siguiente de este correo electrónico- y en los mismos términos que en él se establece, sin remitir dato de cobertura (folio 1981). A pesar de todo, PERSUADE

²⁷ Desde [...]@gmail.com. Cabe destacar que esta cuenta webmail fue localizada por los inspectores durante la inspección de la sede de MEDIA SAPIENS. Sin embargo, no se pudo acceder a la misma, dado que el Sr. Hernández aseguró no recordar su contraseña ni las respuestas a las preguntas de recuperación de contraseñas (folio 4625). Los inspectores facilitaron una serie de potenciales claves al Sr. Hernández para que accediera a dicho correo electrónico. Le sugirieron proceder copiando y pegando las claves facilitadas, pero el Sr. Hernández prefirió introducirlas manualmente. No consiguió entrar en su correo electrónico (folio 4628).

²⁸ [JSA] utiliza el correo electrónico [...]@gmail.com.

no declara que sea la propietaria de ninguna de las cuentas *webmail* antes citadas, en el transcurso de la inspección (folio 4673).

CARAT, MEDIA BY DESIGN y MEDIA SAPIENS remitieron sus ofertas en la fecha límite de presentación, ofertando sus condiciones del Acuerdo Marco (folios 1977 y 1978, 1979 y 1980, 1982 y 1983 respectivamente).

OPTIMEDIA no se presenta al concurso (folio 1984)²⁹. Las estimaciones empleadas para OPTIMEDIA en el cuadro del correo electrónico corresponden exactamente con la oferta que esta empresa presentó en el Acuerdo Marco (folios 150 a 152) y que resulta su mínimo vinculante.

El 6 de marzo de 2015, Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) escribe a la administración la siguiente carta (folios 5425 y 5426):

*“Estimados Sres.,
Ayer estuvimos presentes en la apertura del Expediente 2015/134 DGE para “Servicios de una agencia de medios de publicidad para una mejor y más amplia promoción y difusión publicitaria de los Reales Sitios y las actividades culturales programadas por Patrimonio Nacional en 2015”, al cual fuimos convocados mediante una invitación adjunta donde señalaban que existía la obligación de presentar oferta, según el Acuerdo Marco AM 50/2014.
El resultado de la misma ha sido el siguiente:*

	CARAT	MEDIA BY DESIGN	PERSUADE	MEDIA SAPIENS SPAIN	OPTIMEDIA
Diarios de información general (%)	47,00%	30,00%	80,00%	58,00%	
Diarios de información especializada (%)	65,00%	45,00%	68,00%	80,00%	
Suplementos (%)	80,00%	70,00%	82,00%	70,00%	
Revistas (%)	85,00%	70,00%	82,00%	20,00%	
PCs Web medios com. Integrados (€)	1,00	6,00	1,00	0,85	
PCs. Web medios com. Otros (€)	2,20	2,00	2,10	1,52	
PCs. Web medios com. Video (€)	6,00	2,00	6,00	1,28	
PCs. Web medios com. Especiales (€)	1,00	1,00	2,00	1,28	
Publicidad exterior convencional (%)	90,00%	70,00%	90,00%	70,00%	
COBERTURA	22,50%	25,80%		75,80%	

El motivo de mi escrito es que me gustaría destacar 2 elementos importantes de cara a nuestra valoración y que influyen en gran medida en el resultado final:

- En primer lugar, es que no ha concurrido a la licitación la empresa OPTIMEDIA S.L.U. a pesar de la obligatoriedad antes mencionada de presentar ofertas. Esto hace que por la forma de valoración de cada concurso, la concurrencia o no de una compañía influye negativamente en las restantes, como así ha sido en este caso hacia MEDIASAPIENS SPAIN. Si hubiera sabido que alguien podría no presentarse hubiera

²⁹ En el correo electrónico de un responsable de OPTIMEDIA el 1 de abril de 2015 a las 10:41h a otros trabajadores de OPTIMEDIA y al abogado externo de OPTIMEDIA se dice: “Hola. Este es el concurso que no nos presentamos porque no lo recibimos, y ha quedado desierto. Os lo envío para archivar por si hubiera algún tipo de problema. Gracias” (folio 7975).

variado mi oferta de descuentos. Entiendo que esa obligación debe hacerse valer y que por lo menos sea valorado su oferta del AM

- Y, en segundo lugar, la oferta de la empresa PERSUADE COMUNICACIÓN S.A. está incompleta, pues no ha presentado el porcentaje de cobertura, así que debería ser excluida, ya que no le obliga ningún requisito cualitativo al plan, cosa que nosotros si hemos hecho, a sabiendas que había que presentar dicho dato, el cual determina el nivel de descuentos dado.

En resumen, ambos hechos desvirtúan las ofertas presentadas por el resto de licitadores y, en concreto, nos perjudica directamente a MEDIASAPIENS SPAIN.

Espero sus noticias al respecto para considerar próximos pasos ya que consideramos que estos puntos nos han perjudicado de cara a nuestra valoración final.

Saludos cordiales”

Finalmente, la DGRCC resolvió este concurso el 27 de marzo de 2015, declarándolo desierto al no haber presentado ninguna de las empresas participantes el Plan Estratégico de Comunicación que se establece en el Pliego de Prescripciones Técnicas de la licitación (folio 1985)³⁰.

f. Campaña 14/15- Productos alimentarios

En este caso, se ha recabado un correo electrónico de PERSUADE a YMEDIA, enviado el 7 de mayo de 2015 a las 15:51h (folio 5974), dentro del período de presentación de ofertas, en el que se dice:

“Hola amigo,

Si se puede ganar pasta con este concurso, a lo mejor interesaría ganarlo.

Para MS lo veo complicado por su oferta, pero claro a lo mejor sabe como.

Un abrazo”

CARAT presenta su oferta del Acuerdo Marco.

PERSUADE y OPTIMEDIA presentan ofertas que en ciertos servicios mejoran sus niveles de precios y descuentos del Acuerdo Marco.

MEDIA BY DESIGN no presentó oferta.

La oferta de MEDIA SAPIENS contenía los precios y descuentos que esta empresa ofertó en el Acuerdo Marco; sin embargo, obtuvo la puntuación más alta en la valoración técnica de la estrategia de medios (que representaba un 25% de la valoración total), resultando la empresa adjudicataria (folios 2411 a 2416).

³⁰ Posteriormente Patrimonio Nacional convoca otro concurso análogo (17/15) al que acuden las cinco adjudicatarias del Acuerdo Marco. Este concurso es ganado por MEDIA SAPIENS (folios 3299 a 3309).

g. Campaña 15/15- Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP)

Esta campaña establecía un plazo para la recepción ofertas que finalizaba el 27 de marzo de 2015 a las 14 horas (folio 2612).

El 25 de marzo de 2015 a las 13:47h, José Pablo Canal (YMEDIA) traslada a Giacomo Pullara (PERSUADE) un correo electrónico de [JRO] (CARAT) relativo a la campaña 15/15- Universidad Internacional Menéndez Pelayo (folio 7907) en el que CARAT dice:

*“Buenos días,
Te adjunto el documento de uimp. Sólo nos falta evaluación. Los datos que hay en la plantilla no valen, son de otro.
Comentarte que con el presupuesto que dan no se llega a la planificación que quieren.”*

Adjunta su estrategia de medios y tres tablas (folios 7909 a 7937).

Las comunicaciones entre YMEDIA y PERSUADE continúan y el 26 de marzo de 2015 a las 16:03h (folio 7938), José Pablo Canal (YMEDIA) envía a Giacomo Pullara (PERSUADE) un correo electrónico de [JRO] (CARAT) escrito a las 14:05h de ese mismo día, en el que CARAT comunica:

“Cobertura total 27.1%”.

YMEDIA explica a PERSUADE:

*“No me ha contestado sobre el target que lo han hecho.
Diría que da igual pero pondría algo más
No especificamos target pero si son los perfiles que pones en el documento...debería salir más”*

Finalmente, PERSUADE resultó adjudicataria de este contrato, tras ser la única empresa que mejoró su oferta del Acuerdo Marco (folio 2614).

OPTIMEDIA y MEDIA SAPIENS presentaron sus respectivas ofertas vinculantes del Acuerdo Marco 50/2014, mientras que MEDIA BY DESIGN y CARAT fueron excluidas por ofertar en uno de los servicios una cuantía superior a la establecida en sus respectivas ofertas del acuerdo marco.

h. Campaña 16/15- Ahorro y eficiencia energética 2015 (IDAE)

En este caso, el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 12 de junio de 2015 a las 13 horas (folio 3069).

Antes de la fecha límite de entrega de las ofertas en esta licitación se producen los siguientes intercambios de información:

Giacomo Pullara (PERSUADE), en un correo electrónico de 29 de mayo de 2015 a las 11:38h, traslada su estimación sobre la campaña a José Pablo Canal (YMEDIA) (folios 5980 y 5981):

“Aquí va a ganar el que quiera el IDAE.”

Giacomo Pullara (PERSUADE) se comunica con Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS), el 2 de junio de 2015 a las 12:40h (folios 5428 a 5511):

“Te paso el plan”

A este correo se adjunta su plan estratégico de comunicación.

El 9 de junio de 2015 a las 18:28h, Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) remite su valoración económica de la campaña a Giacomo Pullara (PERSUADE), poniendo en copia a José Pablo Canal (YMEDIA) (folios 5512 y 5513).

El 11 de junio de 2015, José Pablo Canal (YMEDIA) envía a Giacomo Pullara (PERSUADE) el plan estratégico de medios de CARAT (folio 5984). Previamente ese mismo día, CARAT había enviado dicho plan a José Pablo Canal, con el siguiente mensaje (folio 5984):

*“Hola Jose Pablo,
Te envío el plan de OOH para IDEA.
Saludos,
Lola”*

La adjudicataria es MEDIA SAPIENS que, pese a que mejora su oferta del Acuerdo Marco en menos elementos que OPTIMEDIA, presenta un plan estratégico de comunicación que le permite obtener la puntuación máxima prevista para ese concepto que representaba el 20% de la puntuación total.

MEDIA BY DESIGN no se presenta.

CARAT y PERSUADE quedan excluidas por aportar un plan teórico de medios deficiente e incumplir la cobertura solicitada en las prescripciones del concurso (folios 3069, 3071 y 3076).

i. Campaña 18/15- Fraude Fiscal

En este caso, el plazo para la presentación de ofertas finalizaba el 18 de abril de 2015 (folio 3515).

El 9 de abril de 2015 a las 8:54h, antes de que finalizara el plazo para presentar ofertas, José Pablo Canal (YMEDIA) envió un correo electrónico a PERSUADE con el asunto **“creo que así no lo asegura mejor, si carat cambia precios”**, en el que se adjunta una tabla con precios y descuentos para la campaña y se le pregunta a PERSUADE por su opinión (folios 5909 y 5910).

El 17 de abril de 2015 a las 8:48h José Pablo Canal (YMEDIA) reenvió a Giacomo Pullara (PERSUADE) un correo electrónico de CARAT del 16 de abril de 2015 (folio 5916) en que CARAT afirmaba:

*“Hola José Pablo,
Te envío el Anexo II completado y ppt a incluir según punto 6 del Anexo II de Agencia Tributaria para que le eches un vistazo y nos des el ok.
En caso de cualquier cambio, nos comentas.
Gracias”*

CARAT adjunta a este correo electrónico su estrategia de medios.

En esta ocasión solo OPTIMEDIA, CARAT y PERSUADE mejoraron sus precios y descuentos respecto de sus ofertas en el Acuerdo Marco.

MEDIA SAPIENS presentó sus ofertas en línea con los precios que habían presentado en el Acuerdo Marco.

MEDIA BY DESIGN no acudió a la licitación.

PERSUADE resultó adjudicataria (folio 3518 a 3520).

j. Campaña 19/15- Fuerzas Armadas

El plazo para presentar ofertas en este concurso transcurría entre el 16 de abril y el 28 de abril de 2015 (folio 3674).

El mismo 16 de abril de 2015 a las 17:52 horas, Giacomo Pullara (PERSUADE) remitió a José Pablo Canal (YMEDIA) el siguiente correo electrónico (folios 5914 y 5915):

“Sorprendentemente gana Media Sapiens, aunque se presente Mbd, pq será???”

En este correo se adjuntaba un cuadro *excel* con una serie de valoraciones (folio 5916), que se correspondían con los precios ofertados por las agencias en el Acuerdo Marco (folio 7862).

MEDIA SAPIENS fue la adjudicataria de este concurso en el que MEDIA BY DESIGN no presentó oferta y CARAT la presentó fuera de plazo, por lo que fue excluida (folios 3674 a 3680).

k. Campaña 21/15- Transporte Público

El mismo día en que el Ministerio de Fomento invitó a las adjudicatarias del Acuerdo Marco a participar en el concurso, el 30 de abril de 2015, José Pablo Canal (YMEDIA) envió un correo electrónico a Giacomo Pullara (PERSUADE), a las 15:23h (folios 5969 a 5970):

*“Buenas
Ya dirá nuestro amigo si lo quiere **pero sugiero ir a perderlo**
Obligarán a renfe y ahí se palma seguro
Así que presentaremos un mero óptico de Tv al máximo de inversión, sin exterior ni cine y con máximo en radio y mínimo en digital
Ninguna mejora, por supuesto
Condiciones: según le interesen a tu amigo
Te parece?” Énfasis añadido*

En este caso, CARAT y OPTIMEDIA fueron excluidos del concurso por incluir datos económicos en propuestas no evaluables mediante fórmulas (folio 3978). MEDIA SAPIENS fue la empresa adjudicataria (folio 3979).

I. Campaña 28/15- Prevención de VIH y otras ITS

El 9 de septiembre de 2015 el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad invitó a las cinco adjudicatarias del Acuerdo Marco a participar en la campaña. El plazo para presentar ofertas finalizaba el 17 de septiembre de 2015 a las 17:30h (folio 6210).

El 9 de septiembre de 2015, el mismo día en que el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad anunció la licitación, a las 13:38 horas Giacomo Pullara (PERSUADE) escribe a José Pablo Canal (YMEDIA) (folio 6210):

“Como no se presente Domingo Ortega o Manolete...”

Efectivamente, en esta campaña de escaso importe (43.802 euros), solo OPTIMEDIA presentó oferta y se le adjudicó la campaña sin tener ningún tipo de competencia y a pesar de haber ofertado sus precios y descuentos del acuerdo marco (folios 7823 a 7825).

m. Campaña 9/16- Sensibilización contra la violencia de las mujeres 2016

El 12 de mayo de 2016 la administración invitó a las empresas a presentar ofertas. El plazo para la presentación de ofertas finalizaba el 25 de mayo de 2016 a las 17:30 horas (folio 7413).

El mismo 12 de mayo de 2016 a las 17:24h, Giacomo Pullara (PERSUADE) escribió a José Pablo Canal (YMEDIA) (folios 6226 y 6227):

“Hola Amigo,

Te paso el Excel de Violencia 2016 (con los 4, sin Media Sapiens y sin Media Sapiens-Persuade)

Lo que hay que hacer es que Media Sapiens no vaya y jugar con los precios de Persuade para conseguir más ventaja sobre optimedia.

De los 100 puntos, los precios son 80 y hay 15 que se dan en función de % de GRPS en PT, posicionados y fuera de PT, posicionamiento en radio, cuñas máxima audiencia, paginas impar en prensa, color, 1/3 del periódico, impresiones en la home y posiciones en bobina de cine.

Un abrazo”

Posteriormente, el 18 de mayo de 2016 a las 12:30 h, Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) envió un correo electrónico a Giacomo Pullara (PERSUADE) (folio 5600), que contenía ofertas económicas para diferentes medios que coinciden con las que posteriormente presenta PERSUADE en esta licitación (folios 7158 y 7159).

En este concurso todas las empresas presentan oferta y ninguna es excluida. La adjudicataria final es MEDIA SAPIENS (folio 7413 a 7440).

n. Recapitulación de las pruebas referidas a campañas

Existe evidencia de comunicaciones entre competidores previas a la fecha de cierre de presentación de ofertas en diversas licitaciones basadas en el Acuerdo Marco. En cuanto al contenido de estas comunicaciones, en algunas de ellas se recogen las estimaciones hechas por las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco, sobre la valoración de las ofertas económicas de los concurrentes a diferentes licitaciones basadas en el acuerdo marco; mientras que en otras se remiten el plan estratégico de comunicación que proponen para un determinado concurso basado en el acuerdo marco, antes de finalizar el plazo para la presentación de ofertas al mismo.

A modo de resumen, se recoge a continuación la referencia a estos intercambios de información entre las empresas incoadas, así como los folios que los contienen³¹:

CAMPAÑA	IMPORTE (sin IVA)	FECHA OFERTAS	ADJUDICATARIO	INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE COMPETIDORES
1/15-Transparencia	465.868€	8 enero 2015	PERSUADE	PERSUADE a MEDIA SAPIENS: 26/12/14 12:45h, 13:07h, 13:39h (folios 5551 a 5556) YMEDIA a PERSUADE: 26/12/14, 13:52h (folio 5854) MEDIA SAPIENS a PERSUADE e YMEDIA: 29/12/14, 11:16h (folio 5410 y 5411)
4/15-Violencia mujeres	3.719.008 €	18 febrero 2015, 17:30h	CARAT	YMEDIA a PERSUADE: 13/2/15, 7:31h (folios 5857 a 5890)
5/15-Enfermedad mental	60.116€	25 febrero 2015	CARAT	YMEDIA a PERSUADE: 16/2/15, 15:47h (folio 5894)
12/15-Patrimonio Nacional	210.000€	3 de marzo 2015	DESIERTA	MEDIA SAPIENS a MEDIA BY DESIGN y otros no identificados ([...] @gmail.com , [...] @gmail.com , [...] @gmail.com): 25/2/2015, 14:32h (folio 5424)
9/15-DGT	5.100.000 €	27 marzo 2015	CARAT	CARAT a YMEDIA: 17/3/15, 15:09h YMEDIA a PERSUADE: 17/3/15, 15:12h (folio 7903 a 7906)
15/15-UIMP	130.000€	27 marzo 2015	PERSUADE	CARAT a YMEDIA: 25/3/15, 13:12h YMEDIA a PERSUADE: 25/3/15, 13:47h (folios 7907 a 7937) CARAT a YMEDIA: 26/3/15, 14:05h YMEDIA a PERSUADE: 26/3/15, 16:03h (folios 7938 y 7939)
18/15-Fraude fiscal	6.743.802 €	18 abril 2015	PERSUADE	YMEDIA a PERSUADE: 9/4/15, 10:54h (folios 5909 y 5910) CARAT a YMEDIA: 16/4/15, 12:29h (folio 5916) YMEDIA a PERSUADE, 17/4/15, 8:48h (folios 5916 a 5950)
19/15-Fuerzas armadas	628.099€	28 abril 2015	MEDIA SAPIENS	PERSUADE a YMEDIA, 16/4/15, 17:53h (folios 5914 y 5915)
21/15-Transporte público	551.240€	11 mayo 2015	MEDIA SAPIENS	YMEDIA a PERSUADE, 30/4/15, 15:23h (folios 5969 y 5970)

³¹ Cabe recordar que las inspecciones en las sedes de MEDIA SAPIENS, PERSUADE y OPTIMEDIA tuvieron lugar los días 24 y 25 de mayo de 2016, así como que, por error, los autos de autorización judicial de entrada en las sedes de MEDIA SAPIENS y OPTIMEDIA fueron notificados con anterioridad a su ejecución.

14/15- Productos alimentarios	619.835€	20 mayo 2015	MEDIA SAPIENS	PERSUADE a YMEDIA, 7/5/15, 15:51h (folios 5974)
16/15-IDAE	3.580.000 €	12 junio 2015	MEDIA SAPIENS	PERSUADE a YMEDIA, 29/5/15, 11:38h (folios 5980 y 5981) PERSUADE a MEDIA SAPIENS, 2/6/15, 12:40h (folios 5428 a 5511) MEDIA SAPIENS a PERSUADE e YMEDIA, 9/6/15, 18:28h (folios 5512 y 5513) CARAT a YMEDIA, 11/6/15, 12:06h (folio 5984) YMEDIA a PERSUADE, 11/6/15, 12:14h (folio 5984 a 5986)
28/15- Sida	43.802€	17 septiembr e 2015	OPTIMEDIA	PERSUADE a YMEDIA, 9/9/15, 13:48h (folio 6210)
9/16- Violencia mujeres	2.314.050 €	25 mayo 2016	MEDIA SAPIENS	PERSUADE a YMEDIA, 12/5/16, 17:24h (folios 6226 y 6227)

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos suministrados por la DGRCC y la documentación recabada en las inspecciones

D. Intercambios de información no referidos a contratos concretos

Las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco intercambiaron comunicaciones relativas a otras cuestiones relacionadas con el mismo.

En los párrafos 195 a 217 del PCH se recogen intercambios entre las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco, cuyo contenido versa sobre las siguientes cuestiones:

- Comparten datos sobre sus comunicaciones con la administración respecto de la gestión del Acuerdo Marco. En el primer caso, YMEDIA traslada a CARAT los argumentos de PERSUADE que le habían sido enviados previamente (folios 5848 a 5851, 5560, 6208 y 6209).

Existen evidencias en el expediente que acreditan el intercambio de información entre las empresas adjudicatarias, sobre la celebración de estas reuniones aclaratorias con la administración. Así, José Pablo Canal (YMEDIA) escribió a Giacomo Pullara (PERSUADE) el 10 de abril de 2015 a las 11:13 h, en el que le informa de la fecha de la reunión de CARAT (folio 5911):

“A carat el 20.”

Añadiendo José Pablo Canal (YMEDIA) en un correo remitido el mismo día también a Giacomo Pullara (PERSUADE), que:

“Tendremos la info. Debemos consensuar discurso y preguntas para carat y que luego ellos nos cuenten.”

- Comparten el dato de la adjudicación de contratos en un momento en el que la aplicación CONECTA CENTRALIZACIÓN no daba a conocer públicamente quién era el ganador de cada licitación (folios 5955 a 5961).

- Comparten información sobre documentación o certificados que deben presentar a la administración (folios 5971 a 5973, 5978, 6201 a 6207). En los folios citados, José Pablo Canal (YMEDIA) reenvió a Giacomo Pullara (PERSUADE) correos electrónicos recibidos por CARAT, en los que la administración daba instrucciones a CARAT sobre el proceso de facturación de campañas de las que había sido adjudicataria.

- Acuerdan la coordinación de su estrategia negociadora con la administración dentro del Acuerdo Marco, como consecuencia del cambio de las cadenas de pauta única de A3 Cobertura (folio 5596). En este sentido, se ha acreditado un diálogo entre MEDIA SAPIENS, YMEDIA y PERSUADE a finales de junio de 2015, de cara a coordinar su estrategia negociadora con la administración dentro del Acuerdo Marco. Así, por ejemplo, Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS), el 23 de junio de 2015, escribió:

“Hola,

Os paso un dato para que lo tengamos en cuenta...y lo usemos como creamos. Ya sabréis que A3 Cobertura con el cambio de cadenas de pauta única ya no representa el mismo producto que tarifamos en acuerdo o, a día de hoy. Cuando dimos precios de acuerdo marco, a3 cobertura estaba formada por a3+ Nova. Ahora es a3+Nova+ Mega ...a los efectos de comprar no nos afecta porque siguen pasando el mega precio...pero en venta podríamos argumentar que no podemos dar el mismo precio porque el producto es diferente..(tenemos una cadena más)

Qué os parece????.Mandamos carta??

Gracias.”

A lo que José Pablo Canal (YMEDIA) responde el mismo día 23 de junio de 2015, a las 9:45 h:

“Buenas

Igual lo que deberíamos hacer es una carta a modo consultivo ya que cada ministerio se acogerá a que el pliego dice "asociadas" no especificando así que nos lo echaran por tierra

Lo hablamos el viernes?”

El día 25 de junio de 2015, Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) añadía:

“Y ahora la FORTA”.

A lo que José Pablo Canal (YMEDIA) respondía el mismo día 25 de junio a las 14:54 h:

“Si, pero ¿cómo lo gestionamos con CORA?”

Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) contestaba a este correo el 26 de junio de 2015 a las 14:33 h:

“Yo diría que habría que hablarlo con jurídico pero como primera medida un escrito aludiendo a un cambio en la oferta de cara al costo Grp ofertado que no es posible mantener.

*Esto sabemos que no afecta mucho pero no debemos perder opciones
Hablamos si queréis el lunes en una call”*

- El 4 de diciembre de 2014, José Pablo Canal (YMEDIA) comparte con Giacomo Pullara (PERSUADE) una información relativa a una reunión de varios miembros de la Asociación de Agencias de Medios con la administración en relación con el Acuerdo Marco 50/2014 (folios 5850 y 5851). PERSUADE no es miembro de esta asociación^[1]:

[1] Son miembros de la Asociación de Agencias de Medios : ARENA MEDIA, BLUE 449, CARAT, EQUUMEDIA, FOCUS MEDIA, HAVAS, INITIATIVE MEDIA, MAXUS, MEC, MEDIACOM, MEDITERRÁNEA, MINDSHARE, OMD, PHD, SMG, UNIVERSAL MCCANN, YMEDIA y ZENITH.

“Esta mañana he estado en Presidencia del Gobierno, en representación de nuestra asociación AM (junto a Leo Farache director general de la asociación, y Gerardo Mariñas de Mediacom).

(...)

Pero también han salido algunas cosas que es bueno sepáis”

- Acuerdan reuniones haciendo referencia al control de determinadas licitaciones, que no han podido concretarse durante la instrucción de este procedimiento. En particular, con fecha 7 de enero de 2016 Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) escribe a Giacomo Pullara (PERSUADE) (folio 5597):

“Hola amigo,

Qué tal? Feliz año!!

Nos tomamos un cafetito la próxima semana y charlamos???

Una cosa, este concurso lo controlabais vosotros, verdad??

Abrazos.”

Giacomo Pullara (PERSUADE) responde a Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) el 11 de enero de 2016 en lo siguiente (folio 5597):

“Hola amigo,

Feliz Año.

Efectivamente ese concurso lo controlamos nosotros

El café cuando quieras, me mandas un whatsapp y quedamos

Un abrazo”

- Comparten información comercial sensible sobre las eventuales licitaciones de contratos basados en el Acuerdo Marco, antes de que fueran convocadas (folios 5514 a 5518). Así por ejemplo, Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) envió a Giacomo Pullara (PERSUADE) y a José Pablo Canal (YMEDIA), el 18 de abril de 2016, información obtenida por su empresa sobre los concursos que se preveía que fueran convocados en el futuro próximo, en ejecución del Acuerdo Marco:

“fyi [...]”.

E. Incidencias producidas en la ejecución de las licitaciones de los contratos basados en el Acuerdo Marco

La DGRCC ha informado de dos casos de incumplimiento en la ejecución de contratos basados en el Acuerdo Marco una vez adjudicados, en ambos por parte de PERSUADE, que han dado origen a la resolución del contrato y al traslado de los hechos a la Fiscalía Provincial de Madrid por si los mismos fueran constitutivos de delito (folio 352).

5. Otros hechos acreditados

A lo largo de la tramitación de este procedimiento tanto PERSUADE como YMEDIA han puesto de manifiesto la existencia de una relación comercial entre ellas. En este sentido, YMEDIA ha explicado que *“presta servicios de adquisición*

de espacios en medios de comunicación desde septiembre de 2009" (folio 8803) a PERSUADE, y PERSUADE ha aportado su declaración anual de operaciones con terceras personas (modelo 347), de los ejercicios 2014, 2015 y 2016 (folios 9271 a 9290). En las declaraciones de PERSUADE de los ejercicios 2014 y 2016 aparecen operaciones con YMEDIA, pero no en la de 2015.

Durante el análisis de la información recabada en formato electrónico en la sede de PERSUADE, la DC comprobó que un número muy importante de las evidencias incriminatorias de esta empresa en la participación en la conducta investigada fueron encontradas en el correo electrónico de D. Giacomo Pullara, como parte de los elementos eliminados del mismo, tal y como recoge la PR en sus párrafos (561) a (565).

Debido a ello, el acceso a esa información sólo se pudo realizar gracias a que los inspectores de la DC habían procedido a una extracción preliminar de los buzones de correo electrónico completos, en lugar de limitarse a analizar los dispositivos electrónicos de las personas investigadas en PERSUADE en su estado corriente en el momento de la inspección.

Consta acreditado (folio 5524) que durante la inspección llevada a cabo en MEDIA SAPIENS, se verificó que en el ipad de Guillermo José Hernández Lopez constaba como contacto reciente D. [JSA] (Directivo de MEDIA BY DESIGN) a pesar de que en los correos recabados en la inspección no se encuentran contactos entre ellos en fechas cercanas a la inspección.

IV. Fundamentos de Derecho

PRIMERO. Objeto de la Resolución, Normativa aplicable y Competencia para resolver

En el presente expediente sancionador debe analizarse, sobre la base de la instrucción realizada por la DC que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las prácticas investigadas constituyen una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE. La conducta se habría mantenido de forma continuada en el tiempo, al menos desde el 26 de diciembre de 2014, hasta el 25 de mayo de 2016 (día en que comenzaron las inspecciones en las sedes de algunas de las empresas).

La conducta infractora abarca todo el territorio nacional, en la medida en que los hechos objeto de investigación afectan, al menos potencialmente, a todas las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado en sentido amplio, cuyo impacto es nacional.

No obstante, teniendo en cuenta el marco normativo de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública (se trata de un contrato armonizado), teniendo en cuenta el tipo de servicios y las características de las empresas participantes, puede concluirse que se cumple el criterio de afectación al comercio interior de

la Unión Europea, desarrollado en la Comunicación de la Comisión Europea de directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio intracomunitario, que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE, de acuerdo con el Reglamento 1/2003³².

De lo que antecede se deduce que compete a la CNMC aplicar lo dispuesto en la LDC en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia³³.

El artículo 20.2 de la ley de creación de la CNMC atribuye al Consejo la función de resolver los procedimientos sancionadores previstos en la LDC y, según el artículo 14.1.a) de su Estatuto Orgánico, la competencia en este caso corresponde a la Sala de Competencia³⁴.

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

SEGUNDO. Propuesta de Resolución del órgano instructor

La investigación de la Dirección de Competencia se ha basado en la información remitida por la Junta de Contratación Centralizada del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, así como en la información recabada en las inspecciones domiciliarias de OPTIMEDIA, MEDIA SAPIENS y PERSUADE.

Conforme se expresa en el apartado (520) de la PR, el órgano instructor considera acreditado partiendo de los hechos acreditados en el expediente que *“CARAT, PERSUADE, MEDIA SAPIENS, MEDIA BY DESIGN e YMEDIA (como cooperadora necesaria) son responsables de una infracción única y continuada del artículo 1.1 de la LDC y del artículo del 101.1 TFUE por sus conductas en relación con las licitaciones basadas en el Acuerdo Marco 50/2014, dentro del mercado de intermediación en la compra de espacios publicitarios en medios en España.”*

Esta actuación coordinada se habría sustanciado a través de contactos entre las empresas incoadas, en los que intercambiaron entre sí información relevante no pública para las adjudicatarias del Acuerdo Marco, en muchos casos relativa a

³² COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión referente a las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, 2004, DOUE nº C101/81, de 27 de abril de 2004 y Reglamento 1/2003 (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOUE nº L 1 de 4 de enero de 2003.

³³ De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº 134, de 5 de junio de 2013. Texto consolidado <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-5940>.

³⁴ Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº 209, de 31 de agosto de 2013.

las ofertas que las empresas iban a presentar a las campañas licitadas en ejecución del citado acuerdo marco con anterioridad a la fecha límite para la presentación de las mismas. Asimismo, las empresas incoadas habrían coordinado sus ofertas en lo relativo a los precios y descuentos, cobertura y planes estratégicos de comunicación, lo que en muchos casos conllevó la no participación de algunos de estos operadores en las licitaciones.

Según expresa la Dirección de Competencia en el apartado (514) de la PR,

“los contactos contenidos en el apartado 5.7 del PCH van más allá de la cooperación y transparencia auspiciada bajo el prisma del Acuerdo Marco 50/2014 y muestran no sólo la existencia de una relación fluida entre competidores, sino sobre todo que en un supuesto entorno competitivo como el que proponía el citado acuerdo marco, las empresas participantes en las conductas objeto del expediente eliminaban cualquier ventaja competitiva que se pudiera obtener al clarificar determinados aspectos del acuerdo marco.”

Asimismo, señala el órgano de instrucción que estas *“conductas anticompetitivas no estarían amparadas por la exención prevista en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, puesto que no se ha acreditado por CARAT, PERSUADE, MEDIA SAPIENS, MEDIA BY DESIGN e YMEDIA que las mismas hayan generado unas eficiencias que hayan beneficiado significativamente a los consumidores y, en todo caso, estas conductas han llevado a una eliminación de la competencia en un segmento del mercado de intermediación en la compra de espacios publicitarios en medios en España, particularmente, el correspondiente a las licitaciones basadas en el Acuerdo Marco 50/2014, que cubren las necesidades de publicidad institucional de la Administración General del Estado”*.

En conclusión, la Dirección de Competencia considera que en el presente expediente ha quedado acreditado que *“CARAT (con la cooperación necesaria de YMEDIA), PERSUADE, MEDIA SAPIENS, MEDIA BY DESIGN han realizado un conjunto de prácticas anticompetitivas con una estrategia y finalidad común que tienen como objeto y efecto, al menos potencial, distorsionar la competencia efectiva en el mercado de intermediación en la compra de espacios publicitarios en medios en España, reduciendo de forma artificial e injustificada la competencia entre cuatro de las cinco adjudicatarias del Acuerdo Marco 50/2014 en las licitaciones basadas en dicho acuerdo marco, lo que es contrario a los artículos 1 LDC y 101 TFUE”*.

Igualmente afirma que *“se ha acreditado que la implementación de estas conductas anticompetitivas se ha producido desde, al menos, el 26 de diciembre de 2014, hasta, al menos, los días 25 y 26 de mayo de 2016, en que se llevaron a cabo las inspecciones domiciliarias”*, con la excepción de MEDIA BY DESIGN, cuya participación en la infracción habría finalizado el 15 de octubre de 2015, con la rescisión de su contrato en el Acuerdo Marco 50/2014.

Por otro lado, la Dirección de Competencia pone de relieve la participación directa que han tenido varios representantes legales o directivos de las empresas MEDIA SAPIENS, PERSUADE e YMEDIA, *“en el diseño e implementación de los acuerdos o prácticas concertadas entre estas empresas”*, lo que *“da lugar a*

responsabilidades a los efectos de la LDC, y permiten la aplicación de la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC a cada una de estas personas físicas”.

Finalizada la instrucción del expediente, teniendo en cuenta la información obrante en el mismo, la Dirección de Competencia en su informe elevado el pasado 27 de noviembre de 2017, propone a esta Sala la siguiente imputación, conforme lo dispuesto en el artículo 50.4 de la LDC:

“PRIMERO. *Que se declare la existencia de una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en acuerdos y prácticas concertadas entre las empresas CARAT ESPAÑA, S.A.U. (CARAT), MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L. (MEDIA SAPIENS), PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. (PERSUADE), MEDIA BY DESIGN SPAIN, S.A. (MEDIA BY DESIGN) e INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A. (YMEDIA), en este último caso como cooperador necesario en la implementación de las conductas investigadas, para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en el mercado de servicios de intermediación publicitaria en España, en concreto, en relación con las licitaciones de contratos basados en el Acuerdo Marco para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado (Acuerdo Marco 50/2014).*

Estos acuerdos y prácticas concertadas han tenido un objeto y efecto restrictivos de la competencia, al menos potencial, al reducir de forma artificial e injustificada la competencia entre cuatro de los cinco adjudicatarios del Acuerdo Marco 50/2014 en las licitaciones basadas en dicho acuerdo marco, lo que ha causado un perjuicio a la Administración General del Estado de cara a sus campañas de publicidad institucional, en forma de mayores precios unitarios, menor cobertura de su campañas y menor calidad en los planes estratégicos de comunicación.

Estos acuerdos y prácticas concertadas entre competidores, de carácter secreto, constituyen un cártel conforme a lo previsto en el apartado dos de la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO. *Que se declare responsables de dicha infracción a CARAT ESPAÑA, S.A.U. (CARAT) e INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A. (YMEDIA) (estas dos empresas de forma solidaria entre sí, al formar parte del mismo grupo empresarial y al haber actuado la segunda como intermediaria de la primera), así como a MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L. (MEDIA SAPIENS), PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. (PERSUADE) y MEDIA BY DESIGN SPAIN, S.A. (MEDIA BY DESIGN).*

TERCERO: *Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.*

CUARTO: *Que se imponga a las empresas mencionadas anteriormente la sanción prevista en el artículo 63 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.*

QUINTO: *Que se considere la concurrencia de la circunstancia agravante a la que se refiere el artículo 64.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en el caso de PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A.*

SEXTO: *Que se imponga a los representantes legales o directivos, D. Guillermo José Hernández López (MEDIA SAPIENS), D. Giacomo José Pullara Sanz (PERSUADE) y D. José Pablo Canal (YMEDIA), la sanción prevista en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia por su participación directa en el diseño, supervisión e implementación de los acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas mencionadas anteriormente.*

SEXTO: *Que se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 53 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en la medida que resulten pertinentes.”*

TERCERO. Valoración de la Sala de Competencia

1. Delimitación de la conducta constitutiva de infracción y tipicidad

El objeto del presente expediente es valorar si los hechos acreditados suponen una restricción a la competencia tipificada como infracción del artículo 1 de la LDC y del 101 del TFUE.

El artículo 1 de la LDC prohíbe “*todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: (...) c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*”

En el mismo sentido, el artículo 101 del TFUE establece que “*serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: (...) c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento*”.

En el apartado III de la presente resolución se han acreditado numerosos intercambios de información entre las empresas incoadas que habrían permitido a las empresas un reparto de pujas. En este momento estos hechos deben ser analizados a la luz de la tipificación contenida en los citados artículos.

Para realizar adecuadamente este análisis se comenzará con el estudio y valoración del contexto en que se producen los citados intercambios que resultan necesarios para la valoración de la conducta calificada como infractora.

Procede por tanto analizar en qué medida la práctica descrita en los hechos probados de esta resolución puede subsumirse en el tipo del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE empleando para ello la prueba de indicios.

A. Empleo de la prueba de indicios

La aplicación de la prueba de presunciones en el ámbito del procedimiento sancionador está generalmente admitida por la constante doctrina del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo e incluso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁵.

Así se reconoce también en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014³⁶.

“La acreditación de las conductas infractoras mediante la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde las SSTC 174 y 175/1985 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 razonable que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea que tiene, de acuerdo con el artículo 19 del TUE, la misión de garantizar la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión, realiza este cometido a través de los distintos órganos jurisdiccionales que lo integran, a estos efectos, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General. Ambos Tribunales, se han expresado en los términos expuestos, y buen ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, asunto C-441/11, apartados 70 y concordantes.”

³⁵ SSTC 174/85 y 175/85, de 17 de diciembre; 150/1987, de 1 de octubre y 157/98, de 13 de Julio. En el mismo sentido el TS, 26 de Julio de 1985 y 18 de noviembre de 1986 y TJCE de 31 de marzo de 1993, Pasta de madera, As. C-89/85.

STC (Sala Primera), Sentencia núm. 63/2007 de 27 marzo STC 120/1994, SSTC 73/1985 y 1/1987. STS de 15 julio 2002 RJ 2003\2320 (núm. de recurso de casación 6171/1996).

“La prueba puede derivarse de la coexistencia de inferencias suficientemente fuertes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas”. Caso Irlanda v. Reino Unido, STEDH 18 enero 1978, §161. Caso Anguelova v. Bulgaria, recurso núm. 38361/97, STEDH 13 junio 2002; Caso Tahsin Acar v. Turquía, recurso núm. 26307/95, STEDH 8 Abril 2004; Caso Nachova y otros v. Bulgaria, recursos 43577/98 y 43579/98, STEDH 6 julio 2005; Caso Virabyan v. Armenia, recurso núm. 40094/05, STEDH 2 octubre 2012).

³⁶ SAN 3453/2014, de 21 de julio, recurso núm. 426/2012

En el extracto arriba transcrito de la Sentencia de la AN se cita la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que por su claridad respecto a esta cuestión transcribimos³⁷:

“70. A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 57, así como 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 94).

71. Tales indicios y coincidencias, evaluados globalmente, no sólo pueden revelar la existencia de acuerdos o prácticas contrarios a la competencia, sino también la duración de prácticas colusorias continuadas y el período de aplicación de acuerdos celebrados en contra de las reglas en materia de competencia (véase, en este sentido, la sentencia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, antes citada, apartados 95 y 96).”

La citada doctrina de la prueba de indicios exige que los **hechos empleados como indicios de la existencia de la conducta infractora queden probados**, que exista un **nexo causal suficientemente razonado entre los elementos de la práctica y el objetivo pretendido** y que, en caso de que pudiesen concurrir razones **alternativas** justificativas de los hechos, se proceda a su análisis con expresión de la causa de su rechazo. Analicemos a continuación esos tres elementos.

a. El contexto económico, jurídico y fáctico en que se desarrolla el Acuerdo Marco

El concepto de mercado afectado por una conducta de acuerdo entre empresas, viene determinado, según asentada jurisprudencia, por el ámbito en el que las conductas hayan producido o sean susceptibles de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva³⁸. El “mercado afectado” así definido, se

³⁷ STJUE de 6 de diciembre de 2012. *Asunto C-441/11*. Comisión Europea contra Verhuizingen Coppens NV.

³⁸ Así lo ha señalado reiteradamente esta Autoridad de Competencia y ha confirmado la Audiencia Nacional Resoluciones de la CNC de 12 de enero de 2012, *Expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados*; de 23 de mayo de 2013, *Expte. S/0303/10 Distribuidores Saneamiento* y de 30 de julio de 2013, *Expte. S/0380/11 Coches de alquiler* y sentencias de la AN de 30 de noviembre y 12 y 27 de diciembre de 2013 y 26 de marzo de 2014, desestimando recursos contra la Resolución de 12 de enero de 2012, *Expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados*, que sería confirmada (salvo en lo relativo al importe de la multa) por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2018) y sentencia de la AN de 8 de marzo de 2013, rec. núm.

delimita por el alcance de las conductas anticompetitivas desarrolladas por las empresas y puede no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, ya que no viene determinado por el ámbito en el que las condiciones de competencia son homogéneas. Por lo tanto, si bien el mercado relevante en este procedimiento es el de los servicios de intermediación publicitaria en España, el mercado afectado por las conductas investigadas es el del Acuerdo Marco y los contratos en él basados.

- Configuración del Acuerdo Marco

Tal como ha quedado acreditado en los hechos probados, los contactos entre las empresas incoadas que están siendo objeto de tipificación se insertan en un contexto jurídico y económico particular, caracterizado por la existencia de un Acuerdo Marco que determina las cinco empresas que pueden competir por las diferentes licitaciones derivadas, los precios máximos que dichas empresas pueden ofertar y el contenido mínimo de sus planes estratégicos de comunicación.

Esta limitación a cinco de los oferentes y la transparencia en cuanto a su identidad, genera una barrera absoluta a la entrada de otras empresas que impide la presión competitiva de terceras agencias de medios no adjudicatarias y condiciona las circunstancias en que se ejerce la competencia entre las adjudicatarias.

Ha quedado acreditado que las condiciones en que se ejecuta el Acuerdo Marco no solo permiten, sino que implican o exigen, la competencia entre las adjudicatarias a las que se imponen una serie de exigencias.

Igualmente ha quedado acreditado que el diseño de la fórmula de valoración de las ofertas supone que la puntuación que pueda obtener cada uno de los oferentes, esté condicionada por las ofertas realizadas por el resto de licitadores.

El conocimiento por parte de todas las adjudicatarias del Acuerdo Marco de los precios máximos que cada una podía ofertar en cada licitación derivada (por ser los que se ofertaron en el Acuerdo Marco) y de las fórmulas de valoración de las distintas ofertas, contribuyen a una especial eficacia de las conductas de las empresas para distorsionar la competencia. De hecho, la fórmula de cálculo de las ofertas tanto en el Acuerdo Marco como en los contratos derivados supone que la puntuación que obtenga cada oferta dependa de las del resto de licitadores, lo que aumenta las vías de alteración de los resultados de las licitaciones.

- Relaciones existentes entre las empresas incoadas

Constan en el expediente -aunque no se consideran por la DC como parte de la conducta imputada- comunicaciones entre CARAT, YMEDIA y PERSUADE que

540/2010, confirmada (salvo en lo relativo al importe de la multa) por Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015.

habían comenzado durante el proceso de la adjudicación del Acuerdo Marco, momento en que las tres empresas competían por la adjudicación del propio Acuerdo Marco.

Se ha acreditado en el expediente que CARAT realizó consultas a YMEDIA sobre la elaboración de su oferta al Acuerdo Marco (correo electrónico de 4 de junio de 2014 -folios 5718 y 5719).

También se ha acreditado que el 30 de julio de 2014 YMEDIA, PERSUADE y CARAT coordinaron su reacción a la adjudicación inicial del Acuerdo Marco: al día siguiente de anunciarse dicha adjudicación, YMEDIA envió un correo electrónico a PERSUADE en el que se señala (folio 5753):

***“No sé si serviría pero...Starcom y Optimedia son del mismo grupo. Si insinuamos que puede pactar precios porque hay un responsable del grupo en España que puede dar instrucciones y pactar precios... Si cayera una entraría (en el caso de que MBD no estuviera que debe ser lo lógico) Zenith que, casualmente, es del mismo grupo. De ahí pasaríamos a nosotros
Por otro lado, les he dicho a Carat que intenten que un medio recurra la adjudicación porque (o informe a la administración) los precios de MBD son imposibles y porque los de MAC supondrían un perjuicio para sus intereses y que no tiene lógica.
No es fácil porque deberíamos demasiados favores pero por no pedir que no quede
Un saludo”*** [Énfasis añadido]

Además de la existencia de comunicaciones entre YMEDIA, CARAT y PERSUADE, en este correo se pone de manifiesto tanto la percepción de YMEDIA de la facilidad con la que empresas de un mismo grupo pueden pactar precios, como el hecho de que YMEDIA considera que la oferta de MAC supone un perjuicio para sus intereses conjuntos. Este comentario de YMEDIA resulta paradójico teniendo en cuenta que su oferta era la más elevada tras la de MAC y quedó como la más elevada tras la exclusión de esta última después de la estimación parcial de los recursos especiales en materia de contratación ante el TACRC, presentados por PERSUADE y CARAT. Por lo tanto, la oferta de YMEDIA incidió en la determinación de las puntuaciones económicas de las 20 empresas licitadoras restantes, al ser el límite máximo que se empleó en las fórmulas.

De hecho, la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación puso de manifiesto en una nota explicativa transcrita en la resolución del TACRC que estimaba parcialmente los recursos interpuestos por PERSUADE y CARAT (folios 331 a 333), que:

“4. Además de las empresas citadas por PERSUADE y CARAT se ha detectado una tercera empresa –INTELIGENCIA Y MEDIA- cuya oferta es similar a la de MAC, es decir, con precios desproporcionados al alza, un 382% superior a la media con picos de 1625%.” [Énfasis añadido]

También se ha acreditado el intercambio de información entre CARAT, YMEDIA y PERSUADE sobre el contenido de los recursos interpuestos por CARAT y PERSUADE contra la adjudicación inicial del Acuerdo Marco (folios 5757 a 5807), así como sobre las alegaciones que las tres empresas presentaron al recurso de STARCOM contra la adjudicación del Acuerdo Marco resultante de la estimación, por parte del TACRC, de los recursos interpuestos por PERSUADE y CARAT (folios 5820, 5834 a 5845 y folios 5821 a 5832).

Asimismo, PERSUADE compartía su alegría por la estimación de los recursos de CARAT y PERSUADE por parte del TACRC con YMEDIA (a pesar de que ella también había licitado al Acuerdo Marco sin resultar adjudicataria), mediante el siguiente correo electrónico (folio 5811):

*“Persuade. SEGUNDO y Carat CUARTO.
Por finnnnN
Somos la pollaaaaaaa
Mal se nos tenía que dar”*

b. Los contactos entre las empresas incoadas relacionados con los contratos derivados y su posible valoración

Ha quedado acreditado que las empresas incoadas han intercambiado información relativa a un número significativo de los contratos derivados del Acuerdo Marco que fueron licitados en el periodo comprendido entre el 26 de diciembre de 2014 y el 25 de mayo de 2016.

Varios son los supuestos en que ha quedado acreditado que CARAT ha remitido documentación referida a sus ofertas a YMEDIA, información que, como veremos a continuación, esta empresa traslada a otras. Por esta razón la DC imputa a esta empresa el papel de facilitador en el acuerdo entre las competidoras.

CARAT no desmiente su **intercambio de información** con YMEDIA, aunque ofrece, como **justificación alternativa** a la existencia de un acuerdo entre las empresas, la relación existente entre ellas. CARAT explica en sus alegaciones a la PR (folios 8831 y 8832), que

“los intercambios de comunicaciones entre CARAT e YMEDIA a que se refieren el PCH y la PR no evidencian una infracción. Estas comunicaciones, que se analizan en los párrafos siguientes, no son más que el reflejo de la colaboración legítima entre ambas empresas en los términos explicados en nuestras alegaciones al PCH. (...) La cooperación acordada implicaba que CARAT podía disponer de la experiencia de YMEDIA en la preparación de las licitaciones y ejecución de los contratos públicos en los que resultaba adjudicatario lo que implicaba cierta cooperación entre las partes respecto a las ofertas que CARAT presentaba de forma autónoma en cada licitación bajo el Acuerdo Marco.”

La misma justificación fue ofrecida por la empresa durante la vista de este expediente celebrada el día 5 de abril de 2018 en la sede de la CNMC (folio

9382, minuto 1:28:15). Durante este acto, el representante de CARAT añadió que esta empresa enviaba a YMEDIA la información relativa al Acuerdo Marco que consta en el expediente dado que, debido a la mayor experiencia de YMEDIA en licitaciones públicas, CARAT esperaba los comentarios de YMEDIA para beneficiarse de su mayor conocimiento³⁹. Además, al ser preguntado sobre las garantías que CARAT exigía a YMEDIA para asegurar el tratamiento confidencial de la información enviada, el representante de CARAT afirmó desconocer el detalle de las mismas, ofreciéndose a averiguarlo y remitir un escrito a la CNMC con dicha información (folio 9382, minuto 1:44:03).

Finalmente, en su escrito de contestación a la solicitud de información sobre el volumen de negocios, remitido a la CNMC el día 25 de abril de 2018 (folios 9498 a 9503), CARAT señala, sobre las salvaguardas de la confidencialidad, que “[l]os empleados de CARAT (como el que mantuvo alguna comunicación con José Pablo Canal de Ymedia), están sujetos a obligaciones generales de confidencialidad que se incluyen en sus contratos laborales.”

Por su parte, YMEDIA y PERSUADE justifican, en sus alegaciones a la PR (folios 8797 a 8818 y 8883 a 8905, respectivamente), las comunicaciones entre ambas -consistentes en muchos casos en el reenvío de la información que CARAT había enviado previamente a YMEDIA- en la existencia de una relación de prestación de servicios entre ambas empresas. En este sentido, YMEDIA precisa que “*presta servicios de adquisición de espacios en medios de comunicación desde septiembre de 2009*” (folio 8803) a PERSUADE.

La prueba aportada por PERSUADE sobre la existencia de esa relación de prestación de servicios entre YMEDIA y PERSUADE, son las declaraciones anuales de actividades con terceras personas (modelo 347) de los ejercicios 2014, 2015 y 2016 que, precisamente, muestran la ausencia de relaciones comerciales entre ambas empresas en el año 2015, que es el ejercicio en el que tiene lugar la mayor parte de la conducta aquí sancionada (desde el 26 de diciembre de 2014 hasta el 25 de mayo de 2016).

Debe por tanto esta Sala analizar, a la vista de los hechos y las justificaciones ofrecidas por las empresas, si el intercambio de información entre ellas puede considerarse justificado con la argumentación ofrecida. Para ello se analizan los correos que constan en el expediente.

En la campaña **4/15 – Violencia de género**, YMEDIA remite a PERSUADE la oferta realizada por CARAT con el siguiente correo.

“Buenos días

³⁹ Cabe indicar que, pese a la mayor experiencia de YMEDIA en licitaciones públicas, señalada por CARAT, esta empresa presentó la oferta válida más alta en la licitación del Acuerdo Marco 50/2014, obteniendo, además, la puntuación más baja de las 23 empresas participante en dicha licitación, en la valoración técnica de la estrategia de comunicación (folios 40 a 95).

Me mandan esto para que empecemos a componer nuestro documento

¿Puedes meterle mano?

Recuerda que nuestro doc debe ser poco valorado

Un abrazo y gracias” [Énfasis añadido]

El contenido de este correo no permite considerar que YMEDIA estuviese asesorando a CARAT en la elaboración de su oferta.

De hecho, se deduce del correo que la oferta es elaborada por CARAT y enviada a YMEDIA que, **sin cambios**, la remite a PERSUADE (para la que no está adquiriendo espacios en medios de comunicación) con el objeto de que la utilice como modelo para la composición de su propia oferta recordando que el resultado de la colaboración sea que el documento de PERSUADE “**sea poco valorado**”.

El análisis de los resultados de este concurso permite constatar la eficacia de este contacto, dado que CARAT fue la adjudicataria de esta campaña al ser la única empresa que presentó una oferta mejorada respecto de presentada al Acuerdo Marco (folios 879 a 905).

La relación entre CARAT-YMEDIA y ésta y PERSUADE también se ha acreditado en el intercambio de información relativa a aclaraciones hechas por la administración ante preguntas concretas de alguna de las empresas adjudicatarias sobre aspectos de las licitaciones. Durante la licitación de la campaña **9/15 – Dirección General de Tráfico-**, CARAT reenvió a YMEDIA las preguntas que la propia CARAT había formulado al Ministerio del Interior sobre el mayor detalle en el desglose de los descuentos exigido en esta licitación respecto del Acuerdo Marco, así como las respuestas recibidas del Ministerio. YMEDIA reenvía la cadena de correos a PERSUADE. Ninguna de las interpretaciones alternativas ofrecidas por las empresas hace comprensible este intercambio.

Esta relación se ha acreditado también en campañas como la **5/15**, la **14/15** o la **15/15 –Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP)-**.

En este caso CARAT envió a YMEDIA su estrategia de medios y su cobertura, que fueron reenviadas sin cambios por YMEDIA a PERSUADE proponiéndole que realizase una mejora.

PERSUADE fue la adjudicataria de este contrato al resultar la única empresa que mejoró su oferta respecto de la del Acuerdo Marco. CARAT y MEDIA BY DESIGN, **fueron excluidas** del contrato por ofertar, para uno de los servicios, un precio superior a su oferta vinculante del Acuerdo Marco.

PERSUADE no niega este intercambio de información entre ella misma, CARAT e YMEDIA relativa a la estrategia de medios, si bien le resta relevancia al mantener que “*la información de (163), (164) y (165) no era relevante para la propuesta de Persuade que tenía mejor información sobre el sector educación que el resto de licitadores*” (folio 8893).

En cualquier caso, no se encuentra justificación en el hecho de que CARAT remitiera su oferta a YMEDIA con el supuesto objetivo de enriquecerla aprovechando su experiencia “*en la preparación de las licitaciones y ejecución de los contratos públicos*” en un contrato en que será excluida por presentar una oferta inconsecuente con sus propios compromisos dentro del Acuerdo Marco.

En la campaña **16/15- Ahorro y eficiencia energética 2015** (IDAE) CARAT remite su Plan Estratégico de Medios (PEC) a YMEDIA que lo reenvía posteriormente a PERSUADE. En este caso, aunque CARAT nuevamente sostiene que todos sus envíos a YMEDIA se justifican en la búsqueda del asesoramiento de esta última, con mayor experiencia en licitaciones públicas, CARAT fue de nuevo **excluida** de la licitación por aportar un plan teórico de medios deficiente e incumplir la cobertura solicitada en las prescripciones del concurso (folios 3069 a 3071).

En el caso de la campaña **18/15 – Fraude Fiscal**, de nuevo YMEDIA recibe de CARAT su estrategia de medios para esta campaña, que es reenviada por YMEDIA a PERSUADE.

PERSUADE es la adjudicataria al ser la única empresa que realiza mejoras respecto de su oferta en el Acuerdo Marco (CARAT y MEDIA SAPIENS ofertan sus precios del Acuerdo Marco).

En este caso, de nuevo PERSUADE reconoce que recibió el plan estratégico de medios de CARAT, aunque de nuevo vuelve a restar importancia a este hecho: “*la información de mail de 17 de abril, cuando se presentaba el día 18 sobre la estrategia de medios no era relevante, Persuade tenía más experiencia y mejor información*” (folio 8893).

Semejante intercambio ocurre en las campañas **19/15** y **28/15**.

Se ha acreditado igualmente que CARAT, YMEDIA y PERSUADE prepararon conjuntamente las reuniones de abril de 2015 con la DGRCC.

El 10 de abril de 2015, José Pablo Canal (YMEDIA) envió un correo electrónico a Giacomo Pullara (PERSUADE) en el que le informaba de la fecha de la reunión de CARAT (folio 5911):

“A carat el 20.”

El mismo día José Pablo Canal (YMEDIA) remite un correo a Giacomo Pullara (PERSUADE), en que mantiene:

“Tendremos la info. Debemos consensuar discurso y preguntas para carat y que luego ellos nos cuenten.”

También se han acreditado otros contactos en los que CARAT enviaba a YMEDIA información sobre documentación o certificados que las empresas debían presentar a la administración.

YMEDIA reenviaba esta información a PERSUADE (folios 5971 a 5973, 5978, 6201 a 6207). Esta documentación y certificados se referían a la justificación de la ejecución de los contratos basados que la empresa adjudicataria de cada uno debía aportar a la administración convocante. Por ejemplo, la comunicación contenida en los folios 5971 a 5973 se refiere al procedimiento que se iba a seguir en la facturación de las campañas, por parte de la Administración. Por lo tanto, no se trataba de una cuestión sobre la que CARAT pudiera buscar el asesoramiento de YMEDIA. La única explicación plausible a este envío por parte de CARAT era su posterior reenvío a otras empresas adjudicatarias, como efectivamente ocurrió a continuación, cuando YMEDIA reenvió dicho correo electrónico a PERSUADE, con el mensaje (folio 5971):

*“Esto pinta que ira por aquí
Para tu info”*

Además, la información reenviada a PERSUADE no encuentra acomodo en el contenido de una relación de prestación de servicios de adquisición de espacios en medios de comunicación por parte de YMEDIA.

En consecuencia, en opinión de esta Sala, **en ninguno de los casos de que se tiene constancia, resulta plausible la justificación ofrecida por CARAT al intercambio de información referida a las licitaciones con la empresa YMEDIA.**

No solo no se ha acreditado mejora alguna en sus ofertas derivada de ese intercambio; tampoco se ha acreditado que se hayan mantenido por parte de CARAT las cautelas exigidas por la Ley de Contratos del Sector Público respecto del secreto de las ofertas, ni se han acreditado (a pesar de haberse preguntado expresamente este extremo en la vista) medidas de precaución que se hubiesen adoptado en la empresa para evitar esta filtración de la información, ni medida alguna específica respecto de los responsables adoptada *a posteriori* a este respecto⁴⁰.

Además –y sobre todo- CARAT presentó -en la mayoría de los casos en que se tiene constancia de transmisión de la información a YMEDIA- ofertas no mejoradas y la información remitida por CARAT se reenvía a PERSUADE sin que YMEDIA aporte *know how* de ningún tipo⁴¹.

De todo lo expuesto se deduce que el papel de YMEDIA en los intercambios de información referidos a las licitaciones de los contratos derivados del Acuerdo Marco (del que no había resultado adjudicataria) solo se explica si se considera a esta empresa el instrumento utilizado por otra empresa de su grupo (CARAT) y el resto de empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco -en especial por

⁴⁰ Las empresas han simplemente alegado que existían obligaciones generales de confidencialidad y que, después de las inspecciones se creó un comité de cumplimiento legal, unas directrices sobre contratación y un ciclo de formación sobre dcho de la competencia.

⁴¹ De hecho, se produce en todas salvo en la campaña 4/15- Violencia de género en que CARAT mejoró su oferta del AM y resultó adjudicataria.

PERSUADE a la que presta servicios de adquisición de espacios en medios de comunicación que en nada se relacionan con los correos que se intercambian-.

Del propio contenido de la información intercambiada se concluye que la información que CARAT remitía a YMEDIA sin indicación del propósito del envío, no encaja con ninguna colaboración lícita entre empresas de un mismo grupo y el reenvío de dicha información a PERSUADE tampoco puede incluirse en el objeto de una relación comercial orientada a la adquisición de espacios en medios de comunicación⁴².

La **interpretación alternativa** alegada por estas empresas no puede ser acogida. Ni CARAT ni YMEDIA han documentado explicaciones relativas al supuesto asesoramiento prestado por YMEDIA a CARAT sobre sus ofertas en las licitaciones derivadas del Acuerdo Marco, ni consta en el expediente ninguna comunicación entre estas empresas en este sentido.

En estas circunstancias cabe recordar que la jurisprudencia exige a los particulares que deseen desvirtuar una presunción lógica, construida por la administración sobre pruebas sólidas, que aporten los documentos que consideren oportunos para acreditar que su explicación es correcta y equivocadas las conclusiones extraídas por la administración de las pruebas recabadas. Por ejemplo, el Tribunal Supremo afirma que⁴³:

*“Ciertamente, corresponde a la Administración la carga de la prueba pero **habiendo aportado las evidencias suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, la falta de una contraargumentación sólida al respecto por parte de la operadora no deja de ser sumamente significativa.**” [Énfasis añadido]*

La Audiencia Nacional se había pronunciado en un sentido similar, afirmando que⁴⁴:

*“Si manifiesta que los titulares de las estaciones de servicio pueden efectivamente realizar descuentos **podía haber aportado tal como señala la codemandada CEES copia de esas facturas rectificativas para acreditar sus afirmaciones, lo que no ha realizado y constituye por tanto un indicio de que las distribuidoras independientes no modifican el PVP fijado por la petrolera.**” [Énfasis añadido]*

⁴² Del mismo modo, deben recordarse los intercambios de información existentes en la fase de preparación del Acuerdo Marco, momento en que las tres empresas eran competidoras e intercambiaron información relevante al respecto. A pesar de que estos hechos no se han incluido por la DC en la imputación a las empresas, sirven como contexto para confirmar que la relación entre ellas no se corresponde con la justificación ofrecida por CARAT al respecto.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2013 (núm. de recurso de casación 2908/2011), contra la resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, en el expte. 652/07 REPSOL/CEPSA/ BP.

⁴⁴ SAN de 5 de noviembre de 2012 (núm. de recurso 06/636/2009).

En definitiva, esta Sala considera que CARAT e YMEDIA no han desvirtuado la presunción sobre la naturaleza de sus contactos relacionados con la ejecución del Acuerdo Marco.

Lo mismo ocurre respecto de la explicación dada por PERSUADE e YMEDIA sobre la relación de prestación de servicios de adquisición de espacios en medios de comunicación por parte de YMEDIA. En este caso, además de que el contenido de los correos electrónicos intercambiados no se corresponde con la explicación ofrecida por la empresa, la documentación fiscal aportada por PERSUADE no sirve para desvirtuar la presunción, sino que al contrario, acredita que durante la mayor parte duración de la conducta (todo el año 2015) no existió tal relación de prestación de servicios.

Por todo lo que antecede, esta Sala concluye que tan solo la existencia de un acuerdo entre las empresas competidoras (CARAT y PERSUADE) con la participación de YMEDIA como facilitadora puede justificar los hechos acreditados.

Junto a los contactos en los que consta acreditado el reenvío por parte de YMEDIA de los correos recibidos de CARAT, en el expediente se ha documentado la existencia de múltiples contactos entre las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco e YMEDIA (tanto de carácter bilateral como multilateral).

El primer contacto entre las empresas adjudicatarias respecto a los contratos basados en el Acuerdo Marco del que se ha encontrado prueba, se produjo durante la licitación de la primera campaña **1/15 – Transparencia-**. Su convocatoria originó el envío, el 26 de diciembre de 2014, entre MEDIA SAPIENS, PERSUADE e YMEDIA de lo que ellas calificaban como estimaciones sobre las ofertas económicas y técnicas que presentarían las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco.

De hecho, como se ha descrito en el apartado III de esta Resolución, PERSUADE adaptó su oferta (folios 383, 574) a los cambios sugeridos por MEDIA SAPIENS (folio 5411) y fue la única que presentó una oferta con mejoras respecto de las mínimas vinculantes para cada empresa, que habían quedado determinadas en el Acuerdo Marco. Este hecho determinó que PERSUADE resultara adjudicataria de esta campaña (folio 576).

De la información obrante en el expediente se deduce **cierta actividad de control** y seguimiento del resultado de la concertación por parte de las empresas implicadas. Así, el 24 de abril de 2015, a las 11:45, Giacomo Pullara (PERSUADE) envió a Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS), un correo electrónico con el asunto “*facturas transparencia*”, en el que se adjuntan las facturas de prensa, radio y TV, relativas a la campaña 1/15 – Transparencia (folios 5561 a 5564). No se encuentra justificación alternativa al acuerdo a la remisión de las citadas facturas.

Tal como ya hemos indicado previamente, durante la licitación de la campaña **4/15 – Violencia de género**, el 13 de febrero de 2015, YMEDIA reenvía a PERSUADE la estrategia de medios que CARAT le había enviado previamente “para que comencemos a componer nuestro documento” y recordando que “debe ser poco valorado”, como de hecho sucedió.

La licitación de la campaña **12/15 - Promoción cultural y divulgación de los reales sitios** acredita igualmente un intercambio de información entre las empresas incoadas.

El 25 de febrero de 2015, Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) envió un correo electrónico desde una cuenta *webmail* ([\[...\].@gmail.com](mailto:[...].@gmail.com)) a otras cuentas de *webmail* entre las que solo se ha podido identificar la de [JSA] (MEDIA BY DESIGN), que se correspondía con [\[...\].@gmail.com](mailto:[...].@gmail.com). El resto de destinatarios eran: [\[...\].@gmail.com](mailto:[...].@gmail.com), [\[...\].@gmail.com](mailto:[...].@gmail.com), [\[...\].@gmail.com](mailto:[...].@gmail.com).

El mencionado correo electrónico decía lo siguiente (folio 5424):

*“Hola,
Os transmito mis impresiones finales de cara a Patrimonio Nacional.
Creo que podemos presentarnos todos.
Carat y Optimedia no variarán condiciones.
MbD, Persuade y MS lo hacen como sigue
[...]
En el anexo no se pide cobertura y no hay ninguna referencia a P.O. y ámbito por lo que lo ideal es que a MbD y Persuade se le olvide ponerla y si se la reclama después pusiera un 44.7% (MbD) y un 14.5% (Persuade).
Por favor, confirmar recepción y darme vuestro OK.
Saludos”*

El correo electrónico fue intercambiado entre cinco destinatarios (número que coincide con el de empresas incoadas) y daba indicaciones a las empresas sobre las ofertas a presentar. PERSUADE sigue las indicaciones del correo a la hora de presentar su oferta, que no coincide exactamente con la que había presentado al Acuerdo Marco. CARAT también sigue las indicaciones de no variar las condiciones que había ofertado en el Acuerdo Marco, así como la cobertura a ofertar propuesta por MEDIA SAPIENS, del 22,5%.

De OPTIMEDIA se afirma que “no variará” sus condiciones del Acuerdo Marco, pero esta empresa no presentó oferta a esta campaña porque no había recibido la convocatoria por parte de la administración (folio 7975).

MEDIA BY DESIGN sí aporta datos de la cobertura, apartándose, por tanto, de lo previsto en el correo electrónico. MEDIA SAPIENS sigue lo dispuesto en el correo electrónico salvo en el dato relativo al descuento en revistas, respecto del cual el correo electrónico preveía una mejora, mientras que en su oferta se recoge su descuento mínimo vinculante del Acuerdo Marco.

En la campaña **15/15 – Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP)**, como veíamos, CARAT remite a YMEDIA su estrategia de medios y su cobertura,

reenviadas por YMEDIA a PERSUADE proponiéndole una mejora. PERSUADE fue la adjudicataria al resultar la única empresa que mejoró su oferta vinculante. CARAT y MEDIA BY DESIGN fueron expulsadas por ofertar un precio superior a su oferta vinculante del Acuerdo Marco, para uno de los servicios.

En la campaña **16/15- Ahorro y eficiencia energética 2015** (IDAE), en junio de 2015, PERSUADE envió a MEDIA SAPIENS su plan estratégico de comunicación para esta campaña, a lo que MEDIA SAPIENS contestó aportando su valoración económica para la misma e incorporando a YMEDIA en la respuesta. Como veíamos, YMEDIA reenviaría posteriormente a PERSUADE, el plan estratégico de medios que CARAT le había enviado (folios 3069 a 3071).

El intercambio de los planes estratégicos de comunicación producido en esta campaña ha sido expresamente reconocido por MEDIA SAPIENS en sus alegaciones a la PR (folio 8761). La empresa describe el intercambio como de *“unos correos en los que las adjudicatarias se intercambian los Planes Estratégicos de Comunicación que, realmente, no tienen mucho valor en las adjudicaciones según el Acuerdo Marco”*.

También PERSUADE reconoce este intercambio de los PEC, restando importancia al afirmar que *“se trata de información completamente irrelevante y que además se trata del día anterior a cierre del concurso, cuando el trabajo estaba cerrado y tampoco mejoraba el de Persuade”* (folio 8894).

En la campaña **21/15 – Transporte Público** se acredita nuevamente la coordinación en la actuación de YMEDIA y PERSUADE. El primero remite al segundo un correo, el 30 de abril de 2015, en el que le propone determinar su estrategia, dejando la determinación de las condiciones de PERSUADE al albur de lo que *“le interese a tu amigo”* (por referencia sin lugar a dudas a otra empresa adjudicataria del Acuerdo Marco) tras una conversación con *“nuestro amigo”* (lo que constituye una referencia a otra de las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco). En esta campaña resultó adjudicatario MEDIA SAPIENS.

En la campaña **9/16- Sensibilización contra la violencia de las mujeres 2016**, se produjo una conversación en la que participaron YMEDIA, PERSUADE y MEDIA SAPIENS.

La misma se realiza del siguiente modo: en primer lugar, se ha acreditado el envío de un correo electrónico por PERSUADE a YMEDIA el 12 de mayo de 2016, en el que le envía su estimación del concurso y le propone una estrategia. Unos días más tarde, el 18 de mayo de 2016, consta en el expediente que MEDIA SAPIENS envió un correo electrónico a PERSUADE (folio 5600), que contenía ofertas económicas para diferentes medios que coinciden con las que posteriormente presentó PERSUADE en esta licitación (folios 7158 y 7159).

En el expediente se ha acreditado la existencia de otros contactos que ponen en evidencia la existencia de una relación altamente transparente entre MEDIA SAPIENS, PERSUADE e YMEDIA.

El 18 de abril de 2016, MEDIA SAPIENS envió a PERSUADE y a YMEDIA, información obtenida por su empresa sobre los concursos que se preveía que fueran convocados en el futuro próximo, en ejecución del Acuerdo Marco.

En el caso de MEDIA SAPIENS y PERSUADE, además, se ha acreditado la existencia de contactos en los que se habla abiertamente de reunirse para comentar “*el control*” de concursos. Así ocurre en el correo electrónico enviado por Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) a Giacomo Pullara (PERSUADE) el 7 de enero de 2016 (folio 5597):

*“Hola amigo,
Qué tal? Feliz año!!
Nos tomamos un cafetito la próxima semana y charlamos???
Una cosa, este concurso lo controlabais vosotros, verdad??
Abrazos.”*

En la respuesta enviada a Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS) el 11 de enero de 2016 por Giacomo Pullara (PERSUADE) manifiesta (folio 5597):

*“Hola amigo,
Feliz Año.
Efectivamente ese concurso lo controlamos nosotros
El café cuando quieras, me mandas un whatsapp y quedamos
Un abrazo”*

Además de los contactos acreditados, como hemos visto, se ha verificado en el expediente (folio 5524) que durante la inspección llevada a cabo en MEDIA SAPIENS, se verificó que en el *ipad* de Guillermo José Hernández Lopez constaba como contacto reciente D. [JSA] (Directivo de MEDIA BY DESIGN) a pesar de que en los correos recabados en la inspección no se encuentran contactos entre ellos en fechas cercanas a la inspección lo que dejaría traslucir contactos añadidos que no se han podido encontrar debido a las incidencias que acompañaron a la inspección.

Tan solo un reparto de contratos podría justificar la redacción de los citados correos. La justificación ofrecida en la vista por la representante de MEDIA SAPIENS en virtud de la cual la afirmación el concurso “*lo controlamos nosotros*” supondría que esa empresa tuviese un mayor conocimiento del contenido del mismo (folio 9382, minuto 2:01:30), no resulta, en opinión de esta Sala, alternativa plausible a la concertación, teniendo en cuenta el carácter considerablemente homogéneo de los diferentes servicios encargados por las diferentes administraciones.

Lo mismo sucede con la acreditación de la coordinación de la estrategia negociadora frente a la administración de MEDIA SAPIENS y PERSUADE, con la participación de YMEDIA. Esta coordinación en sus posturas se refería a los cambios de las cadenas de pauta única de A3 Cobertura (folio 5596) y de FORTA (folios 5590 a 5593). Así, por ejemplo, Guillermo Hernández (MEDIA SAPIENS), escribió el 23 de junio de 2015 (folio 5596):

“Hola,

Os paso un dato para que lo tengamos en cuenta...y lo usemos como creamos. Ya sabréis que A3 Cobertura con el cambio de cadenas de pauta única ya no representa el mismo producto que tarifamos en acuerdo o, a día de hoy. Cuando dimos precios de acuerdo marco, a3 cobertura estaba formada por a3+ Nova. Ahora es a3+Nova+ Mega ...a los efectos de comprar no nos afecta porque siguen pasando el mega precio...pero en venta podríamos argumentar que no podemos dar el mismo precio porque el producto es diferente..(tenemos una cadena más)

Qué os parece????Mandamos carta??

Gracias.”

Los intercambios de información previamente referidos ponen de manifiesto que las intervinientes estaban llevando a cabo una conducta tendente a alterar el funcionamiento de los contratos derivados del Acuerdo Marco al hacerse las empresas competidoras (con la intermediación de YMEDIA) partícipes de estrategias comerciales y otros elementos sensibles (estimaciones de ofertas económicas y técnicas, de descuentos, PEC, estrategias de defensa e incluso facturas).

Nada en la configuración de los contratos por parte de las administraciones ni en las justificaciones alternativas ofrecidas por las empresas (fundamentalmente relacionadas con la irrelevancia de elementos tan sustanciales como los Planes Estratégicos de Comunicación en contratos con el contenido que se refiere) puede llevar a esta Sala a alterar la conclusión que ya había sido alcanzada por la Dirección de Competencia sobre la existencia de intercambios de información ilícitos por parte de las empresas incoadas.

c. El carácter secreto de los intercambios de información

En el caso que nos ocupa hemos considerado que, el contexto de transparencia, la limitación del número de posibles oferentes en los contratos del Acuerdo Marco y el contenido de los intercambios de información acreditados (relativos a las ofertas económicas y técnicas que las adjudicatarias presentarían a las licitaciones en curso y otros aspectos citados) tienden a la materialización de un reparto y alteración de las pujas y deben por tanto ser calificados como un acuerdo restrictivo constitutivo de cártel.

En numerosos contactos mantenidos entre las empresas se percibe la intención de **ocultar** los intercambios de información entre las empresas.

Las empresas incoadas utilizan diferentes cuentas de correo electrónico para sus contactos, produciéndose la mayoría de ellos desde cuentas no corporativas ([\[...\].@yahoo.es](#), [\[...\].@telefonica.net](#) y [\[...\].@gmail.com](#))⁴⁵.

⁴⁵ Así ocurre, por ejemplo, en los correos electrónicos relativos a la campaña 16/15- IDAE, enviados el 2 y el 9 de junio de 2015 (folio 5512 y 5428 a 5511), los relativos a la campaña 1/15- Transparencia, enviados el 26 y 29 de diciembre de 2014 (folios 5410 y 5411) o los recabados

Lo mismo se acredita con mayor gravedad si cabe en el caso de la campaña **12/15 - Promoción cultural y divulgación de los reales sitios** a que nos hemos referido previamente. En este caso el empleo de varios correos electrónicos de Gmail ([\[...\]@gmail.com](#); [\[...\]@gmail.com](#); [\[...\]@gmail.com](#); [\[...\]@gmail.com](#) y [\[...\]@gmail.com](#)) para remitir información relacionada con un contrato público al que las empresas van a presentarse resulta un claro indicador de la conciencia de ilegalidad por parte de las remitentes y destinatarias. Las dos únicas empresas identificadas en este intercambio son MEDIA SAPIENS y MEDIA BY DESIGN.

Ninguno de los intentos de identificación de las personas titulares de los correos ha resultado fructífero.

La respuesta ofrecida por la representante de MEDIA SAPIENS sobre la imposibilidad de que su trabajador identifique a los destinatarios del correo resulta poco verosímil, sobre todo considerando la falta de medidas adoptadas en la empresa ante la eventualidad de que estuviese compartiendo documentación confidencial referida a una licitación con personas ajenas a la empresa (proveedores u otros terceros *sic*) (folio 9382, minuto 2:08:29).

d. Otros elementos probados

Ha quedado acreditado que las empresas incoadas no presentaron ofertas en todas las licitaciones, pese a que la Administración les explicó reiteradamente que tenían obligación de hacerlo, como se ha profusamente detallado⁴⁶.

	CARAT	PERSUADE	MEDIA SAPIENS	MEDIA BY DESIGN ⁴⁷
OFERTA NO PRESENTADA	23/15 24/14 28/15 2/16 5/16 11/16	28/15 2/16 3/16 5/16 6/16 8/16	22/15 23/15 28/15 2/16 3/16 6/16 8/16	3/15 4/15 9/15 10/15 11/15 13/15 14/15 16/15 18/15 19/15 21/15 22/15 23/15 24/14 25/14 28/15

Elaboración propia de la CNMC.

en formato papel en la inspección de PERSUADE, relativos a diversas campañas (folios 5551 a 5601).

⁴⁶ Así se constata en las respuestas de la DGRCC a los requerimientos de información de la Dirección de Competencia, de 15 de diciembre de 2015 (folios 349 a 4566) y de 14 de febrero de 2016 (folios 6270 a 7547).

⁴⁷ Cabe destacar que MEDIA BY DESIGN resolvió su contrato con la administración como adjudicataria del Acuerdo Marco 50/2014 en octubre de 2015 y por tanto no puede concurrir a las campañas posteriores a esa fecha.

Igualmente, queda acreditado que, en reiteradas ocasiones, las empresas presentaban ofertas que resultaban excluidas por no contener una oferta económica válida -bien al ser menos favorable que la presentada en el Acuerdo Marco, bien al no satisfacer las condiciones de la campaña concreta- o por no contener el necesario PEC, o contener uno deficiente que no cumplía los requisitos exigidos en la campaña concreta.

A continuación, se recogen detalladamente, los datos relativos a las licitaciones a las que las empresas presentaron oferta de manera defectuosa:

		CARAT	PERSUADE	MEDIA SAPIENS	MEDIA BY DESIGN ⁴⁸
EXCLUIDA	OFERTA ECONÓMICA DEFECTUOSA	15/15 16/15	16/15	8/15	15/15
	NO PEC	3/15 12/15	3/15, 12/15	3/15 12/15	12/15
	PEC DEFICIENTE	8/15 13/15 21/15 6/16	8/15 13/15 11/16	13/15 5/16 11/16	8/15

Elaboración propia de la CNMC.

Estos hechos probados constituyen -junto con el elevado número de campañas en que el adjudicatario final lo es ofreciendo el precio máximo establecido en el Acuerdo Marco, debido a que el resto de competidores no presentaron oferta o son excluidos por presentarla de manera defectuosa [por ejemplo el concurso 28/15 (folios 7817 a 7822) o en el concurso 5/16 (folios 6870 y 6871)]- otro indicio acreditado de la existencia de conductas tendentes al reparto de pujas entre los licitadores.

Varias de las empresas no han ofrecido explicación alternativa a esta conducta a pesar de haberse solicitado expresamente durante el expediente y por la Sala durante la vista realizada.

MEDIA SAPIENS sí ofrece la explicación a esta conducta que, sin embargo, no puede considerarse por esta Sala alternativa a la existencia de la concertación. Así, respecto de las diferentes incidencias relativas a su PEC, manifiesta que carece de relevancia en la licitación por su escasa valoración en las puntuaciones (folio 9382, minuto 1:58:41). No cabe considerar que un elemento exigido por la Administración y valorado en porcentaje variable en cada licitación se descuide de manera tan habitual por las empresas.

Respecto de la presentación de ofertas, la Administración realiza una aclaración de carácter general sobre la obligatoriedad de la misma (recogida en los hechos probados de esta resolución) y el hecho alegado por MEDIA SAPIENS de que en una concreta campaña exista una duda no puede amparar su conducta en el número de campañas indicado.

⁴⁸ Cabe destacar que MEDIA BY DESIGN resolvió su contrato con la administración como adjudicataria del Acuerdo Marco 50/2014 en octubre de 2015 y por tanto no puede concurrir a las campañas posteriores a esa fecha.

Nada por tanto en las alegaciones de las empresas conduce a esta Sala a rebatir la consideración de que los hechos probados constituyen indicios de la existencia de un reparto de mercado.

B. Conclusión sobre la tipificación de la conducta

a. Existencia de un cártel

La Comisión Europea establece en sus directrices sobre aplicabilidad de los artículos 101 y 102 del TFUE que determinados intercambios de información son aptos para distorsionar la competencia, constituyendo un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas, calificable jurídicamente como una restricción de la competencia por objeto que, por sus características, deben ser considerados como cárteles⁴⁹.

Esta posición de la Comisión ha sido acogida por el Tribunal Supremo, que ha confirmado la posibilidad de que los intercambios de información sean calificados como cárteles⁵⁰:

*“En efecto, no compartimos la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que los intercambios de información que la sentencia impugnada considera acreditados, no pueden calificarse de cártel, de acuerdo con el tipo previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia, que establece que se entenderá por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, **el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas**, o la restricción de las importaciones o las exportaciones, pues estimamos que, en el supuesto enjuiciado, concurren los presupuestos para otorgar tal calificación, ya que **la cooperación empresarial se produce** entre las principales empresas que operan en el mercado de la peluquería profesional en España, que integran el que denominaron G-8, **con el objeto de mantener su privilegiada posición y restringir la libre competencia en este mercado** mediante la celebración de reuniones periódicas en que intercambiaron información*

⁴⁹ Comunicación de la Comisión Europea (2011/C 11/01) Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, publicada el día 14 de enero de 2011 en el DOUE <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52011XC0114%2804%29>

En particular, el párrafo 58 de la citada Comunicación de la Comisión dispone que:

«El resultado del intercambio de información desde el punto de vista de la competencia depende de las características del mercado en el que tenga lugar (tales como la concentración, la transparencia, la estabilidad, la simetría, la complejidad, etc.) y del tipo de información intercambiada, que puede modificar el entorno del mercado de referencia haciendo que sea más propicio a la coordinación.»

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2015, núm. de recurso de casación 3253/2014.

de datos sensibles referidos a tarifas y precios de los productos de cuidado del cabello comercializados para su uso en peluquerías y otros aspectos sustanciales -volumen de ventas, descuentos al canal mayorista, comisiones de los representantes de ventas-, que facilitaron el desarrollo de una estrategia de negocio compartida.”[Énfasis añadido]

Esta Sala considera probada y suficientemente acreditada la existencia de intercambios de información entre las empresas incoadas y la existencia de indicios que acreditan que los citados intercambios han tenido como objeto y consecuencia un reparto fraudulento de pujas en los contratos derivados del Acuerdo Marco que se han alterado en sus condiciones de contratación debido a la existencia de la conducta.

En conclusión, debe considerarse que los **hechos empleados como indicios de la existencia de la conducta infractora han quedado probados**, existe un **nexo causal suficientemente razonado entre los elementos de la práctica y el objetivo pretendido** de reparto de pujas y las razones **alternativas** justificativas de los hechos no pueden ser acogidas por las razones expuestas.

Por ello se considera que se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia (prueba de los indicios, inexistencia de alternativas a la concertación y nexo causal entre los elementos de la práctica y el objetivo pretendido) para considerar que esta conducta constituye un acuerdo entre las empresas subsumible en el tipo del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

b. Infracción por objeto

El contexto económico y jurídico en el que se inserta la infracción descrita y el grado de nocividad de los acuerdos que se consideran acreditados en este procedimiento conduce a esta Sala a calificarla de **infracción por objeto** ⁵¹.

En esta línea, la jurisprudencia de la Unión Europea ha establecido que:

⁵¹ La jurisprudencia de la Unión Europea ha establecido la necesidad de determinar si los acuerdos restrictivos por su objeto tienen un grado de nocividad suficiente para que sea innecesario el análisis de sus efectos. Así se ha establecido, entre otras, en las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, en el *asunto C-67/13P, Groupement des cartes bancaires (CB) c. Comisión*; en la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, en el *asunto C-286/13P, Dole Food Company, Inc. y otros c. Comisión*; en la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2015, en el *asunto C-172/14, ING Pensii – Administrat Privat, S.A.*; en la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 2015, en el *asunto C-345/14, SIA “Maxima Latvija”*; en la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2017, en el *asunto C-469/15P, FSL Holdings NV y otros c. Comisión*; en la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2017, en el *asunto C-487/16P, Telefónica, S.A. c. Comisión*; en la sentencia de 23 de enero de 2018, en el *asunto C-179/16, F. Hoffmann-La Roche Ltd. y otros*.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha recogido la necesidad de este análisis en su sentencia de 4 de marzo de 2016 (recurso de casación núm. 200/2013) y en su sentencia de 24 de febrero de 2017 (recurso de casación núm. 1231/2014).

*“28. El Tribunal de Justicia ya ha juzgado de esa manera que los acuerdos de reparto de mercados son infracciones especialmente graves de las reglas sobre la competencia (véanse en ese sentido las sentencias Solvay Solexis/Comisión, C-449/11 P, EU:C:2013:802, apartado 82, e YKK y otros/Comisión, C-408/12 P, EU:C:2014:2153, apartado 26). **El Tribunal de Justicia también ha considerado que los acuerdos para el reparto de mercados tienen un objeto restrictivo de la competencia por sí mismos y pertenecen a una categoría de acuerdos expresamente prohibida por el artículo 101 TFUE, apartado 1, objeto ese que no se puede justificar mediante un análisis del contexto económico en el que se inserta la conducta anticompetitiva considerada** (sentencia Siemens y otros/Comisión, C-239/11 P, C-489/11 P y C-498/11 P, EU:C:2013:866, apartado 218).”⁵²*

En este caso, como ya se ha expuesto detalladamente, el Acuerdo Marco determinaba un contexto económico y jurídico en que los contactos acreditados entre las empresas incoadas -dados su contenido y su objetivo- tienen un grado de nocividad suficiente para ser constitutivos de una infracción por objeto calificable como un cártel tendente al reparto de mercado que, como veremos, necesariamente tiene incidencia en las condiciones en que se han ejecutado los contratos derivados.

La especial gravedad de los acuerdos mediante los que empresas alteran el funcionamiento de las pujas hace que no resulte plausible considerar la existencia de un contexto en el que los mismos no tengan un objeto restrictivo de la competencia.

c. Carácter único y continuado de la infracción

La Propuesta de Resolución ha calificado la conducta imputada a las empresas incoadas como una infracción única y continuada considerando que las citadas empresas tenían un plan conjunto para repartirse (alterando lógicamente sus condiciones técnicas y económicas) los contratos de las licitaciones derivadas del Acuerdo Marco.

Esta Sala ha manifestado que, no existiendo prueba directa de la existencia de acuerdo, sí existe prueba directa de numerosos intercambios de información y de otros indicios -referidos en los párrafos anteriores- que evidencian la existencia de un acuerdo de reparto de pujas subsumibles en la tipificación del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Procede en este momento pronunciarse sobre si las pruebas existentes en el expediente resultan suficientes para cumplir con las exigencias jurisprudenciales para considerar que la conducta de las empresas puede ser calificada de única y continuada y abarcar todos los contratos derivados del Acuerdo Marco.

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2016, en el asunto C-373/14P, Toshiba c. Comisión.

El concepto de infracción continuada no es extraño al derecho administrativo sancionador⁵³. Para poder aplicar este concepto se requiere la existencia de una **pluralidad de acciones u omisiones; separadas pero que se sucedan en el tiempo**; que **infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos**, y que resulten en ejecución de un **plan preconcebido** tendente a falsear el juego de la competencia⁵⁴.

El artículo 4.6 del Reglamento de la potestad sancionadora, vigente en el momento de la comisión de la infracción y de la incoación de este procedimiento, dispone que "(...) *será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*⁵⁵."

La jurisprudencia de la Unión Europea ha establecido que para realizar esta valoración debe tenerse en cuenta si las conductas "*presentan un **vínculo de complementariedad**, en el sentido de que cada una de ellas está destinada 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***⁵⁶."

En el mismo sentido:

*(...) la jurisprudencia permite a la Comisión presumir que la infracción, o la participación de una empresa en ella, no se ha interrumpido, aunque no disponga de pruebas de la infracción durante algunos períodos 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, apreciación ésa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto*⁵⁷.

⁵³ STS de 6 de noviembre de 2013 (núm. de recurso de casación 2736/2010).

⁵⁴ STJCE C-105/04, §§ 109 a 115 y STPI T-53/03, §§ 252 y 255 o, refiriéndonos a precedentes administrativos, TDC Expte. 1468/1999, *Texaco 2*; TDC Expte. 475/99, *Prensa Vizcaya*; TDC Expte. 520/2001, *Disared*; CNC S/14/07 – *Residuos Sanitarios*; S/106/08 – *Almacenes de hierro*; Resolución de CNMC, de 18 de junio de 2015, Expte. S/0469/13- *Fabricantes de papel, cartón ondulado*; Resolución de la CNMC de 25 de junio de 2015, Expte S/0454/12- *Transporte frigorífico*.

⁵⁵ Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2012, en el asunto T-439/07, *Coats Holding c. Comisión*, pár. 144.

⁵⁷ Sentencia del TGUE, de 17 de mayo de 2013, As. T-147/09 y T-148/09, *Trelleborg Industrie, SAS, Trelleborg, AB c. Comisión*. (Ref. Curia: ECLI:EU:T:2013:259) ap. 61.

En este mismo sentido, la reciente sentencia del Tribunal General ha manifestado que en casos como el actual, en los que se acredita la finalidad única del comportamiento de las empresas y en los que “no existan pruebas o indicios que permitan pensar que la infracción se haya interrumpido”, la conducta puede ser calificada como continuada (en términos del Reglamento de la potestad sancionadora) o “continua” (de acuerdo con la jurisprudencia de la Unión Europea) aunque no existan pruebas concretas de la infracción durante cierto periodo de tiempo. Además, esta sentencia recuerda que, en estos casos, la seguridad jurídica exige que existan “pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas”⁵⁸.

En el presente asunto, ha quedado sobradamente acreditada la existencia de una pluralidad de acciones u omisiones llevadas a cabo por las diferentes empresas y que las mismas infringen el mismo precepto de la LDC o del TFUE.

A pesar de que las incidencias relativas a la inspección tuvieron como consecuencia su conocimiento anticipado por al menos algunas de las empresas, se han encontrado pruebas directas de varios correos que evidencian los intercambios de información entre ellas. El hecho de que algunos de ellos se

Sirva a título de ejemplo la sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011, en los *asuntos acumulados T-204/08 y T-212/08, sobre el mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica*, en la que se establece 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, citada en el apartado 33 supra, apartado 87).”

En el mismo sentido véanse Sentencias de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2005, 6 de noviembre de 2009, 1 de diciembre de 2009, 5 de febrero de 2013, 13 de febrero de 2013, 9 de julio de 2013, 18 de julio de 2013 y 26 de mayo de 2014 y Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2005, 10 de octubre de 2006, 12 de diciembre de 2007, 19 de marzo de 2008, 30 de noviembre de 2004, 28 de junio de 2013, 6 de noviembre de 2013, 26 de marzo de 2015 y 23 de marzo de 2018. Recientemente la Audiencia Nacional se ha pronunciado en las sentencias que han resuelto los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las diversas empresas sancionadas mediante la Resolución de la CNMC de 8 de enero de 2015, en el *Expte. S/0429/12, Residuos*. Así, por ejemplo, en el Fundamento de Derecho Décimo primero de la sentencia de 22 de febrero de 2018 (núm. de recurso 115/2015), la Audiencia Nacional señalaba que: *“para imputar una infracción única y continuada es necesario acreditar la existencia de un objetivo común y un vínculo de complementariedad entre las distintas prácticas restrictivas coadyuvantes a ese objetivo y, para ello es necesario delimitar previamente el mercado sobre el que estas prácticas se realizan (...)”*.

⁵⁸ STG de 10 de noviembre de 2017, en el *asunto T-180/15, Icap y otros c. Comisión*, párrafo 219.

encontraran en las papeleras de los ordenadores evidencia el borrado (insuficiente) de evidencias sobre la conducta investigada.

No obstante, los contactos se producen entre el 26 de diciembre de 2014 y el 25 de mayo de 2016 por lo que también puede considerarse que se cumple la exigencia de vinculación temporal entre las conductas dado que los contactos acreditados entre las empresas incoadas se produjeron con gran regularidad, como se resume a continuación:

	INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE LAS EMPRESAS INCOADAS, DURANTE EL PERIODO EN EL QUE SE LES IMPUTA LA INFRACCIÓN
1/15- Transparencia	PERSUADE a MEDIA SAPIENS: 26/12/14 12:45h, 13:07h, 13:39h (folios 5551 a 5556) YMEDIA a PERSUADE: 26/12/14, 13:52h (folio 5854) MEDIA SAPIENS a PERSUADE e YMEDIA: 29/12/14, 11:16h (folio 5410 y 5411)
4/15-Violencia mujeres	YMEDIA a PERSUADE: 13/2/15, 7:31h (folios 5857 a 5890)
5/15- Enfermedad mental	YMEDIA a PERSUADE: 16/2/15, 15:47h (folio 5894)
12/15- Patrimonio Nacional	MEDIA SAPIENS a MEDIA BY DESIGN y otros no identificados ([...] @gmail.com , [...] @gmail.com): 25/2/2015, 14:32h (folio 5424)
9/15-DGT	CARAT a YMEDIA: 17/3/15, 15:09h YMEDIA a PERSUADE: 17/3/15, 15:12h (folio 7903 a 7906)
Renuncia a subsanan falta de PEC en una campaña	PERSUADE a MEDIA SAPIENS: 25/3/15, 8:46h (folio 5560)
15/15-UIIMP	CARAT a YMEDIA: 25/3/15, 13:12h YMEDIA a PERSUADE: 25/3/15, 13:47h (folios 7907 a 7937) CARAT a YMEDIA: 26/3/15, 14:05h YMEDIA a PERSUADE: 26/3/15, 16:03h (folios 7938 y 7939)
18/15-Fraude fiscal	YMEDIA a PERSUADE: 9/4/15, 10:54h (folios 5909 y 5910) CARAT a YMEDIA: 16/4/15, 12:29h (folio 5916) YMEDIA a PERSUADE: 17/4/15, 8:48h (folios 5916 a 5950)
Preparación de reuniones con la DGRCC	YMEDIA a PERSUADE: 10/4/15, 11:13h (folio 5911) PERSUADE a YMEDIA: 10/4/15, 11:12 (folio 5911) YMEDIA a PERSUADE: 10/4/15, 9:15h (folio 5911)
19/15- Fuerzas armadas	PERSUADE a YMEDIA: 16/4/15, 17:53h (folios 5914 y 5915)
21/15- Transporte público	YMEDIA a PERSUADE: 30/4/15, 15:23h (folios 5969 y 5970)
14/15- Productos alimentarios	PERSUADE a YMEDIA: 7/5/15, 15:51h (folios 5974)
Comunicación con la administración	YMEDIA a PERSUADE: 7/5/15, 9:49h (folios 5971 a 5973) – reenviando correo de CARAT
Comunicación con la administración	YMEDIA a PERSUADE: 25/5/15, 10:27h (folios 5978 a 5979) – reenviado correo de CARAT PERSUADE a YMEDIA: 25/5/15, 12:02h (folio 5978)
16/15-IDAE	PERSUADE a YMEDIA: 29/5/15, 11:38h (folios 5980 y 5981) PERSUADE a MEDIA SAPIENS: 2/6/15, 12:40h (folios 5428 a 5511) MEDIA SAPIENS a PERSUADE e YMEDIA: 9/6/15, 18:28h (folios 5512 y 5513) CARAT a YMEDIA: 11/6/15, 12:06h (folio 5984) YMEDIA a PERSUADE: 11/6/15, 12:14h (folio 5984 a 5986)
Coordinación de estrategia negociadora	MEDIA SAPIENS a YMEDIA y PERSUADE: 23/6/15, (folio 5596) YMEDIA a MEDIA SAPIENS y PERSUADE: 23/6/15, 9:45h (folio 5596) MEDIA SAPIENS a YMEDIA y PERSUADE: 25/6/15, (folio 5596) YMEDIA a MEDIA SAPIENS y PERSUADE: 25/6/15, 14:54h (folio 5596) MEDIA SAPIENS a YMEDIA y PERSUADE: 26/6/15, (folio 5596) YMEDIA a MEDIA SAPIENS y PERSUADE: 26/6/15, 22:57h (folio 5596)
Comunicación con la administración	YMEDIA a PERSUADE: 3/7/15, 13:02h (folios 6201 a 6203) – reenviando correo de CARAT PERSUADE a YMEDIA: 3/7/15, 13:11h (folio 6201)

Comunicación con la administración	YMEDIA a PERSUADE: 15/7/15, 9:22h (folios 6204 a 6207) – reenviando correo de CARAT
Comunicación con la administración	YMEDIA a PERSUADE: 17/8/15, 7:41h (folios 6208 y 6209)
28/15- Sida	PERSUADE a YMEDIA: 9/9/15, 13:48h (folio 6210)
Reunión	MEDIA SAPIENS a PERSUADE: 7/1/16, 18:15h (folio 5597) PERSUADE a MEDIA SAPIENS: 11/1/16, 11:04h (folio 5597)
9/16- Violencia mujeres	PERSUADE a YMEDIA: 12/5/16, 17:24h (folios 6226 y 6227)

Fuente: Elaboración de la CNMC a partir de los datos suministrados por la DGRCC y la documentación recabada en las inspecciones.

Del mismo modo debe considerarse que todos los intercambios de información entre las empresas encontrados en las inspecciones hacen referencia al Acuerdo Marco y sus contratos derivados lo que conduce a concluir que el reparto de mercado afectaba, con carácter general, a todos los contratos derivados de ese Acuerdo.

La existencia de un plan conjunto referido a las licitaciones vinculadas con el Acuerdo Marco puede observarse en los contactos mantenidos entre las empresas incoadas.

Tal como se ha recogido previamente en la mención al contexto en que se desarrolla el Acuerdo, ya con anterioridad a su adjudicación, las empresas intercambiaban información sobre sus ofertas (folios 5718 y 5719) sobre los recursos contra la propia adjudicación interpuestos por CARAT y PERSUADE, por un lado (folios 5753 y 5757 a 5807), y por STARCOM, por otro (folios 5820 a 5832 y 5834 a 5845). Además, manifestaban con entusiasmo su alegría por la estimación de los recursos de CARAT y PERSUADE que los convertía en adjudicatarios del Acuerdo Marco (folio 5811). Estos contactos, que en este momento previo a la adjudicación del Acuerdo Marco solo se han acreditado respecto de CARAT, YMEDIA y PERSUADE, son prueba inequívoca de la disposición de las empresas licitadoras del Acuerdo Marco para colaborar entre sí.

Una vez adjudicado el Acuerdo Marco los contactos entre CARAT, YMEDIA y PERSUADE, que se habían iniciado previamente, existen pruebas que acreditan que se intensifican y se extienden a MEDIA SAPIENS y MEDIA BY DESIGN. A través de estos contactos, tal y como consta en el apartado III de esta resolución, las citadas empresas se intercambiaron datos relativos a las ofertas económicas (precios y descuentos) y técnicas (cobertura y planes estratégicos de comunicación) que presentarían a las licitaciones de cada contrato antes de que terminase el plazo para ello. También acuerdan la estrategia que seguirán respecto de dichas licitaciones, como puede observarse en el correo electrónico de 13 de febrero de 2015 (folios 5857 a 5890), en el que YMEDIA reenvía a PERSUADE información previamente recibida de CARAT, con el mensaje de que le enviaban la información para que “*empe[zaran] a componer [su] documento*”, recordando que su documento debía ser “*poco valorado*”; o en el

correo electrónico de 30 de abril de 2015 (folios 5969 a 5970), en el que YMEDIA sugiere a PERSUADE “ir a perder” una licitación.

Además, tras la adjudicación del Acuerdo Marco, las empresas incoadas acordaron la estrategia que seguirían frente a la administración, en aspectos transversales que afectaban a todas las licitaciones de los contratos basados. Así, constan en el expediente pruebas de que YMEDIA, PERSUADE y CARAT acordaron el “discurso” que mantendrían frente a la DGRCC en las reuniones que mantuvieron individualmente en abril de 2015, para tratar la cuestión de la necesidad y obligatoriedad de presentar oferta válida para todos los contratos basados en el Acuerdo Marco (folio 5911). En este mismo sentido, consta en el expediente la coordinación entre MEDIA SAPIENS, YMEDIA y PERSUADE sobre la estrategia a seguir frente a la administración, como consecuencia del cambio de las cadenas de pauta única de A3 Cobertura (folio 5596).

Del mismo modo, el correo en que MEDIA SAPIENS pregunta a PERSUADE si el concurso lo “controláis vosotros” y la respuesta ofrecida por PERSUADE, confirman la existencia de un reparto de pujas que responde a un plan predeterminado.

El hecho de que ese comportamiento entre las empresas incoadas se haya acreditado respecto de varias licitaciones a lo largo del periodo comprendido entre el 26 de diciembre de 2014 y el 25 de mayo de 2016, variando el resultado de cada licitación, prueba la existencia de un plan conjunto para repartirse dichas licitaciones y para alterar sus condiciones. De hecho, las empresas se sirven del contexto de transparencia creado por el Acuerdo Marco para incrementar la eficacia de sus contactos, por lo que el mismo contribuye a dotar de unidad a los contactos acreditados entre las empresas incoadas.

En definitiva, dado el contexto en el que se produjeron los contactos entre las empresas incoadas, la regularidad de los mismos y considerando el hecho de que afectaron tanto a cuestiones relacionadas con campañas concretas como a cuestiones transversales a todas ellas, las empresas incoadas no solo no pudieron desconocer el objetivo común de su conducta, sino que participaron activamente de él.

Por todo lo que antecede esta Sala considera suficientemente acreditada la existencia de una infracción única y continuada independientemente de la imputación de responsabilidad a cada una que, en consonancia con la jurisprudencia citada, se realizará a continuación.

No cabe acoger la alegación de las empresas que plantea que se consideren como parte de la infracción para cada empresa tan solo aquellos contratos respecto de los que se ha acreditado intercambio de correos con sus ofertas económicas y técnicas.

Tal como ha quedado acreditado, en el contexto del Acuerdo Marco, cada empresa incoada trató de contribuir con su propio comportamiento al reparto de las licitaciones convocadas en ejecución de dicho Acuerdo Marco. Para ello, las empresas incoadas no solo compartieron sus ofertas individuales para las

licitaciones basadas, sino que realizaron otras actuaciones no acordes con los pliegos (como la no presentación de PEC y no presentación de ofertas) y también mantuvieron contactos para acordar una posición común frente a la administración sobre cuestiones transversales que afectaban potencialmente a todas las licitaciones del Acuerdo Marco y de sus contratos basados.

Entender que en un reparto de pujas como el analizado la infracción se limita tan solo a los contratos respecto de los que se han encontrado intercambios directos de correos (algunos de ellos en la papelera de reciclaje de alguna de las empresas que habían sido informadas de la existencia de la inspección prevista) resultaría contrario a la lógica de la concertación acreditada.

d. Duración

La Dirección de Competencia considera que, para identificar el momento en que comienza la infracción debe considerarse el primero de los correos electrónicos en que se identifica un intercambio de información entre las empresas implicadas.

El primer contacto acreditado entre las empresas incoadas que se ha considerado constitutivo de infracción se produjo el 26 de diciembre de 2014 respecto de la licitación de la campaña 1/15- Transparencia, en la que presentaron oferta todas las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco, dentro del plazo establecido para ello, que finalizaba el 8 de enero de 2015.

En este primer contacto participan directamente PERSUADE, MEDIA SAPIENS e YMEDIA. Sin embargo, del contenido de la información intercambiada -que incluye la puntuación de la oferta económica y técnica de CARAT y de MEDIA BY DESIGN- se concluye que estas empresas también participaron en los citados contactos mantenidos.

No en vano, en los cuadros intercambiados entre MEDIA SAPIENS, PERSUADE e YMEDIA se puede comprobar que las puntuaciones previstas para CARAT y PERSUADE coinciden exactamente con las finalmente obtenidas y que las puntuaciones de MEDIA SAPIENS y de MEDIA BY DESIGN difieren en solo unas centésimas (folios 573 y 574).

Por lo que se refiere a la finalización de la conducta respecto de PERSUADE, MEDIA SAPIENS, YMEDIA y CARAT, la Dirección de Competencia la sitúa en el momento de las inspecciones domiciliarias realizadas (que comienzan el 25 de mayo de 2016), lo que coincide con el periodo en el que se han acreditado contactos entre las empresas incoadas (el último acreditado data del 12 de mayo de 2016 -folios 6226 y 6227-). Esta Sala comparte esta delimitación de la conducta situando de manera más precisa la finalización de la misma en el día 25 de mayo de 2016, coincidiendo con el inicio de las inspecciones.

Finalmente, en el caso de MEDIA BY DESIGN, esta Sala está de acuerdo con la Dirección de Competencia, que sitúa la finalización de su conducta en el momento en el que tuvo lugar la resolución de su contrato con la administración

como adjudicataria del Acuerdo Marco 50/2014, el 15 de octubre de 2015 (folio 352).

2. Antijuridicidad

No existen causas que justifiquen la comisión de la conducta tipificada en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

No existe amparo legal que pudiese subsumirse en el artículo 4 de la LDC, ni se aprecia la concurrencia de elementos de exención de la aplicación de la prohibición de los artículos 1.1 de la LDC o del 101.1 TFUE.

En este sentido, debe analizarse la alegación de las empresas en virtud de la cual, en el contexto del Acuerdo Marco, las conductas llevadas a cabo **podrían generar eficiencias o ventajas significativas para la Administración General del Estado** (folio 8903 Alegaciones de PERSUADE) o bien que no produce efectos (como señalan MEDIA SAPIENS, CARAT MDB y PERSUADE).

Uno de los efectos acreditados de la conducta analizada ha sido la no presentación o la presentación defectuosa de ofertas en determinadas campañas. Esta circunstancia ha privado a la Administración de la posibilidad de beneficiarse de las ventajas que supone la existencia de varias ofertas competitivas, considerando, al menos, las condiciones comerciales ofertadas en la licitación del Acuerdo Marco por cada una de las empresas.

Otro de los efectos que se desprende del expediente se verifica en el empeoramiento de las condiciones en las que la administración podía contratar los servicios de intermediación en la compra de espacios publicitarios por la coordinación entre las empresas incoadas. A este respecto, cabe señalar que - en contra como veremos de lo alegado por las empresas en sus alegaciones a la PR- los precios y condiciones técnicas establecidas en la adjudicación del Acuerdo eran precios máximos y condiciones mínimas, siempre susceptibles de mejora.

PERSUADE afirma que “con los precios topados al alza y de por si muy comprometidos de conseguir es imposible haber perjudicado a la Administración. Es una conjetura inviable de la CNMC” (folio 8899).

MEDIA SAPIENS sostiene que “no ha habido efectos sobre la licitación de los Contratos Basados en el Acuerdo Marco 50/2014 por parte de la Administración” (folio 8745).

CARAT alega que “Debe recordarse, en todo caso, que el esquema de funcionamiento del Acuerdo Marco descansa en una primera licitación a la que acudieron multitud de empresas y que se saldó con la selección de las cinco que habían presentado las mejores condiciones para la Administración. La DC, como hemos visto, analizó esa licitación y concluyó que se había producido una competencia correcta entre los participantes. Después, las empresas no podían empeorar su oferta inicial, lo cual supone que el gasto incurrido en cada licitación nunca superaría el presupuestado y manifiesta que no existía perjuicio para la Administración.

A pesar de ello, la DC considera que las empresas incoadas tenían margen para introducir mejoras en los precios máximos que habían ofertado en la licitación previa del Acuerdo (apartado 366 de la PR), de nuevo sin ningún tipo de análisis al respecto. Y ello sin entrar a valorar cómo sabe la DC si las empresas tenían margen para introducir mejoras sin haber analizado las estructuras de coste, modelos de negocio y circunstancias particulares de las compañías” (folio 8845).

Ante estas alegaciones, la evidencia contenida en el expediente muestra de manera incontrovertible que las empresas adjudicatarias tenían capacidad para mejorar sus ofertas del Acuerdo Marco y, de hecho, constan en el apartado III de esta Resolución, numerosos ejemplos en los que las empresas incoadas hicieron mejoras sobre sus respectivas ofertas vinculantes⁵⁹.

La existencia de ofertas realmente competitivas entre las empresas incoadas habría sustituido el respeto del acuerdo y la mera apariencia de competencia (recordemos el correo que manifestaba “*esta campaña es vuestra*”) por una competencia cierta entre las empresas que habría permitido mayores descuentos en los precios e incrementos en las mejoras técnicas.

Por ello puede concluirse que la conducta de estas empresas ha producido efectos perjudiciales sobre los intereses de la Administración General del Estado, tanto en términos de costes unitarios como de cobertura y de eficiencia de las campañas publicitarias afectadas.

Por consiguiente, hemos de concluir que nos encontramos ante una conducta no solo típica sino también antijurídica, habiéndose producido una lesión en el bien

⁵⁹ Así ocurrió, por ejemplo, en las siguientes campañas :

Campaña 1/15- Transparencia: PERSUADE mejora su oferta respecto de su precio máximo vinculante ofrecido en el Acuerdo Marco; mientras que las demás agencias ofertan sus precios y descuentos del Acuerdo Marco (folio 574).

Campaña 4/15- Violencia de género: CARAT realiza una oferta más ventajosa respecto de su oferta máxima vinculante del Acuerdo Marco; mientras que el resto de empresas ofertan sus precios y descuentos del Acuerdo Marco (folios 879 a 905).

Campaña 15/15- UIMP: PERSUADE mejoró su oferta del Acuerdo Marco; mientras que el resto de empresas ofertan sus precios y descuentos del Acuerdo Marco o fueron excluidas por no respetar dichos precios y descuentos (folio 2614).

Campaña 18/15- Fraude Fiscal: OPTIMEDIA, CARAT y PERSUADE mejoraron sus precios y descuentos respecto de sus ofertas en el Acuerdo Marco (folios 3518 a 3520).

Campaña 14/15- Productos alimentarios: PERSUADE y OPTIMEDIA presentan ofertas que en ciertos servicios mejoran sus niveles de precios y descuentos del Acuerdo Marco (folios 2411 a 2416).

Campaña 16/15- Ahorro y eficiencia energética 2015 (IDAE): MEDIA SAPIENS y OPTIMEDIA mejoran sus ofertas del Acuerdo Marco (folios 3069, 3071 y 3076).

jurídico protegido: la protección y mantenimiento de la competencia en el mercado objeto de análisis.

3. Responsabilidad

a. De las empresas

La Sala de Competencia considera acreditada la efectiva comisión por las entidades incoadas de una conducta típica y antijurídica.

Las conductas infractoras descritas *supra* son atribuibles a las cuatro empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco incoadas (CARAT, PERSUADE, MEDIA SAPIENS y MEDIA BY DESIGN), así como a YMEDIA, cuya actuación ha sido imprescindible para facilitar y dar apariencia de legalidad a las comunicaciones y los intercambios de información.

Las empresas incoadas se coordinaron para alterar las condiciones y repartirse las licitaciones convocadas en ejecución del Acuerdo Marco. Para llevar a cabo esta conducta, las empresas incoadas mantuvieron numerosos contactos por correo electrónico, a través de los cuales se intercambiaron abundante información sobre sus ofertas en las licitaciones y sobre otras cuestiones relevantes para la ejecución del Acuerdo Marco.

- El análisis de una supuesta confianza legítima

Las empresas no cuestionan la existencia de los mencionados intercambios de información ni del resto de hechos que se les imputan. De hecho, tal y como se ha recogido previamente, MEDIA SAPIENS y PERSUADE reconocen expresamente que se intercambiaron los planes estratégicos de comunicación antes de que presentaran sus respectivas ofertas en tres licitaciones (las de las campañas 15/15 – UIMP, 18/15 – Fraude Fiscal y 16/15 – Ahorro y eficiencia energética (IDAE) 2015) (folios 8761, 8893 y 8894).

Sin embargo, manifiestan que las citadas conductas se insertan en el contexto del Acuerdo Marco, caracterizado por su transparencia y por la participación de la administración en el mismo. En estas circunstancias, las empresas afirman que confiaban en el carácter lícito de sus comunicaciones e intercambios de información, dado que consideran que los mismos venían propiciados por el contexto del Acuerdo Marco, lo mismo que la no presentación de ofertas en algunos concursos.

Por lo tanto, las empresas investigadas alegan que su conducta estaría amparada por lo que ellas denominan confianza legítima.

Así parece afirmarlo PERSUADE en sus alegaciones a la PR (folios 8885 y 8886) y lo afirma con rotundidad MEDIA SAPIENS, que insiste en el contexto de competencia reducida creado por el Acuerdo Marco que le habría generado la confianza legítima en la legalidad de los contactos que mantuvo con sus competidores (folios 8751 a 8787).

MEDIA SAPIENS alega la aplicación del que denomina principio de confianza legítima argumentando que la administración habría “*generado per se un contexto de competencia reducida*”, a través del Acuerdo Marco (folios 8769 y 8770). Adicionalmente, MEDIA SAPIENS invoca precedentes de la Autoridad de Competencia y jurisprudencia de la que sostiene que se desprende que los “*signos externos producidos por la Administración [eran] suficientemente concluyentes para inducir al particular a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, no pudiéndose sancionar una conducta que la Administración ampara o aconseja*”⁶⁰. Por ello concluye que, teniendo en cuenta todo lo anterior, falta el elemento subjetivo de la conducta, por lo que la misma no se podría sancionar.

A este respecto, cabe recordar que el principio de confianza legítima debe ser interpretado restrictivamente y siempre en el ámbito de la legalidad. Este principio en ningún caso ampararía comportamientos manifiestamente contrarios a la ley, aun cuando la conducta de la Administración pudiera haber sido equívoca. Así se ha mantenido de manera constante por la autoridad de competencia de acuerdo con la jurisprudencia⁶¹.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha considerado que la concurrencia del principio de confianza legítima exige la existencia de signos externos concluyentes producidos por la administración, que induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación:

“el principio de protección de la confianza legítima que ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa”⁶².

Ante esta doctrina asentada, la Sala considera que nada en los hechos acreditados en este procedimiento supone la existencia de cualquier signo externo producido por la Administración que pudieran llevar a las entidades incoadas a considerar que su conducta estaba amparada por la ley.

⁶⁰ Resolución de la CNC de 26 de abril de 2011, en el *expte. S/0107/08, Plataforma del Mejillón* y SAN de 15 de octubre de 2012 (núm. de recurso 06/608/2011) y STSJ País Vasco de 14 de junio de 2010 (núm. de recurso 1069/2007).

⁶¹ Véase por ejemplo, la resolución del TDC de 25 de octubre de 2000, en el *expte. 476/99, Agencias de Viaje*, la resolución de la CNC de 31 de julio de 2010, en el *expte. S/0120/08, Transitarios* o la resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011, en el *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 (núm. de recurso de casación 3658/2004)*.

Del mismo modo, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 (núm. de recurso de casación 3658/2004).

⁶² Sentencia de 20 de diciembre de 2006, antes citada.

La Administración elaboró y licitó el Acuerdo Marco sin que en el mismo se previera la posibilidad de que las empresas adjudicatarias pudieran intercambiar entre sí información comercialmente sensible, ni mucho menos hacerlo a los efectos de repartirse las licitaciones de los contratos derivados.

No consta en el expediente que en ningún momento la Administración, la JCCM ni la DGRCC dieran a entender de ninguna manera, a las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco, que podían intercambiar información relativa a las licitaciones convocadas en ejecución del mencionado Acuerdo Marco, ni mucho menos acordar entre ellas el reparto de los contratos.

Respecto al Informe INF/DP/003/14 elaborado por la CNMC sobre el Acuerdo Marco (al que también se refiere MEDIA SAPIENS), no había en el mismo ningún elemento que pudiera inducir razonablemente a pensar a las empresas incoadas que su comportamiento era legal.

Lo mismo puede decirse de la exigencia de presentación de ofertas y de PECs.

En cualquier caso, la especial gravedad de los hechos ha llevado al Tribunal Supremo a manifestar que debe prevalecer el principio de legalidad incluso en los casos en los que la actuación de la administración pueda ser equívoca⁶³:

“en un supuesto como el presente sin duda prevalece el principio de legalidad frente a un comportamiento manifiestamente contrario a la propia legalidad, aun cuando la conducta de la Administración pueda haber sido equívoca.”

En definitiva, esta Sala no puede acoger la aplicación del principio de confianza legítima solicitada por MEDIA SAPIENS e invocada por PERSUADE.

Por lo tanto, excluida la concurrencia del principio de confianza legítima, en este caso se aprecia el elemento subjetivo en la conducta de las empresas incoadas, tal y como exige la jurisprudencia, que es clara a la hora de determinar que tal elemento concurre cuando las empresas infractoras no pueden ignorar que su conducta es contraria a la competencia, aunque no conozcan exactamente la tipificación jurídica de tal conducta:

*“156 Por lo que respecta a la cuestión de si las infracciones se cometieron deliberadamente o por negligencia y de si, por tanto, pueden sancionarse con una multa de conformidad con el artículo 15, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento nº 17 o del artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003, **de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que este requisito se cumple cuando la empresa de que se trata no pueda ignorar que su conducta es contraria a la competencia, tenga o no conciencia de estar infringiendo las normas de competencia del Tratado** (véase la sentencia Deutsche*

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2006 (núm. de recurso de casación 4628/2003).

*Telekom/Comisión, EU:C:2010:603, apartado 124 y jurisprudencia citada).*⁶⁴ [Énfasis añadido]

- La responsabilidad de YMEDIA en la conducta

En primer lugar, debe recordarse que YMEDIA es una empresa activa en el mercado de la intermediación publicitaria (presentó oferta al Acuerdo Marco) aunque, al no haber sido adjudicataria del mismo, no competía con el resto de empresas incoadas por las licitaciones de los contratos derivados.

En este sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado⁶⁵:

*“toda empresa que hubiera adoptado un comportamiento colusorio, **incluidas las empresas asesoras que no operan en el mercado de referencia afectado por la restricción de la competencia**, podía razonablemente prever que la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1, le era aplicable en principio. En efecto, tal empresa **no podía ignorar, o bien le era posible comprender, que en la práctica decisoria de la Comisión y en la jurisprudencia comunitaria anteriores ya estaba ínsito de manera suficientemente clara y precisa el fundamento del reconocimiento expreso de la responsabilidad de una empresa asesora por una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, cuando dicha empresa contribuye activa y deliberadamente a un cartel entre productores que operan en un mercado distinto de aquél en el que opera la citada empresa**”. [Énfasis añadido].*

Más recientemente, el Tribunal de Justicia insistió en lo irrelevante que resulta, a efectos de la aplicación del artículo 101.1 TFUE, el mercado en el que operan las partes⁶⁶:

“34. Por otra parte, no cabe deducir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el artículo 81 CE, apartado 1, se refiera únicamente bien a las empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia o incluso en los mercados anteriores, posteriores o similares a dicho mercado, bien a las empresas que limiten su autonomía de comportamiento en un mercado determinado en virtud de un acuerdo o de una práctica concertada.

35. En efecto, es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que la redacción del artículo 81 CE, apartado 1, se refiere con carácter general a todos los acuerdos y prácticas concertadas que, en relaciones horizontales o verticales, falseen la competencia en el mercado común, con independencia del mercado en el que operen las partes y de que sólo

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de julio de 2014, en al *Asunto C 295/12 P, Telefónica contra Comisión*.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008, en el asunto T-99/04, *AC-Treuhand AG c. Comisión*.

⁶⁶ STJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14P, *AC-Treuhand AG c. Comisión*.

el comportamiento comercial de una de ellas resulte afectado por los términos de los pactos de que se trate (véanse, en este sentido, las sentencias LTM, 56/65, EU:C:1966:38, p. 358; Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, EU:C:1966:41, pp. 492 y 493; Musique Diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, apartados 72 a 80; Binon, 243/83, EU:C:1985:284, apartados 39 a 47, y Javico, C-306/96, EU:C:1998:173, apartados 10 a 14).”

Por lo tanto, el hecho de que YMEDIA **no participe en el mercado afectado** por la infracción no impide que a esta empresa se le pueda exigir responsabilidad, en este caso.

Por otra parte, YMEDIA es considerada responsable de la conducta en su calidad de **facilitadora**.

No es la primera vez que esta autoridad de competencia sanciona prácticas de concertación en las que han participado empresas en su labor de facilitadores de la conducta prohibida⁶⁷. Además, esta posibilidad también ha sido reconocida por la jurisprudencia española y europea⁶⁸.

⁶⁷ Resolución de la CNMC de 28 de mayo de 2015, en el *expte. S/0471/13, CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW*, resolución de 2 de enero de 2014, en el *expte. S/0404/12 Servicios Comerciales AENA*, resolución de 2 de marzo de 2011, en el *expte. S/0086/08, Peluquería profesional*, resolución de 28 de julio de 2010, en el *expte. S/0091/08, Vinos Finos de Jerez*.

⁶⁸ Veanse la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016 (núm. de recurso de casación 2946/2013) y SAN de 6 de febrero de 2017 (núm. de recurso 06/51/2013).

La sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2010, en el *Asunto T-29/05, Deltafina SpA c. Comisión*, recordaba que el elemento subjetivo de la infracción concurre respecto de las empresas que participan en la infracción, pero no operan en el mercado afectado, cuando contribuyen a su desarrollo sin que pudieran desconocer el carácter ilícito de su comportamiento:

“62. (...) El Tribunal precisó que este requisito subjetivo era, por una parte, inherente al criterio de la aprobación tácita del cártel y al de la falta de distanciamiento público de su contenido, en cuanto que esos criterios implican la presunción de que la empresa interesada sigue aceptando los objetivos y la puesta en práctica del cártel, y por otra parte constituía la justificación para considerar corresponsable a la empresa interesada, ya que ésta pretendía contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y tuvo conocimiento de los comportamientos ilícitos de los demás participantes o pudo de forma razonable haberlos previsto y estaba dispuesta a asumir el riesgo.

63. En el apartado 136 de la sentencia AC-Treuhand/Comisión, citada en el apartado 48 supra, el Tribunal señaló que los principios expuestos en los anteriores apartados 57 a 62 se aplicaban mutatis mutandis a la participación de una empresa cuya actividad económica y competencia profesional permitían que no pudiera ignorar el carácter contrario a la competencia de los comportamientos de que se trataba y que pudiera aportar de esa forma un sostén no carente de importancia a la comisión de la infracción.”

En el mismo sentido se ha manifestado la Comisión en su Decisión de la Comisión de 10 de diciembre de 2003, en el *asunto COMP/ 37.857 – Peróxidos Orgánicos*, decisión de 4 de febrero

Considerando los precedentes citados, esta Sala considera que YMEDIA no podía desconocer que facilitar el intercambio de información para el reparto del mercado era ilegal.

De hecho, el propio papel de YMEDIA en la conducta puede considerarse evidencia de la intención de las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco de intentar ocultar su conducta de intercambio de información sensible.

José Pablo Canal (directivo de YMEDIA) utilizaba diferentes cuentas de correo electrónico para realizar su papel en la conducta: por un lado, usaba su correo corporativo para recibir las comunicaciones de CARAT y, por otro lado, solía utilizar una cuenta *webmail* de Gmail para comunicarse con PERSUADE. Finalmente, el propio lenguaje vago utilizado en ocasiones por YMEDIA, aludiendo a “nuestro amigo” y “tu amigo”, es indicativo de su esfuerzo por ocultar el verdadero propósito de sus comunicaciones⁶⁹.

En sus alegaciones a la PR (folio 8802) YMEDIA manifiesta que *“la CNMC ha recurrido a la figura del **“cooperador necesario”**, en la medida en que ha considerado acreditado que **el tercero ha contribuido de manera autónoma e indispensable a la ejecución de la infracción**, junto con el resto de autores directos.”*

En efecto, esta Sala considera que el papel de YMEDIA ha sido decisivo para la comisión de la infracción, ya que ha sido la empresa encargada de facilitar el intercambio de información relativa a la ejecución del Acuerdo Marco, entre CARAT y el resto de empresas incoadas, buscando una apariencia de legalidad.

La participación de YMEDIA en la conducta no se reducía a la de un mero intermediario sustituible por cualquier otro, sino que la elección de YMEDIA por parte del resto de empresas incoadas se debió a que ofrecía garantías adicionales para mantener el carácter secreto del acuerdo. En este sentido, como han puesto de relieve tanto CARAT como YMEDIA y PERSUADE, existía una relación estructural entre CARAT e YMEDIA y una relación de prestación de servicios entre YMEDIA y PERSUADE. La existencia de esas relaciones lícitas ha sido utilizada por las empresas infractoras para enmascarar los contactos ilícitos acreditados en esta resolución.

La elección de intermediarios con los que las empresas participantes en un cártel mantienen alguna relación lícita ya ha sido analizada y sancionada en la sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2017, antes citada, en la que se descartaba que el hecho de que existiera una relación vertical entre el facilitador y alguna de las empresas sancionadas, pudiera excluir la

de 2015, en el asunto AT.39861 — *Derivados sobre tipos de interés en yenes*, decisión de 20 de octubre de 2004, en el asunto COMP/ 38.238 – *Tabaco crudo* – España.

⁶⁹ Correo electrónico enviado por YMEDIA a PERSUADE el 30 de abril de 2015 (folios 5969 a 5970).

responsabilidad de la empresa facilitadora⁷⁰. Por lo tanto, en este caso, dada la consolidada doctrina tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el nacional sobre la atribución de responsabilidad a las empresas que actúan como “facilitadoras” o “cooperadoras necesarias”, YMEDIA conocía (o debía hacerlo) el carácter ilícito de su conducta.

- Conclusión e individualización de la responsabilidad

En conclusión, esta Sala considera que se ha acreditado la concurrencia del elemento subjetivo en las empresas incoadas.

Dado que la conducta ha sido calificada como infracción única y continuada sin interrupciones, cabe exigir responsabilidad a las empresas por el periodo total en que se ha acreditado su participación en la conducta:

⁷⁰ STG de 10 de noviembre de 2017, en el asunto T-180/15, Icap y otros c. Comisión:

«189. A este respecto, las demandantes alegan que el concepto de «facilitación» es reciente y está poco desarrollado. Añaden que la situación de Icap se diferencia claramente del papel desempeñado por AC-Treuhand tanto en el asunto que dio lugar a la sentencia de 8 de julio de 2008, AC-Treuhand/Comisión (T-99/04, EU:T:2008:256), como en la que dio lugar a la sentencia de 6 de febrero de 2014, AC-Treuhand/Comisión (T-27/10, EU:T:2014:59). A su entender, mientras que AC-Treuhand hizo la colusión posible, a Icap sólo se le reprocha haber actuado al servicio de la colusión o haber contribuido a ella. A este respecto, las demandantes observan que, en este caso, la colusión entre los bancos implicados habría existido aun si no hubiese habido ninguna intervención de Icap.

190. Según las demandantes, el papel desempeñado por Icap no fue la «facilitación» de un acuerdo horizontal, sino que se limitó a una restricción vertical con un agente, que, por sí misma, no restringió ni falseó la competencia. Las demandantes añaden que, en cinco de las seis infracciones de que se trata, el otro banco participante en la colusión desconocía la implicación de Icap. Las demandantes consideran que la aplicación de un criterio tan amplio como el concepto de «facilitación» tiene una incidencia particularmente gravosa para empresas ajenas a la colusión.»

(...) 198. Por lo que atañe a la argumentación de las demandantes dirigida a quitar importancia al papel desempeñado por Icap en las infracciones de que se trata comparándolo con el desempeñado por AC-Treuhand en las prácticas colusorias objeto de los asuntos que dieron lugar a la sentencia de 8 de julio de 2008, AC-Treuhand/Comisión (T-99/04, EU:T:2008:256), y a la sentencia de 6 de febrero de 2014, AC-Treuhand/Comisión (T-27/10, EU:T:2014:59), procede, por el contrario, subrayar la importancia de esa participación en algunas de las antedichas infracciones. En efecto, en la medida en que los tipos del JPY LIBOR se calculan a partir de las propuestas de los miembros del panel, la influencia ejercida por Icap sobre sus clientes miembros de dicho panel por medio del boletín al que se hace referencia en el apartado 15 anterior permitió dar a las manipulaciones de esos tipos una amplitud mucho más importante que si hubiesen quedado limitadas únicamente a las propuestas de los dos bancos implicados en cada una de esas infracciones.

199. Por tanto, debe desestimarse la primera parte del motivo.»

“218. (...) En ese caso, podrá imponer una multa por todo el período de duración de la infracción, incluido el período respecto al cual no dispone de prueba de la participación de la empresa interesada (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de mayo de 2013, Trelleborg Industrie y Trelleborg/Comisión, T 147/09 y T 148/09, EU:T:2013:259, apartado 87, y de 16 de junio de 2015, FSL y otros/Comisión, T 655/11, EU:T:2015:383, apartado 481).

219. Sin embargo, el principio de seguridad jurídica exige que, si no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe invocar al menos pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas (véase la sentencia de 16 de junio de 2015, FSL y otros/Comisión, T-655/11, EU:T:2015:383, apartado 482 y jurisprudencia citada).”⁷¹

En este caso se ha considerado acreditado que la duración de la conducta se extiende, al menos, desde el 26 de diciembre de 2014 hasta el 25 de mayo de 2016.

En el caso de MEDIA BY DESIGN, la responsabilidad debe individualizarse dado que su conducta se extiende hasta el 15 de octubre de 2015, momento en el que tuvo lugar la resolución del contrato de adjudicación del Acuerdo Marco.

Respecto de PERSUADE, ha quedado acreditado (apartado III.5 de esta resolución) su intento de ocultación de pruebas en el momento de la inspección. Por ello debe considerarse que concurre una circunstancia agravante.

Un número muy importante de las evidencias incriminatorias fueron encontradas en el correo electrónico de Giacomo Pullara, como parte de los elementos eliminados del mismo. Ello denota el ánimo de PERSUADE ocultar elementos probatorios a los inspectores de competencia.

Debe en este sentido considerarse el contexto en el que tuvieron lugar las inspecciones, cuyo auto de autorización judicial de entrada había sido notificado previamente a algunas de las empresas entre las que se encuentra MEDIA SAPIENS, con la que PERSUADE mantenía contactos frecuentes.

Además, debe considerarse que el análisis de la integridad de la documentación en soporte electrónico recabada en la sede de PERSUADE conduce a descartar que el criterio seguido para el borrado de correos fuera el de su antigüedad: correos anteriores en el tiempo sí estaban disponibles y no habían sido eliminados. Por lo tanto, el criterio seguido para la selección de los correos a eliminar solo puede guardar relación con su contenido.

En estas circunstancias, el hecho de que la mayoría de las pruebas recabadas se encontraran en la carpeta de elementos eliminados tiene una única

⁷¹ Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2017, en el asunto T-180/15, Icap y otros c. Comisión.

explicación razonable, que es la obstaculización de la labor inspectora por parte de PERSUADE.

Finalmente debe afirmarse que no constan acreditados en el expediente los elementos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para atribuir responsabilidad solidaria entre CARAT e YMEDIA por lo que esta Sala considera que su responsabilidad, lo es a título individual⁷².

b. De los directivos o representantes legales incoados

En el presente expediente se plantea la intervención directa de los representantes legales o directivos de las empresas MEDIA SAPIENS, PERSUADE e YMEDIA en el diseño e implementación de los acuerdos declarados típicos, antijurídicos y culpables por parte de las empresas razón por la cual se les incoa expediente sancionador.

Sin embargo, estas personas realizan diversas alegaciones a la PR.

- José Pablo Canal (YMEDIA) niega su calificación como directivo de la entidad en la que presta servicios (folios 8791 a 8793)
- Guillermo José Hernández López (MEDIA SAPIENS) niega que haya desempeñado un “*papel especial*” en la conducta (folios 8737 y 8738);
- Giacomo Pullara Sanz (PERSUADE) niega haber participado en ninguna conducta anticompetitiva (folios 8903 y 8905).

Para determinar si en este caso resulta procedente la sanción propuesta por la Dirección de Competencia a los representantes legales o directivos de las tres entidades indicadas, esta Sala debe analizar si concurren los requisitos legales exigidos por el artículo 63.2 LDC para apreciar las correspondientes responsabilidades a título personal por la infracción de cártel de la que son responsables MEDIA SAPIENS, PERSUADE e YMEDIA. En este sentido, el artículo 63.2 LDC dispone que:

“2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto”.

Este precepto ha sido interpretado por jurisprudencia reciente de la Audiencia Nacional que mantiene que⁷³:

⁷² Véase la STS de 1 de abril de 2016 (núm. de recurso de casación 3691/2013).

⁷³ SAN de 14 de septiembre de 2017 (recurso DDFF 06/10/2016), SAN de 27 de febrero de 2018 (recurso DDFF 06/5/2016) y SAN de 20 de abril de 2017 (recurso DDFF 06/9/2016), que exigen

“En efecto, y a diferencia de lo que sucede con el representante legal, no existe definición normativa alguna sobre lo que deba entenderse por órgano directivo que pudiera acotar, desde la perspectiva de la tipicidad, este concepto, haciendo devenir atípica la conducta del actor como Vice-Secretario del Consejo de Administración.

*Ante la falta de dicha conceptualización, entendemos que órgano directivo de una persona jurídica lo es **cualquiera de los que la integran que pudiera adoptar decisiones que marquen, condicionen o dirijan, en definitiva, su actuación.** El artículo 63.2 ha pretendido conferir a esta forma de intervención, y a la responsabilidad que arrastra, un indudable componente fáctico: cabrá exigir responsabilidad por dicha vía **cuando se acredite que el órgano directivo, entendido con el alcance que señalábamos, ha intervenido en el acuerdo o decisión.** Y este acuerdo o decisión es, sin duda, el anticompetitivo.” [Énfasis añadido]*

La participación en la infracción de Guillermo José Hernández López (MEDIA SAPIENS), Giacomo José Pullara (PERSUADE) y José Pablo Canal (YMEDIA) consta en este caso acreditada en el expediente.

Guillermo José Hernández López, administrador único de MEDIA SAPIENS, intercambió los siguientes correos electrónicos, tal y como consta el en el apartado III de esta Resolución:

Correos de 26 de diciembre de 2014 (folios 5551 a 5556), de 29 de diciembre de 2014 (folio 5410 y 5411), de 25 de febrero de 2015 (folio 5424), de 2 de junio de 2015 (folios 5428 a 5511), de 9 de junio de 2015 (folios 5512 y 5513), de 25 de marzo de (folio 5560), de 23, 25 y 26 de junio de 2015 (folio 5596), de 7 y 11 de enero de 2016 (folio 5597), de 18 de abril de 2016 (folios 5514 a 5518), de 18 de mayo de 2016 (folio 5600).

Giacomo José Pullara, consejero y secretario del consejo de administración de PERSUADE, intercambió los siguientes correos electrónicos, tal y como consta el en el apartado III de esta Resolución:

Correos de 26 de diciembre de 2014 (folios 5551 a 5556 y 5854), de 29 de diciembre de 2014 (folio 5410 y 5411), de 13 de febrero de 2015 (folios 5857 a 5890), de 16 de febrero de 2015 (folio 5894), de 17 de marzo de 2015 (folios 7903 a 7906), de 25 de marzo de 2015 (folio 7907, 7909 a 7937), de 26 de marzo de 2015 (folio 7938), de 9 de abril de 2015 (folios 5909 y 5910), de 10 de abril de 2015 (folio 5911), de 16 de abril de 2015 (folios 5914 y 5915), de 17 de abril de 2015 (folio 5916), de 30 de abril de 2015 (folios 5969 a 5970), de 7 de mayo de 2015 (folio 5974), de 29 de mayo de 2015 (folios 5980 y 5981), de 2 de junio de 2015 (folios 5428 a 5511), de 9 de junio de 2015 (folios 5512 y 5513), de 11 de junio de 2015 (folio 5984), de 9 de septiembre de 2015 (folio 6210), de 12 de mayo de 2016 (folios 6226 y 6227), de 18 de mayo de 2016 (folio 5600).

José Pablo Canal, director de la oficina de Barcelona y directivo de YMEDIA (tal y como se recoge en el sitio web de la propia empresa, incorporado en el folio

que las personas físicas sean representantes legales de las empresas infractoras, o que integren sus órganos directivos.

8017), intercambió los siguientes correos electrónicos, tal y como consta el en el apartado III de esta Resolución:

Correos de 26 de diciembre de 2014 (folio 5854), de 29 de diciembre de 2014 (folio 5411), de 13 de febrero de 2015 (folios 5857 a 5890), de 16 de febrero de 2015 (folio 5894), de 17 de marzo de 2015 (folios 7903 a 7906), de 25 de marzo de 2015 (folio 7907), de 26 de marzo de 2015 (folio 7938), de 9 de abril de 2015 (folios 5909 y 5910), de 10 de abril de 2015 (folio 5911), de 16 de abril de 2015 (folios 5914 y 5915), de 17 de abril de 2015 (folio 5916), de 30 de abril de 2015 (folios 5969 a 5970), de 29 de mayo de 2015 (folios 5980 y 5981), de 9 de junio de 2015 (folios 5512 y 5513), de 11 de junio de 2015 (folio 5984), de 18 de abril de 2016 (folios 5514 a 5518), de 12 de mayo de 2016 (folios 6226 y 6227).

En los tres casos estas personas físicas reúnen los requisitos exigidos por la jurisprudencia reciente de la Audiencia Nacional para ser calificadas como representantes legales o directivos de las empresas en las que prestan servicios.

Guillermo José Hernández López ocupa el cargo de administrador único de MEDIA SAPIENS, lo que le convierte necesariamente en representante legal de la empresa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 233.2 a) LSC⁷⁴.

Giacomo José Pullara es consejero y secretario del consejo de administración de PERSUADE, ostentando la plena representación de la sociedad, según consta en la escritura de poder general para pleitos que consta incorporado en este procedimiento (folios 8019 a 8034).

José Pablo Canal es director de la oficina de Barcelona de YMEDIA e integrante de su equipo directivo (según consta en el propio sitio web de la entidad), por lo que se trata de una persona que puede adoptar decisiones que marquen, condicionen o dirijan la actuación de esta empresa que solo cuenta con dos oficinas, siendo el director de una de ellas.

En definitiva, en los tres casos concurren las dos condiciones exigidas por el artículo 63.2 LDC, tal y como ha sido interpretado por la Audiencia Nacional. Guillermo José Hernández López (MEDIA SAPIENS) y Giacomo José Pullara (PERSUADE) son representantes legales de las mercantiles en las que prestan servicios, mientras que José Pablo Canal (YMEDIA) es directivo de su empresa. Además, los tres tienen capacidad para comprometer con su actuación a las personas jurídicas para las cuales prestaban servicios y en las cuales tenían encomendadas funciones de especial responsabilidad, que desempeñaban con autonomía.

Finalmente ha quedado ampliamente acreditado que estas tres personas diseñaron o implementaron los acuerdos, a través del envío y recepción de los correos electrónicos citados.

⁷⁴ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>.

CUARTO. Otras alegaciones y cuestiones planteadas en la fase de consejo

1. Sobre la invalidez de la inspección llevada a cabo por la Dirección de Competencia en la sede de PERSUADE

En su escrito de alegaciones a la PR (folios 8883 a 8905), PERSUADE insiste en la ilegalidad de la inspección que tuvo lugar en su sede social los días 25 y 26 de mayo de 2016, contra la cual ya interpuso el correspondiente recurso ante esta Sala y, posteriormente, recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que todavía no ha sido resuelto⁷⁵.

En sus alegaciones a la PR, PERSUADE afirma que el objeto de la Orden de Investigación era excesivamente amplio, dado que:

“prácticamente se limita a transcribir el artículo 1 de la LDC en ningún momento queda delimitado, ni siquiera mínimamente, la investigación a determinadas prácticas y no las concreta en un sector o ámbito específico dentro del objeto social de la empresa, no se está delimitando el ámbito material de la inspección y ni siquiera se hace referencia a los indicios razonables para justificar la sospecha de que pudiera existir un comportamiento constitutivo de un determinado y específico ilícito de competencia.”

Considera igualmente que *“la actividad inspectora se ha llevado con evidente extralimitación en relación al Auto judicial de fecha 20/05/2016, ya que el mismo es más restrictivo y limitativo que la actuación e intervención solicitada”*.

Esta Sala se pronunció sobre ambos aspectos relacionados con dicha inspección, en su resolución de 21 de julio de 2016, que puso fin al recurso interpuesto por PERSUADE contra la inspección en su sede. En ella, se analizó el contenido de la Orden de Investigación, concluyéndose que en la misma quedaban suficientemente determinados tanto el objeto y la finalidad de la inspección, como el resto de elementos recogidos en el artículo 13.3 RDC⁷⁶.

⁷⁵ El recurso ante esta Sala dio origen a la resolución de 21 de julio de 2016, en el expte. R/AJ/168/16, PERSUADE.

⁷⁶ Cabe añadir a este respecto, que la Audiencia Nacional ha precisado en su sentencia de 22 de febrero de 2018 (núm. de recurso 06/115/2015) que, para concluir la nulidad de la orden de investigación, no es suficiente con que falte alguno de los elementos que la misma debe contener, sino que además es necesario que ello *“se traduzca en una efectiva indefensión para la empresa”*. Y concluía la citada sentencia, que:

“Entiende por ello esta Sala que, el criterio sentado por el Tribunal Supremo sobre el grado de concreción de la Orden de investigación no impide, en éste caso, a pesar de sus defectos mantener la validez de la orden de investigación porque no se ha traducido en una efectiva indefensión para la empresa recurrente.”

Esta Sala constató igualmente la falta de extralimitación de la actividad inspectora respecto del auto de 20 de marzo de 2016, que autorizaba la entrada en la sede de esta empresa.

Por lo tanto, como ya puso de manifiesto en su resolución de 21 de julio de 2016, esta Sala considera que tanto la Orden de Investigación como la propia actuación inspectora de la Dirección de Competencia fueron ajustadas a Derecho, por lo que procede desestimar las alegaciones en contra realizadas por PERSUADE.

2. Sobre el diferente trato dispensado a OPTIMEDIA respecto del resto de empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco incoadas

MEDIA SAPIENS, CARAT, PERSUADE e YMEDIA alegan que la Dirección de Competencia sostiene su imputación sobre la base de la no presentación de ofertas a todas las licitaciones convocadas para los contratos basados y de la presentación defectuosa de ofertas en un número significativo de licitaciones. Estas empresas consideran que ese mismo comportamiento puede observarse respecto de OPTIMEDIA, que no presentó oferta a una de las licitaciones y que presentó ofertas defectuosas en numerosas ocasiones, sin que la Dirección de Competencia haya llegado a la misma conclusión.

El análisis de los hechos acreditados permite concluir que la imputación a las empresas incoadas va mucho más allá de la falta de presentación de ofertas o presentación defectuosa de las mismas que en su caso, como se ha acreditado, es efectiva. Tal y como la propia Dirección de Competencia tuvo oportunidad de destacar en el acto de la vista celebrado el 5 de abril de 2018 (folio 9382, min 12:19) y ha quedado acreditado en esta resolución, la imputación se fundamenta en la concertación entre las empresas para, entre otras cosas, la presentación defectuosa de ofertas o la no presentación de las mismas.

No se ha podido acreditar una concertación de OPTIMEDIA que haya supuesto la no presentación de ofertas en las licitaciones o su presentación defectuosa ni tampoco se ha encontrado evidencia alguna ni se ha ofrecido por las empresas incoadas acreditación de ningún intercambio de información con OPTIMEDIA (lo cual no es coherente con la explicación ofrecida por las incoadas en virtud de la cual la transparencia exigida por el Acuerdo Marco justificaría el intercambio).

Adicionalmente, como se ha recogido en el apartado III de esta resolución, OPTIMEDIA es la única empresa adjudicataria del Acuerdo Marco 50/2014 que se presentó a todas las licitaciones acaecidas hasta el momento de la elaboración del PCH, salvo a una de la que consta que no tuvo noticia⁷⁷.

⁷⁷ Los folios 7975 y 7976 contienen un correo electrónico interno recabado en la inspección de la sede de OPTIMEDIA, en el que se recoge que el motivo por el que no se presentaron a la convocatoria de Patrimonio Nacional (campaña 12/15), fue porque no la habían recibido.

También es la única empresa que muestra su contrariedad a la JCCM por el hecho de que el resto de adjudicatarias no participen en todos los concursos (folios 7986, 7989, 7990, 7992 y 6279). Además, es la única empresa que solicitó una reunión con la DGRCC, que como ya se ha señalado tuvo lugar el 6 de junio de 2016, para incidir en la cuestión de la obligatoriedad de remitir oferta a todas las licitaciones, así como para interesarse por las causas de incumplimiento que habían motivado su exclusión en algunos procedimientos de licitación (folio 6279).

Debe concluirse por tanto que la situación de esta empresa es, efectivamente, diferente. Pero lo es, no porque unos mismo hechos sean interpretados de manera diferente, sino porque los hechos son distintos. A diferencia de las empresas incoadas, no se ha acreditado que OPTIMEDIA participara en ningún acuerdo restrictivo de la competencia.

En definitiva, esta Sala no aprecia que el trato dispensado a OPTIMEDIA haya sido diferente al de las empresas incoadas, sino que considera que los hechos acreditados respecto de esta empresa son diferentes a los acreditados respecto de las empresas incoadas.

3. Sobre la participación en la infracción de MEDIA BY DESIGN

En sus alegaciones a la PR, MEDIA BY DESIGN niega que [JSA] (receptor del correo electrónico de 25 de febrero de 2015 (folio 5424)) haya tenido relación laboral ni “*vinculación alguna*” con su empresa (folio 8708).

Sin embargo, tal y como afirma la Dirección de Competencia en su PR, la existencia de una relación entre MEDIA BY DESIGN y [JSA] queda fuera de toda duda, dado que, tal y como consta en el expediente (folio 5524), la identidad de [JSA] aparece en la lista de contactos de Guillermo José Hernández López (MEDIA SAPIENS) con dos direcciones de correo electrónico. Una de las direcciones es una dirección corporativa de MEDIA BY DESIGN, mientras que la otra es la dirección de *gmail* que aparece en el citado correo de 25 de febrero de 2015 (folio 5424).

Adicionalmente, en el propio escrito de alegaciones al PCH remitido por Guillermo José Hernández López (conjuntamente con MEDIA SAPIENS) se afirma que [JSA] actuaba en nombre de MEDIA BY DESIGN (folio 8212), siendo de hecho el único destinatario del correo de 25 de febrero de 2015 que Guillermo José Hernández pudo identificar. En las alegaciones a la PR se mantuvo esta situación, y Guillermo José Hernández y MEDIA SAPIENS volvieron a confirmar la relación de [JSA] con MEDIA BY DESIGN (folio 8723), siendo de nuevo el único destinatario identificado del correo electrónico de 25 de febrero de 2015.

En este sentido, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018 (núm. de recurso de casación 3941/2015), confirmando la resolución de la CNC de 23 de mayo de 2013, en el *expte. S/0303/10, DISTRIBUIDORES SANEAMIENTO*, recordaba que no es necesario que exista un mandato expreso al empleado de la empresa para que la infracción se impute a la empresa, a la

vez que afirmaba que la percepción de terceros de que la empresa estaba participando en la conducta a través de la persona en cuestión, es uno de los elementos que han de tenerse en cuenta para llevar a cabo dicha imputación⁷⁸.

En este caso ha quedado acreditado que MEDIA SAPIENS, al enviar el correo electrónico en cuestión, consideraba que [JSA] representaba a MEDIA BY DESIGN a los efectos del cártel en el que ambas empresas participaban.

Por lo tanto, esta Sala considera acreditada la relación entre [JSA] y MEDIA BY DESIGN (aunque sea informal), al menos con ocasión del reiterado correo electrónico de 25 de febrero de 2015 (folio 5424).

4. Sobre la solicitud de confidencialidad

Mediante acuerdo de 22 de febrero de 2018 (folios 9063 a 9069), esta Sala se pronunció sobre la confidencialidad de los datos y escritos aportados por las partes interesadas en el procedimiento, desde que el expediente fue elevado al Consejo y hasta la fecha de adopción de dicho acuerdo.

Sin embargo, como consecuencia de la aceptación como prueba en el acuerdo de 22 de febrero de 2018, de las declaraciones anuales de operaciones con terceras personas correspondientes a los años 2014, 2015 y 2016 (modelo 347), que PERSUADE aportó el 8 de marzo de 2018 (folios 9271 a 9293) y respecto de las cuales PERSUADE solicitó la confidencialidad el 20 de marzo (folios 9343 a 9346), procede analizar la confidencialidad de estos documentos.

PERSUADE solicita que sean declarados confidenciales todos los folios de dichos modelos 347, salvo aquellos en los que aparezca mencionada YMEDIA.

Esta Sala considera que, dada la naturaleza de la información contenida en los modelos fiscales aportados, procede acceder a la solicitud de confidencialidad, eliminando el contenido de los modelos 347, salvo en las referencias a YMEDIA que contengan.

De este modo, en cuanto al modelo 347 del año 2016, se declaran confidenciales (excepto para PERSUADE) los folios 9271 a 9276, salvo la referencia a YMEDIA contenida en el folio 9273. También se declaran confidenciales (excepto para PERSUADE) los folios 9277 a 9284, relativos al modelo 347 del año 2014, salvo la referencia a YMEDIA contenida en el folio 9282. Por último, se declaran confidenciales (excepto para PERSUADE) los folios 9285 a 9290, relativos al

⁷⁸ Fundamento de Derecho Noveno de la STS de 3 de abril de 2018 :

«(...) siendo obvio, por otra parte, que los terceros entendieron que THISA estaba participando activamente en esas reuniones a través de esas concretas personas. Adicionalmente, cabe añadir -como con acierto se expone en la Resolución- que no es preciso que exista un mandato expreso de participación en el cártel al empleado implicado para que la infracción se impute a la empresa, de acuerdo con lo establecido en la STJUE de 7 de febrero de 2013, asunto C-68/12.»

modelo 347 del año 2015, en este caso íntegramente, dado que no contienen referencia alguna a YMEDIA.

Asimismo, tiene carácter confidencial la remisión a la Comisión Europea de la información necesaria para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 (folios 9107 a 9114), de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 de la LDC.

Por último, entre los días 23 y 25 de abril de 2018 tuvieron entrada en el registro de la CNMC los escritos de contestación al requerimiento de información sobre su volumen de negocios total de 2017 y el correspondiente volumen de negocio en el mercado afectado de MEDIA SAPIENS (folios 9445 a 9450 y 9484 a 9488), MEDIA BY DESIGN (folios 9461 a 9466), CARAT (folios 9498 a 9503) e YMEDIA (folios 9513 a 9514).

En estos escritos, MEDIA SAPIENS, CARAT e YMEDIA solicitan la confidencialidad tanto de su volumen de negocios total como del procedente del mercado afectado, aportando las correspondientes versiones censuradas.

Esta Sala considera que el volumen de negocios total de las empresas es un dato público que debe corresponderse con el importe neto de la cifra de negocios que cada empresa recoge en sus cuentas anuales, que deben ser depositadas en el Registro Mercantil de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 365 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil⁷⁹.

Por lo tanto, solo procede conceder el carácter confidencial a las cifras aportadas por MEDIA SAPIENS, CARAT e YMEDIA, sobre su volumen de negocios en el mercado afectado.

Finalmente, el 26 de abril de 2018 tuvieron entrada en el registro de la CNMC una serie de facturas de PERSUADE, de difícil interpretación dado que en algunos casos ni siquiera están fechadas, para las que esta empresa no solicita la confidencialidad (folios 9548 a 9562).

Sin embargo, dada la naturaleza de esta información, esta Sala considera oportuno declarar de oficio la confidencialidad de las mismas.

⁷⁹ Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-17533>.

QUINTO. Determinación de la sanción

1. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 determinó los criterios a los que debe adecuarse el cálculo de las sanciones por las autoridades de competencia⁸⁰.

En virtud de los mismos se considera que los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador y que las sanciones deben individualizarse en función de la gravedad de las conductas. El citado límite *“constituye, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”*. *“Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”*

La multa podría en este caso llegar hasta el 10% del *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”* por tratarse de una infracción muy grave (artículo 63.1 de la LDC). El Tribunal Supremo ha considerado que con este límite el legislador *“ha querido subrayar (...) que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al todo de aquel volumen”*.

Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la determinación de la sanción deberá concretarse en una horquilla que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho margen, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC.

2. Criterios para la determinación de la sanción: valoración general de la conducta

Esta Sala ha concluido que la conducta sancionada constituye un cartel configurado como una infracción única y continuada, consistente en el intercambio de información tendente al reparto de licitaciones convocadas en ejecución del Acuerdo Marco.

Se trata, por tanto, de una infracción muy grave (art. 62.4.a de la LDC) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de

⁸⁰ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c); esto es, 2017, dato que se ha solicitado a todas las empresas junto, como hemos visto, con el volumen de negocios relativo a los contratos derivados del Acuerdo Marco.

PERSUADE no ha respondido a los requerimientos de información efectuados por la CNMC relativos al volumen de negocios total de esta empresa (primero por la DC y después por esta Sala)⁸¹.

Aunque, en cumplimiento de las exigencias normativas y su interpretación por el Tribunal Supremo, los requerimientos de información solicitaban con claridad el volumen de negocio **total** de la empresa, PERSUADE ha optado por aportar información que pudiera ser incompleta, incorrecta, engañosa o falsa (en el caso de su volumen de negocios de 2016) y por no aportar ningún dato (en el caso de su volumen de negocios de 2017).

En estas circunstancias, ante la falta de respuesta de la empresa, esta Sala ha tomado como referencia las siguientes informaciones públicas:

- Registro Mercantil: las últimas cuentas depositadas por esta empresa en el Registro Mercantil son las correspondientes al ejercicio 2014 -último ejercicio cuyo plazo de depósito de cuentas terminó antes de la inspección efectuada por la DC-. En estas cuentas de 2014 se observa que el volumen de negocios total de PERSUADE fue de 3.063.827,17 euros, lo que suponía un incremento del 45% en su volumen de negocios del ejercicio inmediatamente anterior (en el que se cifra de negocios había sido de 2.111.062,43 euros).

- Licitación del Acuerdo Marco 50/2017: consta en el sitio web de la Junta de Contratación Centralizada que PERSUADE ha sido adjudicataria del Acuerdo Marco 50/2017. De acuerdo con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de esta licitación (folios 9141 a 9181 y, en particular, folio 9148), la solvencia económica y financiera exige que, en los tres últimos años concluidos, el volumen de negocios de los licitadores sea superior a 1.550.000 euros en cada ejercicio. La solvencia técnica o profesional requiere, por su parte, que el importe global de los servicios efectuados en el mismo periodo sea igual o superior a 1.550.000 euros.

⁸¹ El 18 de julio de 2017, junto con la notificación del PCH, la DC requirió a las empresas incoadas para que aportasen, entre otros, su volumen de negocios total correspondiente al ejercicio 2016 (folios 8159 a 8161). La respuesta de PERSUADE a este requerimiento, recibida el 11 de agosto de 2017, afirmaba que «1) *Importe neto de la cifra de negocios consolidado de PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. recogido en la Cuenta de Pérdidas y ganancias consolidada del ejercicio 2016, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, a nivel mundial y en España: 0,0€*», añadiendo como comentario más adelante, que «*Que estos datos se encuentran referidos a la Cifra de negocios de la empresa dentro del AM50, ya que es en este ámbito donde se están efectuando las labores de inspección*» (folio 8365).

Posteriormente, mediante acuerdo de 12 de abril de 2018 (folios 9404 a 9406), esta Sala requirió a las empresas incoadas para que aportasen su volumen de negocios total del ejercicio 2017. A este requerimiento, PERSUADE respondió aportando una serie de facturas, de las que no se desprende tal volumen de negocios (folios 9548 a 9565).

Por lo tanto, PERSUADE ha tenido que acreditar que ha facturado más de 1.550.000 euros en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación, lo que al menos incluye 2016, ejercicio en el que ha manifestado a la DC haber facturado 0 euros con una alusión engañosa al Acuerdo Marco.

- Datos contenidos en el sitio web de la JCC, relativos a la ejecución del Acuerdo Marco 50/2014: en el sitio web de la JCC aparece la relación de contratos derivados del Acuerdo Marco 50/2014 que han sido adjudicados a cada empresa, junto con la fecha de adjudicación de los mismos. Del estudio de los citados datos se deriva que en el ejercicio 2017 PERSUADE fue adjudicataria de contratos por valor de 6.992.583 euros.

Ante la ausencia de respuesta por parte de PERSUADE, sin perjuicio de la incoación del procedimiento correspondiente y teniendo en cuenta estas referencias, esta Sala tomará como volumen de negocio de PERSUADE en 2017 la cifra de 9.000.000 euros. En todo caso debe recordarse que el artículo 63.3 c) de la LDC prevé que “[e]n caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes: (...) c) Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros.”⁸² Siguiendo esta interpretación, la facturación de las mencionadas empresas, relativa al año 2017, es la siguiente:

Empresas infractoras	Volumen de negocios total en 2017 (€)
CARAT	419.016.420
MEDIA SAPIENS	13.953.116
PERSUADE	9.000.000
MEDIA BY DESIGN	0

Procede a continuación determinar el porcentaje sancionador que se aplicará en el presente expediente al volumen de negocios total de cada empresa infractora. Para ello debe acudir a los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, siguiendo la interpretación de los mismos contenida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, mencionada en el apartado anterior.

El art. 64.1.a de la LDC establece que deben tomarse en consideración las características del mercado afectado que, como hemos visto, se constituye por las licitaciones derivadas del Acuerdo Marco 50/2014. El acuerdo afecta a licitaciones públicas de varias administraciones.

El mercado geográfico afectado por la infracción es el español en su totalidad y, dadas las características de los contratos afectados, es susceptible de afectar al comercio interior de la Unión Europea (art. 64.1.c LDC).

⁸² Véase a este respecto la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 marzo 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) JUR\2013\106291.

La duración de la participación en la conducta (art. 64.1.d) abarca desde al menos el 26 de diciembre de 2014 hasta el 25 de mayo de 2016, salvo en el caso de MEDIA BY DESIGN.

Como se ha explicado en el fundamento de derecho tercero, ha quedado acreditada la existencia de efectos en el mercado (art. 64.1.e de la LDC) al haber impedido, las empresas incoadas con su conducta, que la administración pudiera beneficiarse de mejoras en sus ofertas vinculantes o, incluso, de dichas ofertas vinculantes, dado que uno de los efectos de la conducta sancionada ha sido la no presentación de ofertas por todas las empresas a todos los contratos derivados, o su presentación defectuosa. Es decir, se ha producido una alteración de las condiciones en que se prestan los servicios a la administración derivados del reparto de pujas establecido entre las empresas incoadas.

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

A. Criterios para la valoración individual de la conducta

En cuanto a la valoración de la conducta de las cinco empresas, conviene tener en cuenta varios factores adicionales para que la sanción cumpla los objetivos establecidos en la Ley individualizando la intervención de cada empresa en la conducta.

Como ya se ha mencionado, la duración de la conducta (art. 64.1.d de la LDC) transcurre entre el 26 de diciembre de 2014 y el 25 de mayo de 2016 para CARAT, MEDIA SAPIENS, YMEDIA y PERSUADE y entre el mismo 26 de diciembre de 2014 y el 15 de octubre de 2015 para MEDIA BY DESIGN.

Para aplicar el art. 64.1.a LDC debe tenerse en cuenta la efectiva dimensión del mercado afectado por la infracción que incluye todos los contratos derivados del Acuerdo Marco que han sido adjudicados.

La tabla siguiente recoge el volumen de negocios de las infractoras en el mercado afectado (VNMA) durante los meses que duraron sus respectivas infracciones, de acuerdo con los datos públicos relativos a las licitaciones adjudicadas en ese período en ejecución del Acuerdo Marco 50/2014 y tanto por ciento de cada una de las infractoras.

Empresas infractoras	Volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA, €)	% sobre el total
CARAT	16.339.669	51,9%
MEDIA SAPIENS	7.796.331	24,8%
PERSUADE	7.339.669	23,3%
MEDIA BY DESIGN	0	0,0%

En el caso de PERSUADE concurre una circunstancia agravante del artículo 64.2.d) de la LDC, por obstrucción de la labor inspectora.

B. Tipo sancionador y adecuación de la sanción en el caso de las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco

Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad y duración de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, ámbito geográfico de la conducta, participación de las infractoras en la conducta– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de las empresas.

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

Empresas infractoras	Tipo sancionador (% del volumen de negocios total)
CARAT	5,5%
MEDIA SAPIENS	4,5%
PERSUADE	5,5%
MEDIA BY DESIGN	4,0%

Ahora bien, aunque el tipo sancionador sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de una empresa en la infracción si se aplica al volumen de negocios total de empresas multiproducto–es decir empresas que presentan una elevada proporción de su actividad fuera del mercado afectado–podría resultar una sanción desproporcionada. Este es el caso de CARAT.

Igualmente para valorar el elemento proporcionalidad/disuasión de las sanciones es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la empresa infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes y aplicarle un factor de disuasión⁸³.

Esta Sala considera que en el caso de CARAT una sanción de 4.000.000 euros se considera proporcional respecto del valor de referencia estimado y suficientemente disuasoria.

Por tanto, las sanciones que corresponde imponer a las cuatro empresas son las siguientes:

Empresas infractoras	Sanción (€)
CARAT	4.000.000
MEDIA SAPIENS	627.890

⁸³ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando es posible, los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como las ratios sectoriales de sociedades no financieras publicadas por el Banco de España.

PERSUADE	495.000
MEDIA BY DESIGN	-

En el caso de MEDIA BY DESIGN, dado que la empresa ha manifestado que no ha tenido volumen de negocios en el año 2017, esta Sala considera necesario instar a la DC a que investigue la posible concurrencia de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para apreciar la *unidad económica* entre MEDIA BY DESIGN y otra u otras empresas de su grupo, de la que pueda derivarse responsabilidad de otra entidad en esta infracción, a los efectos de una posible incoación de un procedimiento sancionador⁸⁴.

C. Multa a la empresa facilitadora

Por lo que se refiere a YMEDIA, la consideración de su papel determinante, no como mero asistente o colaborador pasivo del cártel, sino como auténtico facilitador activo e instrumento clave del intercambio de información, conduce a imponerle una sanción de 2.000.000 euros, que es proporcionada a su volumen de negocios total en 2017 (326.082.253 euros).

D. Criterios de determinación y sanción a imponer a las personas físicas declaradas responsables

El artículo 63.2 de la LDC limita a un máximo de 60.000 euros la sanción a imponer a los representantes legales o personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión objeto de sanción.

El deber general de ponderar los principios de proporcionalidad y disuasión que debe presidir cualquier actuación en esta materia se hace todavía más exigente cuando hay que pronunciarse sobre sanciones a personas físicas.

En este expediente, como se ha visto anteriormente, ha quedado acreditada la participación en la conducta sancionada de D. José Pablo Canal, Director de la oficina de Barcelona de YMEDIA, siendo responsable de una infracción del artículo 63.2 de la LDC desde el 26 de diciembre de 2014 hasta el 25 de mayo de 2016 por su intervención decisiva en la organización y seguimiento del cártel.

Asimismo, ha quedado acreditada la participación en la conducta sancionada de D. Guillermo José Hernández López, administrador único de MEDIA SAPIENS, siendo responsable de una infracción del artículo 63.2 LDC desde el 26 de diciembre de 2014 hasta el 25 de mayo de 2016 por su intervención decisiva en la organización y seguimiento del cártel.

Por último, ha quedado acreditada la participación en la conducta sancionada de D. Giacomo José Pullara Sanz, consejero y secretario del consejo de administración de PERSUADE, como responsable de una infracción del artículo 63.2 de la LDC desde el 26 de diciembre de 2014 hasta el 25 de mayo de 2016 por su intervención en la organización y seguimiento del cártel.

⁸⁴ Entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2015 (recurso de casación núm. 586/2014) y de 1 de abril de 2016 (recurso de casación núm. 3691/2013).

Para la determinación de la sanción, pueden tenerse en cuenta diversos criterios. Entre los criterios objetivos se encuentran la gravedad y demás rasgos característicos de la infracción, tal y como se han descrito en los apartados anteriores. Igualmente deben tenerse en cuenta criterios subjetivos, entre los que destacan la duración de la participación de cada directivo y el nivel jerárquico de su puesto dentro de la organización.

La duración acreditada ha sido señalada en los párrafos anteriores y es de 17 meses.

En cuanto al nivel jerárquico de su puesto dentro de la organización, este segundo criterio de carácter subjetivo se ha traducido en anteriores expedientes sancionadores en la agrupación de los directivos en distintas categorías, atendiendo a su capacidad de decisión y nivel de autonomía. Atendiendo a sus responsabilidades en la empresa, puede concluirse que D. Guillermo José Hernández López y D. Giacomo José Pullara Sanz tienen mayor capacidad de decisión que D. José Pablo Canal.

Teniendo en cuenta todos estos factores objetivos y subjetivos, ponderando proporcionalidad y disuasión, se considera que la sanción que corresponde imponerles es de 40.000 euros a D. Giacomo José Pullara Sanz y 37.000 euros a D. Guillermo José Hernández López.

En cuanto a D. José Pablo Canal, directivo de YMEDIA, la empresa facilitadora, de acuerdo con la sanción impuesta a su empresa y a su participación en la conducta, corresponde imponerle una sanción de 32.000 euros.

De acuerdo con todo lo anterior, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resuelve:

RESUELVE

Primero. Declarar que en el presente procedimiento se ha acreditado una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Tercero de esta Resolución.

Segundo. De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Tercero, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes entidades y personas físicas:

- CARAT ESPAÑA, S.A.U., por su participación en el cártel desde al menos el 26 de diciembre del año 2014 hasta el 25 de mayo del año 2016.
- INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A., por su participación en el cártel desde al menos el 26 de diciembre del año 2014 hasta el 25 de mayo del año 2016.
- MEDIA BY DESIGN SPAIN, S.A., por su participación en el cártel desde al menos el 26 de diciembre de 2014 hasta el 15 de octubre de 2015.

- MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L., por su participación en el cártel desde al menos el 26 de diciembre del año 2014 hasta el 25 de mayo del año 2016.
- PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A., por su participación en el cártel desde al menos el 26 de diciembre del año 2014 hasta el 25 de mayo del año 2016.
- D. Giacomo José Pullara Sanz, por su participación en el cártel en su calidad de representante de PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. desde al menos el 26 de diciembre del año 2014 hasta el 25 de mayo del año 2016.
- D. José Pablo Canal, por su participación en el cártel en su calidad de directivo de INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A. desde al menos el 26 de diciembre del año 2014 hasta el 25 de mayo del año 2016.
- D. Guillermo José Hernández López, por su participación en el cártel en su calidad de representante de MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L. desde al menos el 26 de diciembre del año 2014 hasta el 25 de mayo del año 2016.

Tercero. Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

- CARAT ESPAÑA S.A.U.: **4.000.000 euros**
- INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A.: **2.000.000 euros**
- MEDIA BY DESIGN SPAIN, S.A.: **0 euros**, a salvo de lo dispuesto en el Resuelve Cuarto de esta Resolución
- MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L.: **627.890 euros**
- PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A.: **495.000 euros**
- D. Giacomo José Pullara Sanz: **40.000 euros**
- D. José Pablo Canal: **32.000 euros**
- D. Guillermo José Hernández López: **37.000 euros**

Cuarto. Instar a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que investigue la posible concurrencia de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para apreciar la *unidad económica* entre MEDIA BY DESIGN y otra u otras empresas de su grupo, de la que pueda derivarse responsabilidad de otra entidad en esta infracción, a los efectos de una posible incoación de un procedimiento sancionador.

Quinto. Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que proceda a la incoación de procedimiento contra PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. si detecta indicios de la infracción prevista en el artículo 62.2 c) de la LDC derivados de la información requerida y no facilitada.

Sexto. 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.

Séptimo. Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Octavo. Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Cuarto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.