

RESOLUCIÓN

Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

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

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 26 de julio de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, incoado por la Dirección de Competencia contra varias empresas por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**).

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.....	7
II. LAS PARTES	11
III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO.....	16
1. Caracterización del mercado	16
1.1. Mercado relevante.....	16
1.2. Mercado afectado.....	20
2. Principales características del mercado afectado	20
IV. HECHOS ACREDITADOS	23
1. AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (AEAT).....	23
a) Contrato C68/06. Asistencia técnica externa para colaborar en el desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones que se lleven a cabo en el ámbito de la AEAT	23
b) Contrato AV 42/10. Servicios de desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones que se llevan a cabo en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente 10840059600).....	25
c) Contrato PA 20/2014. Servicios de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente 14840074500, también denominado AV 20/2014).....	27
d) Contrato C03/07. Servicio para el desarrollo de aplicaciones informáticas del departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente 068403137PO)	29
e) Contrato AV 10/2011. Servicios de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones de administración electrónica en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente 11840000400)	31
f) Contrato PA 2/2015. Servicios de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones de administración electrónica en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente 14840210300)	33
2. GERENCIA DE INFORMÁTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (GISS)	37
a) Contrato 7202/06G. Servicios de carácter informático necesarios en la Gerencia de Informática de la Seguridad Social	38
b) Contrato 7201/10G Servicios de carácter informático necesarios en la Gerencia de Informática de la Seguridad Social	41

c)	Contrato 7201/13G. Realización del desarrollo y mantenimiento de las aplicaciones informáticas de las Entidades Gestoras, Servicios Comunes e Intervención General de la Seguridad Social, mediante la prestación de los servicios de análisis, diseño, construcción, pruebas y documentación de aplicaciones.....	45
d)	Contrato 7201/14G, Servicios de desarrollo, mantenimiento y control de calidad de aplicaciones necesarios en la GISS	52
3.	SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SEPE)	59
a)	Contratos C10/08 “Servicios de carácter informático necesarios para la administración electrónica en el SEPE” y C11/08 “Servicios de carácter informático necesarios para el SEPE”	60
b)	Contrato PA 11/12, “Contratación de los servicios informáticos necesarios para el SEPE”	66
c)	Contrato PA 7/14, “Servicios para el desarrollo y evolución de aplicaciones informáticas” y PA 8/14 “Servicios para el soporte y evolución de las Infraestructuras y sistemas informáticos”	70
4.	ENTORNO SAP PARA ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS Y LOCALES	74
5.	INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS)	78
a)	Concursos en relación con ATRIUM	78
b)	Concursos en relación con ADABAS/NATURAL	82
c)	Otros productos y servicios informáticos para el INSS	85
6.	INSTITUTO CERVANTES	87
7.	OFERTAS DE COBERTURA Y OTROS ACUERDOS ENTRE EMPRESAS EN VARIOS ORGANISMOS PÚBLICOS	88
V.	FUNDAMENTOS DE DERECHO	93
	PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER	93
	SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE ...	93
	TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR	95
	CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA	96
4.1.	Análisis de las conductas objeto del expediente	96
4.1.1.	<i>Análisis de las alianzas entre las empresas en las licitaciones públicas objeto de este expediente</i>	96
i)	<i>Contratos de la AEAT</i>	97
ii)	<i>Contratos de la GISS</i>	98
iii)	<i>Contratos del SEPE</i>	101
iv)	<i>Contratos del INSS</i>	102

v) <i>Entorno SAP</i>	103
4.1.2. <i>Existencia de un modus operandi generalizado que permite a las empresas mantener las alianzas</i>	104
i) <i>Los acuerdos entre las empresas se producen en muchas ocasiones con anterioridad al anuncio de licitación del contrato</i>	104
ii) <i>Formalización de los acuerdos de colaboración y los compromisos de constitución de UTE</i>	105
iii) <i>El sistema de regularizaciones</i>	106
iv) <i>El uso de subcontrataciones preferentes en los acuerdos de colaboración</i>	108
v) <i>El intercambio de información entre las empresas colaboradoras</i>	108
4.1.3. <i>Otro tipo de colaboraciones entre las empresas</i>	109
4.1.4. <i>La incidencencia de los acuerdos de colaboración en el precio de adjudicación de los contratos</i>	110
4.2. <i>Antijuridicidad de las conductas</i>	113
4.3. <i>Infracción única y continuada</i>	124
4.4. <i>Autoría y responsabilidad</i>	131
4.4.1. <i>ACCENTURE</i>	132
4.4.2. <i>ALDEBARAN</i>	134
4.4.3. <i>ATOS</i>	135
4.4.4. <i>AXPE</i>	137
4.4.5. <i>BABEL</i>	137
4.4.6. <i>CIBERNOS</i>	138
4.4.7. <i>CONNECTIS</i>	139
4.4.8. <i>EVERIS</i>	141
4.4.9. <i>GESEIN</i>	142
4.4.10. <i>IBM</i>	143
4.4.11. <i>IECISA</i>	144
4.4.12. <i>INDRA</i>	145
4.4.13. <i>NEXT</i>	148
4.4.14. <i>SAG</i>	149
4.5. <i>Efectos de las conductas</i>	152
4.6. <i>Análisis de la culpabilidad y de la aplicabilidad del principio de confianza legítima</i>	158
4.6.1. <i>Análisis de culpabilidad</i>	158

4.6.2. <i>Análisis de la aplicabilidad del principio de confianza legítima</i>	160
QUINTO. RESPUESTA AL RESTO DE ALEGACIONES A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y OTRAS CUESTIONES PLANTEADAS EN FASE DE RESOLUCIÓN	163
5.1. Sobre la indefensión alegada por BABEL.....	163
5.2. Alegaciones en relación con los contratos de la AEAT	164
5.3. Alegaciones en relación con los contratos de la GISS	167
5.3.1. <i>Alegaciones que afectan a varios contratos</i>	167
5.3.2. <i>Expediente 7202/06G</i>	169
5.3.3. <i>Expediente 7201/10G</i>	171
5.3.4. <i>Expediente 7201/13G</i>	171
5.3.5. <i>Expediente 7201/14G</i>	173
5.4. Alegaciones en relación con los contratos del SEPE	173
5.4.1. <i>Expedientes C 10/08 y C 11/08</i>	173
5.4.2. <i>Expediente PA 11/12</i>	178
5.4.3. <i>Expediente PA 7/14 y 8/14</i>	179
5.5. Alegaciones en relación con el Entorno SAP para administraciones autonómicas y locales.....	180
5.6. Alegaciones en relación con los contratos del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)	181
5.7. Alegaciones en relación con las ofertas de cobertura y otros favores entre empresas.....	182
5.7.1. <i>Ofertas de cobertura</i>	182
5.7.2. <i>Otros favores entre empresas</i>	184
5.8. Alegaciones en relación a las negociaciones entre las empresas previas a la conformación de los instrumentos de colaboración	186
5.9. Alegaciones en relación con las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia	189
5.10. Sobre la aplicación de la regla de <i>minimis</i>	190
5.11. Sobre la implementación de programas de compliance.....	190
5.12. Sobre la incoación tardía de las sociedades ACCENTURE	192
5.13. Respuesta a los informes económicos presentados por las empresas ..	192
5.13.1. <i>Sobre la justificación de las UTE</i>	192
5.13.2. <i>Sobre los efectos de las conductas en el mercado</i>	200
5.14. Confidencialidad.....	209

SEXTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.....	210
6.1 Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.....	210
6.2 Criterios para la determinación de la sanción: valoración general de la conducta	210
6.3 Criterios para la valoración individual de la conducta	212
6.4 Tipo sancionador y adecuación de la sanción	213

RESUELVE

Voto particular

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 8 de mayo de 2015, tuvo entrada en la CNMC un correo electrónico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (**AEAT**) por el que, en aplicación de lo previsto en la disposición adicional vigésima tercera del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (**TRLCSP**), se puso en conocimiento de la CNMC el resultado de la licitación para los servicios de desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones de administración electrónica del Departamento de Informática Tributaria (número de expediente: 14840210300).
2. Ello dio lugar a que el 12 de mayo de 2015, la Dirección de Competencia (**DC**) acordase la apertura de unas diligencias previas de investigación, bajo la referencia DP/0077/15.
3. A la vista de la información remitida por la AEAT durante la investigación, con fecha 5 de octubre de 2015, la DC acordó el inicio de un procedimiento de investigación previa bajo la referencia S/DC/0565/15, así como la incorporación al mismo de la documentación recibida, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador (folios 1 a 210).
4. En el marco de esta información reservada, la DC realizó, con fechas 27, 28 y 29 de octubre de 2015, inspecciones en las sedes de las empresas: Indra Sistemas, S.A. e Indra Software Labs, S.L. (folios 211 a 240); Cibernos Consulting, S.A. (folios 241 a 283); y Software AG España, S.A. (folios 284 a 321).
5. Las inspecciones en las sedes de Software AG España, S.A. y Cibernos Consulting, S.A. fueron objeto de recurso por parte de estas empresas, ambos desestimados por la Sala de Competencia de la CNMC¹.
6. Con fecha 20 de abril de 2016, la DC acordó la incoación de expediente sancionador a las empresas Cibernos Consulting, S.A. (CIBERNOS), Software AG España, S.A. (SAG), Indra Sistemas, S.A. e Indra Software Labs, S.L. (conjuntamente, INDRA), Gesein, S.L. (GESEIN), International Business Machines, S.A. (IBM), Atos Spain, S.A. (ATOS), Connectis ICT Services, S.A. (CONNECTIS), Informática El Corte Inglés, S.A. (IECISA), Next Computer Services, S.A. (NEXT), Axpe Consulting, S.L. (AXPE) y Everis Spain, S.L. (EVERIS), por conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC)

¹ R/AJ/114/15 SOFTWARE AG, con resolución desestimatoria del Consejo de la CNMC de fecha 12 de enero de 2016 y R/AJ/116/15 CIBERNOS CONSULTING, con resolución desestimatoria del Consejo de la CNMC de fecha 21 de enero de 2016.

y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) (folios 367 a 496).

7. Entre el 26 de abril y el 5 de mayo de 2018, la DC realizó los siguientes requerimientos de información:
 - A la Gerencia de Informática de la Seguridad Social (**GISS**) (folios 537 a 541), de la que se recibió contestación el 4 de mayo de 2016 (folios 723 a 740).
 - A la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal (**SEPE**) (folios 601 a 605), de la que se recibió contestación el 6 de mayo de 2016 (folios 770 a 799).
 - A EVERIS (folios 606 a 609), de la que se recibió contestación el 18 de mayo de 2016 (folios 981 a 1463).
 - A INDRA (folios 610 a 613) y a SAG (folios 614 a 617), de las que se recibió contestación los días 11 de mayo de 2016 (folios 922 a 964) y el 5 de mayo de 2016 (folios 751 a 758), respectivamente.
 - Al Instituto Nacional de la Seguridad Social (**INSS**) (folios 641 a 645), del que se recibió contestación el 25 de mayo de 2016 (folios 4421 a 4425).
 - Al Instituto Cervantes (folios 697 a 701), cuya contestación se recibió el 12 de mayo (folios 976 y 977).
 - A la Subsecretaría del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (folios 741 a 745), cuya contestación se recibió el 10 de mayo de 2016 (folio 911) y el 26 de mayo de 2016 (folios 4427 a 4440).
 - Al Ministerio del Interior (folios 746 a 750), cuya contestación se recibió el 24 de mayo de 2016 (folios 4417 a 4420). El 27 de mayo de 2016 se recibió un escrito adicional del Ministerio del Interior completando su respuesta anterior (folios 4441 a 4444).
 - A la Universidad de Barcelona (folios 759 a 762), recibiendo la contestación el 19 de mayo de 2016 (folios 1464 a 1466).
 - A la Dirección de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (folios 763 a 766), cuya contestación se recibió el 30 de mayo de 2016 (folios 4445 y 4446).
8. El 28 de abril de 2016, tuvo entrada en la CNMC una solicitud de APEDANICA² para que se reconociese su condición de interesada en el expediente de referencia (folios 618 a 622), condición que la DC denegó mediante acuerdo de 14 de julio de 2016 (folios 4988 a 4991).
9. El 14 de noviembre de 2016, se recibió un escrito de INDRA (folio 7158) en el que esta entidad indicaba que tenía la intención de recurrir ante la Audiencia Nacional la resolución del Consejo de 3 de noviembre de 2016, por la que se estima parcialmente su recurso contra el acuerdo de la DC de 29 de julio de 2016 de denegación de confidencialidad (expediente R/AJ/624/16), así como de solicitar la adopción de una medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida. Por

² Asociación para la Prevención y Estudio de Delitos, Abusos y Negligencias en Informática y Comunicaciones Avanzadas.

ello, en su escrito, INDRA solicitaba que no se procediera a la ejecución de la resolución de 3 de noviembre de 2016, parcialmente denegatoria de la confidencialidad "*hasta que se pronuncie sobre ella el orden jurisdiccional contencioso administrativo, en orden a evitar la lesión irremediable de sus derechos*".

10. A la vista de lo anterior, el 14 de noviembre de 2016, la DC acordó la suspensión del transcurso del plazo máximo de resolución del procedimiento, haciendo uso de la potestad prevista en el artículo 37.1.d) de la LDC, desde ese momento hasta que la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional denegase la suspensión cautelar de la resolución recurrida o, en su defecto, se pronunciase sobre el objeto del recurso interpuesto por INDRA, según lo establecido en el artículo 12 del RDC, lo que fue notificado a todos los interesados en el expediente (folios 7159 a 7187).
11. El 24 de abril de 2017, la DC levantó la suspensión del transcurso del plazo máximo de resolución del expediente de referencia, al recibirse la notificación del auto de la sección sexta de la sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, adoptado el 30 de marzo de 2017, por el cual se deniegan las medidas cautelares solicitadas por INDRA. La reanudación del cómputo del plazo se produjo desde el 18 de abril de 2017, día siguiente a la recepción de la notificación del auto por la Abogacía del Estado (folios 8496 a 8522).
12. El 19 de mayo de 2017, la DC formuló un requerimiento de información a la Dirección del Servicio de Gestión Económica de la AEAT (folios 9461 a 9465). La contestación a dicho requerimiento se recibió el 29 de mayo de 2017 (folios 9467 a 9527).
13. El 6 de julio de 2017, la DC formuló requerimiento de información a NEXT (folios 12164 a 12168).
14. El 17 de julio de 2017, se recibió la contestación de NEXT al requerimiento que le fue formulado el 6 de julio de 2017 (folio 12711).
15. El 27 de julio de 2017, tuvo entrada en la CNMC un recurso de SAG contra el acuerdo de denegación de confidencialidad de la DC de 19 de julio de 2017. El recurso fue desestimado por la Sala de Competencia de la CNMC mediante resolución de fecha 26 de octubre de 2017 (R/AJ/051/17).

La DC acordó suspender el transcurso del plazo máximo de resolución del procedimiento en el expediente S/DC/0565/15, conforme al artículo 37.1.d) de la LDC. Esta suspensión fue notificada a todos los interesados en el expediente (folios 12784 a 12826). La suspensión fue levantada tras la citada resolución de 26 de octubre de 2017, con efectos el 27 de octubre de 2017 (folio 13223).

16. El 9 de octubre de 2017 tuvo entrada en la CNMC escritos de CIBERNOS, INDRA y SAG en relación con una nueva licitación de servicios informáticos por parte de la AEAT (AV 22/2017, nº expediente: 17840060500), que

supone la continuación de uno de los expedientes de contratación afectados por la investigación en el expediente sancionador S/DC/0565/15 y cuyo diseño de pliegos podría no resultar compatible con el derecho de la competencia, según estas empresas (folios 12843 a 13061).

17. El 11 de octubre de 2017, la DC envió una misiva a la AEAT, remitiendo copia del escrito de CIBERNOS, INDRA y SAG de 9 de octubre de 2017 anteriormente citado, a fin de que la AEAT pudiese adoptar las medidas que estimase oportunas en relación con la licitación del expediente AV 22/2017(folios 13062 a 13069).
18. El 16 de octubre de 2017, tuvo entrada en la CNMC un escrito de un denunciante anónimo, en el que se refiere la existencia de vínculos entre determinadas personas que han venido prestando sus servicios a varias empresas y directivos de organismos públicos. Estos vínculos personales habrían tenido, según el denunciante, incidencia en la adjudicación de contratos públicos de servicios de tecnologías de la información por parte de dichos organismos a diversas empresas, entre las que se citan varias de las empresas incoadas en el expediente de referencia (folios 13072 a 13074).
19. Con fecha 19 de octubre de 2017, la DC acordó ampliar la incoación del expediente de referencia a las empresas: Accenture, S.L y Accenture Outsourcing Services, S.A. (conjuntamente, ACCENTURE), Aldebarán Tecnologías de la Información, S.L. (ALDEBARÁN) y Babel Sistemas de Información, S.L (BABEL), por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE, en relación con los hechos investigados en el expediente de referencia (folios 13075 a 13077).
20. Con fecha 3 de noviembre de 2017, fue notificado a las partes el PCH (folios 13374 a 13556). Todas las empresas presentaron alegaciones al mismo.
21. Con fecha 30 de enero de 2018, el Director de Competencia dictó la propuesta de resolución del procedimiento (folio 24545 a 24946), que fue debidamente notificada a las partes. Todas las partes han presentado alegaciones a la misma.
22. Con fecha 26 de febrero de 2018, el Director de Competencia elevó a la Sala de Competencia de la CNMC el informe propuesta, junto con la propuesta de resolución y los escritos de alegaciones presentados por las empresas (folio 27077).
23. Con fecha 19 de abril de 2018, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador con fecha de efectos ese mismo día 19 de abril de 2018, fecha de la notificación efectiva a la Comisión Europea, hasta que se diera respuesta por la Comisión

Europea a la información remitida o trascurriera el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 (folio 43923).

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 19 de mayo de 2018, con fecha de efectos el 20 de mayo de ese mismo año (folio 27841).

24. Con fecha 10 de mayo de 2018, la Sala de Competencia adoptó un Acuerdo sobre las solicitudes de las empresas de práctica de pruebas, de aceptación de confidencialidad y de celebración de vista (folios 27602 a 27610). Este acuerdo fue rectificado mediante resolución de rectificación de errores de fecha 17 de mayo de 2018 (folios 27736 a 27739).
25. Con fecha 12 de junio de 2018 se celebró vista oral ante la Sala de Competencia de la CNMC, a la que acudieron todas las empresas incoadas (folios 28107 a 28124).
26. Con fecha 26 de junio de 2018, la Sala de Competencia adoptó un acuerdo de requerimiento de información a las empresas, relativo al volumen del mercado afectado y volumen de negocio total de las empresas del año 2017 (folios 28136 a 28138). Asimismo, con fecha 2 de julio de 2017, se acordó ampliar el plazo de contestación en 5 días hábiles (folio 28230).

En el mismo acuerdo de requerimiento de información se suspendió el plazo de resolución del procedimiento, que fue levantado mediante acuerdo de fecha 14 de julio de 2018 (folio 28391).

27. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su sesión de 26 de julio de 2018.
28. Son interesadas en este expediente las empresas que se relacionan a continuación.

II. LAS PARTES

1. **ACCENTURE, S.L Y ACCENTURE OUTSOURCING SERVICES, S.A. (ACCENTURE)**

ACCENTURE forma parte de una multinacional dedicada a la prestación de servicios de consultoría, servicios tecnológicos y de outsourcing. La marca Accenture se creó en 2001, tras abandonar el nombre Andersen Consulting.

El grupo ACCENTURE tiene cuatro líneas de trabajo principales, que se concretan en las áreas de consultoría, tecnología y subcontratación, así como en temas estratégicos de la propia empresa.

ACCENTURE, S.L. es la matriz de Accenture Outsourcing Services, S.A., que actúa como filial para la subcontratación y externalización de servicios.

2. **ALDEBARÁN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.L. (ALDEBARÁN)**

ALDEBARÁN es una empresa creada en 2004 que presta servicios de tecnologías de la información.

Su actividad se centra en la prestación de servicios de consultoría, incluido el seguimiento de proyectos, la ejecución de planes y el asesoramiento en soluciones de negocio en el campo de la informática y de las telecomunicaciones. Sus servicios se dirigen tanto a empresas como a particulares y realiza sus ventas directamente y a través de integradores.

3. ATOS SPAIN, S.A. (ATOS)

ATOS SPAIN forma parte del grupo ATOS, una multinacional de servicios de tecnologías de la información, cuya matriz cotiza en la bolsa de Francia. El grupo ATOS desarrolla sus actividades bajo las marcas Atos, Atos Consulting, Atos Worldgrid, Bull, Canopy, Unify y Worldline.

En España, ATOS es fruto de la integración sucesiva de diferentes empresas, tiene su sede central en Madrid, y cuenta con delegaciones en Barcelona, Sevilla, León, Valladolid, Vigo, Zaragoza, Santander, Bilbao, Las Palmas y Tenerife.

ATOS trabaja con clientes de diversos sectores, entre otros: Defensa, servicios financieros, salud, manufacturas, sector público, distribución, energía, telecomunicaciones y transporte.

ATOS presta diversos servicios destinados a la integración del negocio con la tecnología como son los servicios de consultoría (a través de Atos Consulting), integración de sistemas de tecnologías de la información con infraestructuras ya existentes y outsourcing (servicio por el que ATOS se responsabiliza de todas las funciones de los sistemas tecnológicos y de soporte al negocio de sus clientes, gestionando las infraestructuras esenciales de tecnologías de la información, incluyendo data centers, desktop y sistemas de redes de comunicación).

4. AXPE CONSULTING, S.L. (AXPE)

AXPE es una compañía multinacional que presta servicios de consultoría, integración de sistemas y externalización de tecnologías de la información.

AXPE presta sus servicios a empresas de diversos ámbitos como telecomunicaciones, entidades financieras, administraciones públicas, energía e industria.

AXPE tiene oficinas en Madrid, Barcelona, Bilbao y Valladolid, así como en otros países del mundo.

5. BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN, S.L. (BABEL)

BABEL es una empresa española multinacional con presencia en España (Barcelona, Madrid y Sevilla), otros países de Europa (Londres y Lisboa), Latinoamérica (Ciudad de México) y Marruecos (Casablanca).

BABEL presta servicios tecnológicos orientados principalmente a la transformación digital de grandes compañías y organismos públicos.

BABEL ofrece servicios de construcción de usuario digital, business analytics o inteligencia de negocio, nuevas arquitecturas y outsourcing, entre otros.

6. CIBERNOS CONSULTING, S.A. (CIBERNOS)

CIBERNOS es una empresa de servicios tecnológicos, con presencia en España (Madrid, Santander, Cádiz y Sevilla) y Latinoamérica.

CIBERNOS tiene clientes en los sectores financiero, administración pública, telecomunicación y utilities, industria y servicios.

CIBERNOS presta servicios tecnológicos, así como de consultoría y gestión y desarrolla diversos productos, tanto propios como de terceros.

7. CONNECTIS ICT SERVICES, S.A. (sucesora de THALES INFORMATION SYSTEMS)

CONNECTIS es una compañía que presta servicios de consultoría, desarrollo y operación de sistemas de información.

CONNECTIS surgió de la fusión en 2012 de cinco pequeñas empresas españolas de tecnología de nicho que, por ser filiales de multinacionales, solían trabajar solo para clientes españoles. Las fusionadas fueron **THALES INFORMATION SYSTEMS (THALES)**, STERIA IBÉRICA, TELVENT GLOBAL SERVICES (TELVENT), NEC España, y COLT.

En 2012, CONNECTIS pasa a formar parte del grupo GETRONICS. De hecho, la operación que dio lugar a la creación de CONNECTIS se gestó entre GETRONICS (la empresa de tecnología del fondo de inversión AURELIUS, que ahora es el principal accionista de CONNECTIS) y uno de los directivos de THALES (Graham Johnson).

Así pues, CONNECTIS es la marca de una compañía global de servicios de tecnologías de la información bajo la cual se ha agrupado la actividad, el negocio y los medios técnicos y humanos, entre otras empresas, de THALES (en España y Argentina), empresa que aparece también en el presente expediente.

CONNECTIS ofrece, entre otros, servicios de diseño e implementación de procesos, aplicaciones y nuevos canales en Internet, operación de entornos de tecnologías de la información, protección de información y servicios seguros, soluciones de movilidad avanzada, automatización de procesos, externalización y gestión de servicios de desarrollo de aplicaciones y administración de complejos y múltiples entornos.

CONNECTIS tiene clientes en diversos ámbitos y sectores como: Sector público, socio-sanitario, financiero, seguros, industrial y retail.

8. EVERIS SPAIN, S.L. (EVERIS)

EVERIS forma parte de un grupo multinacional que presta servicios de consultoría y que pertenece al grupo NTT Data desde 2013. EVERIS trabaja en proyectos de desarrollo y estrategia de negocio, mantenimiento de aplicaciones tecnológicas y outsourcing.

EVERIS tiene clientes en diversos sectores como telecomunicaciones, entidades financieras, industria, utilities y energía, banca, seguros, administraciones públicas y sanidad.

9. GESEIN, S.L. (GESEIN)

GESEIN es una empresa española que presta servicios de tecnologías de la información y está orientada fundamentalmente al ámbito nacional.

Inicialmente su actividad estuvo centrada en el sector público, aunque posteriormente amplió el rango de sectores a los que presta sus servicios incluyendo sectores como el bancario, seguros, sanidad, transporte, energía, telecomunicaciones, industrial y aeroespacial.

GESEIN originalmente se especializó en la instalación e implantación de software, pero actualmente oferta servicios de consultoría, desarrollo, infraestructuras de tecnologías de la información, implantación e integración, formación, servicios gestionados o auditoría.

10. INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES, S.A. (IBM)

IBM forma parte de un grupo multinacional centrado en servicios de tecnología y consultoría.

IBM fabrica y comercializa hardware y software para computadoras, y ofrece servicios de infraestructura, alojamiento de Internet, y consultoría en una amplia gama de áreas relacionadas con la informática, desde computadoras centrales hasta nanotecnología.

11. INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. (IECISA)

IECISA pertenece al grupo empresarial “El Corte Inglés”.

IECISA está especializada en la integración de soluciones y servicios, en la consultoría tecnológica adaptada al negocio y en la transformación digital.

Además, IECISA incorpora en sus aplicaciones soluciones tecnológicas como servicios en la nube, movilidad, big data analytics y social business.

Los ámbitos en los que IECISA desarrolla su actividad son, entre otros, el sector público, ámbito comercial, turismo, telecomunicaciones, medioambiente, sanidad, entidades financieras y aseguradoras, así como ámbito industrial.

12. INDRA (INDRA SISTEMAS S.A e INDRA SOFTWARE LABS S.L.)

INDRA es una de las principales empresas globales de consultoría y tecnología. INDRA es la multinacional de tecnología líder del mercado español y cotiza en bolsa en España

INDRA desarrolla soluciones tecnológicas integrales en diversos sectores, entre los que se encuentran: administraciones públicas, aeropuertos, defensa, energía, hoteles y turismo, industria, líneas aéreas, sanidad, seguridad, seguros, servicios financieros, simulación, infraestructuras, telecomunicaciones, tráfico aéreo, tráfico ferroviario, puertos y aguas; a los que proporciona diversos servicios tecnológicos y de outsourcing.

INDRA SISTEMAS, S.A. es la matriz de INDRA SOFTWARE LABS, S.L.

13. NEXT COMPUTER SERVICES, S.A. (NEXT)

Next pertenece al Grupo Next, que tiene presencia en España y Estados Unidos, y presta servicios de consultoría de negocio orientada a las tecnologías de la información y las telecomunicaciones.

NEXT proporciona soluciones tecnológicas integrales a través de sus áreas estratégicas de negocio: aplicaciones de gestión, internet y desarrollo, infraestructura y outsourcing tecnológico.

Entre la oferta de NEXT se encuentra el diseño, desarrollo e implantación de soluciones tecnológicas, hasta su integración, operación y mantenimiento.

14. SOFTWARE AG ESPAÑA, S.A. (SAG)

SAG es una filial del Grupo Software AG, un grupo tecnológico cuya sede central se encuentra en Alemania.

SAG es una de las empresas líderes en la provisión de software de infraestructuras a nivel europeo.

La actividad principal de SAG es el desarrollo de software y plataformas de integración basadas en el lenguaje XML.

SAG se encuentra presente en diversos ámbitos como: internet de las cosas, banca, soluciones empresariales, mercados de capital, media, energía y medioambiente, seguros, administraciones públicas, transporte o manufacturas.

III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO

1. Caracterización del mercado

1.1. Mercado relevante

a) Mercado de Producto

Las conductas analizadas se han desarrollado en el sector de servicios de informática y servicios conexos, especialmente en relación con las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones.

Este sector cubre las funciones básicas utilizadas para suministrar todos los servicios de informática, entre los que se encuentran los programas de cómputo, procesamiento y almacenamiento de datos y servicios conexos, tales como servicios de consultoría y formación del personal de los clientes.

Los servicios de informática figuran como un subsector de los servicios prestados a las empresas y profesionales en la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios elaborada en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)³. Este subsector, que corresponde al apartado 1B de la Lista, comprende cinco subcategorías que se definen más ampliamente en las partidas correspondientes de la Clasificación Central Provisional de Productos de las Naciones Unidas (CCP) e incluyen:

- a. Servicios de consultores en instalación de equipos informáticos: los servicios de asistencia al cliente en la instalación de equipos y redes informáticos.
- b. Servicios de aplicación de programas de informática: todos los servicios que impliquen el asesoramiento, el desarrollo y la aplicación de programas. El término "programas" puede definirse como el conjunto de instrucciones necesarias para el funcionamiento de los ordenadores. Se pueden desarrollar programas diferentes para aplicaciones concretas (programas de aplicación) y el cliente puede optar por utilizar programas ya confeccionados con carácter general (programas en paquete), desarrollar programas específicos adaptados a sus necesidades concretas (programas personalizados) o una combinación de ambas posibilidades⁴.
- c. Servicios de tratamiento de datos o "servicios de preparación de datos para su tratamiento": los servicios de grabación de datos, como la perforación por teclado, la exploración óptica de caracteres u otros métodos utilizados para la introducción de datos. Entre estos se engloban: servicios de tratamiento y tabulación de datos, servicios de ordenadores a tiempo compartido y otros servicios de tratamiento de datos (como aquellos consistentes en la dirección de toda la instalación informática de un cliente

³ MTN.GNS/W/120

⁴ Bb 842

en virtud de un contrato: control de calidad del ambiente de las salas de ordenadores, gestión de las combinaciones del equipo informático y de las corrientes y distribución del trabajo de los ordenadores).

- d. Servicios de bases de datos: todos los servicios prestados a partir de una base de datos primaria y de una red de comunicaciones. En la CPC se excluyen específicamente "los servicios de transmisión de datos y de mensajes", clasificados como servicios de telecomunicaciones y los servicios de recuperación de datos, clasificados como servicios de biblioteca.
- e. Otros servicios de informática: servicios en los que la CPC distingue dos subcategorías: i) servicios de preparación de datos (servicios para clientes que no incluyan operaciones de tratamiento de datos) y ii) otros servicios de informática (formación del personal del cliente y otros servicios profesionales de informática).

No obstante, la definición de este sector o mercado se ve dificultada por diversos factores. El principal es que, pese a la existencia de la clasificación anterior, muchas fuentes no emplean una definición uniforme de las actividades consideradas de servicios o programas de informática.

Ello en parte deriva de la relación entre las actividades incluidas en la citada clasificación y los servicios de telecomunicaciones, así como con la creación y el suministro de programas de informática. Estas interrelaciones provocan que en ocasiones resulte casi imposible distinguir algunos servicios de informática de los servicios de telecomunicaciones de valor añadido.

Además, la tendencia comercial a ofrecer de manera integrada los subsectores identificados en la clasificación del AGCS hace que cada vez sea más difícil hacer distinciones entre ellos.

De cara al presente expediente, conviene señalar que puede hablarse indistintamente de sector de servicios de informática o de servicios de tecnologías de la información, denominación que suele emplearse en el análisis de concentraciones en el ámbito de la Unión Europea y en el ámbito nacional⁵.

Este sector ha sido objeto de análisis por la Comisión Europea en numerosas ocasiones⁶.

En los precedentes de la Unión Europea suele indicarse la posibilidad de segmentación del sector distinguiendo entre (i) mercado de servicios de

⁵ N-06077 INDRA/AZERTIA.

⁶ Casos Europeos: M.1901 – CAP GEMINI/ERNST & YOUNG ; M.2024-INVENSYS/BAAN ; M.2195 - CAP GEMINI / VODAFONE / JV ; M.2365-SCHLUMBERGER/SEMA ; M.2609 HP/COMPAQ; M.2946 IBM/PWC; M.3171 COMPUTER SCIENCES CORPORATON/ROYAL; M.4108 T-SYSTEMS/GEDAS ; M.6921 IBM ITALIA/UBIS; M.7334 ORACLE/MICROS; M.7458, IBM/INF BUSINESS OF DEUTSCHE LUFTHANSA;

tecnología de la información y (ii) mercado de software de tecnología de la información.

A su vez, el mercado de servicios de tecnología de la información podría ser objeto de delimitaciones más estrechas, en línea con los precedentes comunitarios anteriormente citados, según la clasificación apuntada en el Informe Gartner⁷ sin descartar otras posibles delimitaciones. No obstante, la Comisión Europea no ha cerrado la delimitación de estos mercados⁸, sino que se ha limitado a hacer referencia a esta posibilidad con base en diferentes criterios propuestos por las notificantes.

En el presente caso, las conductas objeto de análisis en el expediente de referencia afectan especialmente a las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones y, más concretamente, a los servicios de desarrollo y mantenimiento de *software* (pertenecientes a su vez a la categoría general de “servicios de tecnologías de la información”), que son demandados por grandes entidades, tanto públicas como privadas.

La esencia del trabajo de desarrollo y mantenimiento de software, en cualquiera de sus variantes, consiste en automatizar los distintos tipos de actividades que se reproducen de manera recurrente en cualquier negocio o actividad, con el fin de armonizar los procedimientos relativos a los flujos de trabajo y documentos, los trámites internos y el movimiento de fondos.

El desarrollo del trabajo depende en gran medida de la capacidad de los recursos humanos. La práctica general es que las grandes empresas de consultoría destinan a un grupo de trabajo específico que se integra como personal de apoyo en las empresas e instituciones que demandan los sistemas.

Dada la especialización existente en el desarrollo y mantenimiento de aplicaciones y sistemas informáticos (también denominado desarrollo y mantenimiento de *software*), los recursos humanos no son fácilmente sustituibles en un período corto de tiempo.

A la vista de todo lo anterior, esta Sala comparte la definición del mercado realizado por la Dirección de Competencia y considera que el mercado de producto relevante afectado por las conductas investigadas es el de servicios de tecnologías de la información (también denominado desarrollo y mantenimiento de software), sin que sea necesario cerrar de forma exacta la delimitación del mismo a los efectos del presente expediente, en la medida en que no afecta a las conclusiones del análisis.

b) Mercado Geográfico

⁷ Las referencias más recientes aluden, desde el punto de vista funcional a la posibilidad de segmentación entre : “(i) *consulting*; (ii) *implementation*; (iii) *IT outsourcing*; (iv) *business process outsourcing*; (v) *software support*; y (vi) *hardware support*”.

⁸ Los precedentes comunitarios dejan abierta la definición del mercado al no afectar a las conclusiones del análisis de los casos concretos.

El mercado de tecnologías de la información, o de servicios de informática y otros servicios conexos, ha sido tradicionalmente definido en los precedentes europeos como de ámbito nacional, aunque con una clara tendencia a la internacionalización de su oferta y demanda.

Desde la decisión M.6237 COMPUTER SCIENCES CORPORATION / iSOFT GROUP, de 20 de junio de 2011, la Comisión Europea⁹ apunta a un ámbito geográfico superior al nacional, debido a que los grandes proveedores de servicios de tecnologías de la información suelen operar a escala internacional y los clientes generalmente demandan sus servicios mediante licitaciones abiertas internacionalmente.

En todo caso, la Comisión Europea, pese a aludir a factores como la facilidad de entrada o la estandarización del *outsourcing* que permitirían hablar de un ámbito geográfico de estos mercados superior al nacional, no se pronuncia de forma concluyente sobre esta cuestión, dejando en la mayoría de los casos la definición de mercado abierta por no afectar a las conclusiones del análisis.

En el presente expediente, no obstante, se considera que el mercado geográfico afectado es de ámbito nacional. Ello es así porque a pesar de la citada tendencia a la internacionalización de la oferta y demanda de este mercado, con causa en la globalización de los modelos contractuales, la movilidad laboral, o el uso del inglés como lengua para las aplicaciones del sector de las tecnologías de la información, todavía existen ciertos elementos que permiten definir el mercado como nacional y cuyo peso en el presente caso debe ser, por su relevancia, tenido en consideración.

Entre estos elementos destaca el hecho de que las conductas analizadas en el expediente de referencia se habrían desarrollado en relación con licitaciones y contratos suscritos por administraciones públicas y organismos españoles, tanto de la Administración General del Estado como de distintas Comunidades Autónomas. En la mayoría de los casos estos contratos conllevan la integración física de personal de las empresas incoadas o de sus subcontratas en las plantillas de los clientes como personal de apoyo, con lo que la relevancia de la comunicación en lengua española o la existencia de una relación próxima y constante resulta esencial.

Esta perspectiva estaría en línea con lo dispuesto en el precedente europeo M.6921 - IBM ITALIA / UBIS, de 19 de junio de 2013, en el que a la hora de definir el ámbito geográfico del mercado se tiene en cuenta que, desde el punto de vista de la demanda, las soluciones de tecnologías de la información están normalmente adaptadas al lenguaje y las particularidades empresariales locales, siendo necesaria además una relación entre los proveedores de estos servicios y los clientes cercana y constante.

Por lo tanto, a los efectos del presente expediente, esta Sala, en consonancia con la Dirección de Competencia, considera que el mercado de tecnologías de

⁹ Otros ejemplos de esta tendencia serían los casos: M.7458 – IBM / INF BUSINESS OF DEUTSCHE LUFTHANSA y M.7334 - ORACLE / MICROS.

la información (también denominado mercado de desarrollo y mantenimiento de *software*) tiene un ámbito geográfico relevante nacional, que abarca a toda España.

1.2. Mercado afectado

La Dirección de Competencia no ha realizado una distinción entre mercado relevante y afectado. Sin embargo, esta Sala, a la vista del ámbito en el que se han producido las conductas y el alcance de las mismas, sí considera oportuno realizar esta distinción.

Como ha señalado reiteradamente la Autoridad de Competencia y ha confirmado la Audiencia Nacional¹⁰, el concepto mercado afectado por la conducta infractora viene determinado por el ámbito en el que las conductas hayan producido o sean susceptibles de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva. El “mercado afectado”, así definido, se 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.

En este expediente, se han analizado una serie de conductas que afectan a licitaciones públicas en el ámbito de varias administraciones públicas del Estado. En consecuencia, si bien el mercado relevante es el de servicios de tecnologías de la información de alcance nacional, en cambio el mercado afectado debe limitarse al mercado de tecnologías de la información en el ámbito de las administraciones públicas afectadas, tanto de ámbito nacional como autonómicas.

2. Principales características del mercado afectado

El sector de servicios de informática y otros servicios conexos (tecnologías de la información) ha experimentado un rápido crecimiento en las últimas décadas, entre otras razones por la creciente introducción de las tecnologías de la información en casi todas las actividades económicas. En todo caso, a medida que el sector ha madurado, algunos de sus segmentos han mostrado una tendencia a la concentración en grandes empresas.

En los últimos años destaca el aumento del uso de los servicios de integración de sistemas, así como el frecuente recurso a los servicios de consultores para facilitar la adopción de nuevas tecnologías por parte de grandes empresas.

¹⁰ 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. 540/2010, confirmada (salvo en lo relativo al importe de la multa) por Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015.

Además, el empleo de “outsourcing” o subcontratación se ha convertido en un elemento habitual de las nuevas estrategias empresariales debido a la prioridad concedida al control de los costes.

De este modo, en la actualidad, casi todas las empresas tienden a hacer uso de las tecnologías de la información, si bien el acceso a los servicios ligados a estas difiere según se trate de grandes clientes (grandes empresas privadas y administraciones públicas) o de pequeñas y medianas empresas. La diferencia fundamental estriba en que los grandes clientes tienden a externalizar o subcontratar todos los servicios, mientras que las pequeñas empresas externalizarían sólo parte de los servicios de tecnologías de la información, debido a consideraciones de tipo económico¹¹.

Conviene destacar también que la contratación de los grandes clientes se suele producir a través de concursos. En estos casos, uno de los principales componentes del precio deriva de los recursos humanos empleados para prestar los servicios, si bien las licencias por el uso y mantenimiento de *software* y *hardware* también pueden implicar costes muy significativos.

En el caso particular de los servicios de desarrollo y mantenimiento de aplicaciones y sistemas informáticos (tecnologías de la información o desarrollo y mantenimiento de *software*), estos son demandados por una amplia variedad de empresas e instituciones, pertenecientes tanto al sector público como al privado, si bien se hará especial hincapié en el sector público, dado que las conductas objeto de análisis en el expediente de referencia se habrían desarrollado en relación al mismo.

Los servicios de desarrollo y mantenimiento de aplicaciones y sistemas informáticos (desarrollo y mantenimiento de *software*) son una demanda recurrente de todas las administraciones públicas en el proceso de modernización y automatización de sus procedimientos y sistemas. Por ello, dadas las dificultades antes descritas a la hora de definir y diferenciar los servicios informáticos, el sistema internacional de clasificación CPV de adquisiciones de bienes y servicios¹² de la plataforma de contratación del Estado, los contempla con una numeración propia.

De este modo el sistema internacional de clasificación CPV distingue una “*categoría general de servicios de tratamiento de información (TI): consultoría, desarrollo de software, internet y apoyo*”¹³ dentro de la cual se incluyen los

¹¹ Véase, el informe del Servicio de Defensa de la Competencia de fecha 10 de agosto de 2006 (N-06077 INDRA/AZERTIA)

¹² La plataforma utiliza el sistema de clasificación CPV (*Common procurement vocabulary*) adoptado a nivel europeo e internacional para armonizar las clasificaciones y el vocabulario de los organismos de contratación. El sistema fue adoptado en la UE mediante el Reglamento de la Comisión (CE) 213/2008 de 28 de noviembre de 2007 que modificó el reglamento anterior (CE) 20195/2202 y las directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento y el Consejo sobre la contratación pública.

¹³ CPV 72.000.000

servicios de programación de software y consultoría relacionada¹⁴, que a su vez incluye el desarrollo del *software*¹⁵. El CPV de desarrollo de *software* es el que se recoge en los contratos señalados en el escrito de la AEAT que dio lugar a la inspección y posterior incoación del expediente de referencia.

La estructura de la prestación de servicios de desarrollo y mantenimiento de aplicaciones y sistemas informáticos (tecnologías de la información) se basa en una pirámide de trabajo, más o menos estándar, que distingue tres categorías: Ingeniero informático (consultor), analista de sistemas y programador.

- El ingeniero (consultor) analiza la información del sistema que se quiere crear o mejorar y una posible solución.
- El analista diseña la solución más apropiada, en función de las recomendaciones del ingeniero y realiza los diagramas, etc.
- El programador los desarrolla.

Sin embargo, las funciones están muy entrelazadas y, para proyectos grandes, el ingeniero (consultor) y analista pueden terminar programando, el analista asiste también a definir la solución con el cliente, etc. En realidad, la fase crítica del trabajo es la ejecución, que suele requerir ajustes y revisiones del sistema hasta que todo funciona correctamente.

A pesar de la complejidad del trabajo, tanto las herramientas empleadas como las categorías de expertos están bastante estandarizadas, aunque siguen existiendo diferencias en función de los distintos tipos de actividad o modelos de negocio.

Las opciones de trabajo y sueldos varían si los trabajadores se especializan en bases de datos o en lenguajes de programación. Hay también diferencias para los trabajadores especializados en la administración de redes y sistemas de soporte técnico a usuarios internos y externos. La relación de sueldos más o menos común oscila en una escala en la que la retribución del analista suele estar alrededor del 60-80% de la que recibe el ingeniero (consultor). La retribución del programador baja hasta el 40-50%.

Existe un número elevado de empresas presentes en este sector¹⁶, con diferentes tamaños, entre las que se encuentran las empresas incoadas en el presente expediente. Muchas de ellas pertenecen a la Asociación Española de Empresas de Consultoría (AEC), que agrupa a las principales firmas de consultoría en dirección y organización de empresas y de tecnología de información y comunicación (TIC) en España.

¹⁴ CPV 72.200.000

¹⁵ CPV 72.262.000

¹⁶ De modo no exhaustivo ACCENTURE; ALTRAN; ALTEN; ATOS; AYESA; BILBOMATICA; CAPGEMINI; CEGOS; CONECTIS; DELOITTE; DELWARE; EVERIS; EY; GFI; HEWLETT PACKARD; IBM; INDRA; INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS; NEORIS; PWC; OESIA; TB-SOLUTIONS; TECNOCOM; TELVEN GLOBAL SYSTEMS; UNISYS; VASS.

Conforme a las cuotas aportadas por INDRA en la notificación de la operación de concentración entre INDRA SISTEMAS, S.A. y TECNOCOM, TELECOMUNICACIONES ENERGÍA S.A. (EXPEDIENTE C/0821/16 INDRA/TECNOCOM) las cuotas conjuntas en el mercado de servicios de tecnología de la información en España de cinco de las empresas incoadas en el expediente sancionador de referencia (INDRA (sin TECNOCOM), IBM, IECISA, ATOS y EVERIS) fueron del 30,8% en 2013, del 32,4% en 2014 y del 31,6% en 2015.

A la vista de estas cuotas, y teniendo en cuenta el tamaño y el peso en España del resto de empresas incoadas (especialmente SAG), el conjunto de empresas incoadas han ostentado, al menos en esos años, una cuota de mercado en España superior al 40% en la prestación de servicios de tecnología de la información.

IV. HECHOS ACREDITADOS

Los hechos acreditados en la presente resolución, cuya versión completa figura en el apartado 5 de la propuesta de resolución (folios 24564 a 24665), tienen su origen en las actuaciones que varias empresas han llevado a cabo en el marco de las relaciones contractuales con diversos organismos públicos del Estado.

Dado que los hechos se refieren a varios procedimientos de contratación sobre aplicaciones informáticas celebrados en distintos organismos públicos, de cara a sistematizar los hechos, se procederá a su análisis por separado en atención al organismo afectado en cada caso y al concurso o licitación correspondiente.

1. AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (AEAT)

Entre los años 2006 y 2015, la AEAT licitó 6 concursos relacionados con el desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones informáticas de la citada administración. Los contratos C68/06, AV 42/10, PA 20/2014, por un lado, y los contratos C03/07, AV 10/2011 y PA 2/2015, por otro lado, guardan relación entre sí, ya que se suceden en el tiempo y, en consecuencia, existe identidad entre ellos.

Los hechos más relevantes en relación con los citados concursos son los siguientes.

Contratos C68/06, AV 42/10, PA 20/2014

a) Contrato C68/06. Asistencia técnica externa para colaborar en el desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones que se lleven a cabo en el ámbito de la AEAT

- (1) Este contrato se adjudicó, con fecha 19 de octubre de 2006, a la UTE SAG/INDRA/GESEIN/CIBERNOS. El presupuesto base de licitación fue de

10.000.896 euros¹⁷ y el importe de adjudicación fue exactamente el mismo¹⁸.

- (2) El anuncio de la licitación del expediente C68/06 se produjo el 4 de septiembre de 2006, mediante publicación en el BOE número 211.
- (3) El 14 de septiembre de 2006, INDRA envió a SAG un acuerdo de colaboración y de compromiso de constitución de una UTE entre las empresas SAG, INDRA, GESEIN y CIBERNOS para licitar conjuntamente al concurso (folio 9900).
- (4) Los citados compromisos recogen la formación de una UTE conforme al acuerdo de constitución de la misma; el reparto del número de trabajadores por categoría que corresponde aportar a cada empresa; la política respecto a subcontrataciones (indicando que el beneficio obtenido, consecuencia de las subcontrataciones de personal ya existente en el organismo será repartido entre las empresas partícipes en función de su porcentaje de participación); la falta de vinculación de los trabajadores aportados por cada empresa con la UTE y su dependencia de la empresa de la que provienen; la facturación mensual a la UTE o la existencia de un comité de seguimiento de la UTE y su composición.
- (5) El acuerdo de colaboración también fija el importe/hora por categoría que facturará cada empresa por los técnicos que haya aportado al proyecto y la previsión de que los porcentajes de participación de cada miembro de la UTE se nivelarán mediante la incorporación de recursos (trabajadores) (folio 9902).
- (6) Asimismo, este acuerdo contiene la previsión de regularizaciones que se realizan “*con objeto de que cada empresa facture el porcentaje pactado inicialmente de lo que la UTE facture a la AEAT [...]*”, señalando los plazos en que se producen dichas regularizaciones y el modo en que funcionan, de cara a compensar a cada empresa para que obtenga finalmente su participación pactada (folio 9903).
- (7) La justificación expresada por las empresas en la memoria para su participación en el concurso mediante UTE es: “*La experiencia de las cuatro empresas aliadas en este tipo de trabajos aconseja la formación de esta Unión Temporal para permitir la prestación de los servicios contratados a plena satisfacción por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria*” (folio 5517).

¹⁷ En el anuncio del BOE no se especifica si el importe consignado incluye impuestos o no. A los efectos del presente expediente, se interpreta que el importe citado no incluye IVA.

¹⁸ Información publicada en el BOE de 4 de diciembre de 2006, páginas 13448 y 13449 <https://www.boe.es/boe/dias/2006/12/04/pdfs/B13448-13449.pdf>

- (8) La duración prevista del contrato era de 24 meses¹⁹, pero transcurrido ese plazo el contrato se prorrogó hasta finales de diciembre de 2010 (folio 6070).
- (9) En el momento del cierre de la UTE, INDRA se encontraba en posición de pedir una compensación al haber facturado menos de lo acordado (folios 5870-5871). No obstante, las empresas miembros de la UTE se reunieron el 24 de enero de 2011 y acordaron que CIBERNOS y GESEIN compensaran con un porcentaje inferior del que realmente les correspondía (folio 6070).

b) Contrato AV 42/10. Servicios de desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones que se llevan a cabo en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente 10840059600).

- (10) El concurso AV 42/10 es la continuación del contrato C 68/06, siendo la adjudicataria del contrato la misma UTE SAG/INDRA/GESEIN/CIBERNOS que lo fue entonces. Las empresas en este contrato siguen manteniendo los mismos porcentajes de participación que los acordados en 2006. El presupuesto base de licitación fue de 10.495.994 euros y el importe de adjudicación fue exactamente el mismo.
- (11) El 23 de junio de 2010, SAG comunicó internamente que “*Siendo un hecho que van a publicar dos Concursos todavía no conocemos las tarifas del pliego*”. En el fichero Excel adjunto, bajo la rúbrica “AEAT CONCURSOS 2010” se indica “*Concurso 1: UTE Software AG-Indra-Gesein-Cibernos (Software AG tiene el 42,02% de la UTE)*” y “*Concurso 2: UTE Cibernos-Indra-Software AG-IBM (Software AG tiene el 17,28% de la UTE)*” (folios 10880 y 10882).
- (12) El 23 de julio de 2010, GESEIN informó al resto de miembros de la UTE de que se había publicado el anuncio de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) (folios 5667 a 5672). Conviene señalar que el anuncio de la licitación en el DOUE remite al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de cara a la obtención de información de carácter jurídico, económico, financiero o técnico, sin que en ese momento fuese información disponible para todas aquellas empresas que pudieran estar interesadas en el concurso (folios 5669 a 5672).
- (13) El propio 23 de julio de 2010, SAG envió al resto de empresas (INDRA, GESEIN y CIBERNOS) las tarifas, el número de técnicos y las jornadas de cada categoría. En sus cálculos, SAG utiliza las tarifas del concurso anterior con IVA para cada categoría de trabajadores, aunque indica que “*el problema es que al descontar el IVA al 18%, de alguna manera ha bajado un 2% el presupuesto previsto*” (folio 5673).

¹⁹ BOE número 211 de 4 de septiembre.

- (14) La publicación del concurso se produjo en el BOE número 187 de 3 de agosto de 2010.
- (15) Ese mismo día, SAG comunicó internamente el contenido de los pliegos, señalando lo siguiente (folio 5710):
- “buenos días,*
- Adjunto los pliegos de la oferta de la AEAT.*
- La oferta se tiene que presentar el 8 de septiembre.*
- Iremos en UTE’.*
- (16) Las tarifas definitivas a ofertar por la UTE en el concurso se decidieron por los miembros de la UTE el 19 de agosto de 2010. En la tabla del folio 5768 se incluyen los trabajadores que están trabajando allí (con sus nombres y DNIs), a qué empresa pertenecen, su categoría y el importe a percibir por cada uno (folios 5767 y 5768).
- (17) El 26 de octubre de 2010, la AEAT comunicó a los miembros de la UTE la adjudicación provisional de la licitación (folios 5819 a 5821).
- (18) Para la realización del contrato, las empresas que conformarían la UTE ganadora contrataron a IECISA para que ésta les prestase determinados servicios, tal como consta en varios folios del expediente. Es de destacar que mediante este acuerdo se contratan jefes de proyecto²⁰ y analistas²¹ a precios superiores a los pagados a trabajadores de la misma categoría de las empresas miembros de la UTE²² (folios 6162 a 6175).
- (19) La firma de los estatutos y la memoria de la UTE estaba prevista para el 29 de octubre de 2010 (folio 5823). En la memoria de la UTE aparece la misma justificación que en la memoria de la UTE ganadora del contrato 68/2006 (hecho 7). Asimismo, recoge los porcentajes de participación de cada empresa en la UTE, manteniéndose los porcentajes de la UTE de 2006 (folio 5835).
- (20) La duración prevista del contrato era hasta diciembre de 2012. Sin embargo, el contrato se prorrogó hasta diciembre de 2014 (folios 6141, 6136 y 7517).
- (21) El 10 de mayo de 2013, a través de un correo electrónico dos trabajadores de INDRA comentan las diferencias entre la situación real y teórica del periodo 2010-2012, indicando que INDRA se encuentra por debajo de los porcentajes teóricos y las compensaciones que deberían darse entre los miembros de la UTE para regularizar dicha diferencia (folio 7889).
- (22) A comienzos de 2015, los miembros de la UTE se comunicaron para realizar el cierre de la prórroga (folios 7073 y 7074). Tras diversos correos

²⁰ Por 51,87 euros la hora, sin IVA.

²¹ Por 37,06 euros la hora, sin IVA.

²² Precios fijados en folio 6136.

electrónicos, el 18 de enero de 2015 las empresas SAG, INDRA y CIBERNOS llegaron a un acuerdo por el cual facturarían solo el margen, esperando el acuerdo de GESEIN (folio 7079). Según los datos del folio 7080, el margen es del 5%. La propuesta de regularización supone pagos de GESEIN a INDRA y SAG y de CIBERNOS a SAG. En dicho Excel aparece cómo se reparten los miembros de la UTE el margen de beneficio que les ha supuesto la subcontratación a IECISA²³.

c) Contrato PA 20/2014. Servicios de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente 14840074500, también denominado AV 20/2014)

- (23) Este contrato supone la continuación de los contratos de 2006 y 2010 (expedientes C68/06 y AV42/10), y se adjudicó a la misma UTE SAG/INDRA/GESEIN/CIBERNOS. El presupuesto de licitación fue de 11.759.651 euros y el precio de adjudicación fue de 11.416.487 euros, por lo que se produjo un descuento del 2,9%.
- (24) Sin bien la AEAT no ha aportado datos sobre esta licitación, consta un documento interno de INDRA en el que señala como competidor en la licitación a IECISA (folio 9278).
- (25) El 31 de marzo de 2014, tras hablar con [dato personal]²⁴ de la AEAT, miembro de la mesa de contratación del citado organismo, SAG, INDRA, CIBERNOS y GESEIN concertaron una reunión para la preparación del nuevo concurso de la AEAT (folios 821 y 822 y 6300 a 6303).
- (26) El 31 de julio de 2014, se remite internamente en INDRA el informe de seguimiento de la actividad comercial del 28 de julio al 1 de agosto de 2014 y en el mismo se indica que “se seguirá con la misma UTE existente con SAG (42%)- INDRA (35%)- CIBERNOS (12%)- GESEIN (11%)” (folio 9048).
- (27) El 1 de agosto de 2014, en un correo interno de SAG se comenta que es el concurso que estaban esperando y que da continuidad al contrato²⁵ en el que están actualmente. Asimismo, se indica lo siguiente:

“la UTE actual está formada por SAG, Indra, Gesein y Cibernos y nada hace presuponer que las cosas sean distintas en la nueva oferta.

La AEAT ha sacado un pliego que recoge bastante bien los conocimientos de la gente que tenemos allí ubicados las cuatro empresas, y que en nuestro caso son 31 personal de los cuales 11 son subcontratados.

²³ Supone un total de 7.287,46 euros.

²⁴ Subdirectora general adjunta de planificación y coordinación de informática tributaria de la AEAT.

²⁵ El hecho de que da continuidad al contrato anterior también se recoge en la documentación recabada en INDRA, folio 9271.

(...)

Tenemos que pensar si jugamos a la posibilidad de UNA solo a oferta o si contemplamos la existencia de VARIAS. Evidentemente el resultado de la estrategia es totalmente diferente.

A priori, nuestra posición de partida sería mantener las tarifas actuales, lo que seguramente nos llevaría a descuentos entre el 7% y el 10%”.

- (28) La participación de las empresas en la configuración de los pliegos queda patente en un correo electrónico interno de INDRA de fecha 26 de agosto de 2014, donde se dice que: *“Hemos elaborado los perfiles junto con el cliente y en el pliego han puesto exactamente los modelos que nosotros les enviamos”.*

Respecto a la continuidad de la UTE se dice que *“Se ha hablado con el cliente sobre la conveniencia de la misma y le gustaría darle continuidad”* (folio 9274).

- (29) Dos días más tarde, el 28 de agosto de 2014, SAG envió a INDRA, CIBERNOS y GESEIN la primera versión del acuerdo de colaboración y del acuerdo de constitución de UTE entre las cuatro empresas en relación con este contrato (folio 11714). El acuerdo de colaboración exige exclusividad. Asimismo, el acuerdo contiene el porcentaje de participación de cada empresa en la UTE y las tarifas para cada categoría de trabajador que se ha publicado en el PPT para la ejecución del contrato. De cara a que cada empresa facture el porcentaje pactado inicialmente, se prevén igualmente mecanismos de regularización de los importes, el margen a pagar por las empresas que excedan su porcentaje es del 5% (folios 11715 a 11722).
- (30) En un correo interno de INDRA, fechado el 19 de septiembre de 2014, INDRA manifiesta que: *“hemos conseguido presentarnos solo nuestra UTE porque el Cliente quería continuidad y pliego enfocado a la continuidad de los recursos actuales”* (folios 8409 y 9639).
- (31) El contrato se adjudicó definitivamente el 23 de diciembre de 2014 a la UTE formada por SAG, INDRA, GESEIN y CIBERNOS (folio 198).
- (32) En la memoria de UTE se indica que la justificación de la UTE se encuentra, como en los casos anteriormente vistos, en que *“la experiencia de las 4 empresas aliadas en este tipo de trabajos aconseja la formación de esta Unión Temporal para permitir la prestación de los servicios contratados a plena satisfacción”* de la AEAT (folio 6622).

Contratos C03/07, AV 10/2011 y PA 2/2015

d) Contrato C03/07. Servicio para el desarrollo de aplicaciones informáticas del departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente 068403137PO)

- (33) El contrato fue adjudicado, con fecha 13 de marzo de 2007, a la UTE CIBERNOS/INDRA/SAG/IBM (folio 9470). El presupuesto base de licitación fue de 12.979.200 euros y el importe de adjudicación fue exactamente el mismo. La duración del contrato fue de 2 años, si bien se prorrogó por dos años más, hasta el 22 de marzo de 2011 (folios 843, 9694 y 9470).
- (34) Unos meses antes de la publicación de la licitación en el DOUE²⁶ y en el BOE²⁷, las empresas SAG, IBM, CIBERNOS e INDRA mantuvieron una serie de comunicaciones y reuniones en relación con un futuro concurso en la AEAT. Así, por ejemplo, el 3 de julio de 2006 SAG envió un correo electrónico a IBM, CIBERNOS e INDRA con el asunto “Reunión AEAT”, en que comentan sobre una posible reunión para el 7 de julio de 2006 (folio 9887).
- (35) En un correo electrónico de 12 de julio de 2006, CIBERNOS indica a SAG, IBM e INDRA que habían mantenido una reunión con [dato personal] el 10 de julio de 2006, “según lo acordado, por si tenía datos elaborados respecto al presupuesto y alguna otra información sobre el concurso”, aunque la citada trabajadora de la AEAT les indica que no dispone de dichos datos en ese momento (folio 9892).
- (36) Asimismo, CIBERNOS propone al resto de empresas que elaboren un cuadro con la situación en ese momento y la propuesta de cada empresa con las categorías y tarifas para el nuevo concurso. En el citado correo CIBERNOS ya presenta su propuesta de tarifa por categoría. Las empresas programan una reunión para el 14 de julio de 2006 con objeto de tratar el asunto (folios 9892 a 9896).
- (37) Sin estar todavía publicada la licitación en el BOE, el 18 de octubre de 2006 SAG remitió internamente un Excel con los porcentajes de participación de CIBERNOS, INDRA, SAG e IBM en un concurso no identificado expresamente, en el que se reparten las categorías del mismo (folios 9911 y 9912). Aunque no se identifica el concurso, estos datos serían coincidentes con los del contrato C03/07.
- (38) Como sucediera en el contrato de C68/06, el 4 de diciembre de 2006 CIBERNOS envió a SAG, IBM e INDRA el compromiso previo de constitución de la “UTE AEAT-SG APLICACIONES” (folio 9946). El compromiso contiene los porcentajes de participación de las cuatro empresas, coincidentes con los enviados en el documento de octubre de 2006 citado en el párrafo anterior (folios 9947 a 9948).

²⁶ DOUE número 144 de 1 de agosto de 2006.

²⁷ BOE de 4 de enero de 2007.

- (39) El anuncio de la licitación del expediente C03/07 de la AEAT se llevó a cabo en el DOUE del 1 de agosto de 2006 y en el BOE de 4 de enero de 2007 (folios 9469 y 9471).
- (40) A comienzos de febrero de 2007, la matriz de SAG planteó dudas sobre su continuación en el proyecto del concurso (folio 9952). Sin embargo, consta un correo interno de SAG de fecha 1 de febrero de 2007, en el que se puede apreciar la intención de la filial española de convencer a la matriz de que deben presentarse al concurso para no perder su “porción del pastel” frente a sus competidores INDRA, CIBERNOS e IBM, lo que sería negativo para SAG²⁸.

De cara a reforzar los argumentos, SAG adjunta una tabla Excel con los costes reales que supone el proyecto y los principales argumentos para apoyarlo, señalando lo siguiente:

“Imagen en la AEAT y en el Sector

Han preparado el concurso para las cuatro empresas de la UTE

Reacción negativa de la AEAT

Reacción en el mercado de IBM, INDRA y CIBERNOS.

(...)

Personal con mucha experiencia

Difícil colocación en otros Clientes

Salida de la Compañía muy costosa para la misma” (folios 13257 y 13258).

- (41) Como ya se ha señalado, la UTE adjudicataria fue la conformada por las empresas CIBERNOS/INDRA/SAG/IBM.
- (42) Tras vencer el plazo de duración del contrato, en febrero de 2015, CIBERNOS envió a IBM el acta de cierre de la UTE (folios 837 a 844 y 9707 a 9713).
- (43) Al igual que en los casos anteriores, las empresas miembros de la UTE se reparten su participación en el contrato porcentualmente²⁹. Estos porcentajes de participación sirven como base para el cálculo de la facturación que teóricamente correspondería a cada empresa en base al

²⁸ *“This project is a Join Venture with INDRA, CIBERNOS and IBM, the most powerful Spanish companies in our sector, today join venture but also competitors, to give them our portion of the cake would be a very negative for the future. Moreover, as these companies have for years a portion of AEAT business the project has been assigned in some way, SAG image would be strongly damaged if we leave now”.*

²⁹ Los porcentajes de participación en la UTE de las empresas en el periodo 2006 a 2009 y en la prórroga de 2009 a 2011, fueron: CIBERNOS 39,21%, INDRA 26,54%, SAG 17,28% e IBM 16,97% (folios 844 y 9693).

acuerdo inicial alcanzado, aunque al existir diferencias con la facturación real de cada empresa, se procedió a la regularización de los importes facturados de modo similar al descrito anteriormente³⁰ (folios 844 y 9693).

- (44) A pesar de que inicialmente las compensaciones entre la facturación de unas y otras empresas en función de su desviación respecto a los porcentajes acordados inicialmente se iban a realizar a través de la UTE, finalmente SAG, INDRA, CIBERNOS e IBM deciden compensarse directamente entre ellas (folio 6636). El acta de la reunión celebrada el 21 de noviembre de 2014 entre IBM, CIBERNOS, INDRA y SAG se refiere al acuerdo adoptado al respecto (folio 9715).
- (45) El funcionamiento de los mecanismos de compensación entre empresas se plasma en un correo electrónico interno de INDRA de 26 de noviembre de 2014: *“tenemos unos acuerdos firmados con el compromiso de que ninguna de las empresas llegue a facturar más a la UTE que el porcentaje que tiene asignado, definiendo unos mecanismos de compensación entre empresas, si esto sucede. Este mecanismo implica que la empresa que no llega a su porcentaje factura a la UTE el importe que le ha faltado, pero recibe una factura de la empresa que se ha pasado por ese mismo importe minorado en un porcentaje de beneficio”* (Folio 8411).
- (46) Finalmente, en relación con este contrato, cabe señalar que en un cuadro Excel en que se muestra la distribución de la facturación del contrato C03/07, también aparece AXPE desde abril de 2007 hasta marzo de 2011. Además, se recoge el diferencial entre los trabajos que realiza AXPE a precios UTE y la facturación de AXPE por estos trabajos, obteniéndose un margen por el diferencial que se reparte entre los miembros de la UTE (folios 843 y 9694).
- (47) Consta, asimismo, el borrador del contrato marco entre la UTE AEAT 03/07 y AXPE, que envía CIBERNOS al resto de miembros de la UTE el 20 de noviembre de 2007, tras realizar las modificaciones sugeridas por INDRA, y con el que el resto de empresas se muestran conformes (folios 10000 a 10002).

e) Contrato AV 10/2011. Servicios de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones de administración electrónica en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente 11840000400)

- (48) Este contrato es continuación del contrato C03/07 AEAT, al que se ha hecho referencia anteriormente y fue adjudicado a la UTE

³⁰ CIBERNOS y SAG superaron los porcentajes acordados mientras que INDRA e IBM no los alcanzaron. Por ello, se propone que CIBERNOS y SAG abonen determinadas cantidades a la UTE y que INDRA e IBM se las facturen, y que CIBERNOS facture a INDRA e IBM y SAG facture a IBM de cara a regularizar el resultado.

CIBERNOS/INDRA/SAG/IBM (la misma adjudicataria del contrato de 2007), por un precio de 12.509.369 euros, que coincide con el presupuesto de licitación.

- (49) El 4 de marzo de 2011, un mes antes de la publicación de la licitación en el BOE³¹, CIBERNOS contactó por correo electrónico con SAG, INDRA e IBM, indicando la necesidad de reunirse *“para tratar el tema del próximo concurso de la AEAT y de la finalización del actual”* (folio 5901).
- (50) El 14 de abril de 2011, SAG, INDRA, CIBERNOS e IBM intercambiaron los borradores de compromiso de constitución de la UTE, de acuerdo de colaboración y de proposición económica (folio 5910). En el compromiso de constitución de UTE adjunto a dicho correo electrónico se recoge el porcentaje de participación de cada empresa en la UTE (folio 5912³²), porcentajes que coinciden exactamente con los establecidos en el contrato C 03/07³³ al que el nuevo contrato viene a sustituir.
- (51) Como en los contratos anteriores, las empresas también elaboraron un acuerdo de colaboración. Dicho borrador prevé en su punto 5 que *“en las nuevas incorporaciones se seguirá el principio de intentar nivelar los porcentajes de participación de ese momento, por lo que será la empresa que esté más alejada de su porcentaje de participación la que tendrá que incorporar al siguiente recurso que se solicite”* (folio 5915).
- El punto séptimo del acuerdo de colaboración señala que las subcontrataciones de personal ya existente en el organismo cuya incorporación proponga la AEAT se realizarán directamente por la UTE y que el beneficio obtenido como consecuencia de dicha subcontratación se repartirá según el porcentaje de cada empresa partícipe (folio 5916).
- Por su parte, el punto octavo del acuerdo de colaboración recoge el mismo procedimiento de regularización que el previsto para el contrato C 68/06 (hecho 7) (folio 5916).
- (52) La apertura de sobres del concurso fue el 18 de mayo de 2011 y la única oferta presentada fue la de la UTE ganadora. En relación con ello, consta un correo electrónico interno de SAG en el que se informa lo siguiente: *“eso sí había espías en la sala para enterarse de las tarifas ofertadas por la UTE. Uno de los espías era ATOS, el otro no lo sabemos”* (folio 6018).
- (53) La memoria sobre el objeto de la UTE justifica la existencia de ésta en la experiencia de las cuatro empresas para la prestación de los servicios a plena satisfacción de la AEAT (folio 6043).
- (54) Finalmente, cabe señalar que en un correo electrónico entre las empresas de fecha 27 de diciembre de 2012, se dice lo siguiente:

³¹ BOE de 9 de abril de 2011.

³² El mismo dato aparece en el borrador del acuerdo de colaboración. Folio 5915.

³³ Folios 844 y 9693.

“Tenemos que hacer las facturas del margen de AXPE de la UTE AEAT 10-2011” (folio 6144).

f) Contrato PA 2/2015. Servicios de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones de administración electrónica en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente 14840210300)

- (55) Este contrato supone la continuación de los contratos de 2007 y 2011 (expedientes C03/07 y AV10/2011), y se licitó mediante procedimiento abierto dividiéndose en dos lotes. El lote 1 fue formalmente adjudicado a la UTE SAG/CIBERNOS, con un descuento del 1,04%. El lote 2 fue formalmente adjudicado a la UTE INDRA SISTEMAS/INDRA SOFTWARE LABS con un descuento del 1,06%.
- (56) El 9 de diciembre de 2014, fecha anterior a la publicación de licitación³⁴, las empresas SAG, INDRA, CIBERNOS e IBM se reunieron para hablar sobre este concurso (folios 6660, 845 y 846). La reunión se produjo en una ubicación estratégica *“por si luego hubiese que ver a [dato personal]”* (trabajador de la AEAT y miembro de la mesa de contratación para estos concursos, antes citado).
- (57) El 25 de febrero de 2015, CIBERNOS contactó con SAG, INDRA e IBM, adjuntando los pliegos del nuevo concurso y convocando una reunión para el 2 de marzo de 2015 en la sede de INDRA (folio 6691).
- (58) Pese a que el contrato está dividido en dos lotes, SAG, ese mismo día, realiza un ejercicio interno en el que se recoge un *“desglose por empresas, más los nuevos recursos y sin tener en cuenta lotes”*. En un Excel la empresa recoge un cuadro con la participación de las cuatro empresas en que los porcentajes de participación consignados son exactamente los mismos que en la UTE C 03/07³⁵ y en la UTE AV 10/2011³⁶, concursos a los que daría continuidad este concurso, si bien dividido en dos lotes. El Excel recoge también el número de trabajadores por categoría que tenían en ese momento las cuatro empresas y AXPE, a quien subcontrataban servicios (folio 6928 y 6929).
- (59) Por su parte, INDRA parecía tener dudas sobre la forma de concurrir al contrato, tal como demuestra el correo interno de 26 de febrero de 2015, en el que manifiesta la posibilidad de ir solo o en UTE:
- “M^a Jesús, debemos decidir si apostamos por concurrir solos a este concurso con IBM como subcontratado o por el contrario proponemos ir en UTE. Te cuento los escenarios económicos y las ventajas y desventajas (...)”* (folio 8414).

³⁴ 24 de febrero de 2015.

³⁵ Folios 844 y 9693

³⁶ Folio 10972.

En el citado correo se señala que la opción de ir en UTE se estima que supondría un margen en torno al 12%, mientras que la de ir con IBM como subcontratado supone un margen del 9,27%. También se comenta la existencia de una reunión con IBM al día siguiente.

En la contestación dada ese mismo día al correo, se plantea la posibilidad de una UTE de INDRA SISTEMAS e INDRA SOFTWARE LABS, UTE que se presentó finalmente al lote 2 (folios 8414 y 8415).

- (60) El 27 de febrero de 2015, INDRA comunicó internamente su informe comercial de mercado de administraciones públicas correspondiente a esa semana. En dicho informe se recoge, en relación con el concurso de 2015, que *“Esta oferta da continuidad al contrato actual donde Indra está en UTE con Cibernos, SAG e IBM. La AEAT ha decidido que se parta en dos lotes para fomentar la concurrencia, y que cada empresa licite su lote. Ha sugerido que se desdoble en CIBERNOS-SAG (lote 1) e INDRA- IBM (lote 2)”* (folios 9167 y 9168).
- (61) Nuevamente SAG realizó un ejercicio interno en relación con el concurso, contemplando dos supuestos: calcular los porcentajes de participación en la UTE según los técnicos que tiene cada empresa en ese momento o calcular el porcentaje extrapolando los porcentajes acordados en la UTE vigente solo a CIBERNOS y SAG. En ese ejercicio se vuelven a utilizar los precios por categoría ofertados en el pliego de 2014 como referencia. En la pestaña “lote 1” aparece también AXPE, a la cual corresponderían dos Analistas de Programación, que se le mantendrían (folio 6936 y 6937).
- (62) Consta asimismo en la documentación obtenida por la DC, cómo el 3 de marzo de 2015, pese a que el contrato se divide en dos lotes, INDRA se comunicó con SAG, CIBERNOS e IBM (folios 6938 y 6939 y 852 y 853), exponiendo una simulación de descuentos en el que aplica el 1,05% de descuento total sobre el precio conjunto de licitación durante los cuatro años que esperan que dure el contrato (los dos de vigencia más las prórrogas). Los porcentajes de cada empresa utilizados para los cálculos coinciden exactamente con los del UTE 03/07 AEAT y la UTE AV 10/2011. Y el porcentaje de descuento coincide con los descuentos presentados por las empresas en sus ofertas económicas a los dos lotes (folios 6940 y 854)³⁷.
- (63) En un correo electrónico remitido ese mismo día por INDRA a SAG, CIBERNOS e IBM se resumen los compromisos adoptados en una reunión que se había celebrado ese mismo día 3 de marzo entre los distintos participantes. Destaca que para las empresas es indiferente que el contrato

³⁷ En los Excel adjuntos, en sus hojas 1 y 2 aparece en una de las tablas la empresa GESEIN. Puesto que la posición de la tabla coincide con la de la hoja 3 en la que la empresa que se nombra es IBM se interpreta en el sentido de que ha habido un error, al no existir más indicios de la participación de GESEIN en este concurso y que dichas tablas corresponderían a IBM.

esté dividido en dos lotes, ya que acuerdan mantener los porcentajes de negocio aunque se presenten en UTE separadas (folio 6942 y 856).

“Hola, os remito el resumen de la reunión de hoy y las tareas que hemos quedado en realizar.

1.- Se acuerda articular de alguna manera que se mantengan o se tiendan a mantener los porcentajes de negocio actuales aunque tengamos UTES separadas.

2.- Se acuerda una propuesta de descuento conjunto para ambas ofertas.

3.- Se acuerda no preguntar, ni aportar certificaciones de los recursos que actualmente no están prestando servicio en la AEAT.

4.-Quedamos en pasarnos las ofertas técnicas, para no presentar ofertas técnicas muy diferentes.

5.- Cada una de las UTES se encarga de aportar los curriculums de los perfiles que tiene en su lote y de los adicionales de su lote.

6.-Enviar propuesta de descuento rondando el 1,05%

7.- En el caso de INDRA/IBM si modelo es finalmente Subcontratación hay que ir a explicárselo a [dato personal]/AEAT”.

- (64) Ese mismo día, SAG y CIBERNOS realizaron el reparto de los nuevos recursos que les corresponderían a cada uno en el lote 1. En el Excel adjunto al correo electrónico se consigna el presupuesto correspondiente a dos recursos de AXPE y se presenta en unos cuadros cómo el reparto decidido corresponde al mantenimiento de los porcentajes de cada empresa en el concurso anterior (AV 2011) (folio 6944 y 6945).
- (65) También el 3 de marzo de 2015, SAG comunicó internamente por correo electrónico el acuerdo de compromiso y el acuerdo de UTE con CIBERNOS para el lote 1, así como el *Project calculation* (folio 6946).
- (66) Los acuerdos alcanzados entre las empresas se vuelven a poner de manifiesto en un correo electrónico interno de INDRA de 9 de marzo de 2015, que señala que:

“INDRA se presentará en UTE con IBM al lote 2, pero sigue respetando el acuerdo entre los 4 miembros de la actual UTE. El negocio se incrementa en torno al 30% [...]” “El planteamiento es realizar una baja simbólica (1,05%) e incrementar el margen hasta el 12,86% en la operación” También indica que se encuentra *“en negociaciones con IBM para estudiar la posibilidad de que vayan como subcontratados”* (folio 9357).

Dicho correo electrónico adjunta un documento que recoge la estrategia comercial a seguir, indicando:

“En los anteriores concursos no se presentó ninguna oferta a excepción de la nuestra. Hemos elaborado los perfiles junto con el cliente y en el pliego han puesto exactamente los modelos que nosotros les enviamos.

Indra se presentará en UTE con IBM al lote 2, pero se sigue respetando el acuerdo entre los cuatro miembros de la actual UTE.

La UTE con IBM, en negociación, estará repartida con 57,33% Indra/36,58% IBM, el resto (6,09%) les corresponde a los otros miembros de la otra UTE al respetarse el acuerdo actual de porcentajes. Estos números pueden variar en función del reparto de los 15 nuevos perfiles (1 Analista 4 AP y 10 PS). Indra pone 1 Analista, 2 AP y 7 PS e IBM pone 2AP y 3 PS.

Ambas empresas incrementan su negocio entorno al 30% [...]

Estamos negociando con IBM varias líneas de trabajo, estudiando la posibilidad de que vayan como subcontratados. Se debe cerrar también con el cliente” (folios 9359 a 9367).

- (67) Las negociaciones con IBM concluyeron con la decisión de que INDRA se presentase sola al lote 2 y subcontratase a IBM. Así se demuestra con base en la oferta presentada y el acuerdo de colaboración entre INDRA e IBM (folios 8435 a 8445 y 8448 a 8457). El acuerdo, fechado el 17 de marzo de 2015, prevé una cláusula por la cual las partes se comprometen a colaborar en régimen de exclusividad y no participar directa o indirectamente en ofertas alternativas que puedan competir directa o indirectamente con el objeto de dicho acuerdo, ni tampoco presentarán ofertas independientes por sí solos al proyecto (folio 8440 y 8452).

El importe a percibir por IBM por cada categoría de trabajadores subcontratada es un 3,5% menor que el importe ofertado por INDRA al lote 2 (folios 8444 y 8456).

- (68) El 28 de abril de 2015 se publicó la adjudicación de ambos lotes en la Plataforma de Contratación del Estado.
- (69) El 12 de mayo de 2015, CIBERNOS se comunicó con INDRA en un correo electrónico, para ver cómo coordinarse para concretar si determinados empleados corresponden a la UTE directamente o a las empresas y se subcontratan por la UTE. En el citado correo se indica que “*Habría que distinguir Lote 1 y Lote 2*” (folio 888). Es decir, el funcionamiento de ambos lotes, aunque se hayan licitado separadamente, sigue coordinándose por las empresas responsables.
- (70) El 3 de junio de 2015, las cuatro empresas contactaron vía correo electrónico para reunirse con objeto de “*tratar el inicio de la gestión del Nuevo concurso, con las 2 UTE’s*” (folio 890).

Según consta en el expediente, la reunión se celebró el 15 de junio de 2015, acordándose en ella tanto una reunión de las cuatro empresas (INDRA, SAG, IBM y CIBERNOS) con el empleado de la AEAT anteriormente citado, como unos nuevos porcentajes para INDRA e IBM “*para el conjunto de los lotes 1+2*” (folio 7157).

En el Excel adjunto al correo, en la pestaña de “estructura lotes actual” (folio 5504), puede observarse cómo se tienen en cuenta los perfiles de las empresas en ambos lotes de cara al cómputo de porcentajes del acuerdo global. Asimismo, el Excel contiene los nombres y apellidos de los diferentes trabajadores de las distintas empresas, así como la categoría profesional de cada uno (datos que las empresas han considerado un secreto comercial en sus solicitudes de información y que se encuentran censurados en los folios 5502 y 5505).

- (71) El 11 de junio de 2015, CIBERNOS solicitó a SAG que le validase las tarifas para incluir en el acuerdo con AXPE (folios 9732 y 9733). Las tarifas que se pide que validen son un 0,9% inferiores respecto a las tarifas UTE.
- (72) El 17 de septiembre de 2015, CIBERNOS envió a INDRA, mediante correo electrónico (folio 896), un borrador de acuerdo por el que SAG y CIBERNOS se comprometen a prestar servicios a INDRA en el contrato del lote 2 (folios 897 a 910). Tal y como se indica en el Anexo al acuerdo el objeto del contrato *“es amparar la aportación de recursos por parte de la prestadora de servicios³⁸ cuando así lo demande la UTE, para un Servicio de Asistencia Técnica para la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, amparado en el concurso público Expediente AV 2/2015 LOTE 2”* (folio 908).

Los importes a facturar por cada hora pagada por el cliente se consignan en el borrador de acuerdo y, para cada categoría, corresponden exactamente con aquellos que recibe INDRA de la AEAT en base a su oferta económica (folio 909). Es decir, no habría margen de beneficio por la aportación de estos recursos por CIBERNOS y SAG.

- (73) El 22 de octubre de 2015, en un correo electrónico interno de SAG se recogen unas tablas en las que se hace referencia al contrato PA 2/2015, indicando los porcentajes de participación de cada empresa y los porcentajes de dedicación en agosto de 2015, indicando la desviación de cada empresa respecto a lo acordado (folio 7154).

2. GERENCIA DE INFORMÁTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (GISS)

En relación con las licitaciones de servicios informáticos por parte de la GISS, se han analizado los hechos en relación con cuatro expedientes entre los años 2006 a 2014, todos relativos al desarrollo y mantenimiento de aplicaciones informáticas en la Gerencia de la Seguridad Social, con los siguientes resultados oficiales:

³⁸ CIBERNOS y SAG según folio 897.

a) Contrato 7202/06G. Servicios de carácter informático necesarios en la Gerencia de Informática de la Seguridad Social

- (74) La licitación de este expediente mediante procedimiento abierto se publicó en el BOE de 11 de agosto de 2006³⁹.
- (75) El presupuesto base de licitación fue de 118.950.435,69 euros⁴⁰. El concurso se dividió en 14 lotes. El resultado del concurso en relación con los lotes de interés para este expediente fue el siguiente (folio 740⁴¹):

Lotes	UTE adjudicada
7	SAG/INDRA/BABEL
10	INDRA/THALES/SAG
11	INDRA/THALES/ATOS/SAG
12	INDRA/THALES/ATOS
13	INDRA/GESEIN
14	SAG/THALES

- (76) Si bien la adjudicataria del lote 12 fue formalmente la UTE compuesta por las empresas INDRA/THALES/ATOS, hay que advertir que en los hechos consta un Excel elaborado por SAG sobre este lote en el que además de las empresas citadas, aparece también SAG entre paréntesis con un porcentaje del 10% (folio 5770):

Lote 12	<i>Desarrollo Aplicaciones INSS</i>	6.535.259,43	UTE INDRA-Thales-ATOS-(SAG) (42-31-17-10)
----------------	-------------------------------------	--------------	--

Este reparto hipotético en el que aparece SAG coincide con el fijado en el acuerdo de colaboración firmado entre las cuatro empresas el 28 de agosto de 2006 (folio 5850).

El contenido del acuerdo coincide con el de los firmados para los contratos con la AEAT, si bien en este caso la compensación entre empresas que

³⁹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-B-2006-191064

⁴⁰ <http://www.boe.es/boe/dias/2006/12/19/pdfs/B14062-14062.pdf>; En el anuncio del BOE no se especifica si los importes consignados incluyen el IVA o no. A los efectos del presente expediente, se interpreta que el IVA no está incluido.

⁴¹ Los descuentos a los que se hace referencia a continuación se han calculado sobre los datos del folio 740 y del BOE 302 de 19 de diciembre de 2006.

hayan incurrido en un exceso en el periodo correspondiente es del 7%, en lugar del 5%.

- (77) El 10 de julio de 2006, antes siquiera de que se hubiera enviado el anuncio de la licitación del concurso 7202/06G al DOUE (lo que se produjo el 1 de agosto de 2006)⁴², THALES (CONNECTIS) envió un correo electrónico a ATOS, SAG e INDRA, adjuntando el reparto de perfiles de los **lotes 10, 11 y 12** (folios 9888 y 12345 a 12349), lo que evidencia que disponían de información sobre el concurso y su división en lotes y recursos necesarios antes de que dicha información hubiese sido publicada.
- (78) El 23 de agosto de 2006, THALES (CONNECTIS) envió a SAG los datos definitivos del **lote 14** “Entorno de desarrollo Pros@”, en el que se recogen los datos correspondientes a tarifas e importes para SAG y THALES, tanto en el pliego como en la oferta. La oferta se realizó con un 9,09% de descuento global, aunque el porcentaje de descuento propuesto varía para cada categoría (folio 9899).
- (79) El 28 de agosto de 2006, se firmaron los acuerdos de colaboración entre INDRA, SAG, ATOS y THALES (CONNECTIS) para la realización de los servicios informáticos necesarios en la GISS de los **lotes 10**⁴³ y **12**⁴⁴ del expediente 7202/06 G (folios 5850 a 5856 y 5857 a 5863). Los acuerdos hacen referencia a los porcentajes de participación de las cuatro empresas, el número de técnicos por cada categoría que corresponde a cada empresa y el importe/hora de cada categoría por el que facturará cada empresa a la UTE por los técnicos aportados al proyecto (folios 5850, 5851, 5857 y 5858).
- (80) La redacción de los acuerdos en relación con la responsabilidad de las empresas, nivelación de porcentajes, subcontratación de personal ya existente en el organismo, regularizaciones, prórroga, etc., es idéntica a la citada en el caso de la AEAT, aunque en este supuesto la compensación entre empresas que hayan incurrido en un exceso en el periodo correspondiente es del 7%.
- (81) El 30 de octubre de 2006, una vez ya publicada la licitación, SAG informó internamente de que la GISS había convocado un concurso de 14 lotes señalando que *“nosotros utilizando distintas fórmulas, solos, en UTE o subcontratados, nos hemos presentado a 7 lotes, de los cuales nos van a adjudicar 6, si los papeles que hemos de presentar en los próximos días no nos hacen ninguna jugada imprevista, lo que naturalmente no espero”* (folio 9914). Esta previsión se cumpliría posteriormente, ya que SAG acabaría participando en 6 de los lotes adjudicados.

⁴² <https://www.boe.es/boe/dias/2006/08/11/pdfs/B08871-08871.pdf>

⁴³ Entorno desarrollo aplicaciones corporativas (folio 725).

⁴⁴ Entorno desarrollo aplicaciones INSS (folio 726).

- (82) En relación con el **lote 11**, el 23 de noviembre de 2006, INDRA envió a SAG, ATOS y THALES (CONNECTIS) una hoja de cálculo para llevar el control de la UTE para el citado lote. En el correo se indica lo siguiente:

“Como podréis comprobar, con el equipo inicial que nos piden, ya nos estamos desviando (en algún caso) bastante del porcentaje de la UTE:

INDRA: 37,29

SAG: 18,04

THALES: 24,66

ATOS: 20,01

¿Qué significa esto?

Pues que, si seguimos lo acordado, ni Indra, ni Thales, ni Atos, podríamos meter a NADIE MÁS (de momento) hasta que SAG no alcance su 25%.

Por lo tanto, las personas propuestas por la TGSS, deberían estar con SAG” (folio 9939).

En el Excel aparecen los trabajadores de cada empresa con sus nombres y apellidos, la empresa a la que pertenecen, su categoría profesional y la tarifa que corresponde a cada uno (datos que, como se ha indicado anteriormente, han sido calificados de secreto comercial por las empresas) (folio 12357 a 12377).

- (83) El 1 de diciembre de 2006 entraron en vigor los contratos correspondientes a los distintos lotes del expediente (folios 9930, 9932, 9934, 9936 y 9938).
- (84) En noviembre de 2007, ATOS, THALES (CONNECTIS), INDRA y SAG intercambiaron correos electrónicos con propuestas de descuento de las tarifas de las distintas categorías de trabajadores para la GISS (folios 9998 y 9999).
- (85) El 14 de diciembre de 2007, INDRA remitió un correo electrónico a SAG, THALES (CONNECTIS) y ATOS, que contiene una hoja resumen con los descuentos con los que se sentiría cómoda cada empresa para cada categoría y, a partir de los cuales, elabora dos propuestas (folios 10004 y 10005). ATOS propone reducir el descuento de una de las categorías del 10% al 5%.
- (86) En diciembre de 2008 se prorrogaron los contratos por dos años más (folio 5849).
- (87) En relación con el **lote 12**, el 17 de mayo de 2010, INDRA escribió a SAG (pese a que esta no participó formalmente en la UTE del lote 12), THALES (CONNECTIS) y ATOS un correo electrónico con asunto “Los tres escenarios del lote 12”, en el que se recoge una tabla en la que las cuatro empresas aparecen en las filas y en las columnas aparecen “objetivo” y tres escenarios, A, B y C. La tabla consigna porcentajes. Los porcentajes de la

columna de objetivos coinciden con los del reparto consignado en el folio 5850 (folio 10863).

- (88) A finales de agosto de 2010, INDRA, SAG, THALES (CONNECTIS) y ATOS se encontraban regularizando los importes correspondientes a la prórroga del contrato del **lote 10** del expediente 7202/06G (folio 5866).
- (89) En un correo de 4 de enero de 2011, constan adjuntos varios documentos que reflejan el cierre de los **lotes 10 y 12** y la distribución de facturas con los proyectos correspondientes (folio 5848). En ambos lotes tanto INDRA como THALES (CONNECTIS) habrían tenido una participación real inferior al reparto inicial pactado, mientras que ATOS habría tenido una participación real superior. SAG habría tenido una participación real superior en el lote 10 e inferior en el lote 12 (folio 5864 y 5865).
- (90) Finalmente, en relación con el **lote 7**, en un correo electrónico interno de INDRA de 14 de septiembre de 2009 (folio 9541), se comenta la existencia de una reunión con BABEL en la que se habrían tratado entre otros, los siguientes asuntos:

“- Resumen, desde la adjudicación del contrato, de la actuación de Babel, que en ningún momento se comportó como parte integrante de una UTE y fue libremente a cubrir “los puestos que le correspondían teóricamente”, saltándose incluso algún punto de lo firmado en el acuerdo”.

- Que para la GISS es transparente de quien son los recursos. Si una empresa se pasa en su porcentaje, desde fuera se ve que el presupuesto está ajustado, por lo que NO nos solicitan más recursos, penalizando así el ingreso de los demás.

- Que los valores adicionales los hemos asumido cada uno en nuestro porcentaje. No puede ser que, por ejemplo, Indra asuma el 30% del coste, cuando solo estaba ingresando el 25%. De ahí la necesidad de que exista la cláusula en cuestión, para regularizar el ingreso”.

Respecto de SAG, en el mismo correo se indica que *“también está de acuerdo en dejar las cosas como están. De hecho, este modelo de “acuerdo de UTE” también lo están utilizando ellos, incluso en las UTE’s en las que no estamos nosotros”.* Como puede apreciarse, el correo pone en evidencia la utilización de los mismos modelos de colaboración en distintas UTE configuradas en estos contratos, con independencia de las empresas participantes en las mismas.

b) Contrato 7201/10G Servicios de carácter informático necesarios en la Gerencia de Informática de la Seguridad Social

- (91) El 5 de julio de 2010, se anunció en el BOE número 162 el concurso 7201/10G. La licitación se realizó mediante procedimiento abierto. El presupuesto base de licitación fue de 116.057.742 euros. La duración prevista del contrato era de 24 meses.

- (92) Este expediente supone la continuación de los servicios licitados en el expediente 7202/06G a la finalización de la prórroga de los mismos, aunque a diferencia del concurso de 2006, la contratación de estos servicios se dividió en 11 lotes⁴⁵, en lugar de los 14 en que se había dividido el concurso de 2006, aunque los servicios licitados eran equivalentes (folio 5770).
- (93) Las empresas adjudicatarias en los lotes del presente contrato coinciden con las empresas adjudicatarias de los lotes equivalentes del contrato de 2006.
- (94) La equivalencia de lotes entre ambos contratos y las empresas adjudicatarias es la siguiente (folios 740 y 5770):

7202/06G	7201/10G	EMPRESAS
Lotes 7, 8 y 10	Lote 6	INDRA, THALES (CONNECTIS), SAG y BABEL
Lote 11	Lote 8	ATOS, THALES (CONNECTIS), INDRA y SAG
Lote 12	Lote 9	INDRA, THALES (CONNECTIS) y ATOS
Lote 4 y 13	Lote 10	INDRA, UNISYS, GESEIN
Lote 14	Lote 11	SAG y THALES (CONNECTIS)

- (95) Las adjudicaciones de los once lotes se publicaron en el BOE número 11 de fecha 13 de enero de 2011⁴⁶, por un importe total de 106.342.691,48 euros (IVA incluido), lo que supone un descuento sobre el presupuesto licitado del 8,37%.
- (96) Previamente al anuncio de la licitación en el BOE, 9 de junio de 2010, ATOS comunicó a INDRA, SAG y THALES (CONNECTIS) que la *“licitación de este concurso pasó por Consejo de Ministros el 4 de junio de 2010 “(según nos adelantó [dato personal]⁴⁷), con lo que parece que se pueden cumplir plazos, y en julio tendremos que presentar las ofertas”,* asimismo propone que se vean *“para hablar de los lotes 6 (GISS), 8 (TGSS) y 9 (INSS), repartos, acuerdos, etc...y poder clarificar todo para poder avanzar en las ofertas”* (folio 5659). Los lotes de los que habla son todos lotes del expediente 7201/10G.

⁴⁵ Lote 1 sistemas y Comunicaciones zOS, Lote 2 Bases de datos corporativas, Lote 3 Sistemas abiertos, Lote 4 Comunicaciones y redes, lote 5 Seguridad, lote 6 Desarrollos corporativos y administración electrónica, Lote 7 Gestión de Datos y Aplicaciones, Lote 8 Desarrollo aplicaciones TGSS, Lote 9 Desarrollo aplicaciones INSS, Lote 10 Aplicaciones IGSS y Sistemas OS 2200, Lote 11 Desarrollo Pros@ Aplicaciones IGSS (folios 740 y 5770).

⁴⁶ <https://www.boe.es/boe/dias/2011/01/13/pdfs/BOE-B-2011-1226.pdf>

⁴⁷ Trabajadora de INDRA.

(97) El 28 de junio de 2010, BABEL contactó por correo electrónico con INDRA, señalando que en el **lote 6** de la GISS BABEL *“ha realizado el 7% del contrato debido a la falta de recursos de las otras compañías de la UTE, y queremos mantener ese porcentaje para el próximo concurso”* (folio 12195). Además, BABEL pretende que INDRA le subcontrate recursos que hasta entonces subcontrataba a EVERIS en el área de gestión documental.

(98) En los comentarios internos preparados por INDRA para responder a BABEL, INDRA indica que no está conforme con la forma en que BABEL había alcanzado ese 7% y hace referencia a que *“El 5% es equivalente a su 20% inicialmente suscrito en la UTE de hace 4 años”* (folio 9545), de donde se infiere que en esas negociaciones se ofrecía a BABEL un 5% de participación y que este porcentaje estaba condicionado por su participación en concursos anteriores.

Además, en este documento INDRA afirma que van a continuar subcontratando a EVERIS y que *“les damos entrada en nuevas UTEs configuradas para los concursos a los que ellos no han querido venir con nosotros. Lote 3-sistemas abiertos: tenían un compromiso con nosotros para acudir conjuntamente y hace una semana se han desmarcado con la configuración de otra UTE dejándonos fuera”* (folio 9545).

(99) El 21 de julio de 2010, SAG contactó con INDRA indicándole que tenían un problema con el acuerdo de UTE, ya que la previsión contractual de que aquel que se pasase de su porcentaje de facturación conforme al reparto de la UTE compensara con un 5-7% del exceso a los que no llegaran a su porcentaje acordado, podía ocasionarles problemas, en caso de que carecieran de recursos y tuvieran que pedir a otras empresas que los pusieran. SAG sugiere quitar la cláusula de los acuerdos y señala que BABEL está presionando con ese tema (folio 9549).

INDRA comentó internamente por correo electrónico la necesidad de bajar dicho porcentaje de penalización a uno testimonial por acuerdo con BABEL, pero surgieron suspicacias de que al quitarlo, tanto BABEL como SAG tuvieran incentivos de colocar a sus trabajadores e INDRA no pudiera colocar a los suyos, reduciendo el porcentaje de trabajo inicialmente asignado a INDRA, en favor de SAG y BABEL. Entre los aspectos que se comentan internamente en INDRA, se dice que gracias a esas cláusulas han podido compensar en el pasado con las regularizaciones aumentos de facturación de unas empresas (SAG y BABEL) a costa de otras (INDRA). Además, se indica que el directivo de SAG que presiona de cara a la eliminación de esas cláusulas *“también es socio de Babel”*. THALES (CONNECTIS) tampoco estaría conforme con la eliminación de dicha cláusula (folios 9547 y 9548).

(100) El 22 de julio de 2010 se produjo la reunión y SAG informa internamente por correo electrónico de que han decidido que el descuento al **lote 6** sea del 8,1662, al **lote 8** del 7,8998 y al **lote 9** del 7,01. Además, se reporta que THALES (CONNECTIS) y ATOS querían hacer menos descuento y que el

8,5% era un objetivo inalcanzable porque “a nadie le salen las cuentas”. El día siguiente está prevista una reunión para el lote 11. En la respuesta interna al reporte se dice que el lote 9 creen que lo pueden perder, porque piensan que habrá competencia y que puede que los lotes 6 y 8 se puedan salvar (folio 10890).

- (101) El 25 de julio de 2010, INDRA envió otro correo electrónico a SAG, THALES (CONNECTIS) y ATOS, adjuntando el acuerdo (folios 5690 a 5696) y el Compromiso de UTE para el **lote 8** (folios 5697 a 5699). En el acuerdo, las cuatro empresas se comprometen “a colaborar con carácter de exclusividad” y establecen su porcentaje de participación. Asimismo, en este documento se recoge la existencia de regularizaciones y el modo en que se efectuarán, de forma idéntica al funcionamiento anteriormente descrito para la AEAT (folios 5692 y 5693). También se recoge el mantenimiento de las condiciones en caso de prórroga del contrato (folio 5693).
- (102) El 25 de julio de 2010, ATOS escribió un correo electrónico a INDRA y SAG en el que adjunta el archivo “Lote 9-Preacuerdo de subcontratación INDRA-SAG” (folio 5675). Ese preacuerdo de subcontratación, fechado el 28 de julio de 2010, señala que “INDRA a través de una UTE, presentará una oferta para la adjudicación por PROCEDIMIENTO ABIERTO del contrato de los “SERVICIOS DE CARÁCTER INFORMÁTICO NECESARIOS EN LA GERENCIA INFORMÁTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL” (Expediente 7201/10G- Lote 9: Desarrollo de aplicaciones INSS)” y que en el “Pliego de Cláusulas Administrativas de la citada licitación se exige que, en el caso de que el oferente presente CV de personal ajeno a su plantilla deberá presentar un preacuerdo de subcontratación de los servicios a prestar por los citados perfiles aportados. Puesto que la UTE a formar por INDRA ha aportado CV de perfiles de plantilla de SOFTWARE AG, se disponen a fijar mediante el presente documento, los términos básicos del preacuerdo de subcontratación”, refiriéndose a perfiles técnicos para el lote 9 del expediente 7201/10G⁴⁸ (folios 5676 y 5677).
- (103) Para el **lote 9**, consta igualmente un acuerdo y compromiso de UTE entre las empresas INDRA, SAG, THALES (CONNECTIS) y ATOS (folios 5701 a 5709). Aunque el acuerdo recoge los porcentajes de participación de las cuatro empresas el compromiso de UTE sólo se refiere a las empresas INDRA, THALES (CONNECTIS) y ATOS (folio 5709), lo que muestra que el acuerdo y reparto interno de los servicios del **lote 9** no coincide con el oficialmente comunicado en la presentación de ofertas a la licitación. En el acuerdo las cuatro empresas se comprometen “a colaborar con carácter de exclusividad”. Las cláusulas en relación con compensaciones por incorporación de personal, subcontrataciones de personal propuesto por la

⁴⁸ En el folio 5677 pone expediente 7202/10G pero parece tratarse de una errata.

GISS, regularizaciones, prórroga, etc., son exactamente iguales a las descritas para el lote 8.

- (104) El 20 de agosto de 2010, SAG envió un correo electrónico en el que adjunta un Excel que contiene las equivalencias de los lotes entre los contratos de 2006 y 2010 y, en caso de ser una UTE de la que forma parte SAG, el porcentaje de participación de cada empresa de la UTE. La comparativa permite constatar que las empresas que tenían adjudicados determinados servicios en 2006 mantienen su adjudicación en 2010, pese a los cambios en número de lotes. Ello se logra agrupándose en UTE aquellas que no lo estaban y cuyos servicios se fusionan en un mismo lote⁴⁹ o manteniendo los acuerdos existentes en caso de que los servicios sigan correspondiendo a un lote.
- (105) Existe, por tanto, una equivalencia en lotes y en empresas adjudicatarias de los mismos, de tal manera que las empresas que son adjudicatarias de los lotes del 2006, lo son también de sus lotes equivalentes en 2010.
- (106) El contrato 7201/10G se prorrogó a su finalización al menos hasta el 31 de octubre de 2014 (folios 6178 y 6179).

c) Contrato 7201/13G. Realización del desarrollo y mantenimiento de las aplicaciones informáticas de las Entidades Gestoras, Servicios Comunes e Intervención General de la Seguridad Social, mediante la prestación de los servicios de análisis, diseño, construcción, pruebas y documentación de aplicaciones.

- (107) La licitación del expediente 7201/13G, que viene a continuar los servicios de diversos concursos previos, algunos de 2010 (folios 9563 y 9564), se realizó mediante procedimiento abierto. El anuncio de la licitación se envió al DOUE el 12 de junio de 2013, aunque no se publicó hasta el 14 de junio de 2013 (folios 11134 a 11137). Asimismo, se publicó en el BOE número 155 de 29 de junio de 2013.
- (108) Este concurso no se dividió en lotes (folio 740) y se adjudicó el 11 de octubre de 2013 a la UTE SAG/INDRA, con un descuento ofertado del 30,01% sobre precios unitarios, según la información aportada por la GISS (folio 740). No obstante, la adjudicación del contrato se hizo por el mismo importe que el presupuesto base de la licitación, que era de 33.438.111,09 euros (IVA excluido)⁵⁰.

⁴⁹ Por ejemplo, el lote 4 de 2006 se adjudicó a la UTE GESEIN-UNYSIS, el lote 13 de 2006 a la UTE INDRA-GESEIN, el lote 10 de 2010, que equivale a los servicios de los lotes 4 y 13 de 2006, se adjudicó a la UTE INDRA-UNISYS-GESEIN.

⁵⁰ https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPyKssy0xPLMnMz0vMAfljU1JTC3ly87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQjXfODlgJMcv2yDCIDvY1CXNMi3Cu1HW1t9Qtycx0B1nvV-Q!!/

(109) El 24 de enero de 2013, en un correo electrónico interno de INDRA, se indica que una empleada de la citada empresa ha hablado con el GISS y que *“como acaban a final de año los actuales contratos de INSS e IMS quieren ya enfocar esos concursos a AM (pero sólo la parte de desarrollo no el análisis). Desde la GISS quieren que les ayudemos a hacer los pliegos para comenzar el proceso administrativo”* (folio 7572).

Ese mismo correo electrónico interno de INDRA continúa indicando que deben comenzar a trabajar en relación con los lotes que se han contratado a través de la GISS y que tienen que renovarse en junio de 2013, señalando que el director de administraciones públicas de SAG *“quiere escenificar con el Gerente de la GISS el compromiso adquirido de que estamos trabajando conjuntamente en el modelo AM y los pliegos. Es verdad que luego tenemos que ver cuál es la mejor estrategia empresarial a la hora de presentarnos, ya que creemos que serán varios lotes y puede que convenga presentarse por separado o no”* (folio 7572).

(110) INDRA, en su reporte comercial del 25 de febrero al 1 de marzo de 2013, en relación con este concurso indica que *“por interés propio del cliente y posicionamiento actual hemos acordado con SAG presentarnos en UTE (actual UTE en los lotes en los que tenemos presencia). Se está colaborando con la GISS en la elaboración de la memoria”* (folio 7578).

(111) De hecho, en un correo electrónico interno de 3 de abril de 2013, INDRA comenta que no le interesa hacer el reparto considerando las personas porque saldrían “palmando”. Además, se señala, en referencia a SAG, lo siguiente:

“desde que ha salido el anuncio previo, ya les están llamando algunas empresas para ver cómo se van a presentar. Quieren que veamos hasta que parte del pastel estamos dispuestos a ceder, con tal de que no se presenten haciéndonos la competencia. Y, sobre todo, mantener un mensaje común y alineado si también nos llaman a nosotros” (folio 7600).

El correo electrónico interno adjunta la versión del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y del pliego de prescripciones técnicas (PPT) (folios 7602 a 7700) que no fueron públicos hasta el 14 de junio de 2013, dos meses después, cuando se publicaron en la Plataforma de Contratación del Estado⁵¹.

(112) En el mes abril de 2013, INDRA en relación con este mismo contrato manifiesta en un correo electrónico interno que: *“SAG quiere seguir avanzando en el reparto y los otros socios, le he pedido a [dato personal] cómo estamos ahora porque sé que tenemos menos % y que [dato personal] quiere hacerlo en función de los recursos, mi idea es proponerle que esta es una oportunidad de iguales al 50% de UTE y ya veremos si*

⁵¹https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b/0/04_Sj9CPyKssy0xPLMnMz0vMAfljU1JTC3Iy87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQjXfODIgmCv2yDCIDvY1CXNMi3Cu1HW1t9Qtycx0B1nvV-Q!!/

tenemos que compensar asumiendo más cantidad de gente de terceras empresas...Ya hablaremos de la Gerencia de la UTE y Dirección técnica,...según los números que salgan” (folio 7704).

- (113) El habitual acuerdo de colaboración para presentarse en UTE consta en un correo electrónico interno de INDRA de 10 de mayo de 2013. En este acuerdo se fija una participación para INDRA de un 49% y para SAG de un 51%. Las partes se comprometen a colaborar con carácter de exclusividad. El contenido del acuerdo es análogo al descrito en otros acuerdos de colaboración de los citados anteriormente (folios 9563, 9565 a 9569).

En este acuerdo INDRA y SAG también convienen que la UTE subcontratará a ATOS y CONNECTIS un determinado porcentaje de los servicios, cuya cuantía aún no se concreta (folio 9565).

- (114) En relación con la subcontratación de terceras empresas, esta posibilidad ya consta en el reporte de INDRA correspondiente a la semana 15 al 19 de abril de 2013, en el que se expresa la intención de realizar colaboraciones con ATOS, CONNECTIS y CIBERNOS para evitar que estas colaboren con la competencia: *“Estamos en un proceso de negociación con SAG sobre las participaciones, además de la participación de las actuales empresas colaboradoras (Atos, Connectis y Cibernos) con el objeto de que participen como subcontratadas para que no colaboren con CVs y conocimiento con la competencia” (folio 8692).*

Por tanto, con las subcontrataciones se mantiene un *statu quo* y se cumple el objetivo antes citado de evitar la colaboración de estas empresas con la competencia. Por ello, se justifica que en el mismo borrador se contemple también en la estipulación tercera que *“Esta subcontratación preferente implica que la tasa a la que la UTE pagará cada una de las diferentes categorías contempladas en el contrato y subcontratadas a CIBERNOS será superior a la que pagará a otros subcontratistas hasta cubrir la cantidad garantizada por la UTE en el presente acuerdo” “Todos aquellos perfiles adicionales subcontratados que hagan incrementar la cantidad inicialmente garantizada tendrán una tasa equivalente a la del resto de subcontratistas con los que la UTE trabaje, teniendo CIBERNOS preferencia para su incorporación” (folio 7894).*

- (115) En el reporte comercial de INDRA de 24 de junio a 28 de junio de 2013, se habla de la situación en ese momento respecto al concurso 7201/13G indicando: *“Existe un grupo de trabajo formado por Indra y SAG que ha colaborado con la GISS en la redacción de la memoria y posterior pliego, y que continuará en para la gestión de la oportunidad y desarrollo de la oferta.*

La memoria está pasando por las comisiones de la GISS y del MEySS para que sea aceptada y actualmente está en un ciclo de presentación, se espera que se apruebe en Consejo de Ministros en el mes de Abril.

El principal problema es que finalmente el Ministerio ha exigido que el peso del importe sea de un 60%, un criterio muy agresivo que reparte los puntos

comparando directamente los descuentos. Se ha puesto una solvencia técnica importante, pero cumplible por las empresas principales de la competencia, pero solicita más de 100 CVs con experiencia y exigen un mínimo de puntuación técnica para pasar a la lectura de la propuesta económica.

Estamos en proceso de negociación con SAG sobre las participaciones, además de la participación de las actuales empresas colaboradores (ATOS, Connectis y Cibernos) con el objeto de que participen como subcontratadas para que no colaboren con CVs y conocimiento con la competencia” (folios 8751 y 8752).

- (116) El 18 de julio de 2013, INDRA y SAG se enviaron por correo electrónico el acuerdo definitivo de colaboración, conforme a los cambios que habían realizado ese mismo día. Las tarifas de referencia y número de trabajadores de cada categoría que corresponden a cada empresa se recogen en el folio 8073. La compensación entre empresas en las regularizaciones finalmente se deja en el 5% (folios 8070 a 8079).
- (117) En el reporte comercial de INDRA de 22 a 26 de julio de 2013, en relación con este concurso, se actualiza el estado de negociaciones y se señala que “*se han cerrado acuerdos con las actuales empresas colaboradores (ATOS, Connectis y Cibernos) con el objeto de que participen como subcontratadas para que no colaboren con CVS y conocimiento con la competencia*”. Además, se indica que los competidores en este caso son IECISA, IBM, ACCENTURE, EVERIS, etc. (folio 8824).
- (118) La identificación de competidores para este concurso se realizó por vías informales. BABEL informó a SAG de que IBM se presentaba con INSA un par de días antes, y que BABEL mantuvo conversaciones con IBM para colaborar de cara a ese concurso, que concluyeron en el compromiso de subcontratarlos en caso de resultar adjudicatarios (folios 6248 y 6249).
- (119) Los competidores que presentaron oferta en este concurso son: IBM/INSA; EVERIS; IECISA/GESEIN/ALTIA y ACCENTURE/AXPE (folios 740, 8129, 8849 y 6248).
- (120) El 15 de octubre de 2013, se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado la adjudicación del contrato 7201/13G a la UTE SAG-INDRA⁵².
- (121) En la apertura de plicas el descuento ofrecido por IECISA habría sido mayor (39,2% frente al 30,01% de INDRA y SAG), pero ganaron porque en la parte técnica dejaron con cero puntos a IECISA (folio 8264 y 740).
- (122) El 16 de octubre de 2015 la GISS comunicó a SAG que consideraba conveniente prorrogar el contrato 7201/13G desde el 8 de noviembre de

⁵²https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPyKssy0xPLMnMz0vMAfljU1JTC3Iy87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMMyU1zLcvQjXfODlgJMcv2yDCIDvY1CXNMi3Cu1HW1t9Qtycx0B1nvV-Q!!/

2015 al 30 de noviembre de 2016 o hasta que se agotara el presupuesto, instándola a aceptar la prórroga formalmente (folios 12127 y 12128).

El 19 de octubre de 2015 SAG envió su conformidad con la prórroga del contrato 7201/13G a la GISS que finalizaba el 7 de noviembre de 2015 (folios 12127 a 12129).

(123) En relación con las subcontrataciones para este contrato, cabe resaltar los siguientes hechos.

(124) El acuerdo de subcontratación con CIBERNOS consta en un correo de mayo de 2013 que se intercambian las empresas INDRA y SAG que contiene el borrador de acuerdo (folios 7892 a 7900).

La estipulación tercera del borrador establece que *“Esta subcontratación preferente implica que la tasa a la que la UTE pagará cada una de las diferentes categorías contempladas en el contrato y subcontratadas a CIBERNOS será superior a la que pagará a otros subcontratistas hasta cubrir la cantidad garantizada por la UTE en el presente acuerdo”* *“Todos aquellos perfiles adicionales subcontratados que hagan incrementar la cantidad inicialmente garantizada tendrán una tasa equivalente a la del resto de subcontratistas con los que la UTE trabaje, teniendo CIBERNOS preferencia para su incorporación”* (folio 7894).

En el mismo sentido, se encuentra la previsión de la cláusula quinta *“exclusividad”*, por la cual *“CIBERNOS se compromete a colaborar con la UTE en régimen de exclusividad para el proyecto”* (folio 7895).

(125) En lo que se refiere a la subcontratación de CONNECTIS, el 9 de mayo de 2013, INDRA y SAG comentaron en un correo electrónico la situación con la citada empresa a raíz de una conversación con ellos. Entre los aspectos destacables del citado correo electrónico, se encuentran los siguientes: *“Le he comentado a grandes rasgos lo siguiente:*

- *Que queríamos contar con ellos, que la fórmula debía ser de subcontratación porque esto es un servicio y debemos dar una imagen de servicio, y porque como él mismo me dijo sabía que este proceso lo lideramos SAG e INDRA. Que sabemos que es muy importante para el cliente un primer concurso de desarrollo gestionado que va a tener todas las miradas encima y tenemos que serlo y parecerlo. Y que además queremos contar con los que estamos actualmente y eso imposibilita a una UTE a varios.*
- *Que si el problema de fondo es la visibilidad eso lo solucionamos, que podemos hacerlo explícito al cliente en una reunión, en la oferta, con CVS...[...]*
- *Que nosotros les garantizábamos el negocio que tienen actualmente, que además tendrían un tratamiento de prioritarios en subcontrataciones, que las cosas cambiarán y no sabemos cómo pero*

que hay que estar. Esto porque me decía que no le compensaba “colocar a unos cuantos” sin participar.

Lo que le he visto realmente como objetivo es en ir en la UTE, yo fui franca y le dije que eso no lo veía, que se fiara de nuestra estrategia, y que si realmente quiere estar con nosotros (que así es según dice) que encontraríamos la manera de que se sienta a gusto con la visibilidad que le demos” (folios 6180 y 7875).

- (126) Las negociaciones con CONNECTIS parecen ser más difíciles que con el resto de empresas. Ello queda reflejado en un correo electrónico de 8 de junio de 2013 en el que SAG comentó con INDRA que CONNECTIS debía “cumplir sus compromisos “no escritos”. No deben estar permanentemente forzando las situaciones” (folio 7938). Además, INDRA comentó en un correo electrónico de 8 de junio de 2013 a SAG que CONNECTIS “quieren que sea una alianza de futuro, pensando también en los próximos concursos” (folio 7938).
- (127) El 5 de julio de 2013, CONNECTIS aceptó la última propuesta que le habían formulado INDRA y SAG (folio 8012) y el 7 de julio de 2013 INDRA remitió a CONNECTIS el borrador de acuerdo de subcontratación (folios 8011 y 8014 a 8022). En este caso se considera a CONNECTIS proveedor preferente hasta alcanzar el 4,5% del importe total facturado del contrato principal (folio 8017). Por lo demás, se incluyen las mismas cláusulas que en los casos anteriores, entre las que cabe destacar la cláusula de exclusividad de la quinta estipulación del contrato.
- (128) El acuerdo definitivo de subcontratación con CONNECTIS se remitió por INDRA el 22 de julio de 2013 (folios 8080 a 8090).
- (129) Con respecto a la subcontratación de ATOS, el 10 de mayo de 2013 INDRA y SAG se remitieron el acuerdo de subcontratación con la citada empresa (folios 6186 a 6195). El acuerdo fija que, aunque todas las partes colaboran en la participación de las ofertas, la UTE INDRA/SAG actuará como contratista principal y ATOS como subcontratista (folio 6188). El acuerdo también establece que es una subcontratación preferente y con carácter de exclusividad.
- (130) Este documento del acuerdo hace referencia a ATOS, pese a aparecer CONNECTIS también en la carátula. No obstante, en la copia de dicho acuerdo incorporada de la documentación de INDRA sí que aparece en la cláusula tercera que CONNECTIS se compromete al igual que ATOS a prestar los servicios bajo los mismos términos y condiciones exigidos a la UTE y se incluye a CONNECTIS en los términos de contratación preferencial (folios 9553 a 9562).
- (131) El 14 de mayo de 2013, ATOS comunicó a INDRA y SAG los cálculos de su participación en el contrato 7201/13G, conforme a los cuales concluye que deberían incluir en el contrato de subcontratación preferente un 10% del crecimiento previsto en el INSS, además de “2.230 K€”, al tratarse de

un concurso de 35 millones de euros (folios 8740 a 8742). INDRA y SAG comentaron entre ellas estas peticiones, señalando que se trata de mantener su status del 10% que tiene en la globalidad de los contratos actuales (folio 8740). Las peticiones de ATOS se consideran inviables por INDRA, quien señala que *“está bien pedir pero también deben ser prudentes y reconocer su posición, lo que conlleva ir, o no, con esta UTE ahora y en el futuro [...]”* (folio 8738). Además, INDRA manifiesta su preocupación por que *“nuestros socios hagan un frente común hablando entre ellos. Creo que sería bueno tratar de cerrar acuerdos cuanto antes con el que podamos. Habrá que ver, si luego las condiciones con otro socio son diferentes, como lo solucionamos, pero tratar de evitar la posibilidad de un frente común...”* (folio 8738).

- (132) Finalmente, en el contrato con ATOS (folios 11199 a 11212), la UTE contrata a ATOS para la prestación de determinados servicios correspondientes al 4,8% del total facturado (IVA excluido) del contrato correspondiente al concurso 7201/13G. En el contrato se determina que la UTE considera a ATOS “subcontratista preferente”. Los precios por categoría consignados son inferiores a aquellos adjudicados a la UTE en el concurso.
- (133) Por otro lado, el 22 de abril de 2014 INDRA y SAG firmaron un contrato marco de prestación de servicios con IECISA y le subcontrataron a cuatro consultores junior (TSB) (folios 6981 a 6989).
- (134) En relación con ello, el 7 de mayo de 2014 SAG e INDRA se enviaron por correo electrónico un acuerdo con IECISA para la subcontratación de cuatro técnicos superiores A (TSA). El margen de la UTE en este caso sería del 9% y se repartiría entre ambos conforme a los porcentajes de la UTE. Este margen se corresponde, por tanto, con el margen previsto para los contratos de subcontratación a los que se ha hecho referencia anteriormente (folio 6306 y 11250).
- (135) Finalmente, en relación con BABEL, tenía el compromiso de ir subcontratada por IBM en caso de que ésta fuese adjudicataria del contrato (folios 6248 y 6249). Dado que IBM no fue finalmente ganadora del concurso, BABEL decidió ir subcontratada por la UTE SAG/INDRA.
- (136) Así, el 12 de marzo de 2015, SAG remitió por correo electrónico a INDRA el contrato de subcontratación para un técnico superior A de la citada empresa para los servicios del expediente 7201/13G (folios 11936 a 11946).
- (137) El 19 de mayo de 2015 SAG envió por correo electrónico a INDRA un contrato⁵³ para la prestación de servicios a la UTE por parte de BABEL, que está fechado el 12 de marzo de 2015. Se indica que este contrato sustituye al firmado en relación con el lote 1 de la UTE 7201/14G (folio 7053).

⁵³ Folios 7055 a 7067.

d) Contrato 7201/14G, Servicios de desarrollo, mantenimiento y control de calidad de aplicaciones necesarios en la GISS

(138) El expediente 7201/14G viene a continuar parte de los servicios del expediente 7201/10G. El anuncio de la licitación se publicó en el BOE número 145 de 16 de junio de 2014. El anuncio de licitación en la plataforma de contratación del Estado, así como en el DOUE⁵⁴, fue publicado 11 días antes, el 5 de junio de 2014. Ese mismo día se publicaron los pliegos⁵⁵ y se dio hasta el 4 de julio de 2014 para la presentación de ofertas.

(139) El presupuesto base de licitación total era de 86.767.732,81 euros (71.708.870,09 euros sin IVA) y el valor estimado del contrato de 150.588.627,19 euros⁵⁶.

(140) El concurso se dividió en 4 lotes (folio 740).

(141) El lote 4 era excluyente para los que presentaran ofertas a los 3 primeros lotes, cuya adjudicación fue la siguiente:

Lotes	UTE adjudicada
1	INDRA/SAG
2	INDRA/SAG/CONNECTIS
3	INSA

Al lote 2 se presentaron también INSA y EVERIS, quienes no resultaron adjudicatarios, pese a haber ofertado mayores porcentajes de descuento ofertado sobre precios unitarios (folio 740).

La UTE formada por INDRA/SAG/ALDEBARAN presentó una oferta al lote 3. También presentaron oferta EVERIS e INSA, resultando esta última adjudicataria.

(142) El 11 de diciembre de 2013, meses antes de que se convocara el concurso, INDRA y SAG se comunicaron por correo electrónico que *“Los pliegos de la GISS avanzan, y ya hay información suficiente y suficientemente sólida como para que nosotros, INDRA y SAG, comencemos a diseñar la estrategia de presentación que no es sencilla.*

Creo que deberíamos vernos antes de Navidad para ir perfilando lo que decimos a nuestros colegas” (folio 6268).

⁵⁴ <https://www.acobur.es/licitacion-publica/720114g/680829>

⁵⁵ https://contrataciondelestado.es/wps/portal!/ut/p/b0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfIjU1JTC3ly87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMMyU1zLcvQjswMjovKzcrwyTPIDvY1CXNMI3Cu1HW1t9Qtycx0BIXWvyw!!/

⁵⁶ www.boe.es/boe/dias/2014/06/16/pdfs/BOE-B-2014-21533.pdf

- (143) La intención de presentarse en UTE y subcontratar a terceras empresas también aparece en un correo interno de INDRA de fecha 15 de enero de 2014, en el que se señala que: *“Se piensa en un modelo de colaboración con SAG por presencia en el cliente y por interés del mismo, estableciendo colaboraciones con otras empresas como CONNECTIS, ATOS, BABEL y NEXT donde el resto de las empresas presentes en la actualidad vengan como subcontratadas”* (folios 8206 y 8207 y 8214 y 8215).
- (144) El 26 de marzo de 2014, INDRA envió por correo electrónico a SAG un documento con la comparativa de presupuesto de 2014 frente a la adjudicación de 2010 (expediente 7201/10G). En él se hacen los cálculos para el concurso de 2014 partiendo de la base de lo que hicieron en el concurso de 2010. En el concurso de 2010 hay referencias a los lotes 6, 7, 8, 9, 10 y 11 y en el de 2014 a los lotes 1 a 4 (folios 6296 y 6297).
- (145) El 4 de abril de 2014, INDRA vuelve a hacer comentarios sobre la mejor estrategia para este contrato: *“actualmente definiendo una estrategia con SAG, que conjuntamente con nosotros somos los que tenemos la principal presencia en los mismos, y también como en la licitación de 2013, estamos analizando qué socios terceros son los más interesantes y en qué modalidades deberíamos presentarnos, ya que son 4 lotes de desarrollo”* (folio 8261). Más específicamente se citan las posibles colaboraciones con CONNECTIS, ATOS, BABEL, y NEXT *“donde el resto de empresas presentes en la actualidad vengan como subcontratadas”* (folio 8262).
- (146) El 8 de junio de 2014, en un correo electrónico interno de INDRA, se vuelve a hacer referencia a este concurso señalando a IBM como posible candidato para colaborar, con la intención de limitar así la competencia: *“Se entrega el 4 de julio. Debido al volumen que ya tenemos en el ministerio de empleo y en la propia GISS en UTE con Software AG [...] se analizarán otras opciones para optar a más bloques y limitar competencia. IBM es un posible candidato”* (folio 8285).
- (147) INDRA propone a SAG aumentar la participación de la primera en algunos puntos, aunque SAG se niega, ya que considera que el conjunto es bastante paritario (folio 8286). En relación con este hecho, SAG manifiesta la posibilidad de ir por separado y competir en el concurso entre ambas empresas:
- “Nos peharemos, competiremos, perderéis y luego querréis repartirlo”* (folio 8292).
- (148) En relación con el incidente anterior, INDRA comenta que su relación con SAG *“es y será fructífera para ambos, y en general nuestros otros socios así lo entienden porque se están dejando subcontratar bastante más de lo que querrían. Al final todos crecemos pero es cierto que seguimos en general por debajo, se hagan como se hagan las cuentas, y puede que efectivamente nuestra expectativa sea alta porque fue la que compramos internamente, pero sin querer pasar por encima de nuestros intereses como UTE y empresas, esas relaciones es cierto que a la larga no funcionan.”*

Ahora al que tenemos que “rascarle” rentabilidad es al Cliente, y por supuesto antes cerrar bien todos los acuerdos entre todas las empresas que somos” (folio 6349).

- (149) En las propuestas barajadas por INDRA y SAG aparecen CONNECTIS, ATOS, ALDEBARAN y GESEIN, bien como partícipes en la UTE o bien como subcontratados (folio 8291).
- (150) En las proyecciones que INDRA envía por correo electrónico a SAG a mediados de junio de 2014 (folio 8289 y 8291) aparece el **lote 1** de desarrollo de aplicaciones TGSS, para el cual se toma como base el lote 8 de 2010 (expediente 7201/10G), también correspondiente al desarrollo de esas aplicaciones y se mantiene la UTE de INDRA/SAG/THALES/ATOS. Se calculan los porcentajes que corresponderían en caso de mantener los importes económicos de 2010 en 2014 y el porcentaje que la suma de todos ellos supone respecto al total que se licita en 2014, viéndose un aumento del presupuesto que equivaldría a un 21,95% del presupuestado en 2010. Además, se reparten la subcontratación entre INDRA y SAG.
- (151) En las mismas proyecciones (folio 8291) también se recoge el **lote 3** del GISS⁵⁷, para el cual aparecen las empresas SAG, INDRA, ALDEBARAN, CONNECTIS, ATOS y BABEL y los porcentajes que corresponden a cada una de ellas. Las subcontrataciones se reparten entre INDRA, SAG y ALDEBARAN.
- (152) El acuerdo de colaboración entre INDRA y SAG para el **lote 1** “Desarrollo aplicaciones TGSS” del expediente 7201/14G, supone que las partes colaboren en exclusiva en relación con el objeto del acuerdo (folios 6357 a 6365). Mediante subcontrataciones ATOS y CONNECTIS participan en la ejecución del proyecto (ATOS 13,9% y CONNECTIS 21,2%). INDRA sería el responsable del 60% de dicha subcontratación y SAG del 40% restante. El acuerdo también hace referencia al importe a facturar a la UTE para cada categoría de trabajadores, así como al número de trabajadores de cada categoría del equipo básico que corresponde a INDRA y SAG (folio 6359).
- (153) El acuerdo de colaboración entre INDRA y SAG también contiene cláusulas sobre nivelación de porcentajes de nuevas incorporaciones, regularizaciones, prórroga, responsabilidad de las empresas, etc., análogos a los anteriormente descritos para otras licitaciones. De hecho, el borrador del acuerdo está fechado el 19 de julio de 2013, seguramente por haberse tomado como base algún acuerdo preexistente.

Este acuerdo de colaboración entre INDRA y SAG es un acuerdo interno (folio 6389), distinto al acuerdo de constitución de UTE (folios 6391 y 6392),

⁵⁷ En la pestaña de recursos se recoge la equivalencia entre el lote 3 de 2014 con los lotes 6 y 7 de 2010. El lote 6 en 2010 correspondería a la UTE SAG/INDRA/THALES/BABEL y aparece también la empresa ATOS. El lote 7 de 2010 correspondía a la UTE ALDEBARAN/NEXT/NESPRO.

en el cual se reflejan los mismos porcentajes para INDRA y SAG pero no se hace ninguna referencia a las subcontrataciones.

- (154) El 27 de junio de 2014 SAG remitió por correo electrónico a INDRA el compromiso y acuerdo de constitución de la UTE SAG-INDRA-CONNECTIS para el **lote 2**. En el acuerdo de constitución de UTE (folios 6406 y 6407) se indica que la UTE estará formada por SAG (41%), INDRA (39%) y CONNECTIS (20%).
- (155) En el caso del **lote 3** del concurso 7201/14G, INDRA y SAG llegaron a un acuerdo para formar UTE⁵⁸ con ALDEBARAN (folio 8301).
- (156) El 1 de julio de 2014, en un correo electrónico interno de SAG titulado “Solo Para tu información. Así vamos en los 3 lotes de desarrollo” se hace referencia al reparto de los tres lotes de desarrollo gestionado, indicando el porcentaje de facturación que corresponde a cada empresa y el porcentaje en las UTE (folio 11705).

Los porcentajes a que se hace referencia serían:

	% FACTURACIÓN	% UTE
INDRA	30	46
SAG	31	45
CONNECTIS	18	4
ATOS	11	0
ALDEBARAN	6	6
BABEL	2	0
GESEIN	3	0

Fuente: Elaboración propia con datos folio 11705.

En dicho correo electrónico interno de SAG también se indica que “La subcontratación debe dejar un 4% neto, ATOS y CONECTIC, un 5% las de BABEL y GESEIN” (folio 11705).

- (157) El 29 de junio de 2014, INDRA comentó en un correo electrónico interno la necesidad de ceder la gerencia de los lotes 2 y 3 a SAG (folios 8324 y 8325). Se trataría de repartir las gerencias técnicas de las distintas UTE de las que formaban parte INDRA y SAG. Mientras que la gerencia del lote 1 correspondería a INDRA, tanto la gerencia de los lotes 2 y 3 del concurso 7201/14G como del expediente 7201/13G correspondería a SAG. La dirección técnica del servicio prestado en los cuatro casos se atribuye, sin embargo, a INDRA. En caso de que se pudiese dividir la dirección técnica

⁵⁸ INDRA 33%, SAG 49% y ALDEBARAN 18%.

y que SAG asumiese la de uno de los centros, INDRA propone que le corresponda la gerencia de los lotes 1 y 2 del expediente 7201/14G, y a SAG del lote 3 y de expediente 7201/13G. También se prevé el reparto de gerencias en caso de no ganar los tres lotes del expediente 7201/14G: “*en el caso de adjudicación de un lote, primará la paridad en las gerencias al igual que en las direcciones técnicas*”, “*en el caso de adjudicación de dos lotes, en cada lote tiene prioridad en la elección la empresa mayoritaria, y será la mayoritaria la que tenga la gerencia de dos lotes*” (folio 8325).

(158) Dicho reparto quedó plasmado en el acuerdo entre SAG e INDRA de 19 de julio de 2014 (folios 8329 a 8331).

(159) En relación con la concurrencia de otras empresas al concurso, consta un correo de 9 de julio de 2014 de INDRA en el que comenta internamente lo siguiente:

“me sorprende la poca concurrencia...jejejeje. Claro, todos están con nosotros jajaja!!!!” (folio 8340).

(160) El 14 de octubre de 2014, se publicó en la Plataforma de contratación del Estado la adjudicación del lote 2 a la UTE INDRA/SAG/CONNECTIS⁵⁹ (descuento del 30,30% ofertado sobre precios unitarios, folio 740) y el 15 de octubre de 2014 se publicó la adjudicación del lote 1 a la UTE INDRA/SAG⁶⁰ (descuento del 29,30% ofertado sobre precios unitarios, folio 740). El 21 de octubre de 2014 se publicó en la plataforma de contratación del Estado la adjudicación del lote 3 a INSA (Ingeniería de Software Avanzado, S.A)⁶¹.

(161) En relación con la subcontratación para este contrato, los hechos más relevantes son los siguientes.

(162) En relación con ATOS, aceptó ir subcontratado en los lotes 2 y 3. Sin embargo, en principio rechazó la oferta de INDRA y SAG para el lote 1 ya que su intención era formar parte de la UTE. Finalmente, el 25 de junio de 2014, SAG se reunió con ATOS para cerrar su participación en los tres lotes como subcontratado y con un “*mark-up del 4% de las cantidades subcontratadas en A. Técnico y 5% en Desarrollo Gestionado*” (folio 6355). INDRA preparó el modelo de colaboración con SAG y los modelos de acuerdo de subcontratación con ATOS y CONNECTIS y los envió por correo electrónico ese mismo día a SAG (folio 6355).

(163) La participación de ATOS en el proyecto se pactó que fuera del 13,9% (folio 6359).

⁵⁹ La adjudicación del lote 2 se produjo el 8 de octubre de 2014 (folio 740).

⁶⁰ La adjudicación del lote 1 se produjo el 14 de octubre de 2014 (folio 740).

⁶¹ La adjudicación del lote 3 se produjo el 20 de octubre de 2014 (folio 740).

- (164) El acuerdo de subcontratación de INDRA y SAG con ATOS⁶² recoge las condiciones antes mencionadas, así como la cláusula de exclusividad de la colaboración de estas empresas con la UTE que rige las relaciones de subcontratación preferente (folios 6366 a 6375).
- (165) El 27 de junio de 2014, SAG remitió por correo electrónico a INDRA el acuerdo de subcontratación con ATOS (folio 6405). El acuerdo recoge que la participación de ATOS tiene que alcanzar un porcentaje de subcontratación global comprometido del 6,51% (folios 6408 a 6418).
- (166) El 3 de julio de 2014, INDRA remitió a ATOS y SAG los acuerdos definitivos para la subcontratación de ATOS para los lotes 1, 2 y 3 (folio 6452). ATOS dio su visto bueno, salvo un par de cambios menores (folios 6452 a 6488).
- (167) El 27 de marzo de 2015, SAG envió a INDRA los contratos relativos al lote 1 que se iban a pasar a ATOS y CONNECTIS, dando INDRA el visto bueno (folio 11987). Ese mismo día SAG envió a ATOS el contrato de subcontratación preferente del 8,4% del importe total facturado del contrato principal (folios 11989 a 12005) y también envió a CONNECTIS el contrato de subcontratación preferente del 12,7% del importe total facturado del contrato principal (folios 12006 a 12022).
- (168) El borrador de la subcontratación de ATOS para el lote 2 aparece con fecha de 24 de julio de 2015, y sería una réplica del borrador del lote 1 (folios 7084 a 7099), cuyos efectos se aplican retroactivamente desde el 1 de diciembre de 2014 (folio 7089). En este caso la cantidad subcontratada supone el 3,2% del importe total a facturar del contrato principal (*mark-up* 4% Asistencia Técnica y 5% Desarrollo Gestionado). Tras diversos cambios, se remitió el contrato a las partes el 23 de septiembre de 2015 (folios 7100 a 7125), fechado el 17 de septiembre de 2015, sin mayores cambios que el porcentaje asignado a ATOS que es del 3,31% del importe total facturado del contrato principal (folio 7122).
- (169) También el 17 de septiembre de 2015 se fecha el contrato con ATOS para el lote 2 (folios 7133 a 7153), cuya vigencia se retrotrae al 22 de noviembre de 2014 (folio 7148) y los servicios subcontratados comprometidos son un 8,4% del importe total facturado del contrato principal (folio 7150).
- (170) La participación de CONNECTIS para el proyecto se pactó que fuera del 21,2% (folio 6359).
- (171) El acuerdo de subcontratación de INDRA y SAG con CONNECTIS (folios 6376 a 6385) recoge, al igual que con ATOS, una cláusula de exclusividad de la colaboración de esta empresa con la UTE que rige las relaciones de subcontratación preferente. El borrador de CONNECTIS también tiene fecha de un año antes, el 22 de julio de 2013, ya que se habría tomado un

⁶² Este acuerdo se envía a ATOS el 30 de junio de 2014 (folios 6440 a 6449) y recoge que el porcentaje de subcontratación global comprometido es del 14% (folio 6444).

acuerdo anterior como base para la redacción del acuerdo correspondiente a la licitación 7201/14G.

- (172) CONNECTIS había pedido ir en la UTE del lote 3 y, si bien SAG no tenía inconveniente, INDRA se negó por considerar que dar entrada a la citada empresa acabaría *“estropeando la estrategia”* y la negociación resultaría desfavorable con ATOS cuando pretendían buscar una solución coherente con todos (folio 6386).
- (173) La oferta a CONNECTIS de INDRA y SAG se produjo el 25 de junio de 2014 (folio 8300). CONNECTIS aceptó ser miembro de la UTE en el lote 2 e ir como subcontratado en los lotes 1 y 3, aunque en unas condiciones que los equipararan de cara a la toma de decisiones, seguimiento de proyectos, etc., con INDRA y SAG, quienes irían de cabecera. Con este aspecto SAG no estaba de acuerdo, ya que la responsabilidad de la UTE da lugar a derechos y obligaciones que no tienen los que no son miembros. CONNECTIS solicitó reducir el *mark-up* del 5% y SAG se planteó la posibilidad de reducirlo al 4% como en el caso de ATOS (folios 6402, 8932 y 8933).
- (174) De cara a la consecución de un acuerdo con CONNECTIS que permitiera *“mantener la colaboración que llevamos desde hace años en estos proyectos y que tan buenos resultados nos ha dado a todos, y que como sabes nos involucra a varias compañías”* (folio 9265), INDRA y SAG ofertaron por correo electrónico a CONNECTIS la *“creación de un comité para el análisis de todos los lotes, donde podamos ver y compartir la información, documentación y todo aquello que consideremos necesario. Estos comités se realizarán con una periodicidad fijada”* (folio 9265). INDRA y SAG también le ofrecieron las mismas condiciones de mark-up que a ATOS (*“4% en la parte de AT y 5% en la parte de DG”*). CONNECTIS aceptó, siempre y cuando *“en la parte de DG no se nos apliquen penalizaciones”* (folio 8311). Tras una conversación de CONNECTIS con INDRA, las tres empresas finalmente alcanzaron un acuerdo el 26 de junio de 2014 (folio 8318), SAG respondió con entusiasmo, señalando *“todo saldrá de cien. ¡¡Ganaremos los 3 lotes!!”* (folio 6399)
- (175) El 24 de noviembre de 2014, se firmó el contrato marco de prestación de servicios entre la UTE ganadora del lote 1 del concurso 7201/14G (INDRA y SAG) y CONNECTIS (folios 7028 a 7043), que formaliza el acuerdo de colaboración firmado antes de presentar la oferta al concurso y en que se recoge que la UTE INDRA/SAG subcontratará a CONNECTIS un máximo del 12,7% del importe total facturado del contrato principal que se suscribe con el cliente, estableciéndose un *“mark-up del 4% para los servicios de AT y un 5% para los servicios de DG”* (folio 7041).
- (176) El 26 de marzo de 2015 SAG envió a INDRA el contrato marco de prestación de servicios de la UTE 7201/14G Lote 1 con CONNECTIS, solicitando el visto bueno para preparar el de ATOS (folios 11947 a 11963)

- (177) El 27 de marzo de 2015 SAG envió a INDRA los contratos relativos al lote 1 que se iban a pasar a ATOS y CONNECTIS, dando INDRA el visto bueno (folio 11987). Ese mismo día SAG envió a ATOS el contrato de subcontratación preferente del 8,4% del importe total facturado del contrato principal (folios 11989 a 12005) y también envió a CONNECTIS el contrato de subcontratación preferente del 12,7% del importe total facturado del contrato principal (folios 12006 a 12022).
- (178) En relación con la subcontratación de GESEIN, el 30 de junio de 2014 SAG remitió por correo electrónico a GESEIN el borrador del acuerdo de subcontratación para el lote 2 para su revisión (folios 6428 a 6438). El porcentaje de subcontratación global comprometido es de un 13%, el *mark-up* es de un 4% en los trabajos de Asistencia Técnica y 5% en los trabajos de Desarrollo Gestionado. El resto del acuerdo es análogo a acuerdos de subcontratación preferente anteriormente vistos, incluyendo la cláusula de exclusividad para el proyecto.
- (179) El 4 de diciembre del mismo año, consta nuevamente el borrador de contrato de subcontratación para el lote 2 (folios 11881 a 11896).
- (180) Finalmente, el 23 de junio de 2014 SAG acordó con IECISA la integración de parte de su equipo para el lote 3 del expediente 7201/14G. IECISA le confirmó “*que en caso de firmar un acuerdo previo con la UTE que vais a constituir Informática El Corte Inglés no se presentaría a ninguno de los dos Lotes de Desarrollo del citado concurso (Lote 1, 2 y 3), únicamente consideraríamos la posibilidad de presentarnos al Lote 4, Control de Calidad, excluyente de los anteriores*” (folio 8316). Dicha incorporación de recursos de IECISA estaría “*condicionado a que la GISS los solicite en el ámbito de aplicaciones de correo*” y la firma del acuerdo supondría el compromiso de “*no presentar oferta en los tres lotes de desarrollo y aceptan un markup del 9% respecto de las tarifas que ofertemos*” (folio 8315). El hecho de lograr que no se presentase IECISA se valoró positivamente por INDRA (folio 8315). Conforme a la información aportada por la GISS, IECISA no presentó oferta a ninguno de los lotes acordados (folio 740).

3. SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SEPE)

En relación con las licitaciones de servicios informáticos por parte del SEPE⁶³ y tras el análisis de la documentación obrante en el expediente de referencia, se han considerado de interés desde el punto de vista del objeto del expediente de referencia los contratos: C 10/08, C 11/08, PA 11/12, PA 7/14 y PA 8/14, todos ellos relativos al mantenimiento de los sistemas y aplicaciones informáticos de este organismo.

⁶³ En algunos documentos obrantes en el expediente de referencia se utiliza indistintamente la abreviatura SEPE (SERVICIO DE EMPLEO PÚBLICO ESTATAL) o SPEE (SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL). A los efectos de la presente resolución, se ha optado por la abreviatura SEPE.

A diferencia de apartados anteriores, en este caso, se procede al análisis conjunto de los concursos que se convocan simultáneamente en los distintos periodos, ya que los servicios objeto de los contratos se agrupan en lotes cuyo número y denominación varían en el tiempo y pueden pertenecer o no a un mismo concurso. Además, como se verá a continuación, las empresas desarrollan estrategias que afectan simultáneamente a varios concursos.

a) Contratos C10/08 “Servicios de carácter informático necesarios para la administración electrónica en el SEPE” y C11/08 “Servicios de carácter informático necesarios para el SEPE”

(181) El anuncio de la licitación de ambos expedientes se publicó en el BOE de 28 de febrero de 2008⁶⁴. El expediente C10/08 se dividió en cinco lotes, mientras que el expediente C11/08 se dividió en seis lotes. El presupuesto base de licitación conjunto del expediente C10/08 fue de 28.021.512 euros, IVA incluido, mientras que el del expediente C11/08 fue de 33.697.400 euros, IVA incluido.

(182) En una comunicación interna de NEXT previa a la publicación de la licitación se comentó la intención de acudir en UTE a los dos concursos:

“El pasado 6 de febrero, la UTE mantuvo una reunión con la Subdirección del INEM quien nos adelantó algunos datos sobre los nuevos concursos, siendo el más destacado que saldrán 2 concursos, con un total de 11 Lotes (folio 10009).

(...)

La intención de NEXT y THALES es conformar una nueva UTE para estos concursos, sin dejar de contemplar la posibilidad de alcanzar compromisos con otras empresas, presentes actualmente en el INEM y que permitirían configurar UTE's más fuertes”.

(183) Tras la publicación del anuncio de licitación, el 3 de marzo de 2008 THALES (CONNECTIS) se comunicó con ATOS, SAG y NEXT, para empezar a diseñar las ofertas a presentar por la UTE, en concreto a los **lotes 3 del contrato C10/08 y 6 del contrato C11/08**:

“Fruto de las reuniones mantenidas entre los diferentes responsables de nuestras empresas en relación a la presentación de la oferta para el INEM del concurso de sistemas tradicionales: LOTE 6 y, con el fin de empezar a diseñar el orden y los puntos de la oferta, al tiempo que establecer un calendario de entrega de documentación, os convoco para el próximo viernes.

⁶⁴<https://www.boe.es/boe/dias/2008/02/28/pdfs/B02370-02371.pdf>
<https://www.boe.es/boe/dias/2008/02/28/pdfs/B02370-02370.pdf>

En cuanto al concurso relativo a administración electrónica: LOTE 3, estoy a la espera de que Everis me facilite el interlocutor para proceder a su convocatoria. Esta será en todo caso, a continuación de la primera reunión” (folio 10010).

- (184) Las empresas se remitieron el 6 de marzo de 2008 el compromiso de la UTE 11/08 para el **lote 6** (folio 10020).
- (185) Unos días más tarde, el 10 de marzo de 2008, THALES (CONNECTIS) envió a SAG, ATOS y NEXT un fichero con las personas que trabajaban en ese momento en el INEM, en las categorías del pliego (folio 10025). En el fichero se consignan con nombres y apellidos los trabajadores pertenecientes a distintas empresas, su categoría y la tarifa por hora que corresponde percibir del SEPE por sus servicios (folios 12432 y 12433).
- (186) El 13 de marzo de 2008 SAG envió a NEXT, ATOS y THALES (CONNECTIS) la propuesta de acuerdo de la UTE del lote 6 del expediente C11/08 (folio 10127) y la propuesta de acuerdo de colaboración (folios 10128 a 10134). Esta última propuesta contiene unos porcentajes de participación de las cuatro de empresas diferentes a los del compromiso de UTE y a los consignados en el listado de reparto que THALES (CONNECTIS) les había enviado el día anterior (folio 10126), en el que aparecían los datos calificados como “reales”. La propuesta de acuerdo de colaboración está incompleta y refleja datos de un concurso de la GISS, aunque en el correo al que se adjunta deja claro que es para el lote 6 11/08 del INEM. El 14 de marzo de 2008, ATOS envió a SAG, NEXT y THALES (CONNECTIS) el acuerdo de constitución de la UTE y el compromiso de constitución de la UTE (folio 10135). En el acuerdo de constitución de la UTE aparecen los porcentajes de participación de las empresas (folio 10136) y en el compromiso de constitución de la UTE, que tiene fecha de 31 de marzo de 2008, las partes, entre otros aspectos, se comprometen a mantener la confidencialidad sobre la existencia de dicho acuerdo y *“a no iniciar negociaciones con otras empresas o personas físicas con el objeto de colaborar, prestar servicios o mantener relaciones relacionadas con los trabajos del objeto del lote 6 de este concurso”* (folio 10140).
- (187) El 16 de junio de 2008 EVERIS escribió a THALES (CONNECTIS), SAG, ATOS y NEXT⁶⁵, con objeto de terminar de consensuar un acuerdo de

⁶⁵ En el caso de NEXT, el correo electrónico va dirigido a [dato personal], si bien se entiende que su participación en el mismo se produce en su condición de asesor de NEXT, dadas las circunstancias en las que se producen estas comunicaciones. Conforme a la respuesta aportada por NEXT al requerimiento de información formulado por la DC, [dato personal] es socio/director de ALDEBARÁN, empresa con la que NEXT ha mantenido una relación de subcontratación recíproca y con quien ha participado en UTE en servicios para la GISS. En la actualidad el socio mayoritario y administrador de NEXT ([dato personal]) posee un 5% de participación en la empresa Aldebarán Soluciones de Negocio, S.L, aunque no habría participado en la toma de decisiones de dicha sociedad. Concretamente, NEXT subcontrata servicios a ALDEBARÁN para el desarrollo de programación para servicios en el SEPE. Además, existe un contrato de

colaboración entre las cinco empresas (folios 10467 a 10483). Con el acuerdo, las partes se comprometen a facilitar los servicios y prestaciones en el ámbito de la UTE y a firmar un acuerdo de subcontratación en “*condiciones preferenciales*” entendiéndose tal preferencia “*no sólo en la oferta de unas condiciones competitivas, sino también en considerar a las restantes partes como la única opción para concurrir a las licitaciones y subcontratar en las mismas, en el caso de Everis Spain. S.L. para el lote 6 [...]*”. Además, “*todas las partes se comprometen a no concurrir individual o conjuntamente con otras empresas que no formen parte de este Acuerdo en estos lotes*” (folio 10470).

- (188) Este acuerdo establece que para el **lote 6** del concurso C.11/08 se presentarán THALES (CONNECTIS), NEXT, SAG y ATOS y subcontratarán a EVERIS, mientras que para el **lote 3** del concurso C.10/08 se presentan las cinco conjuntamente (incluyendo a EVERIS) (folio 10471). Los porcentajes y distribución de ingresos se recogen en el Anexo 1 del acuerdo (folios 10478 a 10483).

La subcontratación de EVERIS para el lote 6 se pacta para el 16,94% de los ingresos percibidos por la UTE, sin la aplicación de ningún margen sobre las tarifas resultantes de la adjudicación. Además, se contemplan varios escenarios. Si resultan adjudicatarias de un solo lote, los porcentajes de distribución de ingresos de cada empresa serían los mismos independientemente del lote de que se trate, pero si resultan adjudicatarias de ambos lotes, los porcentajes de distribución de los ingresos varían, compensándose los porcentajes correspondientes a cada empresa en cada lote (aumentan en el lote 6 para los miembros de la UTE y EVERIS no tendría porcentaje de participación, mientras que el porcentaje de EVERIS se doblaría en el caso del lote 3 y bajarían los del resto de empresas).

- (189) El Anexo 1 de este acuerdo recoge la participación de THALES (CONNECTIS), NEXT, SAG, ATOS y EVERIS en las distintas categorías de perfiles exigidos en el PPT. En función de esta distribución “real” de recursos, se calcula su equivalencia con el porcentaje de ingresos que correspondería a cada empresa, así como la desviación que dicho porcentaje supone respecto a los porcentajes de reparto acordados teóricamente (folios 10479 y 10480). La existencia de desviaciones implica la previsión de una regularización de la facturación “*con objeto de que cada empresa facture el porcentaje de lo que la UTE facture al SPEE, que se pactó inicialmente [...] se procederá anualmente a realizar una regularización [...]*” (folio 10481). A la hora de regularizar se aplica una compensación entre empresas del 10% del exceso incurrido en el periodo correspondiente.

prestación de servicios de asesoramiento, consultoría y asistencia técnica para la ejecución en el marco de los concursos públicos, entre NEXT y la empresa Aldebarán Soluciones, S.L. (folio 12711).

(190) El 2 de julio de 2008 ATOS envió un correo a THALES (CONNECTIS) remitiendo la opinión de su asesoría jurídica en relación con los acuerdos de UTE que se estaban negociando para dos lotes que convocaba el INEM (folios 5519 y 5520). La propia asesoría de ATOS muestra su preocupación por considerar que la estrategia seguida por las empresas podría conducir a un reparto del mercado contrario a las normas de competencia y que con ello se estarían vulnerando las normas de la finalidad que justifica la constitución de la UTE:

“Hasta donde sabemos se ha acordado dos acuerdos de UTE distintos para dos Lotes diferentes que son totalmente independientes y así se ha presentado al INEM con cada Oferta.

Según me han informado [dato personal] y [dato personal], desde el primer momento os hemos propuesto firmar un acuerdo privado para cada uno de los lotes y que para el caso de la subcontratación se firme un compromiso de subcontratación, en caso de que la UTE resulte adjudicataria. Este compromiso de subcontratación debe además de ser firmado por el miembro de la UTE cuyo porcentaje vaya a ser subcontratado.

Lo planteado ahora en este acuerdo a firmar por todos los miembros de las dos UTEs (que no son los mismos en las dos UTEs) determina como se va a dividir el porcentaje de participación de cada miembro y los pactos entre las partes en caso de resultar adjudicatarios de uno u otro lote o de los dos.

El problema que vemos es que esto implica un reparto de mercado, ya que está supeditando la participación de los miembros de las UTEs en los distintos Lotes a la adjudicación de uno u otro lote, en cuyo caso se subcontratará una parte del proyecto a las empresas que no hayan resultado adjudicatarias. Esto es contrario a la Legislación de Defensa de la Competencia”. También señala que “Esto vulnera además las normas de la finalidad que justifica la constitución de una UTE, ya que puede considerarse que se están constituyendo en orden a que las empresas que firman este acuerdo ejecuten parte del proyecto, ya directamente como miembro de la UTE, ya a través de subcontratación, según la adjudicación que decida la Administración” (folios 5519 y 5520).

(191) Este correo con la opinión de la asesoría jurídica de ATOS se reenvió por THALES (CONNECTIS) a SAG, indicando que iban a solicitar la opinión de sus servicios jurídicos y a realizar un análisis (folio 5519).

(192) Las adjudicaciones de los lotes a los que se ha venido haciendo referencia, lote 3 del expediente C10/08 y lote 6 del expediente C11/08, se realizaron por 16.477.944,42 euros y por 15.242.832 euros, IVA incluido, respectivamente (folios 772 y 779). En el caso del **lote 3** del expediente C10/08 existieron otras tres ofertas económicas a un precio menor y aun así se adjudicó a la UTE ATOS/SAG/NEXT/THALES/EVERIS con un descuento del 2%⁶⁶. En el caso del **lote 6** del expediente C11/08 se

⁶⁶ Cálculos propios tomando como base datos folio 772.

adjudicó a la UTE conformada por las empresas INDRA/ACCENTURE/CORITEL/GESEIN quien presentó un descuento superior al de la UTE ATOS/SAG/NEXT/THALES, la otra oferta presentada (10% frente al 2%)⁶⁷.

(193) Tras la adjudicación de los lotes siguieron las negociaciones entre los miembros de la UTE adjudicataria del **lote 3** (C10/08), ya que al haber planteado ATOS la posibilidad de que los acuerdos alcanzados y su formalización no fuesen acordes con la legalidad vigente, ATOS había enviado un nuevo borrador al resto de miembros de la UTE con el que se sentiría más cómoda. Ello dio lugar a que el 24 de julio de 2008 SAG escribiese a ATOS, THALES (CONNECTIS), EVERIS y NEXT⁶⁸, indicando que no estaba conforme con el borrador de acuerdo privado de UTE que había remitido ATOS el día anterior, por encontrarse a medio camino entre un acuerdo de colaboración y unos estatutos (folio 10525). EVERIS manifestó su acuerdo con SAG (folio 10527). El desacuerdo de SAG se encontraba en que consideraba que el acuerdo de colaboración para ambos lotes al que se ha hecho referencia previamente y que contaba con la firma de todas las empresas, a excepción de ATOS, “*valía en todo aquello que hacía referencia exclusivamente al lote 3*”, por lo que habían acordado eliminar todo lo que implicase hacer suposiciones sobre ganar en combinación con otros lotes, pero el acuerdo enviado por ATOS se apartaba de esta línea (folio 10529).

En relación a ello, ATOS indica que “*no se deben mezclar problemas legales a la hora de consensuar el contenido de un documento jurídico, con el negocio en el que estamos involucrados, negocio en el que las cinco empresas estamos absolutamente implicados y de acuerdo*” (folio 10577).

(194) El envío de este acuerdo junto con un modelo de la escritura de constitución de UTE con los estatutos de la UTE y la memoria lo realizó ATOS ese mismo día. Como modelo de la escritura de constitución de una UTE se envía una preexistente entre SAG, INDRA, ATOS y CIBERNOS, aunque INDRA y CIBERNOS no pertenecen a la UTE cuya constitución se estaba negociando (folios 5524 a 5569).

(195) El reparto de porcentajes se plasma en un correo electrónico de 28 de julio de 2008 de THALES (CONNECTIS) al resto de empresas, en el que se especifica que los datos reflejados son los correspondientes al “*reparto real*” con los nuevos porcentajes ajustados (folios 5570, 5571 y 10584). Debe señalarse que los porcentajes teóricos para la constitución de la UTE no coinciden con los porcentajes reales para la facturación y el funcionamiento de la UTE, como se señala expresamente por ATOS (folio 5576).

⁶⁷ Cálculos propios tomando como base datos folio 779.

⁶⁸ El destinatario es [dato personal], quien, como se ha indicado antes, realizaba tareas de asesoramiento para NEXT en relación con concursos públicos.

“3.-Respecto a lo que hablamos ayer de los Porcentajes, deberíamos utilizar los porcentajes del compromiso presentado con la oferta en el lote 3 para los Estatutos, es decir:

Compromiso de UTE (% teóricos de constitución de UTE):

Everis: 34,00; Thales: 25,00; Next: 19,00; SAG: 12,00; Atos; 10,00.

Y reflejar los porcentajes reales para la facturación y funcionamiento de la UTE, en el Acuerdo privado de colaboración, es decir:

Escenario de adjudicación (% reales de funcionamiento):

Everis: 16,94; Thales: 33,53; Next: 23,01; SAG: 17,52; Atos: 9,00”.

- (196) El 30 de julio de 2008 EVERIS, SAG, NEXT, THALES (CONNECTIS) y ATOS se encontraban tramitando la documentación para poder constituir la UTE (folio 10606). Los modelos son conocidos por las empresas por haberse utilizado en todas las UTE de la GISS (folio 10608):

“En primer lugar aclararos que todavía no se han distribuido los estatutos. Atos hace referencia a los estatutos de una UTE que tenemos en vigor en el INSS, y que dado los problemas que tenemos con sus legales sugerí que fueran viendo para ganar tiempo. Dichos estatutos los conoce Thales también dado que se han utilizado en todas las UTE’s de la GISS. Estoy convencido que a Everis también les sonaran dado que creo que fueron utilizados en alguna UTE anterior con INDRA”.

- (197) El 4 agosto de 2008, SAG envió al resto de empresas de la UTE del **lote 3** C10/08 la versión definitiva de los estatutos y de la memoria de UTE necesarios para firmar la escritura de constitución de la UTE (folio 10665). Los porcentajes de participación de cada empresa que se recogen en los estatutos (folio 10690) no coinciden con los estipulados en el acuerdo de colaboración y que reflejaría el pacto “real” entre los miembros de la UTE. Tras un tira y afloja con ATOS respecto a la redacción de unas cláusulas, SAG volvió a enviar ese mismo día las versiones definitivas de estatutos y memoria de UTE (folios 10713 a 10731).

- (198) El 5 de julio de 2010, una vez recibida la comunicación oficial de que la prórroga es por dos años, SAG se lo comunicó a THALES, NEXT, ATOS y EVERIS (folios 10885 y 10886).

- (199) El cierre de la UTE del **Lote 3** del concurso C 10/08 se produjo en diciembre de 2012. En esas fechas las empresas se encontraban efectuando las regularizaciones para aproximar los resultados teóricos y reales y compensar a las empresas que no habían llegado a los porcentajes inicialmente pactados (folio 11130).

b) Contrato PA 11/12, “Contratación de los servicios informáticos necesarios para el SEPE”

- (200) El anuncio de la licitación del expediente PA 11/12, “Contratación de los servicios informáticos necesarios para el SEPE” mediante procedimiento abierto se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado el 13 de junio de 2012 y ese mismo día se envió para su publicación en el DOUE⁶⁹. El 14 de junio de 2012 se publicó en el BOE número 142⁷⁰.
- (201) El contrato, con un valor estimado de 27.032.453,90 euros⁷¹ se dividió en doce lotes. La duración del contrato, conforme a lo anunciado en el BOE, estaba prevista hasta el 30 de septiembre de 2013, aunque se admitía la posibilidad de prórroga.
- (202) Tres meses antes del anuncio oficial de la licitación, el 9 de marzo de 2012, en un correo electrónico interno de INDRA, se comenta la idea de continuar con las alianzas vigentes aunque sea a través de presentarse en dos UTE y luego cruzar subcontrataciones: *“hay de nuevo cambios, [dato personal] ha separado de nuevo los lotes de mantenimiento, de todas formas creo que debemos seguir manteniendo una alianza los 5 clave, aunque sea con una estrategia de presentarse en dos UTEs distintas y luego cruzar subcontrataciones. En cualquier caso, aunque SAG juega un papel importante es Thales la que tenemos que “fidelizar””* (folio 7367).
- (203) Ese mismo día se remite internamente el reporte comercial de INDRA de esa semana (folios 7337 a 7366), en el que se indica que las empresas mejor posicionadas para el concurso son THALES (CONNECTIS), NEXT, GESEIN, SAG, ACCENTURE, EVERIS y ATOS y que los lotes más importantes se encuentran en manos de la UTE INDRA-GESEIN-ACCENTURE y EVERIS-THALES-SAG-ATOS-NEXT, que saldrán agrupados, señalando que *“Se ha comenzado a tener reuniones para conformar posibles UTEs”* (folio 7339, 8543, 8574 y 8575).
- (204) En un correo electrónico interno de INDRA, el 30 de mayo de 2012, se vuelve a hacer referencia a la propuesta de formar *“un núcleo fuerte de 5 (SAG-Thales y Next, Gesein e Indra) y presentarnos a los dos lotes con diferentes UTEs y modelos de subcontratación”*, pero parece que SAG no está dispuesta a contar con INDRA y se presentará a los dos lotes de desarrollo en la UTE SAG-THALES-NEXT, manteniendo cierta subcontratación con ATOS. Por ello, INDRA se plantea presentarse con ACCENTURE y/o EVERIS como aliados para Desarrollo (folio 7431).

⁶⁹https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/ac0b7629-99d1-4ce2-8a80-3de690717362/DOC_CN2012-402297.pdf?MOD=AJPERES

⁷⁰ <https://www.boe.es/boe/dias/2012/06/14/pdfs/BOE-B-2012-20635.pdf>

⁷¹ En el anuncio del BOE no se indica si se trata de un importe con IVA incluido o no, pero, puesto que el desglose del importe en lotes se hace con importes netos se entiende que el valor estimado no incluye el IVA.

- (205) El hecho de que SAG no quisiese contar con INDRA en este caso hace que INDRA se muestre molesta y se plantee analizar la aportación real de SAG en temas de Seguridad Social, donde también estarían presentes ambas empresas: *“lo dicho SAG nos está “aislando” ya nos contarán, porque para un socio así tendremos que ver bien que aportan realmente en Seg.Social”* (folio 7431).
- (206) Una semana antes del anuncio de licitación, el 5 de junio de 2012, SAG se comunicó con THALES (CONNECTIS), ATOS y NEXT, indicando que ese día estaban convocados a una reunión con la subdirectora adjunta de tecnologías de la información del SEPE, para empezar a alinear los equipos con el nuevo concurso, por lo que propone reunirse con ella al día siguiente como UTE. Estas empresas quedan en reunirse antes para ver qué plantean al SEPE (folio 10985 y 10986).
- (207) El 15 de junio de 2012, INDRA comunicó internamente que se encontraba preparando la oferta para este concurso (folio 7452). En el reporte comercial de esa semana INDRA señala que ha llegado a acuerdos con ACCENTURE y GESEIN para los **lotes 6 y 7**; con OESIA y GESEIN para el **lote 4**; posiblemente con UNISYS para los **lotes 3 y 11**; que el **lote 12** presenta incompatibilidad con otros lotes y que se analizará el resto de lotes (folio 7457). Estos acuerdos se modifican ligeramente en el reporte comercial de comienzos de julio de 2012 (folio 8630).
- (208) El 20 de junio de 2012, SAG se reunió con THALES (CONNECTIS) y NEXT en la sede de THALES (CONNECTIS), para tratar el tema de los recursos en el concurso del SEPE (folio 6092).
- (209) Previamente a la reunión, ese mismo día, SAG remitió por correo electrónico a NEXT⁷² y THALES (CONNECTIS) los acuerdos de base que tenían sobre la estrategia a seguir:
- “1º.- Las empresas Thales, Next y SAG ,juntas, realizaran oferta a los lotes 7 y 8 del Concurso recientemente convocado por el SEPE.*
- 2º.-Las tres empresas comparten que la base de descuento en estas ofertas debe ser “importante”, mencionandose como elemento de partida para la discusion en torno al 25%.*
- 3º.-Los Responsables de las 3 empresas han fijado un “reparto” en porcentajes de dichos lotes, en los que se encuentran razonablemente comodis, que sera la base para que se realice el ajuste final en % de recursos y facturacion.*
- 4º.- Incorporar a ATOS al acuerdo”* (folio 6097).
- (210) Las estrategias de INDRA para este contrato constan en un correo interno de 11 de julio de 2012 al que adjunta un excel. En las pestañas **lote 1** todo,

⁷² SAG realmente lo remite a [dato personal] quien, como se ha indicado anteriormente, es asesor en temas de concursos públicos de NEXT.

lote 3 todo, **lote 4** todo, **lote 6** todo, **lote 7** todo y **lote 11** todo, se recogen tanto las tarifas del pliego como el coste que les supone cada categoría de empleados, calculando el margen que obtienen por hora de cada una de las categorías en las que tenían personal, que coincide en dichos lotes. También se recoge la variación del margen de beneficio en función de distintos escenarios de descuento, que van del 10% al 35%. En el resto de pestañas los márgenes varían, ya que se recogen situaciones de subcontratación. En la pestaña resumen se contienen los datos del porcentaje que tiene INDRA en cada lote del 1 al 11, la baja que se ha establecido y el margen que supone cada lote teniendo y sin tener en cuenta las subcontrataciones (folio 7490 y 7491).

- (211) Como era habitual, el 12 de julio de 2012 SAG remitió a ATOS, CONNECTIS y NEXT los acuerdos de colaboración y compromiso de constitución de UTE. ATOS y NEXT dieron su conformidad (folio 11035).
- (212) Estos documentos recogen la colaboración entre las empresas en relación con el **lote 7** del PA 11/12 del SEPE “Mantenimiento y desarrollo de aplicaciones de prestaciones” (folios 6098 a 6107). El acuerdo de colaboración se firmó entre SAG, ATOS, CONNECTIS y NEXT, repartiendo el número de empleados de categoría que corresponden a cada una de ellas y los principios que se han enumerado anteriormente para este tipo de acuerdos en relación con la responsabilidad de las partes, regularizaciones, etc. El compromiso de UTE recoge los porcentajes de participación de cada una de ellas en la misma (folio 6106).
- (213) Según la información remitida el 17 de julio de 2012 por correo electrónico por SAG a su matriz (folio 11042)⁷³, SAG se presentó al **lote 8** para no tener que decir que no a los socios del **lote 7**, donde tienen el mayor porcentaje y un acuerdo con los mismos socios. Además, SAG indicó que había habido una mejora en los márgenes de los servicios a los que se refiere el concurso, de entre 2,8 y 4,5 puntos respecto a dos años antes.
- (214) INDRA, tras no haber logrado alcanzar un acuerdo con SAG y el resto de empresas de su UTE, conforme a la estrategia descrita en sus reportes comerciales, presentó oferta a diversos lotes (lote 1, lote 3, lote 4, lote 6, lote 7, lote 8, lote 9, lote 10 y lote 11). INDRA se presentó a dichos lotes en colaboración con distintas empresas, a excepción de los lotes 9 y 10, en los que se presentó en solitario (folios 786 a 798).
- (215) Conviene destacar la presentación de INDRA en solitario a los **lotes 9 y 10**, puesto que en los reportes comerciales internos de INDRA a los que se ha aludido antes⁷⁴, INDRA no se mostraba interesada en participar en ellos. En ambos lotes (9 y 10), resultó adjudicataria ACCENTURE, empresa a la

⁷³ La información a que se hace referencia se encuentra redactada en inglés sin que la referencia a su contenido suponga una traducción oficial de la misma.

⁷⁴ Folios 7457 y 8630.

que antes de las negociaciones INDRA señalaba como posible aliado y con la que llegó a acuerdos para la presentación conjunta de ofertas en otros lotes en este concurso y en el pasado⁷⁵. Asimismo, conviene destacar que, como se verá más adelante, en el siguiente concurso que dio continuidad a estos servicios, INDRA, ACCENTURE y GESEIN intentaron mantener los porcentajes de participación establecidos para este concurso de 2012 (folios 9582 y 9583).

- (216) El reporte comercial de INDRA de 3 de septiembre de 2012 indica respecto al concurso PA 11/12 que la licitación es de 12 lotes y que cambia la estructura de los lotes respecto a la situación preexistente, por lo que cada una de las empresas actuales tienen recursos en varios de los futuros lotes. *“Debido a la nueva composición de lotes y teniendo en cuenta que la presencia de Indra actualmente era en el ámbito de Desarrollo y Soporte, se han realizado diversas alianzas según el lote con diferentes empresas (Accenture, Gesein, Oesia, Unisys, Alba). Asimismo se ha optado por presentarnos a los siguientes [...]”* (folio 7501). INDRA señala que los lotes a los que se han presentado son los lotes 1, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10 y 11, e identifica a los adjudicatarios.
- (217) Conforme a la información que manejan ambas empresas, INDRA habría resultado adjudicataria de los **lotes 8** (en UTE con ACCENTURE y GESEIN con un 28,14% de descuento⁷⁶) y **11** (en UTE con UNISYS con un 27,04% de descuento⁷⁷). Mientras, la UTE formada por SAG/CONNECTIS/NEXT/ATOS resultó adjudicataria del **lote 7**, con un 27% de descuento.
- (218) El 6 de septiembre de 2012, SAG remitió internamente los Estatutos y la memoria de la UTE del concurso PA 11/12, **lote 7**, del SEPE (folio 11047) y luego dio traslado de los mismos a CONNECTIS, ATOS y NEXT. La firma de escritura de constitución de la UTE se preveía inicialmente para el 10 de septiembre de 2012 (folio 11061).
- (219) El 3 de octubre de 2012 se adjudican oficialmente los 12 lotes del concurso PA 11/12 del SEPE (folios 786 a 798).
- (220) El 30 de septiembre de 2013 estaba prevista la finalización del contrato, conforme al PCAP⁷⁸, aunque se preveía la posibilidad de prórroga por mutuo acuerdo de las partes por un periodo máximo de un año a partir de la formalización del contrato.
- (221) En junio de 2015, los miembros de la UTE PA 11/12, **lote 7**, del SEPE (SAG, CONNECTIS, ATOS y NEXT) comenzaron a tramitar su cierre,

⁷⁵ Lote 3 C 10/08 (folio 773) y lote 6 C 11/08 (folio 779).

⁷⁶ Folio 6123.

⁷⁷ Folio 6123.

⁷⁸ Página 6 PCAP.

aunque éste se prorrogó al menos hasta septiembre de 2015 (folios 12123 y 12124).

c) Contrato PA 7/14, “Servicios para el desarrollo y evolución de aplicaciones informáticas” y PA 8/14 “Servicios para el soporte y evolución de las Infraestructuras y sistemas informáticos”

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

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

(224) Las convocatorias de la licitación, por procedimiento abierto, de ambos expedientes se publicaron en el BOE de 15 de mayo de 2014 y en el DOUE de 16 de mayo de 2014⁷⁹. La publicación en la Plataforma de Contratación del Estado, que incluía los pliegos⁸⁰, se produjo el 13 de mayo de 2014⁸¹.

(225) Los dos lotes del expediente PA 7/14 tenían un valor estimado conjunto de 22.655.309,60 euros⁸² y los cuatro lotes licitados del expediente PA 8/14 tenían un valor estimado conjunto de 14.263.636,30 euros⁸³.

(226) El 21 de noviembre de 2013, en un correo electrónico interno de SAG con el asunto “SEPE-Confidencial”, se dice que disponen de *“los borradores de los pliegos que está manejando el SEPE y que deberían publicarse en los próximos meses. Si salen en la línea que se establece en estos pliegos soy tan pesimista que hasta dudo de que nos debemos presentar”* (folio 11193).

(227) En relación con este contrato, SAG expresó que INDRA tenía dudas respecto al SEPE por los siguientes motivos:

“Por un lado están trabajando bien con Accenture, incluso creo que “su lote” va a ser engordado con el tema ¿web?, que es específicamente lo que lleva

⁷⁹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-B-2014-34406>

⁸⁰ https://contrataciondelestado.es/wps/portal!/ut/p/b0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfljU1JTC3ly87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQjfYsLs_wTwy3cw7MDvY1CXNmi3Cu1HW1t9Qtycx0BQpMCtA!!
^y
https://contrataciondelestado.es/wps/portal!/ut/p/b0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfljU1JTC3ly87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcoDqwtJDsoyiHC2KkwO9jUJc0yLcK7UdBW31C3JzHQFBjrs7/

⁸¹ https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/473a9070-3acf-47f5-aaac-fe10bfe1f889/DOC_CN2014-592302.pdf?MOD=AJPERES
https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/626660d2-c29d-4f58-a0a6-76d4c89362e1/DOC_CN2014-592312.pdf?MOD=AJPERES

⁸² Aunque el anuncio en la PCE no lo especifica se infiere que se trata de un importe sin IVA dado que el presupuesto base de licitación aparece consignado sin IVA.

⁸³ Se infiere que se trata de un importe en el que el IVA no se encuentra incluido.

Acc. Por otro lado sabe que a medio plazo Accenture no es un buen socio y en INDRA esta alianza no se ve con buenos ojos.

Pensara si dejar o no a Accenture, gesein textualmente “es un aliado de [dato personal]” y no seria problema en ningún caso”.

Incluso comenta la idea de INDRA de ir por separado y no competir entre las empresas repartiéndose los lotes: *“Caso de no ir juntos, no ve mal la idea de “no hacernos daño” y respetar un lote para cada uno”* (folio 11216).

- (228) Por otra parte, INDRA en un correo electrónico interno de 19 de marzo de 2014, señala la estrategia a seguir: *“Se están trabajando las estrategias de presentación tanto con los actuales socios como con el cliente. En principio en los lotes 5 y 6 se está trabajando en un modelo de UTE con Accenture con protagonismo de Indra en ambos lotes. En el lote 7 se seguirá colaborando con Unisys siendo también Indra la gerencia de la UTE y con un mayor %. En el resto de lotes se debe seguir avanzando en las diferentes conversaciones con posibles socios”* (folio 8209).
- (229) El 3 de marzo de 2014, INDRA se comunicó con ACCENTURE, aludiendo a una reunión previa y presentando una estimación del importe que correspondería a INDRA, ACCENTURE y GESEIN, conforme a los porcentajes de reparto que tenían anteriormente en otros contratos, señalando que en su caso recuperarían el 5% cedido en su momento y, en el lado de ACCENTURE, dejarían el 5% que tenían subcontratado a GESEIN (folios 9582 y 9583). ACCENTURE contestó ese mismo día con sus cálculos tomando como base los datos de los lotes 8, 9 y 10 del concurso de 2012, de cara a mantener el reparto entre las tres empresas de los servicios que venían prestando en el SEPE (folio 9582).
- (230) SAG, NEXT⁸⁴ y AXPE se reunieron el 8 de abril de 2014 (folio 11236 y 11238). En esa reunión quedaron en preparar un acuerdo de colaboración para los lotes de empleo y prestaciones del concurso público que *“previsiblemente convocará el SEPE en breve”*. En el acuerdo participarían las tres empresas, SAG, NEXT y AXPE en UTE⁸⁵, sin perjuicio de la posible incorporación de ATOS (ya que tenía tres recursos en prestaciones y uno en empleo y consideraban conveniente atraerle hacia el grupo como subcontratado) (folio 11239). Los acuerdos alcanzados suponen ir con un 35% de descuento, tal y como señala el 9 de abril de 2014 en un correo electrónico interno de SAG, indicando que no quiere poner ese dato en el correo con el resto de empresas *“entre otras cosas porque el pliego aún no se ha publicado”* (folio 11242).
- (231) Como se ha indicado antes, el 13 de mayo de 2014, se publicó la convocatoria de la licitación de los expedientes PA 7/14 y PA 8/14 en la

⁸⁴ [dato personal]

⁸⁵ UTE con porcentajes de SAG 45,7%, AXPE 39,7% y NEXT 14,6%.

Plataforma de Contratación del Estado, pudiéndose presentar ofertas hasta el 23 de junio de 2014 (folios 780 a 785).

- (232) En el reporte comercial de INDRA de 12 a 16 de mayo de 2014 (folios 12198 a 12214), se recogen tanto los 12 lotes anteriores con sus adjudicatarios como la nueva agrupación (folio 12205), señalándose que *“a los lotes de desarrollo se va en UTE con Accenture muy bien posicionada con el cliente. UTE 50%-50% con gerencia para Indra. Se subcontrata a GESEIN entre ambas empresas por tener una presencia superior al 20% y evitar otras uniones”* (folio 12206, 9004).
- (233) El borrador de acuerdo de colaboración entre SAG, AXPE y NEXT se remitió por correo electrónico interno de SAG el 30 de mayo de 2014 (folios 6318 a 6325) y pese a que el título se refiere a un acuerdo entre SAG e INDRA, en el contenido se recoge el acuerdo de colaboración entre SAG, NEXT y AXPE para el procedimiento abierto 7/14-**Lote 2** del SEPE, con carácter de exclusividad. El acuerdo recoge los porcentajes de participación de las tres empresas, así como las tarifas base, las tarifas a demanda, los perfiles profesionales de cada empresa que conformarán el equipo mínimo para los servicios base y la tarifa a recibir por cada uno (folios 6320 y 6321).
- (234) El 19 de mayo de 2014, se reunieron SAG, NEXT⁸⁶ y AXPE para retomar los *“temas acordados y plasmados en la reunión del 8 de abril y en los correos del 9 del mismo mes”* (folio 12131). El acuerdo se refiere a los lotes de empleo y prestaciones *“que previsiblemente convocará el SEPE en breve”*. También se indica que *“en el acuerdo participamos las empresas NEXT, AXPE y SAG. Sin perjuicio de la posible incorporación de ATOS en los términos que al final expondré”* (folio 12131).
- (235) Además, en los correos electrónicos entre SAG, NEXT⁸⁷ y AXPE se dice que en el Lote de Prestaciones *“SAG mantendrá sus 12 recursos actuales a una tarifa media de 32,45€ y NEXT mantendrá sus 6 recursos actuales también a una tarifa media de 32,45€”*⁸⁸, *“AXPE aportará 30 recursos de los perfiles exigidos según pliego a una tarifa media de 20€”*. Los servicios a demanda se reservan para SAG. De lo anterior se prevé la creación de *“una UTE con unos porcentajes estimados en torno a SAG 52,9%, AXPE 35,5%, NEXT 11,6%”*⁸⁹ (folio 12131). En el Lote de Empleo, por su parte, *“SAG y NEXT aportarán 8 recursos cada una” “a una tarifa media de 36,10€” “AXPE aportará 39 recursos de los perfiles exigidos según el pliego a una tarifa media de 20,07€”*⁹⁰. Los servicios a demanda también se

⁸⁶ [dato personal]

⁸⁷ [dato personal]

⁸⁸ Ambas cifras son las que se recogían en el borrador de acuerdo de Colaboración remitido el 30 de mayo de 2014 y al que se ha aludido antes (folio 6321).

⁸⁹ Los porcentajes de participación también coinciden con los del borrador de Acuerdo de colaboración (folio 6320).

⁹⁰ Los precios anteriores no incluyen el IVA y las tarifas son por hora (folio 12132).

reservan para SAG. Lo anterior comporta una UTE con porcentajes estimados de SAG 45,7%, AXPE 39,7%, NEXT 14,6% (folio 12132).

- (236) Respecto a ATOS, en dichos correos electrónicos entre SAG, NEXT⁹¹ y AXPE se menciona que en ese momento ATOS tiene 3 recursos en el área de prestaciones y 1 en el área de empleo, por lo que consideran *“conveniente atraerle hacia el grupo, preferentemente en calidad de subcontratado, aunque las tarifas deberían ser elevadas”* (folio 12132).
- (237) El 1 de junio de 2014, SAG remitió internamente por correo electrónico los borradores de compromiso de constitución de UTE y del acuerdo de colaboración de los **lotes 1 y 2** del SEPE (folios 6326 a 6342). Ambos hacen referencia a las empresas SAG, AXPE y NEXT. Los borradores recogen los porcentajes de participación de cada empresa (folios 6331 y 6338) y dejan abierta la posibilidad de acuerdo de subcontratación, sin determinar la empresa concreta (folio 6330). También fijan que en caso de resultar adjudicatarios cada empresa suministrará un número determinado de perfiles profesionales a una tarifa media (SAG y NEXT a 36,10 euros y AXPE a 20 euros, IVA no incluido) (folios 6331 y 6339).
- (238) El 2 de junio de 2014, INDRA remitió internamente por correo electrónico información sobre el concurso SEPE (folios 8916, 8927 a 8931). En esta información se dice que ha llegado a un acuerdo para los lotes de desarrollo con ACCENTURE y que la parte que en ese momento tenía GESEIN se le subcontratará (folio 8931).
- (239) El 3 de junio de 2014, SAG comentó en un correo electrónico⁹² que ATOS había aceptado ir subcontratado.
- (240) La relación de empresas que se presentaron al concurso consta en un correo interno de SAG de 25 de junio de 2014, confirmando que para los lotes 1 y 2 del PA 7/14 se presentaron, entre otros, la UTE SAG-NEXT-AXPE y la UTE INDRA/ACCENTURE. Para el PA 8/14 en el lote 3 se presentaron, entre otros, la UTE INDRA/UNISYS (folios 6352 a 6354).
- (241) Como de costumbre, el 24 de julio de 2014 SAG envió a NEXT y AXPE los estatutos y la memoria de la UTE SEPE 7/14 **Lote 2** para su revisión y aprobación (folios 6503 a 6514). Tanto la memoria como los estatutos recogen los mismos porcentajes de participación de las tres empresas⁹³ que el borrador remitido el 1 de junio de 2014.
- (242) La UTE SAG/NEXT/AXPE ganó el **lote 2 del expediente PA 7/14** ofertando un 35,03% de descuento, descuento superior al de sus competidores, entre los que se encontraba la UTE INDRA/ACCENTURE (con un 33,9% de descuento) (folio 781). A pesar de la existencia de ese descuento, el

⁹¹ [dato personal]

⁹² De nuevo a AXPE y a [dato personal] (que representa a NEXT)

⁹³ SAG 52,89%, NEXT 11,63% y AXPE 35,48%.

presupuesto base de licitación coincide exactamente con el importe de adjudicación (6.293.037,21 euros, IVA incluido)⁹⁴. Aunque ambas UTE se presentaron al **lote 1 del expediente PA 7/14**, resultó adjudicataria CONNECTIS, a pesar de que el descuento ofertado por la UTE SAG/NEXT/AXPE fue superior (35,03% vs 33,50%), al obtener CONNECTIS una mayor puntuación técnica (folio 780).

- (243) Tras estas adjudicaciones, el 4 de diciembre de 2014, SAG remitió internamente por correo electrónico el borrador del contrato marco de prestación de servicios de la UTE SEPE 7/14 **Lote 2** con ATOS (folios 6645 a 6659), por el cual la UTE SAG/NEXT/AXPE subcontractaba a ATOS los servicios de un analista programador en entorno web.
- (244) El 5 de diciembre de 2014 SAG, en un correo electrónico interno con asunto “RE: Acuerdo ATOS SEPE 7/14 Lote 2” indica que en el acuerdo con ATOS se debe “reflejar lo que ya se ha pactado con ellos con anterioridad en otros acuerdos de este tipo para evitar conflicto” (folio 11897).
- (245) Consta igualmente, un acuerdo de subcontratación entre la UTE INSA/GESEIN/SIA, adjudicataria del lote 1 del contrato 8/14 del SEPE, con SAG (folio 12023). La vigencia del contrato de subcontratación por la UTE a SAG se retrotrae al 16 de febrero de 2015. No se trata de una subcontratación de carácter preferente ni se prevén porcentajes de subcontratación respecto al total facturado por la UTE (folios 12024 a 12038). Las negociaciones de este contrato se extendieron durante el mes de junio de 2015 (folios 12057 a 12061).
- (246) Finalmente, el 22 de octubre de 2015, SAG comunicó internamente por correo electrónico los datos de las UTE AEAT y SEPE (folios 7154 a 7156). En el caso del SEPE, se indica que han sido subcontratados por la UTE INSA-GESEIN-SIA para el lote 1 del PA 8/14. En el caso del Lote 2 PA 7/14 adjudicada a la UTE de la que forma parte SAG con AXPE y NEXT, se indica el porcentaje de participación en la UTE, coincidente con el de la memoria y estatutos, y el porcentaje de dedicación⁹⁵ en que disminuye el porcentaje de SAG y aumenta el de NEXT y AXPE, apareciendo también ATOS con un 4,16% subcontratado.

4. ENTORNO SAP⁹⁶ PARA ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS Y LOCALES

- (247) El 6 de octubre de 2010, en un correo electrónico interno de SAG sobre distintas líneas de trabajo que tienen con SAP, se indica que una de ellas

⁹⁴https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/aade92fb-eeef-4ce9-a3c4-df41896fdd30/DOC_CAN_ADJ2014-634204.pdf?MOD=AJPERES

⁹⁵ SAG 39,17%, AXPE 39,91%, NEXT 16,77%

⁹⁶ El nombre de SAP proviene de: Sistemas, Aplicaciones y Productos en Procesamiento de datos (en inglés: *Systems, Applications, Products in data processing*). EL nombre SAP es al

consiste en tener a INDRA “*como alianza estratégica para todo el nicho de tributos e incluso para AEAT donde también estamos con ellos*”. En caso de que INDRA no aceptase, se plantean como opción de alianza a EVERIS. La empresa SAP haría de “patrocinadores”, hablando con INDRA, y a continuación montarían una reunión a tres “liderada por SAP”. Posteriormente, SAP y SAG evaluarían si siguen adelante con INDRA o hablarían con EVERIS (folio 10954).

- (248) En un correo electrónico interno de SAG de 11 de noviembre de 2010, se dice que SAP ha citado a INDRA y SAG para una reunión el día 22 de noviembre de 2010, con el objetivo de hacer de intermediadores en una posible UTE INDRA/SAG para proyectos de tributos-SAP para las 17 Comunidades Autónomas, comenzando con el proyecto de tributos de la Comunidad de Madrid (folio 5836). Asimismo, se comenta que el día anterior se habían reunido con personal de INDRA y que su planteamiento era que “*Para nada una UTE solo para el Proyecto de la Comunidad de Madrid*” que “*Estarían encantados de hacer un acuerdo con SAG para el entorno europeo*” y que “*un acuerdo para las 17 CCAA a priori no lo ven si no está inmerso en la opción 2*” (entorno europeo) (folio 5836).
- (249) La existencia de la reunión consta en un correo electrónico interno de SAG de fecha 22 de noviembre de 2010 con el asunto “Reunión INDRA-SAP-SAG”.
- (250) La propuesta final consiste en una alianza para acudir al mercado de tributos en las Comunidades Autónomas españolas, en el mercado de tributos en Portugal y en “*tributos en 2/3 países a concretar en Europa del Este*”. Además, las tres empresas quedan en crear en España un centro de excelencia para Tributos en SAP, que consideran “*de enorme impacto en el mercado Ibérico*” (folios 10958 y 10959).
- (251) El 30 de noviembre de 2010, SAG informó a su matriz alemana de estos contactos y compromisos, de cara a lograr la autorización para la colaboración en los países del Este (folios 10957 y 10958).
- (252) En otro correo electrónico interno de SAG de 21 de diciembre de 2010, se habla de la publicación en el BOE ese mismo día de un anuncio previo para un proyecto SAP-TRM en el IMI⁹⁷ de Barcelona, señalando que “*estamos trajinando acuerdos con SAP...y con INDRA, para temas como este en Comunidades Autónomas y Ayuntamientos*” (folios 5840 y 5841).

mismo tiempo el nombre de una empresa y el de un sistema informático. Este sistema comprende muchos módulos completamente integrados, que abarca prácticamente todos los aspectos de la administración empresarial. Cada módulo realiza una función diferente, pero está diseñado para trabajar con otros módulos. (fuente: <http://hectoryescas.blogdiario.com/1176213300/>); Como empresa, SAP España, filial de SAP SE (multinacional alemana), supervisa todas las operaciones del grupo en España. Tiene su sede en Madrid y también dispone de oficinas en Barcelona. SAP España tiene 356 empleados que dan soporte directo a nivel local, y un equipo de más de 120 *Inside Sales* que dan soporte a España y a otros países de Europa.

⁹⁷ Instituto Municipal de Informática.

- (253) INDRA y SAG se volvieron a reunir en enero de 2011 para tratar sobre “*un acuerdo cuyo objetivo a medio/largo plazo debe ser la paridad*”, “*dicho acuerdo se plantea de forma escalonada y equitativa, de manera que en la primera gran oportunidad se fija un reparto Indra 70/SAG 30 en el ámbito nacional y Indra 30/SAG 70 para el escenario de Europa del Este, la segunda gran oportunidad sería 60/40 y 40/60 y la tercera 50/50 para ambos casos*”; “*Las oportunidades deben ser equitativas, de manera que ambas compañías puedan mantener cifras similares en función de los % de reparto*”. Por lo tanto, se trataría de un acuerdo que incorporaría un marco mínimo que luego se detallaría en cada oportunidad que fuese surgiendo. Entre los países de Europa del Este que consideran de interés para incluir en el acuerdo están Hungría, Polonia y Rusia (folio 5868).
- (254) Tres meses más tarde, el 14 de marzo de 2011, INDRA y SAG volvieron a reunirse para intentar cerrar el acuerdo SAP-Tributos (folios 5903 y 7204). En la línea nacional los porcentajes de referencia son: para INDRA 75% y para SAG un 25%, porcentajes que irían disminuyendo un 5% para INDRA al tiempo que aumentarían un 5% para SAG en las siguientes oportunidades hasta la cuarta. De forma correlativa, en el caso de la línea internacional los porcentajes son los mismos, pero comenzando SAG con un 75% e INDRA con un 25%. Ello se debe a que “*Ambas compañías estimamos que las Líneas Nacional e Internacional deben estar “equilibradas”, por lo que estableceremos una serie de frenos/aceleradores que impiden claros desequilibrios, tanto por número de oportunidades como presupuestarios*” (folio 5903). Estos porcentajes se fijaron a futuro y sin que se hubiesen convocado los expedientes a los que se iban a aplicar el acuerdo.
- (255) El acuerdo marco de colaboración entre SAG e INDRA tiene como objeto “*establecer las bases de la colaboración entre ambas empresas para la identificación y gestión de todas aquellas oportunidades objeto de este contrato y que se circunscriban a los trabajos o a la prestación de los servicios siguientes: Consultoría, Diseño, Desarrollo e Implantación de Sistemas de Información, Outsourcing de Servicios y Servicios de Asistencia Técnica, cualquiera que sea su cuantía, en el ámbito de los proyectos transaccionales en materia de tributos, en entorno SAP de clientes institucionales (Administraciones Públicas) de las áreas geográficas identificadas*”. Los ámbitos geográficos cubiertos por el acuerdo son los citados anteriormente (folios 7210 a 7218 y 6049 a 6057).

El acuerdo también contempla que, de cara a preparar las ofertas, para cada oportunidad se elabora primero un acuerdo específico de colaboración donde se reflejan las condiciones de ejecución y las bases de colaboración específica. Además, en el acuerdo de colaboración “*se negociará la modalidad de gestión del contrato (UTE, Consorcio, Contratista principal/subcontratado, etc) dependiendo de las condiciones de la oportunidad y del escenario para cada empresa. Por defecto se entiende que la modalidad de UTE es la forma de gestión a aplicar en todas*

las oportunidades de concurrencia conjunta” (folios 7213 y 6052). Además, las partes prepararán la oferta según el reparto acordado entre ambas y recogerán las fases y trabajos a realizar en un anexo (folios 7213 y 6052). La colaboración entre ambas partes es “con carácter de exclusividad” y se comprometen “*a no participar, por si o por medio de sociedades interpuestas, en otras ofertas alternativas, ya sea como contratista principal o subcontratista*” (folio 7215 y 6054).

- (256) Por otra parte, y en paralelo, SAG y EVERIS negociaron en julio de 2011 otro acuerdo marco de colaboración (folios 6058 a 6065 y 6077 a 6083). Ello se debe a la experiencia y capacidad de EVERIS en ámbito SAP. El acuerdo se circunscribe a todas las administraciones autonómicas y locales españolas en materia de tributos, aunque pueden ser excluidas aquellas en que las compañías operaban de forma independiente en ese momento. El objeto de este acuerdo es idéntico al del acuerdo alcanzado entre SAG e INDRA⁹⁸. La estructura de colaboración es similar, ya que el acuerdo tiene una vigencia de 2 años o 4 oportunidades ganadas y las propuestas presentadas tendrían como objetivo el resultar paritarias, aunque no se fijan porcentajes a diferencia del acuerdo de INDRA y SAG.
- (257) El acuerdo marco entre ambas empresas también contempla la elaboración de un acuerdo específico de colaboración en cada oportunidad detectada en el que se fijará la modalidad de gestión, entendiendo que la modalidad de UTE es la forma de gestión por defecto (folios 6060, 6079 y 6080). Asimismo, se fija la misma cláusula de exclusividad del acuerdo marco firmado con INDRA (folio 6062), aunque en la revisión del borrador efectuada por EVERIS añade que el compromiso a no participar en otras ofertas alternativas se extiende también a “sus empleados” (folios 6080 y 6081).
- (258) El 26 de octubre de 2011, SAG y EVERIS se reunieron y acordaron abordar proyectos de SAP en el ámbito de tributos en el territorio autonómico y local, pero con posibilidad de incluir a otros clientes como por ejemplo la AEAT (folio 6075).
- (259) A su vez, el 3 de noviembre de 2011, SAG y EVERIS hablaron de mantener una reunión a tres con SAP para el 16 de noviembre de 2011, en la que debían transmitir a SAP el contenido de su acuerdo, debían crear un plan de acción comercial supervisado por un comité de seguimiento con integrantes de las tres empresas, se crearía un centro de excelencia, tal y como propuso la empresa SAP y SAP lanzaría un comunicado de prensa haciendo saber al mercado sobre la relación entre las tres empresas (folio 6075).

⁹⁸ En los cambios sugeridos por EVERIS al borrador del acuerdo se incluye la especificación de que sea “en el ámbito de los proyectos de Gestión Tributaria en entorno SAP y en aquellas oportunidades en las que se pueda establecer una estrategia de acercamiento a SAP de los clientes institucionales” (folio 6079).

- (260) El 6 de febrero de 2012, INDRA y SAG se reunieron para retomar el acuerdo marco SAG-INDRA alrededor de temas SAP, tras lo que intercambiaron el borrador del acuerdo para revisión (folios 7327 a 7336). La redacción del borrador es idéntica a la de los borradores del año anterior.
- (261) Pese a la existencia de las anteriores evidencias de negociación en relación con la prestación de servicios de carácter informático en materia de tributos en el ámbito del entorno SAP, en su contestación al requerimiento de información efectuado por la DC (folio 614), SAG indica que ni ella ni ninguna empresa de su grupo ha presentado ofertas en licitaciones convocadas por cualquier administración autonómica o local española para la prestación de este tipo de servicio en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2015.
- (262) Por su parte, INDRA, a la solicitud de información de la DC de 28 de abril de 2016 (folio 610) contestó que, en relación con los servicios mencionados, INDRA presentó dos únicas ofertas en concursos convocados por el IMI del Ayuntamiento de Barcelona: en el Expediente C207 2011 92 “Servicios informáticos para la renovación de los sistemas de Hacienda del Ayuntamiento de Barcelona”, en el que no resultó adjudicataria, y en el expediente C 207 2012 439 “Servicios de gestión del cambio para la implantación de un plan de renovación de los sistemas de Hacienda del Ayuntamiento de Barcelona”, en el que sí resultó adjudicataria (folio 923).

5. INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS)

De cara a la sistematización de las licitaciones convocadas por el INSS, se han dividido los hechos en relación con los proyectos de ATRIUM⁹⁹, de ADABAS/NATURAL¹⁰⁰ u otro tipo de productos y servicios informáticos objeto de licitación por parte del INSS.

a) Concursos en relación con ATRIUM

- (263) El 13 de diciembre de 2004, se publicó en el BOE número 299 el anuncio de la convocatoria del concurso **11/CP- 10/2005** para la contratación de los “servicios de carácter informático necesarios para la realización de un aplicativo para las unidades médicas del Instituto Nacional de la Seguridad

⁹⁹ ATRIUM es la Aplicación de Trabajo Informático de las Unidades Médicas. Esta aplicación fue diseñada para la gestión informatizada de las situaciones de Incapacidad Temporal

¹⁰⁰ Adabas (*Adaptable Database System*), es una base de datos de listas invertidas, de alto rendimiento creada por la empresa SAG en 1969. Adabas es considerado por algunos como uno de los primeros productos de base de datos disponibles comercialmente. Históricamente, Adabas fue usado en conjunción con el lenguaje NATURAL de Software AG, por lo que muchas de las aplicaciones que usa Adabas son asimismo desarrolladas con NATURAL.

Social (Proyecto Atrium)”. El 30 de noviembre de 2004 se envió el anuncio de la licitación al DOUE.

- (264) El contrato tenía una duración prevista de 24 meses, que comenzarían a contar el 1 de abril de 2005, no se dividía en lotes y el importe licitado fue de 3.064.460,80 euros¹⁰¹.
- (265) El 16 de marzo de 2005, se adjudicó el contrato a la UTE SAG/INDRA, por un importe de 2.604.761,60 euros¹⁰², lo que representa un 15% de descuento respecto al importe total licitado¹⁰³. El anuncio de la adjudicación se publicó en el BOE de 4 de abril de 2005.
- (266) El 30 de marzo de 2007, finalizaron los 24 meses de duración prevista del expediente 11/CP- 10/2005, si bien la DC considera acreditado que el contrato se prorrogó por dos años (folio 10788).
- (267) En un correo electrónico interno de SAG, fechado el 12 de julio de 2007 y que responde a una cadena en la que se habla de posibles alianzas de SAG con otras empresas en el marco de una nueva licitación de distintos servicios del INSS, se afirma en relación con un lote de *Progexpress* (Alfa-Carpa e Iris) que INDRA es el actual adjudicatario y se plantea “*valorar si podemos pedir a INDRA un %. No olvidemos que en el caso del Atrium le dimos un 25% porque sí [...]*” (folio 9969).
- (268) En relación con el expediente 11/CP- 10/2005, el 4 de diciembre de 2008 SAG comentó internamente por correo electrónico su preocupación, tras una reunión con representantes del INSS, por la posibilidad de que con la finalización del concurso en que estaban trabajando terminasen los desarrollos que se estaban realizando de ATRIUM y porque el INSS no tenía prisa en sacar el concurso de ATRIUM que diese continuidad al que se estaba desarrollando¹⁰⁴, puesto que podía mantener el equipo de ese momento hasta diciembre de 2009, con las horas adicionales (folio 10756). Ante ello, SAG baraja distintos escenarios, entre los que se encuentra que

¹⁰¹ El anuncio de publicación en el BOE hace referencia a importe total y no neto, lo que se interpreta en el sentido de que se trata de un importe que incluye el IVA.

¹⁰² En el BOE en que se publica la adjudicación no se consigna si se trata de un importe que incluye IVA o no, pero puesto que el presupuesto base de licitación a que se hace referencia era un importe total, se interpreta que se trata de un importe que incluye el IVA.

¹⁰³ <https://www.boe.es/boe/dias/2005/04/04/pdfs/B02784-02784.pdf>

¹⁰⁴ En el correo electrónico del folio 10756 se hace referencia al concurso 40/2005. No obstante, se entiende que se trata de una errata y que realmente se trata del concurso 10/2005 ya que en relación con el “Proyecto Atrium” del INSS no ha sido posible encontrar ninguna otra licitación correspondiente al año 2005 y, aún menos, que responda a la denominación 40/2005. Sí consta el concurso del expediente nº 392/cp-40/05 que, como se verá más adelante, se adjudicó a finales de 2005. Pero ese concurso se refería a “servicios de carácter informático para tareas de mantenimiento y desarrollo del entorno Natural-Adabas, Olap y servicios electrónicos” tal y como se publica el 19 de diciembre de 2005 en el BOE. De cara a considerar que se trata de una errata se han tenido en cuenta también datos como la fecha de finalización del contrato de mantenimiento del ATRIUM y el que posteriormente se hagan coincidir los concursos de Atrium y de los servicios del 40/05.

el INSS saque un concurso para mantenimiento y desarrollo, indicando “*lo ganamos en UTE con INDRA*”. En el caso de un posible concurso del Instituto Social de la Marina (ISM) se señala “*Lo ganamos ¿en UTE con INDRA?*” (folio 10757).

- (269) El 30 de marzo de 2009 finalizó el concurso de mantenimiento del ATRIUM (folio 10788).
- (270) El concurso que da continuidad al Proyecto ATRIUM del INSS (**60/VC-50/10**) se retrasó algo más y hasta enero de 2010 no se produjo la convocatoria. No obstante, las empresas presentes en el INSS cuentan con información previamente, ya que en un correo electrónico interno de INDRA de 2 de junio de 2009 se dice que se convocan dos concursos que son continuación de los ya adjudicados anteriormente, a la UTE SAG/INDRA el primero (Concurso INSS ATRIUM), y a la UTE SAG/ATOS/INDRA/CIBERNOS el segundo (Concurso ADABAS/NATURAL y Sistemas abiertos), indicando que “*para ambos concursos estamos ya en proceso de revisar las alianzas*” (folio 7193).
- (271) El anuncio de la licitación del concurso INSS ATRIUM 60/VC-50/10, “*Servicios de carácter informático necesarios para la realización de tareas de mantenimiento y desarrollo del aplicativo ATRIUM*”, mediante procedimiento abierto se publicó en el BOE de 18 de enero de 2010. Tres días antes, el 15 de enero de 2010, se publicó el anuncio de la licitación en el DOUE (folios 5646 a 5649). La duración prevista de los servicios licitados era de 24 meses, sin que se admitiese posibilidad de prórroga. El presupuesto base de licitación fue de 6.339.014,32 euros (IVA incluido).
- (272) El 27 de enero de 2010, se produjeron contactos entre INDRA y SAG para reunirse y preparar la oferta del Proyecto ATRIUM (folio 5651). El 12 de febrero de 2010, SAG contactó por correo electrónico con INDRA para comunicar que se mantienen en los porcentajes de participación de la UTE preexistentes¹⁰⁵, atendiendo a que la mayor parte del equipo es de SAG, a otros factores de conocimiento técnico y funcional, o a que “*el pliego está “**marcado**” tecnológicamente gracias a nuestra participación en la elaboración de los perfiles*” (folios 5650 y 7195).
- (273) El 17 de febrero de 2010, SAG comentó internamente por correo electrónico: “*El concurso está marcado tecnológicamente, ya que nosotros hemos influido para que sea obligatorio en los curriculums la experiencia en TAMINO, ADABAS, NATURAL y ENTIRE-X, además de un perfil de JAVA-J2EE*” y “*tenemos cerrado un acuerdo verbal con Indra para ir en Ute al concurso con una distribución de 75% SAG y 25% Indra (la misma que hubo en el concurso original)*” (folios 10848 y 10850).
- (274) A la licitación se presentaron tres ofertas: la de la UTE SAG/INDRA, la de la UTE ATOS/ACCENTURE/THALES y la de EVERIS, aunque la última fue excluida por defectos en los cuestionarios presentados (folio 5652 y 4423).

¹⁰⁵ 75% SAG, 25% INDRA

- (275) El 29 de abril de 2010 INDRA, comentó internamente por correo electrónico que iban a recibir la adjudicación de este concurso, aunque aún no tenía la adjudicación oficial. Todo ello a pesar de que la UTE ACCENTURE/THALES/ATOS hubiese presentado una oferta con 10 puntos porcentuales más de descuento (folio 7198). En el reporte comercial de INDRA de 2 de junio de 2010 (folios 7199 y 7200) se indica que la oferta les ha sido adjudicada provisionalmente.
- (276) La adjudicación definitiva del expediente 60/VC-50/10 se produjo el 21 de junio de 2010 (folio 4423) y se publicó en el BOE de 30 de junio de 2010¹⁰⁶. La adjudicataria, al igual que en el caso del concurso anterior de estos servicios, fue la UTE SAG/INDRA por un importe de 6.021.925,72 euros, IVA incluido, lo que supone un descuento del 5% respecto del importe total licitado.
- (277) El concurso que dio continuidad a los servicios de ATRIUM fue el **60/VC-73/12** “Servicios de carácter informático para la realización de tareas de mantenimiento y desarrollo en los proyectos y aplicaciones del INSS”. El anuncio de la convocatoria de este concurso se publicó el 28 de febrero en el DOUE¹⁰⁷ y el 1 de marzo de 2012 en el BOE¹⁰⁸.
- (278) Se trata de un procedimiento abierto, en el que se divide el contrato en seis lotes, de los cuales el Lote 6 correspondía al “mantenimiento y nuevos desarrollos del Proyecto Atrium”. El importe de este lote fue de 2.561.088,52 euros, IVA incluido.
- (279) El contrato tenía una duración prevista de 24 meses y admitía prórroga.
- (280) El 5 de junio de 2012, se adjudicó el contrato a SAG¹⁰⁹ por un importe de 1.920.837,23 euros, IVA incluido, lo que representa un 25% de descuento respecto del importe presupuestado para el lote 6.
- (281) SAG disponía así de información sobre el contenido de los pliegos antes de que fuesen públicos (folio 10978).
- (282) Como se ha expuesto anteriormente, la contratación de estos servicios había recaído en los concursos anteriores en la UTE INDRA/SAG. Tras la convocatoria del concurso, INDRA pretendió mantener su porcentaje de participación. Así lo manifiesta en un correo electrónico interno de 9 de marzo de 2012, en el que también indica que en caso de que SAG no quiera “*entonces lo entendemos pero nos presentaríamos solos*” (folio 7367).
- (283) El 13 de marzo de 2012, en un correo electrónico interno de SAG, con asunto “Inss-información de los pliegos” se hace referencia al estado de las negociaciones con INDRA, y a las “*alternativas posibles ante una negativa*”

¹⁰⁶ <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/30/pdfs/BOE-B-2010-23200.pdf>

¹⁰⁷ <http://www.boe.es/boe/dias/2012/07/23/pdfs/BOE-B-2012-25763.pdf>

¹⁰⁸ <http://www.boe.es/boe/dias/2012/03/01/pdfs/BOE-B-2012-6988.pdf>

¹⁰⁹ <https://w6.seg-social.es/licitacion/fichaExpte.do?idExpediente=1411>;
<http://www.boe.es/boe/dias/2012/07/23/pdfs/BOE-B-2012-25763.pdf>

por su parte". En ese contexto, se señala que al día siguiente tienen una "reunión con Oesia para hablar del pliego y buscar una alianza que nos permita ser más competitivos". También se alude a que desde contratación del INSS les habrían animado a presentarse "para ser una segunda opción caso de que nos sea adjudicatario Indra" (folio 10979).

- (284) Los intentos de acuerdo con OESIA resultan infructuosos y finalmente SAG presentó oferta a los lotes 2 y 3 en UTE con BABEL, resultando adjudicatarias de ambos lotes (folio 4424).
- (285) Tampoco se alcanzó un acuerdo entre INDRA y SAG, ya que ambas se presentaron por separado. INDRA se presentó en solitario a los lotes 1, 2, 3 y 6, y resultó adjudicataria del lote 1 (folio 4424 y 4425). SAG se presentó en solitario al lote 6 (aparte del lote 2 y 3 con BABEL), del que resultó adjudicataria, como ya se ha señalado antes. Entre las empresas subcontratadas por SAG para el "Proyecto ATRIUM" no se encuentra INDRA (folio 4425).
- (286) El 28 de junio de 2012 se formalizó el contrato del lote 6¹¹⁰.
- (287) En el reporte comercial de INDRA del 24 al 28 de junio de 2012 se hace referencia a este concurso, indicando que SAG ganó el lote 6 con un 25% de descuento (INDRA ofertó un 22,29% de descuento), cuando en el caso del concurso 60/VC-50/10 ATRIUM, que ganaron en 2010, la oferta de INDRA y SAG adjudicataria suponía un 5% de descuento respecto al importe total de la licitación (folios 8772 y 4423).

b) Concursos en relación con ADABAS/NATURAL

- (288) El anuncio de la licitación mediante procedimiento abierto del expediente **392/CP-40/05**, relativo a la contratación de los servicios de carácter informático para tareas de mantenimiento y desarrollo del entorno Natural-Adabas, Olap y Servicios Electrónicos, se publicó el 24 de junio de 2005 en el BOE número 150.
- (289) La duración prevista del contrato era de 24 meses y no se dividió en lotes.
- (290) El presupuesto licitado fue de 10.168.510,40 euros¹¹¹ y se adjudicó el 28 de noviembre de 2005¹¹² a la UTE formada por las empresas

¹¹⁰ <http://www.boe.es/boe/dias/2012/07/23/pdfs/BOE-B-2012-25763.pdf>

¹¹¹ El anuncio del BOE no refiere si se trata de un importe con IVA incluido o no. A los efectos del presente expediente y salvo recibir prueba en contrario, se interpreta que se trata de un importe que no lleva el IVA incluido.

¹¹² Aunque la publicación de la adjudicación en el BOE no se produjo hasta el 19 de diciembre de 2005

SAG/ATOS/INDRA/CIBERNOS por 8.643.224 euros¹¹³, es decir, con un 15% de descuento sobre el importe licitado.

- (291) En relación con este concurso, el 11 de julio de 2005 ATOS envió a INDRA y SAG el acuerdo previo de constitución de UTE para el concurso del INSS (folio 9819).
- (292) Asimismo, el 2 de septiembre de 2005 se firmó el acuerdo de colaboración entre SAG, CIBERNOS, ATOS e INDRA (folio 9871).
- (293) Los estatutos de la UTE constan en un correo electrónico de 23 de noviembre de 2005 que SAG remitió internamente (folio 9820). Los porcentajes de participación de las empresas en la UTE habrían sido: SAG 51%, ATOS 19%, INDRA 15% y CIBERNOS 15% (folios 9825 y 9830).
- (294) La adjudicación a la UTE formada por SAG, INDRA, CIBERNOS y ATOS se produjo el 28 de noviembre de 2005 y se publicó en el BOE el 19 de diciembre de 2005¹¹⁴.
- (295) El 12 de diciembre de 2005 se firmó el acuerdo de constitución de UTE ante notario (folio 9873).
- (296) A finales de 2007 finalizaban los 24 meses de duración teórica del contrato 392/CP-40/05. No obstante, la DC considera acreditado que se produjo una prórroga del contrato (folio 7193).
- (297) La continuación del expediente 392/CP-40/05 fue el concurso **60/VC-28/10** “Servicios de carácter informático necesarios para la realización de tareas de mantenimiento y desarrollo en los proyectos y aplicaciones de la Entidad”. El 13 de agosto de 2009, se publicó el anuncio de la licitación en el BOE y en el DOUE¹¹⁵.
- (298) El plazo de ejecución previsto era de 24 meses prorrogables. El presupuesto base de licitación fue de 11.781.143,56 euros (IVA incluido) y se adjudicó a la misma UTE que el expediente anterior (SAG/INDRA/ATOS/CIBERNOS) por 10.601.338,46 euros, es decir, con un 10% de descuento sobre el importe total licitado. La adjudicación se publicó el 19 de diciembre de 2009¹¹⁶.
- (299) La UTE SAG/INDRA/ATOS/CIBERNOS fue la única en presentar oferta al concurso 60/VC-28/10 (folio 4423).
- (300) En relación con este contrato, el 2 de septiembre de 2009, SAG convocó a ATOS, CIBERNOS e INDRA a una reunión para el 8 de septiembre de 2009

¹¹³ <https://www.boe.es/boe/dias/2005/12/19/pdfs/B11971-11971.pdf>. En este caso tampoco se indica si el importe incluye el IVA o no. En coherencia con la interpretación del presupuesto base de licitación, la DC entiende que se trata de un importe que no incluye IVA.

¹¹⁴ <https://www.boe.es/boe/dias/2005/12/19/pdfs/B11971-11971.pdf>

¹¹⁵ <https://www.boe.es/boe/dias/2009/08/13/pdfs/BOE-B-2009-28382.pdf>; Ese mismo día se publicó en el DOUE (<https://www.boe.es/boe/dias/2009/12/19/pdfs/BOE-B-2009-44027.pdf>)

¹¹⁶ <https://www.boe.es/boe/dias/2009/12/19/pdfs/BOE-B-2009-44027.pdf>.

para la presentación de la oferta. Tal y como se señala en el correo, “*el objetivo de la reunión es fijar el descuento a realizar por parte de la UTE y así cerrar el acuerdo de colaboración entre las empresas participantes*” (folios 5612 y 5613).

- (301) El 3 de septiembre de 2009, en un correo electrónico interno de INDRA, se comenta que en el caso del concurso del INSS “*por expresa indicación del cliente, se va a plantear una UTE de continuidad con SAG, ATOS, INDRA y CIBERNOS. Se ha decidido no prescindir de ATOS ya que el cliente ha sugerido la continuidad de forma muy clara. Por tanto, nuestra participación se mantiene en el 15%¹¹⁷ y los ingresos esperados estarán alrededor de 1.2 M€ en dos años. El margen es todavía una incógnita ya que tal y como ha salido el concurso el precio va a ser determinante. Este martes mantendremos una reunión para fijar el precio*” (folio 9539).
- (302) Consta en los hechos el habitual acuerdo de colaboración entre SAG, ATOS, INDRA y CIBERNOS y el compromiso de constitución de la UTE en caso de adjudicación (folios 5616 a 5629). El acuerdo recoge los porcentajes de participación que se mantienen respecto al concurso al que dan continuidad (folios 6621 y 7194).
- (303) El 14 de septiembre de 2009, INDRA comunicó a SAG su conformidad con la oferta económica y consideró que debían dejar dos juegos completos firmados, uno con un descuento del 13% y otro con uno del 10% y decidir cuando tuvieran toda la información (folio 10814). Como se ha indicado antes, el descuento ofertado por la UTE fue finalmente del 10%.
- (304) Tres días más tarde, el 17 de septiembre de 2009, INDRA escribió al resto de miembros de la UTE, indicando que había confirmado que ENTEL, EVERIS y GESEIN no se presentaban al concurso (folios 5643 y 5645) y que ACCENTURE tenía una oferta preparada (folio 5644). ATOS confirmó en su respuesta los datos sobre ENTEL y comentó que OESIA tampoco se presentaba (folio 5644).
- (305) En relación con este concurso (ADABAS/NATURAL), en un correo electrónico interno de INDRA de 18 de septiembre de 2009, se informa de que mantienen la configuración de UTE con SAG, ATOS y CIBERNOS “*por expresa indicación del cliente*” (folio 7194).
- (306) El acuerdo entre SAG, ATOS, INDRA y CIBERNOS para este concurso suponía la continuación de las cuatro empresas en el mismo procedimiento durante 9 años, según indica SAG en un correo electrónico interno de 9 de febrero de 2011 (folio 5897). Además, el acuerdo contempla que CIBERNOS no facture a la UTE sino a SAG, con un mark-up medio del 13%. Esta circunstancia es remarcada en el correo electrónica señalando que “*Tanto [dato personal] como [dato personal] consideran que no es legal que Cibernos no facture a la UTE y en consecuencia consideran que el acuerdo no es válido*”. Se propone solucionar el problema mediante

¹¹⁷ Es el mismo porcentaje que tenía INDRA en el concurso 392-CP-40-05 (folios 9825 y 9830)

mecanismos de subcontratación lo que “nos permitiría mantener prácticamente la situación actual, facturando una pequeña cantidad directamente Cibernos a la UTE”. (folios 5897 a 5899).

(307) El contrato se adjudicó a la UTE SAG/INDRA/ATOS/CIBERNOS, única oferta presentada, quienes subcontrataron servicios a un amplio número de empresas (folio 4423).

c) Otros productos y servicios informáticos para el INSS

(308) Como se ha señalado antes, tanto en el ámbito del Proyecto ATRIUM como de ADABAS/NATURAL, dada la duración de los contratos y sus sucesivas prórrogas, no constan convocatorias de concursos desde 2005 hasta 2009.

(309) No obstante, en el periodo intermedio entre los concursos citados se produjeron contrataciones de otros servicios y productos informáticos por parte del INSS sobre los que también constan acuerdos entre determinadas empresas.

(310) En este contexto, el 10 de julio de 2007, SAG tuvo conocimiento de la futura convocatoria de una licitación de 5 lotes de los servicios de carácter informático para el INSS durante un periodo de 24 meses a partir del 1 de mayo de 2008 (folio 9970). Respecto al lote 3 (Progrespress), SAG comenta que estarían encantados “de hacer una oferta conjunta” con ATOS.

(311) Si la adjudicación es “manejable” SAG también se plantea pedir un porcentaje a INDRA, entonces adjudicatario de esos servicios, indicando “no olvidemos que en el caso del Atrium un 25 % porque sí y en el caso del Concurso de IT le dimos el 15% cuando desde 1999 nunca han tenido presencia en el INSS en algo ajeno a Progespress. Deberíamos de “pedirles” un 15% al menos para que nos digan que no”. Además, se plantean pedir opinión al INSS, para saber si quiere que se presenten a alguno “o expresamente desea que no seamos competidores molestos” (folios 9968 y 9969).

(312) El 13 de julio de 2007, SAG continuaba analizando internamente su estrategia y se plantea una UTE con ATOS para lote 2 (Oficina de Proyectos), 80% ATOS / 20% SAG, una UTE con IECISA para los lotes 4 (Gestión Documental y Registro) y 5 (Centro de Atención Telefónica y Telemática) y una UTE con INDRA para el lote 3 (Progexpress), 85% INDRA / 15% SAG. El anterior escenario planteado internamente por SAG es para el supuesto de que INDRA les “de cancha”. En caso de falta de acuerdo con INDRA, SAG se plantea para el lote 3 una UTE con ATOS y THALES¹¹⁸ (50% SAG, 25% ATOS y 25% THALES). Además, SAG indica internamente su intención de ir sondeando a empresas como IECISA y THALES (folios 9967 y 9968) (folio 9967).

¹¹⁸ CONNECTIS.

- (313) En esos planteamientos internos SAG tiene en cuenta quiénes son los adjudicatarios en ese momento y las compensaciones de unos lotes por otros. Así, por ejemplo, en el caso del lote 2, del cual el adjudicatario era ATOS, se afirma internamente que SAG debería *“negociar que si presentamos oferta en otros lotes también participemos en este, aunque fuera un % menor (P.ej 75/25)”* ya que SAG considera que es un lote con *proyección futura en el que ATOS sería adjudicatario “con una oferta correcta”* (folios 9968 y 9969).
- (314) El 18 de septiembre de 2007, se produjo una reunión entre SAG, INDRA, ATOS y THALES (CONNECTIS) (folio 9974). Al día siguiente, SAG contactó con ATOS para, tal y como hablaron en la reunión del día anterior, quedar para *“intentar una posible estrategia conjunta en el concurso del INSS”*, quedando en reunirse el 26 de septiembre de 2007 (folio 9977).
- (315) El 16 de enero de 2008, se convocó en el BOE número 14 el concurso **60/CP-29/08** cuyo objeto era la contratación de los servicios de carácter informático referidos al mantenimiento y desarrollo de los proyectos y aplicaciones del INSS.
- (316) La duración prevista del contrato era de 24 meses, se dividía en cinco lotes¹¹⁹, el presupuesto de licitación era de 9.878.880 euros¹²⁰ y las ofertas se podían presentar hasta el 15 de febrero de 2008.
- (317) La adjudicación se produjo el 14 de abril de 2008 (folio 4422).
- (318) SAG resultó adjudicataria del lote 2, con un 25% de descuento, aunque finalmente no se presentó en UTE con ATOS, como indicaba en su planteamiento estratégico, sino con NEORIS. Sin embargo, ATOS aparece como única empresa subcontratada de dicho lote (folio 4422). ATOS había presentado una oferta independiente por importe superior al presentado por SAG (otras empresas como INDRA, GESEIN, CGI o EVERIS también presentaron oferta).
- (319) En el lote 3 no se presentaron en UTE con INDRA, quien resultó adjudicataria en UTE con THALES (folio 4422).
- (320) Tal y como adelantaba SAG en sus predicciones, IECISA resultó adjudicataria de los lotes 4 y 5, con un descuento del 3,1% y del 5% respectivamente¹²¹ (folio 4422).

¹¹⁹ Lote I: Aplicaciones EIS; Lote II: Oficina de proyectos; Lote III: Mantenimiento de los sistemas PROGRESPRESS (Carpa E IRIS); Lote IV: Gestión Documental y Registro; Lote V: Mantenimiento y nuevos desarrollos del Centro de Atención telefónica y telemática.

¹²⁰ El presupuesto se dividía entre los lotes: Lote I: 500.614,40 euros; lote II: 1.238.828,80 euros; lote III: 4.637.036,80 euros; lote IV: 2.056.454,40 euros; lote V: 1.445.945,60 euros En el anuncio del BOE no se hace referencia a si dichos importes incluyen IVA o no, pero puesto que se hace alusión a importes totales y no netos se interpreta que los importes anteriores incluyen IVA.

¹²¹ Cálculos propios en base a datos de la tabla folio 4422.

6. INSTITUTO CERVANTES

- (321) En relación con el Instituto Cervantes, en noviembre de 2011, consta un correo interno de INDRA en el que se indica que *“hace meses indra levantó una oportunidad en el Instituto Cervantes (cliente nuevo) con el producto Hyperion de Oracle”*. El proyecto consistía en el suministro de licencias e implantación del producto Hyperion de Oracle en el citado Organismo Público. Según señala INDRA, *“aunque el precio no es relevante (50.000 pvp licencias+125.000 aprox desarrollo) sí es relevante que para indra es un cliente nuevo y para Hyperion su primera referencia de este producto en la AAPP española”* (folio 7225).
- (322) El proyecto del que habla INDRA corresponde al expediente G-2011/11-0011, “Suministro del producto Hyperion Planning Plus para elaboración, modificación, control y seguimiento del presupuesto del Instituto Cervantes”, que se contrató mediante procedimiento negociado sin publicidad (folio 977).
- (323) En su correo electrónico interno, INDRA indica que *“a la hora de licitar la primera parte, que es el suministro de licencias, por el tipo de procedimiento (negociado) había que “invitar” a otros 2 licitadores además de indra, lógicamente protegiendo los intereses de indra en el proceso”* (folio 7225).
- (324) La fecha límite de presentación de ofertas era tres días después, el 28 de noviembre de 2011 (folio 977) y según INDRA la situación era que *“Oracle ha invitado a otros 2 grandes proveedores (desconocemos el nombre) competencia de indra, y decide no “controlar” el proceso garantizando que las condiciones de indra sean más favorables para que gane la oferta. Se le ha pedido que sugiera a los otros 2 que no presenten oferta o que su pvp final supere al de indra. Oracle se ha negado a hacerlo, dejando que la oportunidad la gane el proveedor que mejor precio final oferte al cliente (el peso del precio en el proceso de licitación es del 80%)”* (folio 7225).
- (325) INDRA se muestra molesta dado que aquél *“que gane el suministro adquiere la mejor posición para ganar la oferta de implantación posterior”* y considera que Oracle le está dejando en manos de la competencia (folio 7225). Esta postura de Oracle se califica de deslealtad, dado que no se respeta la “preferencia” por INDRA (folio 7229).
- (326) Ante la proximidad de la fecha de presentación de la oferta económica, INDRA se fija como límite el lunes 28 de noviembre de 2011 a las 9 de la mañana para que *“Oracle se comprometa a “gestionar” a los otros dos competidores”* (folio 7227).
- (327) Las gestiones por parte de INDRA comienzan (folios 7231 a 7233) y la madrugada del 27 al 28 de noviembre de 2011 INDRA escribió a Oracle indicándole que el día 28 se entrega la oferta para el Instituto Cervantes y que *“desconocemos si finalmente habéis podido gestionar los otros 2 partners que habéis invitado a la licitación para evitar la competencia en una oportunidad facilitada por indra a Oracle”* (folio 7237). Se solicita

respuesta de Oracle “*para tomar las decisiones oportunas respecto a la oferta económica y la estrategia de Indra en futuras oportunidades*” (folio 7237).

- (328) Pese a las presiones parece que Oracle no cede ya que no desvela los otros dos licitadores y comunicó a INDRA que “*al menos uno de ellos presentará la oferta al precio que mejor le convenga*” (folio 7237).
- (329) Según la información aportada por el Instituto Cervantes, el contrato se adjudicó a INDRA el 29 de noviembre de 2011 por 56.000 euros (sin IVA), lo que representa un 6,5% de descuento respecto a los 59.900 euros (sin IVA) licitados. En el procedimiento de licitación participaron también el grupo GFI informática y Novopraxis Sol Negocio S.L, aunque este último finalmente no presentó oferta económica (folio 977).
- (330) El proyecto de implantación de este proyecto se licitó mediante concurso 25/2012 del expediente G-2012/04-0011 “Contratación de los servicios de análisis, desarrollo e implantación de un sistema integrado de gestión presupuestaria para el Instituto Cervantes”, que se adjudicó a INDRA el 20 de abril de 2012, con una oferta de 111.658,85 euros (sin IVA), para un presupuesto máximo de licitación de 120.000 euros (sin IVA), lo que implica un descuento de 6,95%. De los cuatro licitadores que en un principio participaron en la licitación, los otros tres (GMV Soluciones Globales Internet, CAP Gemini España y Help Info) finalmente no presentaron oferta económica (folio 977).

7. OFERTAS DE COBERTURA Y OTROS ACUERDOS ENTRE EMPRESAS EN VARIOS ORGANISMOS PÚBLICOS

- (331) El 14 de septiembre de 2010, ATOS solicitó por correo electrónico a SAG una oferta de cobertura para el concurso del contrato 25/2002 de los servicios de desarrollo del Ministerio del Interior. ATOS señala que ha “*confirmado con el cliente que necesitan que presentéis una oferta por el importe máximo de licitación*” y se ofrece a completar la oferta en nombre de SAG para minimizarles el esfuerzo (folios 5778 a 5791). SAG aceptó el ofrecimiento de ATOS (folio 5792). El cliente, es decir, el Ministerio del Interior, “*necesita que las empresas presenten la oferta para evitar problemas con la intervención*” (folio 5792).
- (332) La información suministrada por el Ministerio del Interior confirma que en septiembre de 2010 se presentaban las ofertas de los contratos de “Adaptación de la aplicación de gestor de contenidos del Ministerio del Interior” y de “Adaptación y modificación de la aplicación de gestión integral de quejas y sugerencias del Ministerio del Interior”. Ambos contratos fueron adjudicados a ATOS, con ofertas de 21.194,69 euros en cada uno¹²², y en

¹²² Se desconoce si estas cifras incluyen o no IVA, por lo que a los efectos del presente expediente asume que son importes sin IVA, salvo que se acredite lo contrario.

ambos presentaron ofertas superiores IECISA y SAG, aparte de ATOS (folio 4420), siendo el presupuesto máximo de licitación de 25.000 euros¹²³ cada uno.

- (333) En febrero de 2011, ATOS pidió por correo electrónico una nueva oferta de cobertura a SAG para el Ministerio del Interior. El mecanismo era el mismo, SAG oferta el precio máximo de licitación para asegurarse de que así no pueda ganar el concurso (folios 5895 y 5896). Conforme a la información aportada por el Ministerio del Interior, en febrero de 2011 se presentaron las ofertas para el contrato M-11-015 “Adaptación de la aplicación de formularios de registro de documentos de las secretarías del Ministerio del Interior”, concurso adjudicado a ATOS (con una oferta de 133.574,94 euros¹²⁴) y al que también presentaron oferta SAG e IECISA (folio 4442). El presupuesto máximo de licitación era de 135.000 euros¹²⁵.
- (334) En el mismo sentido, y en relación con la prestación de servicios al Ministerio de Sanidad, el 27 de junio de 2011, INDRA solicitó por correo electrónico una oferta de acompañamiento a CIBERNOS para el concurso del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad para los “Servicios de Asistencia Técnica en la Elaboración de Contenidos Web de Igualdad”. INDRA se encargó de redactar la oferta técnica y económica en nombre de CIBERNOS. Como es un procedimiento negociado sin publicidad, se pide mucha documentación de empresa, por lo que CIBERNOS sugiere desestimar la presentación y comunicárselo al organismo, pero INDRA le contesta que desde el organismo les comentan que es necesario que se presenten sin que sea suficiente la desestimación. El 1 de julio de 2011 CIBERNOS comunicó a INDRA por correo electrónico que ya tenían preparada la oferta (folios 9686 a 9690).
- (335) El 7 de octubre de 2014, SAG solicitó por correo electrónico una oferta de cobertura a CIBERNOS para un contrato menor en el Ministerio de Educación Cultura y Deporte (MECD) y CIBERNOS aceptó el 9 de octubre de 2014. SAG redactó la oferta a presentar por CIBERNOS (folios 6535, 6539 y 6543 a 6549). El contrato de “Asistencia técnica para la optimización de la centralización de servicios tic de museos estatales del MECD” (expediente 14/079EF) se adjudicó directamente a SAG el 21 de octubre de 2014, con una oferta de 17.500 euros (sin IVA) (importe que coincide con el presupuesto de licitación), presentándose ofertas alternativas de CIBERNOS y de ATOS, con precios superiores al de SAG (folio 4440). Al mismo tiempo, CIBERNOS y SAG estaban gestionando la subcontratación

¹²³ Se desconoce si estas cifras incluyen o no IVA, por lo que a los efectos del presente expediente asume que son importes sin IVA, salvo que se acredite lo contrario.

¹²⁴ Se desconoce si estas cifras incluyen o no IVA, por lo que a los efectos del presente expediente asume que son importes sin IVA, salvo que se acredite lo contrario.

¹²⁵ Se desconoce si estas cifras incluyen o no IVA, por lo que a los efectos del presente expediente asume que son importes sin IVA, salvo que se acredite lo contrario.

a SAG de un 48,15% de un contrato en el INE, del que es adjudicataria CIBERNOS en UTE (folio 6543).

- (336) El 24 octubre de 2014, SAG solicitó por correo electrónico una nueva oferta de cobertura a CIBERNOS para un par de contratos menores en la Universidad de Barcelona, favor al que CIBERNOS accede ese mismo día (folios 6617 y 6618).
- (337) El 2 marzo de 2015, SAG volvió a solicitar por correo electrónico un favor de cobertura a CIBERNOS para un par de contratos menores del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, adjuntándole la oferta ya redactada para evitarle esfuerzos (folios 6930 a 6935). En un caso se trata de presentar una oferta con un precio superior a SAG y en el otro tiene que comunicar que no va a presentar oferta finalmente (folio 6957).
- (338) En mayo de 2015, SAG solicitó a CIBERNOS una nueva oferta de acompañamiento para el MECD (folios 7044 a 7052). El 13 de mayo de 2015 se adjudicó a SAG el contrato de la “Asistencia técnica para la optimización de la infraestructura de bases de datos Oracle en alta disponibilidad para el sistema de becas del MECD” (expediente 15/045EF), con una oferta de 17.950 euros (sin IVA) (coincidente con el presupuesto de licitación). Las otras dos empresas ofertantes fueron CIBERNOS y BABEL, quienes ofertaron el mismo precio (17.980 euros, sin IVA), por encima del de SAG (folio 4440).
- (339) Ese mismo año, el 21 de octubre de 2015, SAG solicitó por correo electrónico a CIBERNOS otra oferta de acompañamiento, en esta ocasión para el Instituto Cervantes. SAG indicó a CIBERNOS que esta entidad iba a recibir otras dos invitaciones desde otras empresas para acompañamiento, pero que en ese caso es para que CIBERNOS gane el expediente 15/078 de Migración Protozoo Instituto Cervantes, indicándole el presupuesto y el importe que debe consignar CIBERNOS para resultar adjudicatario (32.000 euros¹²⁶) y que supone una bajada del 11,6% respecto al presupuesto del proyecto (36.200 euros¹²⁷) (folio 9737).
- (340) Aparte de las mencionadas ofertas de cobertura, en el expediente de referencia se ha acreditado que determinadas empresas se hacen otro tipo de favores en casos de procedimientos de adquisición centralizada, como la utilización de las claves de Patrimonio y el nombre de otras empresas de cara a presentar ofertas para aquellos casos en los que no podrían por no disponer de esas claves. La empresa que presenta la oferta oficialmente no es la que ejecuta el contrato, sino aquella que le ha pedido prestadas las claves.

¹²⁶ Se desconoce si estas cifras incluyen o no IVA, por lo que a los efectos del presente expediente asume que son importes sin IVA, salvo que se acredite lo contrario.

¹²⁷ Se desconoce si estas cifras incluyen o no IVA, por lo que a los efectos del presente expediente asume que son importes sin IVA, salvo que se acredite lo contrario.

- (341) Conviene aclarar que la adquisición centralizada de bienes y servicios se realiza a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado por el procedimiento de Acuerdos Marco para cada tipo de bien o servicio. En la primera fase de este procedimiento, las empresas ofertan sus productos o servicios, siendo aceptados aquellos que cumplan los requisitos establecidos en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas, e incorporados en un catálogo. Cada empresa adjudicataria recibe unas claves (las denominadas claves de Patrimonio, de gran valor e interés para las empresas) que facilitan su participación en la segunda fase del procedimiento, consistente en una nueva licitación entre las empresas capaces de realizar la prestación concreta solicitada por un órgano u organismo determinado. Para determinados servicios de desarrollo y mantenimiento de aplicaciones, se tramitó el procedimiento AM 26/11, de ahí las referencias de las empresas al catálogo 26 de Patrimonio.
- (342) Con la documentación obrante en el expediente de referencia se han acreditado diversas conductas que encajan con la práctica de “pedir prestadas” las claves de Patrimonio de otras empresas.
- (343) Entre ellas se encontraría los correos electrónicos internos de SAG de 28 y 29 de enero de 2013, donde se habla de un acuerdo global mediante el cual SAG toma prestadas (compra) de ATOS sus claves de Patrimonio. Para SAG la mejor opción es *“actuar como subcontratistas de un proyecto adjudicado a otro”*, aunque se plantean el problema de que la subcontratación esté expresamente excluida de los contratos por Patrimonio, si bien indican que es precisamente lo que van a hacer *“ellos serán los firmantes pero toda o parte de la prestación la haremos nosotros”* (folios 6147 a 6149).
- (344) En un correo electrónico interno de SAG de 11 de febrero de 2013 se adjunta un borrador de acuerdo mediante el cual ATOS figurará como contratista principal en los expedientes que vayan surgiendo, subcontratando a SAG los trabajos adjudicados a ATOS. En el acuerdo aparece una cláusula de exclusividad con duración de un año prorrogable por acuerdo entre las partes y el compromiso de que no divulgarán a terceros la existencia de esta colaboración (folios 6150 a 6161).
- (345) Por otra parte, en un correo electrónico interno de SAG de 24 de julio 2013 se trata el tema de los acuerdos de SAG con ATOS para Catálogo 26 (AM 26/11 de Patrimonio), señalándose que se han barajado diversas opciones de documentos para plasmar el acuerdo y que los cambios de modelo han sido a propuesta de ATOS. Según se recoge en el correo electrónico interno, SAG y ATOS se reunieron el 20 de marzo. SAG se mostró molesta porque ATOS no quería firmar contratos de subcontratación posteriores en caso de firmar el acuerdo de colaboración y para SAG *“el espíritu del documento que estábamos tratando no es el de regular la contratación sino la base de, en caso de resultar adjudicatarios, como nos relacionaríamos”*, indicando que la firma de un contrato de subcontratación posterior es *“lo*

que venimos haciendo para administración pública siempre y con ellos mismos” (folios 6246 y 6247).

- (346) En este contexto, resulta llamativo que en prácticamente la totalidad (a excepción de uno¹²⁸) de contratos de desarrollo y mantenimiento de sistemas de aplicaciones informáticas tramitados por la Subsecretaría del MECD, contratados mediante adquisición centralizada bajo el Acuerdo Marco 26/2011 de la Subdirección General de Patrimonio del Estado, que fueron adjudicados a ATOS¹²⁹ desde 2013, se subcontratara a SAG para la realización de los servicios (folios 4431 a 4438).
- (347) En ocasiones la solicitud de favores de este tipo da lugar a conflictos entre empresas. Este es el caso de SAG con BABEL.
- (348) Según indica SAG en un correo electrónico interno de 22 de enero de 2009, SAG envió los datos de una oportunidad en el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino a comienzos de 2009. “Por indicación del responsable del proyecto” envían “los datos de otras dos empresas que debían no presentar oferta o que esta fuera más cara”. Entre esas empresas se encuentra BABEL, con quien hablan sobre precios, acuerdos entre las compañías, etc. Al final, BABEL presentó una oferta ligeramente más baja que la de SAG, por lo que fue la adjudicataria del proyecto (folio 10776), que tenía un importe presupuestado de unos 60.000 euros. Este tipo de comportamiento de BABEL no sería nuevo pero desde el propio SAG se aclara que es posible que el propio Ministerio se encuentre detrás de que BABEL presentase una oferta 200 euros más barata y que en esa adjudicación BABEL “*mantendrá el acuerdo previo de una persona de Babel y otra de SAG como hasta ahora y que de cara a la publicación de un concurso de mayor envergadura*¹³⁰ *manifiestan su intención de acudir formando una UTE*” (folio 10775).
- (349) En el análisis interno que hace SAG de la situación se indica que es como lo que sucede con otras empresas: “*nos encontramos con que cada uno quiere crecer a costa de lo que hay y en ocasiones eso que hay le pertenece a otro, al menos a priori*” (folio 10781).
- (350) SAG concluye que el tema no debe desembocar en una ruptura con BABEL, aunque “*Babel debe cuidar su relación con SAG en base sobre todo a medir su lealtad y agresividad comercial*” y señalan que mantendrán una conversación con BABEL “*instándole a la revisión de sus métodos, ya que en caso contrario dejaran de colaborar con nosotros*” (folio 10784).

¹²⁸ Expediente 2015/02665-083ef

¹²⁹ Expedientes número: 2013/01066-059 EF; 2014/00790-032EF; 2015/00033-007EF; 2015/01445-042EF; 2015/02661-079EF;

¹³⁰ Literal en el escrito de SAG.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

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

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

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

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, el presente expediente se refiere a una serie de prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 16/1989 y de la LDC. Ambas leyes prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en la fijación de precios o de otras condiciones comerciales y el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

Como se ha señalado en ocasiones anteriores, aplicar uno u otro precepto legal podría considerarse indiferente dada su práctica identidad, si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común¹³¹ (LRJPAC), la normativa aplicable deberá ser aquella que sea más beneficiosa para el infractor en el caso concreto, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable. Sin perjuicio de que la conducta regulada por el respectivo artículo 1 de las citadas leyes sea idéntica, de acuerdo con la

¹³¹ Actual artículo 26 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Audiencia Nacional¹³² y con los precedentes de esta CNMC¹³³, también en este caso el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989.

Esta apreciación de la Ley 15/2007 como ley más favorable resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención del pago de la multa o la reducción del importe de la multa en aplicación del programa de clemencia, introducido precisamente por la Ley 15/2007.

En atención a ello, la Ley 15/2007 es, con carácter general, la norma aplicable al presente procedimiento sancionador.

Por otro lado, esta Sala se muestra favorable a la aplicación también del artículo 101 del TFUE.

Tal y como se ha indicado en la definición de los mercados afectados, el mercado de tecnologías de la información, también denominado desarrollo y mantenimiento de *software*, pese a haber sido tradicionalmente definido en los precedentes de la Unión Europea como de ámbito nacional, presenta una clara tendencia a la internacionalización. Así, el hecho de que la mayoría de las empresas incoadas sean multinacionales y que desarrollen sus actividades en diversos países, participando en concursos y licitaciones de otros estados europeos, incide en que puedan verse afectadas, al menos potencialmente, actividades trasfronterizas.

Asimismo, los acuerdos y prácticas concertadas acreditados en el presente expediente han podido incidir en la capacidad de competir de terceros operadores, nacionales y europeos, en las licitaciones públicas afectadas por lo que se considera que se cumple el requisito de incidencia en el comercio dentro de la Unión Europea.

Por otro lado, en lo que se refiere al requisito de la apreciabilidad¹³⁴, éste también se cumple, si tenemos en cuenta el número de empresas implicadas en los

¹³² Así, Sentencia de 2 de abril de 2014, rec. núm. 194/2011, L'OREAL ESPAÑA, S.A. y L'OREAL, S.A.

¹³³ Entre otras, Resolución de 26 de mayo de 2016 (S/0453/2 AIO) y 4 de diciembre de 2014 (S/0453/12 RODAMIENTOS FERROVIARIOS).

¹³⁴ Según las citadas Directrices, la apreciabilidad puede valorarse considerando la posición y la importancia que las correspondientes empresas tengan en el mercado de los productos de que se trate. La evaluación de la apreciabilidad depende de las circunstancias de cada asunto, en particular de la naturaleza del acuerdo o práctica, de la naturaleza de los productos de que se trate y de la posición de mercado de las empresas afectadas. En su Comunicación sobre los acuerdos de menor importancia, la Comisión establece que los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas no suelen afectar al comercio entre los países de la UE.

acuerdos, la cuota del mercado de referencia que en conjunto representan, los volúmenes de negocio afectados y que las conductas investigadas afectan a toda España, que conforma una parte significativa del mercado interior.

En definitiva, se cumplen los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea de directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio interior en la Unión Europea, lo que permite la aplicación del artículo 101 TFUE a los efectos del presente expediente.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Una vez instruido el procedimiento sancionador, la Dirección de Competencia considera que varias empresas que operan en el mercado de tecnologías de la información en España, han llegado a acuerdos y prácticas concertadas para el reparto, fijación de precios u otras condiciones comerciales y el intercambio de información comercial sensible.

En lo que se refiere a la calificación de las conductas, la Dirección de Competencia considera que los acuerdos y prácticas concertadas constituyen una infracción única y continuada tipificada en el artículo 1 de la LDC, así como en el artículo 101 del TFUE, en la medida que obedecen a una estrategia y finalidad común de reparto de mercado, fijación de precios u otras condiciones comerciales y el intercambio de información comercial sensible, de cara al mantenimiento de la situación competitiva preexistente en diversas licitaciones públicas de servicios de tecnologías de la información en España. Las primeras prácticas acreditadas se remontan al año 2005 y algunos contratos todavía estarían vigentes.

Para la Dirección de Competencia, estos acuerdos y prácticas concertadas han tenido un objeto y efecto, al menos potencial, restrictivo de la competencia, al reducir de forma artificial e injustificada la competencia entre las empresas en las licitaciones públicas para la contratación de servicios de tecnologías de la información, convocadas por diversas administraciones públicas en España, de cara a mantener la situación preexistente con independencia de la evolución de las capacidades de las distintas empresas, las necesidades de la administración y la configuración de las licitaciones públicas afectadas.

La Dirección de Competencia considera responsables de las citadas conductas a las empresas: Accenture, S.L y Accenture Outsourcing Services, S.A. (conjuntamente, ACCENTURE); Aldebarán Tecnologías de la Información, S.L. (ALDEBARAN); Atos Spain, S.A. (ATOS); Axpe Consulting, S.L. (AXPE); Babel Sistemas de Información, S.L (BABEL); Cibernos Consulting, S.A. (CIBERNOS); Connectis ICT Services, S.A. (CONNECTIS); Everis Spain, S.L. (EVERIS); Gesein, S.L. (GESEIN); International Business Machines, S.A. (IBM); Informática El Corte Inglés, S.A. (IECISA); Indra Sistemas, S.A. e Indra Software Labs, S.L. (conjuntamente, INDRA); Next Computer Services, S.A. (NEXT); Software AG España, S.A. (SAG).

En lo que se refiere a la gravedad de la infracción, la Dirección de Competencia propone que las citadas empresas sean sancionadas por la comisión de una infracción muy grave, constitutiva de cártel, conforme a lo previsto en el artículo 62.4.a) de la LDC, al ser acuerdos y prácticas concertadas entre empresas competidoras que son contrarios a los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1. Análisis de las conductas objeto del expediente

En el presente apartado se realiza un análisis de los hechos acreditados con el objeto de identificar aquellos aspectos que esta Sala considera relevantes de cara a valorar aquellas conductas de las empresas incoadas que la Dirección de Competencia considera constitutivas de infracción.

Estos aspectos se refieren, en primer lugar, a la identificación de un patrón de comportamiento común consistente en la repetición de alianzas entre el grupo de empresas incoadas. En segundo lugar, esta Sala considera procedente identificar si hay un *modus operandi* generalizado entre las empresas de cara a la consecución de los acuerdos de colaboración y su incidencia en el logro de los objetivos perseguidos por las mismas y determinar si esa forma de actuar es una práctica común y extendida entre las empresas. Por otro lado, los hechos ponen de relieve la existencia de otra serie de conductas complementarias que para la Dirección de Competencia vienen a confirmar la existencia de relaciones entre una serie de empresas que traspasan los límites de la legalidad y estos hechos le sirven para reforzar los argumentos sobre la existencia de un plan global de actuación tendente al reparto del mercado entre las empresas. También se identifican estos hechos en el presente apartado. Finalmente, tratándose de licitaciones públicas, y de cara a valorar los posibles efectos que han podido causar las conductas en el mercado, resulta igualmente de interés hacer una valoración sobre la incidencia en el precio de los contratos que han podido ocasionar las conductas objeto de la presente resolución.

4.1.1. Análisis de las alianzas entre las empresas en las licitaciones públicas objeto de este expediente

Los hechos acreditados en el presente expediente ponen de manifiesto una excesiva repetición de alianzas entre varias empresas con el objeto de colaborar conjuntamente en la prestación de servicios a varios organismos públicos. Estas alianzas han afectado a un número considerable de contratos y se han extendido a varios organismos públicos durante un largo periodo de tiempo.

A continuación, se examinan las alianzas entre empresas en cada uno de los organismos públicos con el objeto de observar la existencia de patrones de comportamiento que, según la Dirección de Competencia, evidencian, junto con el resto de pruebas obtenidas, la existencia de acuerdos anticompetitivos.

i) Contratos de la AEAT

El siguiente cuadro muestra las alianzas entre las empresas en relación con los contratos de la AEAT desde el año 2006 (hechos 1 a 73).

LICITACIÓN	ALIANZAS ENTRE EMPRESAS
C 68/06	SAG-INDRA-CIBERNOS-GESEIN
AV 42/10	SAG-INDRA-CIBERNOS-GESEIN
PA 20/2014	SAG-INDRA-CIBERNOS-GESEIN
C 03/07	SAG-INDRA-CIBERNOS-IBM
AV 10/2011	SAG-INDRA-CIBERNOS-IBM
PA 2/2015	SAG-INDRA-CIBERNOS-IBM

El cuadro refleja un patrón de comportamiento que afecta a los contratos licitados por la AEAT desde el año 2006 en relación con este mercado. Puede observarse cómo las empresas SAG, INDRA y CIBERNOS mantienen una alianza permanente que alcanza a todos los contratos analizados. Por su parte, GESEIN e IBM participan cada una en tres de los contratos, los cuales se suceden en el tiempo.

En relación con las UTE conformadas por SAG, INDRA, CIBERNOS e IBM, es de destacar que en el año 2015 se produce una modificación de la estructura del contrato que pasa a dividirse en dos lotes (los dos anteriores que le preceden son de objeto único). El motivo de esta separación en lotes por parte de la administración es, según consta en los hechos acreditados (hecho 60), fomentar la concurrencia en la licitación. Este hecho, sin embargo, no altera los porcentajes de participación de las empresas en el acuerdo que arrastran desde el contrato C03/07, ya que las cuatro empresas pactan una estrategia de presentación conjunta a los dos lotes. Por un lado, CIBERNOS y SAG se presentan al lote 1, y por otro lado, INDRA SISTEMAS e INDRA LABS se presentan al lote 2, subcontratando a IBM. Es decir, pese a que se presentan por separado a los dos lotes, en realidad las cuatro empresas actúan como una unidad de decisión y se reparten el contrato (hechos 55 a 73).

Los compromisos adoptados por las cuatro empresas en relación con este contrato muestran claramente la intención de preservar la posición de las mismas en el “negocio” con independencia de la configuración del contrato en cuestión (hecho 63):

“1.- Se acuerda articular de alguna manera que se mantengan o se tiendan a mantener los porcentajes de negocio actuales aunque tengamos UTEs separadas.

- 2.- Se acuerda una propuesta de descuento conjunto para ambas ofertas.
- 3.- Se acuerda no preguntar, ni aportar certificaciones de los recursos que actualmente no están prestando servicio en la AEAT.
- 4.-Quedamos en pasarnos las ofertas técnicas, para no presentar ofertas técnicas muy diferentes.
- 5.- Cada una de las UTES se encarga de aportar los curriculums de los perfiles que tiene en su lote y de los adicionales de su lote.
- 6.-Enviar propuesta de descuento rondando el 1,05%
- 7.- En el caso de INDRA/IBM si modelo es finalmente Subcontratación hay que ir a explicárselo a [dato personal]/AEAT".

En relación con los contratos de la AEAT, no se dispone de información concreta sobre la concurrencia competitiva de otras empresas en las licitaciones, ya que la AEAT no dispone de la citada información (folio 4445). No obstante, para el contrato PA20/2014, consta un documento interno de INDRA en el que señala como potencial competidor en la licitación a IECISA (hecho 24).

ii) Contratos de la GISS

Los contratos analizados celebrados por la GISS desde el año 2006 muestran los siguientes acuerdos de colaboración (hechos 74 a 180):

LICITACIÓN	ALIANZAS ENTRE EMPRESAS
7202/06G	Lote 7. SAG-INDRA-BABEL Lote 10. SAG-INDRA-THALES (CONNECTIS)-ATOS Lote 11. SAG-INDRA-THALES (CONNECTIS)-ATOS Lote 12. SAG-INDRA-THALES (CONNECTIS)-ATOS Lote 13. INDRA-GESEIN Lote 14. SAG-THALES
7201/10G	Lote 6. SAG-INDRA-THALES (CONNECTIS)-ATOS-BABEL-EVERIS Lote 8. SAG-INDRA-THALES (CONNECTIS)-ATOS Lote 9. SAG-INDRA-THALES (CONNECTIS)-ATOS Lote 10. INDRA-GESEIN Lote 11. SAG-THALES
7201/13G	SAG-INDRA-CONNECTIS (THALES)-ATOS-CIBERNOS-BABEL BABEL-IBM
7201/14G	Lote 1. SAG-INDRA-CONNECTIS (THALES)-ATOS

	Lote 2. SAG-INDRA-CONNECTIS (THALES)-ATOS-GESEIN
	Lote 3. SAG-INDRA-ALDEBARAN-ATOS-CONNECTIS (THALES)-IECISA-BABEL

Se aprecia una reiterada coincidencia de varias empresas en los distintos acuerdos de colaboración: SAG, INDRA, THALES/CONNECTIS, ATOS y BABEL. Este grupo de empresas aparece en cada contrato manteniéndose constantes las alianzas. Las tres primeras empresas citadas aparecen, además, en varios lotes de un mismo contrato.

En los contratos de la GISS vuelven a aparecer, además de las ya citadas SAG e INDRA, también las empresas GESEIN y en menor medida CIBERNOS, empresas que mantienen alianzas también en la AEAT, como ya se ha señalado.

En relación con el contrato 7202/06G, cabe destacar que, si bien la adjudicataria del lote 12 fue formalmente la UTE compuesta por las empresas INDRA, THALES y ATOS, los hechos ponen de manifiesto que SAG también forma parte del acuerdo privado con una participación del 10% (hecho 76).

El expediente 7201/10G supone la continuación de los servicios licitados en el expediente 7202/06G a la finalización de la prórroga de los mismos. Las empresas colaboradoras en los lotes de este contrato coinciden con las empresas colaboradoras de los lotes equivalentes del contrato de 2006 (hecho 93 y 94).

En relación con el citado contrato, consta un comentario interno de INDRA en el que afirma que van a continuar subcontratando a EVERIS, lo que evidencia que la relación entre ambas viene de contratos anteriores (hecho 98).

Para el lote 9, consta igualmente un acuerdo y compromiso de UTE entre las empresas INDRA, SAG, THALES (CONNECTIS) y ATOS (folios 5701 a 5709). Aunque el acuerdo recoge los porcentajes de participación de las cuatro empresas, el compromiso de UTE sólo se refiere a las empresas INDRA, THALES (CONNECTIS) y ATOS (folio 5709), lo que muestra que el acuerdo y reparto interno de los servicios del lote 9 no coincide con el oficialmente comunicado en la presentación de ofertas a la licitación. En el acuerdo las cuatro empresas se comprometen “a colaborar con carácter de exclusividad” (hecho 103).

Por su parte, el contrato 7201/13G, si bien fue adjudicado a la UTE conformada por las empresas SAG e INDRA, constan acreditadas subcontrataciones preferentes de las empresas CIBERNOS, CONNECTIS, ATOS y BABEL. Con estas subcontrataciones se consigue que las empresas mantengan su participación en las alianzas pactadas a cambio de no competir con la UTE (hechos 107 a 137).

También aparece nuevamente IBM que habría alcanzado un acuerdo de subcontratación preferente con BABEL en caso de resultar adjudicataria del expediente 7201/13G (hecho 118).

Finalmente, en relación con el contrato 7201/14G, las empresas vuelven a colaborar en tres de los lotes, siendo adjudicatarios de los lotes 1 INDRA y SAG y del lote 2 INDRA, SAG y CONNECTIS, si bien consta la existencia de subcontrataciones preferentes de las empresas ATOS, CONNECTIS y GESEIN manteniéndose, por tanto, las mismas alianzas que en los contratos predecesores. En el caso del lote 3, si bien los acuerdos incluyen que SAG INDRA y ALDEBARAN se presenten en UTE y subcontraten a ATOS, CONNECTIS, IECISA y BABEL, finalmente el contrato fue adjudicado a INSA.

Un resumen de todo ello se puede apreciar en un correo electrónico interno de SAG titulado “Solo Para tu información. Así vamos en los 3 lotes de desarrollo” en el que se hace referencia al reparto de los tres lotes de desarrollo gestionado, indicando el porcentaje de facturación que corresponde a cada empresa y el porcentaje en las UTE (hecho 156).

Los porcentajes a que se hace referencia serían:

	% FACTURACIÓN	% UTE
INDRA	30	46
SAG	31	45
CONNECTIS	18	4
ATOS	11	0
ALDEBARAN	6	6
BABEL	2	0
GESEIN	3	0

Se produce, por tanto, entre las mismas empresas un acuerdo de reparto de los tres lotes, en el que se determina la configuración de las UTE y las subcontrataciones preferentes para mantener las posiciones de las empresas en los acuerdos.

En relación con estos contratos, hay que advertir que la GISS remitió a la Dirección de Competencia un documento que contiene información de los procedimientos de licitación. La citada información pone de relieve que en todos los contratos hay concurrencia competitiva de, al menos, otra UTE distinta a la UTE adjudicataria, e incluso consta la concurrencia de empresas que se presentan a título individual, lo que muestra la existencia de alternativas en la configuración de las alianzas dado que hay otras empresas interesadas en el contrato (folio 740).

iii) Contratos del SEPE

Los contratos licitados en este Organismo desde 2008 muestran las siguientes alianzas entre empresas (hechos 181 a 246):

LICITACIÓN	ALIANZAS ENTRE EMPRESAS
C. 10/08 C. 11/08	Lote 3. SAG-THALES (CONNECTIS)-ATOS-NEXT-EVERIS Lote 6. INDRA-GESEIN-ACCENTURE SAG-THALES (CONNECTIS)-ATOS-NEXT-EVERIS
PA 11/12	Lote 7. SAG-THALES (CONNECTIS)-ATOS-NEXT Lote 8. INDRA-GESEIN-ACCENTURE
PA 7/14	Lote 2. SAG-NEXT-AXPE-ATOS INDRA-GESEIN-ACCENTURE

Como puede observarse, en esta sucesión de contratos vuelven a repetirse alianzas en las que participan las empresas SAG, INDRA, GESEIN, ATOS y THALES/CONNECTIS.

Por su parte, ACCENTURE y NEXT aparecen en los acuerdos de colaboración en casi todos los contratos de este organismo.

Las otras dos empresas imputadas que aparecen en acuerdos en el SEPE son AXPE y EVERIS, si bien la segunda ya habría formado alianzas en el contrato 7201/10G de la GISS.

En relación con los contratos C10/08 y C11/08, consta un acuerdo entre las empresas EVERIS, THALES, SAG, ATOS y NEXT, para presentarse a los lotes 3 y 6 de los citados contratos. Este acuerdo establece que para el lote 6 del concurso C11/08 se presentarán THALES (CONNECTIS), NEXT, SAG y ATOS y subcontratarán a EVERIS en exclusiva, mientras que para el lote 3 del concurso C10/08 se presentan las cinco conjuntamente (incluyendo a EVERIS) (hecho 188).

El 2 de julio de 2008 ATOS envió un correo a THALES (CONNECTIS) remitiendo la opinión de su asesoría jurídica en relación con los acuerdos de UTE que se estaban negociando para dos lotes que convocaba el INEM. La propia asesoría de ATOS muestra su preocupación por considerar que la estrategia seguida por las empresas podría conducir a un reparto del mercado contrario a las normas de competencia y que con ello se estarían vulnerando las normas de la finalidad que justifica la constitución de la UTE (hecho 190).

En el caso del lote 3 del expediente C10/08 existieron otras tres ofertas económicas a un precio menor y aun así se adjudicó a la UTE

ATOS/SAG/NEXT/THALES/EVERIS con un descuento del 2%¹³⁵. En el caso del lote 6 del expediente C11/08 se adjudicó a la UTE INDRA/ACCENTURE/CORITEL/GESEIN quien presentó un descuento superior al de la UTE ATOS/SAG/NEXT/THALES, la otra oferta presentada (10% frente al 2%)¹³⁶ (hecho 192).

Para el contrato PA11/12 vuelven a reproducirse las mismas alianzas entre varias empresas. En relación con este contrato, consta el siguiente correo de SAG dirigido a NEXT y THALES que pone de manifiesto la estrategia de las empresas (hecho 209):

1º.- Las empresas Thales, Next y SAGE ,juntas, realizaran oferta a los lotes 7 y 8 del Concurso recientemente convocado por el SEPE.

2º.-Las tres empresas comparten que la base de descuento en estas ofertas debe ser "importante", mencionándose como elemento de partida para la discusión en torno al 25%.

3º.-Los Responsables de las 3 empresas han fijado un "reparto" en porcentajes de dichos lotes, en los que se encuentran razonablemente cómodos, que sera la base para que se realice el ajuste final en % de recursos y facturación.

4º.- Incorporar a ATOS al acuerdo”.

En el caso del expediente PA 7/14 del SEPE, ACCENTURE negoció y mantuvo reuniones con INDRA y GESEIN de cara a mantener los porcentajes de reparto que tenían anteriormente, antes incluso de la publicación de los pliegos. En este concurso, INDRA y ACCENTURE se presentaron en UTE a los lotes 1 y 2 y acordaron subcontratar a GESEIN por el porcentaje que tenía anteriormente para evitar otras uniones. No obstante, en esta ocasión la UTE no resultó adjudicataria de ninguno de los dos lotes, por lo que los acuerdos alcanzados no pudieron llevarse a efecto para el concurso PA 7/14. Este lote fue adjudicado a la UTE conformada por las empresas SAG, NEXT y AXPE, que subcontrataron a ATOS, manteniendo así alianzas anteriores.

Como en el caso de la GISS, el SEPE también remitió a la Dirección de Competencia un documento que contiene información de los procedimientos de licitación. Al igual que en el GISS, la citada información pone de relieve que en todos los contratos hay concurrencia competitiva, ya que se presentan varias UTE e incluso empresas en solitario, lo que muestra la existencia de alternativas en la configuración de las alianzas (folios 771 a 799).

iv) Contratos del INSS

Los contratos del INSS analizados desde el año 2005, muestran las siguientes alianzas entre empresas (hechos 263 a 320):

¹³⁵ Cálculos propios con base en datos folio 772.

¹³⁶ Cálculos propios con base en datos folio 779.

LICITACIÓN	ALIANZAS ENTRE EMPRESAS
11/CP-10/2005 (ATRIUM)	SAG-INDRA
392/CP-40/05 (ADABAS/NATURAL)	SAG-INDRA-ATOS-CIBERNOS
60/VC-28/10 (ADABAS/NATURAL)	SAG-INDRA-ATOS-CIBERNOS
60/VC-50/10 (ATRIUM)	SAG-INDRA
60/CP-29/08 (Otros servicios)	SAG
60/VC-73/12 (ATRIUM Lote 6)	SAG-INDRA

Esta serie de contratos pone nuevamente de manifiesto la extensión de las estrategias de colaboración a otros organismos públicos. Aparecen nuevamente aliadas las empresas SAG, INDRA, ATOS y CIBERNOS, cuya presencia ya ha sido observada en los anteriores organismos públicos analizados.

En relación con el contrato 60/VC-73/12, el 13 de marzo de 2012, en un correo electrónico interno de SAG, con asunto “Inss-información de los pliegos” se hace referencia al estado de las negociaciones con INDRA, y a las “*alternativas posibles ante una negativa por su parte*”. En ese contexto, se señala que al día siguiente tienen una “*reunión con Oesia para hablar del pliego y buscar una alianza que nos permita ser más competitivos*”. También se alude a que desde contratación del INSS les habrían animado a presentarse “*para ser una segunda opción caso de que nos sea adjudicatario Indra*” (hecho 283).

No se alcanzó un acuerdo entre INDRA y SAG, ya que ambas se presentaron por separado. INDRA se presentó en solitario a los lotes 1, 2, 3 y 6, y resultó adjudicataria del lote 1. SAG se presentó en solitario al lote 6 (aparte del lote 2 y 3 con BABEL), del que resultó adjudicataria, como ya se ha señalado antes. Entre las empresas subcontratadas por SAG para el “Proyecto ATRIUM” no se encuentra INDRA (hecho 285).

Al igual que en los casos anteriores, de la información suministrada por el INSS se desprende la existencia de concurrencia competitiva en algunos de los contratos (folios 4422 a 4425).

v) Entorno SAP

Finalmente, en relación con los hechos relacionados con el entorno SAP, se observan las siguientes alianzas (hechos 247 a 262):

	ALIANZAS ENTRE EMPRESAS
	SAG-INDRA SAG-EVERIS

SAG e INDRA alcanzaron un acuerdo marco de colaboración para presentarse en UTE a los distintos proyectos de tributos-SAP en las comunidades autónomas españolas, así como a nivel europeo.

Por su parte, EVERIS y SAG alcanzaron en julio de 2011 un acuerdo marco de colaboración en relación con el entorno SAP y que se circunscribe a administraciones autonómicas y locales españolas en materia de tributos previendo la firma de acuerdos de colaboración específicos para cada oportunidad detectada por ambas empresas, sin que se hayan podido acreditar los efectos de estos acuerdos entre EVERIS y SAG.

Como puede observarse, vuelven a reproducirse las alianzas entre SAG e INDRA, la cuales se extienden a casi todos los contratos analizados, y además aparecen en acuerdos SAG y EVERIS que ya habrían participado en distintas alianzas en el GISS y en SEPE.

4.1.2. Existencia de un *modus operandi* generalizado que permite a las empresas mantener las alianzas

Los hechos ponen de manifiesto un *modus operandi* entre las empresas que se repite en los distintos contratos y se extiende a todos los organismos públicos analizados. Este *modus operandi* generalizado permite el mantenimiento de las alianzas que se han observado en el apartado anterior.

Se analizan a continuación los aspectos más relevantes de este *modus operandi* entre las empresas.

i) Los acuerdos entre las empresas se producen en muchas ocasiones con anterioridad al anuncio de licitación del contrato

En gran parte de los procedimientos de contratación analizados se puede observar cómo las empresas tienen conocimiento de la futura licitación con anterioridad a la publicación de la misma. Ello se consigue gracias a los contactos que las empresas mantienen dentro de la administración contratante. En este sentido, los hechos ponen de manifiesto como SAG e INDRA son las empresas que suelen obtener esta información de primera mano y luego la trasladan al resto de empresas que conforman el acuerdo de colaboración. En otras ocasiones, estos acuerdos se llevan a cabo sin conocer, siquiera, las condiciones de los nuevos pliegos (a modo de ejemplo, hechos 11, 25, 34, 56, 70, 96, 109, 182, 270).

Se puede observar, incluso, que en algunas licitaciones las propias empresas que participan de los acuerdos han incidido directamente en la elaboración de

los pliegos que deben regir el contrato al que posteriormente licitan (por ejemplo, hechos 28 y 272).

ii) Formalización de los acuerdos de colaboración y los compromisos de constitución de UTE

Las negociaciones entre las empresas suelen dar lugar a la firma de un acuerdo de colaboración que no es de carácter público y en el cual se refleja el alcance real de los acuerdos adoptados. Entre otros aspectos, en el mismo se suele hacer referencia a los porcentajes de reparto reales (que no siempre coinciden con los notificados a la administración), a si el acuerdo conlleva la presentación en UTE o la subcontratación de un determinado porcentaje de la facturación esperada, o al compromiso de no participar en ofertas alternativas que puedan generar competencia en el contrato licitado o a la exclusividad de la colaboración. Tanto la exclusividad como las subcontrataciones están dirigidas a evitar la competencia, como llegan a señalar las propias empresas (por ejemplo, hechos 3, 29, 50, 67, 113, 152, 175, 187, 194, 211, 230, 291 y 302).

Los acuerdos de colaboración reflejan la forma de funcionamiento de la UTE o la subcontratación y establecen cómo repartir las incorporaciones de personal que se produzcan durante la vigencia del contrato o cómo repartir las subcontrataciones ordinarias que sean necesarias para la prestación de los servicios contratados. Asimismo, estos acuerdos suelen hacer referencia a las fórmulas de regularización destinadas a evitar desviaciones respecto a los porcentajes de reparto acordados.

Además del acuerdo de colaboración, suele firmarse un compromiso de UTE, un acuerdo de constitución de UTE y una memoria de UTE. Los dos últimos son de carácter público, se notifican a la administración y pueden presentar porcentajes distintos a los acordados en el pacto privado, que es el que prima, por lo que la administración contratante no es oficialmente conocedora de la existencia de pactos que alteran la composición de las ofertas presentadas por las empresas licitantes.

Es importante destacar que la redacción de los documentos a los que se acaba de aludir suele ser muy similar y, en bastantes ocasiones, idéntica en los distintos organismos públicos de continua referencia. De hecho, se ha constatado el uso de documentos relativos a acuerdos anteriores como plantilla o base, aunque se refieran a otros organismos y existan variaciones entre las empresas participantes.

Es frecuente también que la fórmula utilizada en las distintas memorias de cara a justificar la UTE coincida literalmente en los casos analizados. La justificación de la formación de UTE radicaría en la experiencia de las empresas miembros y en la utilidad de la UTE para permitir la prestación de los servicios a plena satisfacción del organismo licitante. Pero las memorias de los concursos investigados incorporadas al expediente de referencia no contienen motivaciones técnicas o económicas que justifiquen la formación de las diversas UTE (por ejemplo, hechos 7, 19 y 32).

Los porcentajes de participación de las distintas empresas en las UTE no vienen principalmente determinados por los medios técnicos de que disponga cada una de ellas o por su capacidad económica. Si bien es cierto que en ocasiones la necesidad de contar con unos perfiles concretos lleva a que empresas grandes acepten en la UTE a empresas más pequeñas o les garanticen un porcentaje de facturación¹³⁷ en forma de subcontratación preferente, se ha acreditado que las empresas negocian los porcentajes intentando asumir cada una la mayor proporción posible, al menos en lo que a los porcentajes nominales se refiere.

Además, también se han acreditado casos en los que se cede un determinado porcentaje a otra empresa “*porque sí*” (ver INDRA y SAG en el caso del INSS, (hecho 267) o como compensación porque otras tengan un mayor porcentaje en otros contratos (entre otros ver el caso del acuerdo de INDRA y SAG respecto al SAP en que se fijan aumentos y decrementos correlativos de participación en ofertas para ir equilibrando la participación global de ambas).

iii) El sistema de regularizaciones

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

Este sistema persigue que cada empresa facture el porcentaje pactado inicialmente a través de un mecanismo de compensaciones. Cuando se producen desequilibrios en los porcentajes de facturación porque una de las empresas del acuerdo factura un porcentaje superior o inferior al pactado inicialmente, entra en marcha el mecanismo de compensación, que implica que las empresas que han facturado por encima de su porcentaje pactado deben compensar a las empresas que no han alcanzado los porcentajes iniciales¹³⁸.

Las regularizaciones se fijan con cierta periodicidad y en el momento del cierre de la UTE se hacen los balances entre facturación real y teórica. La compensación está pensada para hacerse a través de la UTE, pero en ocasiones se producen directamente entre las empresas.

Los hechos acreditados constatan que las regularizaciones se han llevado a cabo, al menos, en los concursos C 08/06, AV 42/10, PA 20/2014, C 03/07, AV 10/11 de la AEAT y PA 2/2015; 7201/13G de la GISS o PA 7/14 del SEPE.

En el caso de los concursos de la AEAT, la continuidad en los servicios que se prestan en uno y otro concurso permite ver que INDRA y SAG prestan

¹³⁷ Se ha acreditado que se fija el porcentaje de facturación y de este se deriva la participación efectiva en el contrato de que se trate, según el grado de ejecución global del mismo.

¹³⁸ Así se indica en correo interno de INDRA de 26 de noviembre de 2014: “*tenemos unos acuerdos firmados con el compromiso de que ninguna de las empresas llegue a facturar más a la UTE que el porcentaje que tiene asignado, definiendo unos mecanismos de compensación entre empresas, si esto sucede. Este mecanismo implica que la empresa que no llega a su porcentaje factura a la UTE el importe que le ha faltado, pero recibe una factura de la empresa que se ha pasado por ese mismo importe minorado en un porcentaje de beneficio*” (Folio 8411).

sistemáticamente un porcentaje menor de servicios de los que les correspondería sin que, pese a ello, varíen los porcentajes teóricos a lo largo del tiempo.

En el caso de los concursos C 68/06; AV 42/10; PA 20/2014, todos ellos relativos a los servicios de desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones que se llevan a cabo en la AEAT, los datos son los siguientes:

Empresas	%Participación Teórica en los tres concursos.	AV 42/10 % real	PA 20/2014% real
SAG	42,04	41,09	37,40
INDRA	35,18	28,37	32,71
CIBERNOS	11,16	15,72	16,75
GESEIN	11,62	14,82	13,14
IECISA		Subcontratado	

Elaboración propia con datos de folios: 5512, 5870, 5871, 6176, 6526, 6527, 6533, 7154, 7202, 7889.

En el caso de la GISS, la división de los concursos en lotes y las distintas equivalencias de unos y otros dificultan la realización de una comparativa sistemática en que se muestren los porcentajes de participación de cada empresa en la prestación de los servicios contratados. No obstante, se dispone de evidencias del mantenimiento de los porcentajes de cada empresa ya que, como se ha acreditado en el apartado dedicado a las licitaciones de la GISS, determinadas empresas incoadas hacen referencia a porcentajes de cada lote de forma que se mantienen las participaciones anteriores, como por ejemplo BABEL, al pretender mantener del 7% del lote 6 del concurso de 2006 en su equivalente en 2010.

En el caso de las licitaciones del SEPE, la problemática a la hora de realizar una comparación sistemática de las regularizaciones es similar, aunque se ha acreditado su existencia en el lote 2 del expediente PA7/14¹³⁹.

En el caso de las licitaciones del INSS, no se dispone de evidencias de regularizaciones, pero sí de que las empresas mantienen su participación tanto en ATRIUM como en ADABAS/NATURAL. En el caso de ATRIUM (concursos 11CP-10/2005 y 60/VC-50/10) los porcentajes son: SAG 75% e INDRA 25% hasta que en el concurso siguiente rompen su colaboración. En los concursos de ADABAS/NATURAL (392/CP-40/05 y 60/VC-28/10) las empresas también mantienen sus porcentajes de participación:

¹³⁹ Folios 7154 y 7155.

EMPRESAS	Porcentaje de participación en 392/CP-40/05 y 60/VC-28/10
SAG	51
INDRA	15
CIBERNOS	15
ATOS	19

Elaboración propia con datos de folios 9825, 9830

iv) El uso de subcontrataciones preferentes en los acuerdos de colaboración

Otro patrón de comportamiento observado en los hechos se refiere al uso habitual por las empresas de la figura de la subcontratación preferente. Estas subcontrataciones preferentes tienen la particularidad de que exigen exclusividad al subcontratado, de tal forma que éste no puede participar en el contrato en competencia con la UTE (por ejemplo, hechos 67, 97, 124 a 137, 149, 162 a 180, 187, 229, 239).

Ejemplos acreditados de este extremo son la subcontratación de IBM por la UTE INDRA/SAG/CIBERNOS en 2015 al salir IBM de la UTE preexistente, a la que perteneció en contratos anteriores de la AEAT. O la subcontratación de SAG por la UTE INDRA/CONNECTIS/ATOS en el lote 12 del expediente 7202/06G de la GISS. También son ejemplos acreditados las subcontrataciones de ATOS, CONNECTIS y CIBERNOS en el expediente 7201/13G de la GISS y de ATOS, CONNECTIS y GESEIN en el expediente 7201/14G o las subcontrataciones a ATOS en distintos lotes del expediente PA 11/12 del SEPE.

En algunos casos, estas subcontrataciones son instrumentos que posibilitan a las empresas subcontratadas mantener su posición en los acuerdos, cuando en un determinado contrato las empresas, por motivos estratégicos, deciden cambiar la configuración de la colaboración. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en la sucesión de contratos de la AEAT, en los que se puede observar cómo, ante la necesidad de cambiar la configuración de la estrategia de colaboración, las partes deciden acudir al contrato en dos UTE y subcontratar a IBM, que logra así, mantener su porcentaje de participación en el contrato (hechos 55 a 73). En otros casos, se puede observar cómo la subcontratación obedece simplemente a la necesidad de captar a una empresa en la UTE para que no compita en el contrato (por ejemplo, hechos 114 y 146). La contrapartida es la obligación de no competencia con la UTE que asume la empresa subcontratada.

v) El intercambio de información entre las empresas colaboradoras

La relación de colaboración permanente entre algunas empresas se sustenta, en cierta medida, gracias a la confianza mutua existente entre ellas. Una muestra de esta confianza es el intercambio de información entre empresas de los datos

personales de trabajadores y su categoría profesional, cuya relevancia es innegable, si tenemos en cuenta que estamos ante un sector de una considerable especialidad técnica por lo que el personal de las empresas es uno de los grandes activos que genera valor a las empresas y les permite diferenciarse del resto¹⁴⁰.

4.1.3. Otro tipo de colaboraciones entre las empresas

Los hechos ponen de manifiesto otro tipo de colaboraciones entre algunas de las empresas incoadas como son las ofertas de cobertura para simular la concurrencia competitiva en algunos contratos en las que habrían participado las empresas SAG, ATOS, INDRA, CIBERNOS, IECISA y BABEL, así como la cesión de claves de Patrimonio entre las empresas SAG y ATOS para poder acudir a la contratación centralizada de la administración pública (hechos 331 a 350).

Con el objetivo de facilitar y agilizar la contratación de productos y servicios con características homogéneas para los diferentes organismos y órganos de la administración, puede acordarse su contratación centralizada, a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado.

Tal es el caso de determinados servicios de desarrollo y mantenimiento de aplicaciones que fueron contratados a través del procedimiento denominado AM 26/11. En la primera fase de este procedimiento, las empresas ofertan sus productos o servicios, siendo aceptados aquellos que cumplan los requisitos establecidos en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas, e incorporados en un catálogo (de ahí las referencias de las empresas al catálogo 26 de Patrimonio). Cada empresa adjudicataria recibirá unas claves (las denominadas claves de Patrimonio, de gran valor e interés para las empresas) que facilitarán su participación en la segunda fase del procedimiento.

En una segunda fase, se convoca una nueva licitación entre las empresas capaces de realizar la prestación concreta solicitada por un órgano u organismo determinado.

¹⁴⁰ Por ejemplo, en relación con AEAT: folio 9954 (versión no confidencial folios 13257 y 13258); folio 9960 (versión no confidencial folios 12386-12407); folio 7077 (versión no confidencial 5502 a 5505); folio 7523 (versión no confidencial folio 8645); folio 10813 (versión no confidencial folios 12485 a 12511); folio 10840 (versión no confidencial folios 12530 a 12558); folio 10853 (versión no confidencial folios 12559 a 12604).

En relación con GISS: folios 9889 a 9891 (versión no confidencial folios 12345 a 12349); folio 9941 (versión no confidencial folios 12357 a 12377); folio 10019 (versión no confidencial folio 12431); folios 10763 a 10770 (versión no confidencial folios 12442 a 12451); folio 10867 (versión no confidencial folios 12605 a 12622); folio 10868 (versión no confidencial folios 12623 a 12638); folio 10869 (versión no confidencial folios 12639 a 12654)

En relación con SEPE: folio 10026 (versión no confidencial folios 12432 y 12433); folio 10742 (versión no confidencial folios 12434 y 12435).

4.1.4. La incidencia de los acuerdos de colaboración en el precio de adjudicación de los contratos

En algunos contratos consta acreditado cómo las empresas minimizan los descuentos por la seguridad de saberse ganadores del concurso. Así, por ejemplo, en el caso de los seis expedientes analizados en relación con la AEAT, cuatro de ellos se adjudican sin descuento (C08/06, C 03/07, AV42/10, AV 10/2011).

En el caso del expediente AV 42/10 de la AEAT, se ha acreditado que en las conversaciones de las empresas (SAG, INDRA, CIBERNOS y GESEIN) se habla de un descuento máximo del 2%, sabiendo que el concurso estaba preparado *ad hoc* para ellas, aunque finalmente no se oferta descuento alguno y las propias empresas señalan “*nos lo van a tener que adjudicar a pesar de nuestro descuento*” (folio 5777).

En las conversaciones en relación al expediente AV 10/2011 de la AEAT (SAG, INDRA, CIBERNOS e IBM), las empresas también señalan la necesidad de ofertar con descuento, si bien finalmente no ofertaron descuento alguno.

El expediente PA 20/2014 de la AEAT se adjudica con un 2,9% de descuento, a pesar de que las tarifas del pliego habían aumentado un 10% respecto al concurso anterior, por lo que el concurso podía resultar más atractivo para que se presentaran más ofertas. Esta posibilidad fue barajada por la UTE adjudicataria, habiéndose acreditado que sus miembros (SAG, INDRA, CIBERNOS y GESEIN) estuvieron barajando descuentos de entre el 7% y el 10% (folio 6516) previendo un descuento del 7,5% aunque finalmente lo bajaron al 2,9%, al estar casi seguros de ganar la licitación (folios 13253 y 13254).

El expediente PA 2/2015 de la AEAT, que fue dividido en dos lotes, fue adjudicado con un descuento del 1,05% en cada lote, pese a que las empresas implicadas (SAG, CIBERNOS, INDRA, IBM y AXPE) se plantearon presentar descuento del 3% (folio 9364).

En el caso de los expedientes licitados por la GISS, se ha acreditado que las conductas descritas también conducen a descuentos inferiores a los que habrían existido en un entorno competitivo.

Así, en el expediente 7202/06 G de la GISS, los descuentos oscilan entre el 8% y el 9,48% en función de lotes, aunque, como se ha acreditado anteriormente, las empresas (SAG, INDRA, ATOS, GESEIN, THALES (CONNECTIS) y BABEL) hablaron de ofertar descuentos mayores de los finalmente aplicados.

En el expediente 7201/10G de la GISS, las empresas SAG e INDRA plantearon la posibilidad de ofertar descuentos del 8,5 % si existía competencia y del 7% si no la había. INDRA, THALES (CONNECTIS) y ATOS querían ofertar un descuento menor. De los 11 lotes licitados se han analizado los lotes 6, 8, 9 y 11, que se adjudicaron con descuentos entre el 7% y el 8,5% (folio 10890).

En el expediente 7201/13G, las empresas indican que, dada la situación del mercado, el descuento debería rondar el 35% (entre un 30 y un 38% de

descuento) y finalmente se presenta un 30% de descuento sobre los precios unitarios, el mínimo del rango barajado.

La licitación del expediente 7201/14G se divide en cuatro lotes y aunque existen acuerdos entre empresas, también existe una mayor concurrencia y competencia entre bloques de empresas lo que da lugar a que se presenten descuentos entre el 30,30% y el 44%. No obstante, como se ha indicado anteriormente, en estos concursos de la GISS el presupuesto base de licitación coincide con el importe adjudicado, por lo que el descuento ofertado no redundaba en una reducción de costes para la administración licitante.

Por lo que respecta a los expedientes licitados por el SEPE, el lote 3 del expediente 10/08 se adjudicó con un descuento del 2%, el mismo descuento que se ofertó por las empresas participantes (SAG, NEXT, CONNECTIS, ATOS y EVERIS) en el acuerdo para el lote 6 del expediente 11/08, ya que los acuerdos englobaban ambos lotes (este último lo ganó INDRA con un 10% de descuento). En el caso del expediente PA 11/12, las empresas hablan de la necesidad de un descuento importante, tomando como cifra de partida el 25%. Los descuentos a los que se producen las adjudicaciones de los lotes se sitúan entre un 27% y un 28,14% de descuento, como se ve descuentos mucho más significativos que en los casos anteriores, ya que compitieron dos bloques de empresas, uno liderado por SAG y otro por INDRA.

En lo que se refiere a los expedientes licitados por el INSS relacionados con ATRIUM, el expediente 11CP-10/2005 se adjudicó con un 15% de descuento. Su continuación, el expediente 60/VC-50/10, era un “concurso marcado tecnológicamente”, según las empresas (INDRA y SAG). Por ello, en un principio INDRA y SAG fijan un tope del 10% de descuento, y finalmente son adjudicatarias habiendo presentado una oferta con un 5% de descuento. La continuación de los servicios de este contrato se licitó con el concurso 60VC-73/12, divididos en lotes. En este caso se rompe el acuerdo entre INDRA y SAG y éstas compiten entre sí. Finalmente, el lote relativo a ATRIUM (lote 6) se adjudicó con un 25% de descuento a SAG, mientras que INDRA ofertó un 22,9% de descuento. Ambos descuentos muy superiores a los ofertados cuando ambas se presentaban conjuntamente.

En cuanto a los expedientes relacionados con ADABAS/NATURAL del INSS, el expediente 392/CP-40/05 se adjudicó con 15% de descuento. Su continuación, el expediente 60/VC-28/10 se adjudicó a la misma UTE, única oferta presentada, con un 10% de descuento. Las empresas miembros de la UTE (SAG, INDRA, ATOS y CIBERNOS) se habían planteado un 13% de descuento en este caso, aunque finalmente ofertaron un porcentaje menor.

Los expedientes del INSS relacionados con otros productos informáticos están divididos en lotes y, como se ha visto, existió un mayor grado de concurrencia en las licitaciones. Ello dio lugar a descuentos mayores, como, por ejemplo, la adjudicación del lote 2 del expediente 60/CP-29/08 a SAG con un 25% de descuento. No obstante, los lotes 4 y 5 se adjudicaron a IECISA con 3,1 y 5% de descuento respectivamente.

Por otra parte, debe señalarse que las conductas recogidas en los hechos acreditados permiten a empresas¹⁴¹ como INDRA y SAG mantener márgenes de beneficio e incluso aumentarlos en plena crisis económica y en un contexto de contención del gasto público.

Así, por ejemplo, en el caso de la AEAT, en relación con la prórroga del expediente AV 42/10, INDRA habla de mantener el margen del proyecto (que daba un 11%) a pesar de la bajada del 5% de las tarifas y de la renuncia a aplicar el IPC propuestas por la AEAT, indicando que tendrán que proponer cambios al cliente “o las acciones que veamos” para que sea como mínimo como estaba (folios 7524 y 7526). Posteriormente, en un correo interno de INDRA de 27 de agosto de 2014 se habla de que están pensando en pasar del 9% de margen que tienen al 13% (folios 9268 y 8394).

El 13% sería el margen objetivo fijado por INDRA en el periodo de 2014 a 2016, periodo en que el margen directo se mantiene entre un 13,2% y un 13,13% (folios 9285 y 9289).

Concretamente, en el expediente AV 2/2015 de la AEAT, INDRA estima que con el descuento acordado (1,05%) el margen es del 12,86% (folio 9364).

En el caso del SEPE, en los contratos de 2011 y 2012, pese a la bajada de los precios de venta, los márgenes de beneficio de INDRA pasaron de un 18,4% a un 24,5% (en 2011) y a un 21,9% (en 2012) (folio 9550). En julio de 2012 INDRA comenta que de cara a las ofertas del SEPE barajan estrategias que les permitan mantener entre un 10% y un 15% de margen (folio 7490).

En el caso de la GISS, el margen de INDRA ha ido aumentando del 8% en 2012, al 10% en 2013, 11% en 2014, 13% en 2015 y 15% en 2016 (folio 9676).

Por lo que se refiere al INSS, en el concurso 60/VC-50/10, SAG comenta que en el peor escenario el margen esperado es del 4,54% (folios 10848 a 10850) en un momento en que el descuento que se barajaba era del 10%, aunque luego el descuento ofertado fue menor.

En aquellos casos en que las empresas encuentran dificultades para lograr el mantenimiento de los márgenes, entre las acciones que se plantean se encuentra el recurso a una reducción de los costes salariales de cara a paliar las posibles bajadas. Ello a pesar de que los recursos humanos aportados por cada empresa a los proyectos resultan esenciales para la consecución y mantenimiento de los contratos y de que la cualificación de los trabajadores supone el principal activo de las empresas, quienes deben presentar los currículum en sus ofertas y adaptar el personal de cada proyecto a requerimientos técnicos muy específicos de cara a lograr la adjudicación de los diversos concursos.

En este contexto, en diciembre de 2012 se solicitan internamente en INDRA datos de la evolución de precios unitarios de distintos clientes, así como de los

¹⁴¹ Los datos de márgenes de los que se disponen corresponden a las empresas INDRA y SAG, por haber sido aquellas en las que mayor información se recabó de la inspección a sus sedes.

costes laborales unitarios, de cara a intentar “*justificar una bajada de salarios más generalizada para recuperar márgenes*” (folio 9551).

En relación con los organismos cuyos concursos se han ido analizando en este expediente, se muestra que el coste hora unitario medio ha ido disminuyendo entre 2010 y 2013 de unos 29 euros la hora en GISS o INSS y de 31 euros la hora en SEPE, a unos 28,3 euros en GISS o INSS y 27,1 euros en SEPE.

Pese a ello, también se habría ido reduciendo el margen potencial, de un 17,1% en INSS o GISS y un 18,4% en SEPE, a un 8,7% en GISS o INSS y un 11,7% en SEPE. La causa de esta reducción del margen sería la evolución en los proyectos de mantenimiento de aplicaciones, desde grandes evoluciones en las aplicaciones preexistentes a mantenimientos correctivos, adaptativos o pequeñas evoluciones o adaptaciones a cambios legislativos, lo que conlleva peticiones de personal menos voluminosas. Además, el margen se habría visto afectado por la reducción de los presupuestos de los clientes, reducción de equipos y condicionamiento de los perfiles por los clientes, quienes habrían retenido a los perfiles medios-altos sin permitir mejorar las tasas. Otros aspectos que inciden en los márgenes habrían sido las reducciones de jornada a 7 horas impuestas por clientes, las penalizaciones económicas y la prestación de servicios por otras empresas de las UTE, en caso de que no se cubran a tiempo los recursos pendientes (folios 9550 y 9551).

4.2. Antijuridicidad de las conductas

La Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala que sancione a las empresas imputadas por la comisión de una infracción muy grave de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en un cártel en el que se aprecian varias conductas como son el reparto del mercado, la fijación de precios y otras condiciones comerciales y el intercambio de información comercial sensible.

Los citados artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE prohíben 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 parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan, entre otros, en la fijación de forma directa o indirecta de precios o de otras condiciones comerciales y en el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

Cabe puntualizar aquí, porque ha sido una alegación constante de las empresas en este expediente, que en infracciones del artículo 1 de la LDC o 101 del TFUE, como pueden ser las que se analizan en esta resolución, el que la conducta, manifestada en un contacto o acuerdo, en cualquiera de sus formas, entre competidores tenga el objeto de restringir la competencia es suficiente para considerar la antijuridicidad de la misma, sin que sea necesario demostrar la existencia de efectos, ni siquiera que ese acuerdo se haya logrado materializar. Como han señalado los tribunales europeos, incluso “*la toma de contacto que se*

*materializa en la tentativa de alcanzar un acuerdo sobre los precios constituye una práctica concertada prohibida por el artículo 101 TFUE*¹⁴².

Por otro lado, y dado que la Dirección de Competencia considera que las conductas entran en la categoría de cártel, cabe igualmente acudir a la disposición adicional cuarta de la LDC, en su versión anterior a la reforma introducida con fecha 25 de mayo de 2017¹⁴³, que define la conducta de cártel como 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*”.

Sin perjuicio del análisis de antijuridicidad de las conductas que se realiza en este apartado, esta Sala ya avanza que se muestra conforme con la valoración jurídica de los hechos realizada por la Dirección de Competencia en su propuesta de resolución, por lo que el presente apartado se limita a corroborar lo que ya ha anticipado la Dirección de Competencia anteriormente, es decir, que estamos ante una serie de conductas que constituyen una infracción de los artículos antes citados que ha tenido por objeto principalmente el reparto de una gran cantidad de contratos públicos de gran relevancia económica, técnica y funcional.

El análisis de los hechos acreditados en esta resolución, y que constan en su versión completa en los folios 24564 a 24678 de la propuesta de resolución, revela una inusual e inexplicable coincidencia de grupos de alianzas que se mantienen en un gran número de contratos y en algunos casos se extienden a varios organismos públicos, siendo esta estabilidad un claro indicio de la existencia de acuerdos encubiertos entre las empresas para eliminar la competencia competitiva en los procedimientos de contratación en los que han participado.

En todo caso, si bien este exceso de repetición de alianzas ya puede resultar un elemento muy decisivo a la hora de considerar que estamos ante una infracción de las normas de competencia, lo cierto es que hay muchos elementos de prueba adicionales que ayudan a entender que estas alianzas no provienen de una colaboración necesaria que viniese impuesta por la administración, tal como afirman algunas empresas, sino que son consecuencia de una estrategia tendente al reparto de los contratos con el objeto de mantener inalterada una posición de estas en el mercado.

¹⁴² STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-609/13P, apartado 73 y STJUE de 5 de diciembre de 2013, asunto C-455/11 P, apartado 40.

¹⁴³ La actual definición de cártel introducida por el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo es la siguiente: “*todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia*”.

Se han analizado un total de 22 contratos que afectan a varios organismos públicos. Como se ha podido comprobar en los hechos probados de este expediente, se trata de contratos de gran envergadura por importe y duración y con considerables exigencias de solvencia para las empresas participantes, motivo por el cual, son licitaciones a las que suelen acudir empresas con gran capacidad económica, técnica y profesional y, pese a ello, en parte de los contratos se hace necesario acudir en colaboración, dadas las exigencias de los pliegos. Esta cuestión, además, no ha resultado controvertida a lo largo de la instrucción del presente procedimiento, salvo en casos puntuales en los que sí parece que no hay esa necesidad de acudir en UTE y sin embargo se mantienen las alianzas.

Esta necesidad de colaboración entre empresas para licitar a estos contratos no justifica, a juicio de esta Sala, ese patrón inusual y extendido de comportamiento consistente en acudir, sistemáticamente y de manera conjunta, en colaboración a un número elevado de licitaciones públicas. Este comportamiento se extiende a una gran cantidad de contratos y a varios organismos públicos por lo que no estamos ante conductas puntuales entre las empresas que pudieran obedecer a una necesidad concreta de colaborar, sino más bien ante un patrón de comportamiento arraigado en el tiempo que ha permitido a las empresas repartirse un gran número de contratos públicos en lugar de competir por ellos con la ventaja que eso hubiese supuesto para la competencia, para la administración y para la sociedad.

La colaboración entre las empresas se ha materializado, principalmente, a través de su participación en UTE en los distintos contratos licitados, constatándose una inusual y excesiva coincidencia de empresas que colaboran de esta forma ya sea en contratos de un mismo organismo o en varios de ellos. Se observa, igualmente, cómo las empresas hacen un uso interesado e ilícito de la figura de la subcontratación, con condiciones que incluyen acuerdos de no competencia entre la empresa subcontratada y la UTE subcontratista, asegurándose así la empresa subcontratada un porcentaje de facturación y unas condiciones más ventajosas en relación con otras empresas subcontratadas a cambio de no participar en ofertas alternativas que pudieran competir por la adjudicación de los servicios licitados, es decir, los acuerdos contienen pactos de no competencia.

Estamos, por tanto, ante la instrumentalización interesada y forzada de una serie de figuras jurídicas, como son las UTE y las subcontrataciones, que sirven de excusa a las empresas para simular una situación de normalidad competitiva en los procedimientos de licitación pública y enmascarar así una serie de acuerdos para repartirse los contratos con el propósito de mantener inalteradas y permanentes sus alianzas a lo largo de un considerable periodo de tiempo. Se utilizan instrumentos jurídicos ampliamente admitidos en la práctica contractual pública y privada para obtener fines ilícitos como es el reparto de los contratos. Por tanto, en este caso, los medios utilizados, aunque hubiesen sido en ocasiones necesarios para acudir a las licitaciones, no pueden estar justificados si están orientados a fines anticompetitivos.

La justificación de la conformación de UTE responde así a planteamientos estratégicos de las empresas que, en gran medida, están orientados al mantenimiento de un *statu quo*, toda vez que aquellas empresas que venían prestando un servicio a un determinado organismo se aseguran, cuando el acuerdo logra su objetivo, perpetuar su posición en los contratos sucesivos.

Es cierto, como ha señalado la Dirección de Competencia, que en ocasiones los pliegos han podido tener alguna incidencia de cara al mantenimiento de las UTE, pero como se analiza en el apartado correspondiente a la aplicación del principio de confianza legítima, ello no excluye la responsabilidad de las empresas.

En este sentido, cabe reseñar que el análisis de las licitaciones evidencia que la opción de buscar alianzas alternativas existía en gran parte de las licitaciones, entre otros motivos, porque en la documentación que han remitido la GISS, el SEPE y el INSS durante la instrucción del procedimiento relativa a las licitaciones afectadas, se puede observar la concurrencia competitiva de varias UTE a un número considerable de licitaciones, siendo ello una muestra evidente de que la perpetuación interesada de las alianzas no siempre obedecía a una necesidad objetiva derivada de los propios pliegos de contratación sino más bien a estrategias empresariales con claros intereses particulares de carácter ilícito.

En otros supuestos, los hechos demuestran que ni siquiera era necesario ir en UTE o a través de grandes alianzas y, sin embargo, esta circunstancia no ha impedido a las empresas el mantenimiento de las colaboraciones.

Ejemplo de ello son las manifestaciones de INDRA en relación con concursos de la AEAT, en las que indica que *“Tenemos que pensar si jugamos a la posibilidad de UNA solo a oferta o si contemplamos la existencia de VARIAS. Evidentemente el resultado de la estrategia es totalmente diferente.(hecho 27), o “Mª Jesús, debemos decidir si aportamos por concurrir solos a este concurso con IBM como subcontratado o por el contrario proponemos ir en UTE. Te cuento los escenarios económicos y las ventajas y desventajas (...)”* (hecho 59).

En los contratos de la GISS, igualmente SAG llega a manifestar en relación con la colaboración con INDRA que *“Nos peharemos, competiremos, perderéis y luego querréis repartirlo”* (hecho 147). En contratos del INSS igualmente llega a manifestar que *“entonces lo entendemos pero nos presentaríamos solos”* (hecho 282), o cuando SAG indica en relación con contratos de la INSS que *“No olvidemos que en el caso del Atrium le dimos un 25% porque sí [...]”* (hechos 267 y 311).

En el caso de los contratos del SEPE, SAG comenta la intención de INDRA: *“Caso de no ir juntos, no ve mal la idea de “no hacernos daño” y respetar un lote para cada uno”* (hecho 227).

A través de este tipo de manifestaciones, las empresas no hacen más que demostrar que tenían capacidad suficiente para acudir, al menos en ciertas licitaciones, de manera individual o en alianzas de menor envergadura.

Al margen de estas manifestaciones de las empresas, hay datos objetivos que muestran que, en algunos contratos, pese a que se produjeron acuerdos de

colaboración entre varias empresas –en algunos ciertamente participan un gran número de empresas–, la adjudicación definitiva recayó en una sola empresa, en competencia con la UTE, o en una UTE de menores dimensiones en número de empresas, lo que viene a demostrar la innecesaria colaboración de tal número de empresas en determinados contratos. Es el caso, por ejemplo, del contrato 7201/14G de la GISS, en el que hay pruebas de un acuerdo entre las empresas INDRA, SAG, ALDEBARAN para presentarse en UTE al lote 3 y subcontratar a CONNECTIS, ATOS y BABEL, y sin embargo el lote fue adjudicado a una única empresa, INSA (hecho 141). En este mismo contrato, el lote 2 fue adjudicado a la UTE formada por las empresas SAG, INDRA y CONNECTIS, que acordaron subcontratar a ATOS y GESEIN. Sin embargo, constan ofertas de EVERIS e INSA en el procedimiento de licitación, lo que evidencia nuevamente alternativas a la formación de grandes UTE y de constantes alianzas. Otro ejemplo lo encontramos en el concurso PA 7/14 del SEPE, en el que CONNECTIS no llegó a un acuerdo con NEXT y SAG, pese a que se producen contactos iniciales entre estas tres empresas y CONNECTIS se presentó en solitario, resultando adjudicataria del lote 1 de este expediente, lo que, entre otros aspectos, demuestra que la presentación en UTE en los concursos anteriores probablemente no era necesaria, sino fruto de acuerdos y prácticas concertados alcanzados para restringir la competencia (hechos 222 a 246).

Cabe aquí reseñar, además, que el hecho de que hubiese concurrencia de otras empresas y UTE a gran parte de los contratos permite razonablemente pensar que no siempre los pliegos tenían ese carácter determinista que alegan algunas empresas, ya que entonces carecería de toda lógica la presencia de otros interesados en el procedimiento de licitación a sabiendas de la imposibilidad de ser ganadores del concurso.

Así las cosas, para esta Sala, el objetivo de los acuerdos entre las empresas es claro, conservar a toda costa y por cualquier medio, las posiciones en los contratos en los que participan, con independencia de la necesidad o no de concurrir en UTE o de llevar a cabo subcontrataciones.

Hay varios ejemplos en los hechos acreditados que ponen de manifiesto que, para las empresas, el hecho de que la administración introdujera ciertos mecanismos para fomentar la concurrencia competitiva como puede ser dividir el objeto del contrato en diferentes lotes, no suponía ningún obstáculo en la consecución de sus objetivos ya que consiguen adaptar los acuerdos a las nuevas circunstancias buscando vías para superar esas vicisitudes. Los ejemplos más frecuentes se refieren a los acuerdos de presentación conjunta a los distintos lotes simulando competencia, cuando en realidad las empresas actúan como una unidad de actuación.

En el caso del concurso PA 2/2015 de la AEAT, pese a separar el citado Organismo el contrato en lotes, con la intención manifiesta de “*fomentar la concurrencia*” (hecho 60), las cuatro empresas que venían prestando con anterioridad dichos servicios conjuntamente se reúnen y reparten los lotes en función de su diseño determinista, pero gestionan conjuntamente ambos lotes

que se presumen independientes, previendo además mecanismos para equilibrar los perfiles requeridos en ambos lotes de forma que se mantenga el porcentaje de reparto del concurso anterior, en que existía un único lote, y alcanzando acuerdos también en relación a los descuentos a ofertar. En los acuerdos entre las empresas consta cuál es el objetivo, *“articular de alguna manera que se mantengan o se tiendan a mantener los porcentajes de negocio actuales aunque tengamos UTEs separadas”* (hecho 63).

Otro ejemplo puede encontrarse en el caso del SEPE, en el que la separación en lotes de los servicios licitados lleva a las empresas a diseñar sistemas para mantener su participación, mencionando la estrategia de presentarse en UTE distintas y cruzar subcontrataciones, incluso antes de que se hubiese convocado el concurso (hechos 188 y 202): *“hay de nuevo cambios, se ha separado de nuevo los lotes de mantenimiento, de todas formas creo que debemos seguir manteniendo una alianza los 5 clave, aunque sea con una estrategia de presentarse en dos UTEs distintas y luego cruzar subcontrataciones. En cualquier caso, aunque SAG juega un papel importante es Thales la que tenemos que “fidelizar”* (hecho 202).

Estas prácticas no pueden ser consideradas lícitas y por ello la propia Asesoría Jurídica de ATOS advirtió a la empresa de que los acuerdos a los que estaba llegando ATOS con SAG y THALES, podían estar conculcando las normas de defensa de la competencia y de contratación administrativa. ATOS trasladó esas advertencias al resto de empresas conformantes de estos acuerdos, SAG y THALES (hechos 190 y 191):

“Lo planteado ahora en este acuerdo a firmar por todos los miembros de las dos UTEs (que no son los mismos en las dos UTEs) determina como se va a dividir el porcentaje de participación de cada miembro y los pactos entre las partes en caso de resultar adjudicatarios de uno u otro lote o de los dos.

El problema que vemos es que esto implica un reparto de mercado, ya que está supeditando la participación de los miembros de las UTEs en los distintos Lotes a la adjudicación de uno u otro lote, en cuyo caso se subcontratará una parte del proyecto a las empresas que no hayan resultado adjudicatarias. Esto es contrario a la Legislación de Defensa de la Competencia”. También señala que “Esto vulnera además las normas de la finalidad que justifica la constitución de una UTE, ya que puede considerarse que se están constituyendo en orden a que las empresas que firman este acuerdo ejecuten parte del proyecto, ya directamente como miembro de la UTE, ya a través de subcontratación, según la adjudicación que decida la Administración”.

No solo estas advertencias no fueron atendidas por las empresas, sino que se intercambian correos en que se afirma que *“no se deben mezclar problemas legales a la hora de consensuar el contenido de un documento jurídico, con el negocio en el que estamos involucrados, negocio en el que las cinco empresas estamos absolutamente implicados y de acuerdo”* (hecho 193).

Como ya se ha señalado, otro de los instrumentos jurídico-contractuales que han sido usados de manera estratégica en casi todos los organismos es la subcontratación de empresas, que viene acompañada con pactos de no competencia (las empresas se refieren a subcontrataciones preferentes). Con estas subcontrataciones se buscan alternativas aparentemente lícitas para seguir manteniendo las alianzas entre las empresas con fines anticompetitivos. En las negociaciones de un acuerdo de colaboración entre EVERIS, THALES, SAG, ATOS y NEXT para el SEPE se define la subcontratación en términos preferenciales considerando tal preferencia *“no sólo en la oferta de unas condiciones competitivas, sino también en considerar a las restantes partes como la única opción para concurrir a las licitaciones y subcontratar en las mismas, en el caso de Everis Spain. S.L. para el lote 6 [...]”*. Además, *“todas las partes se comprometen a no concurrir individual o conjuntamente con otras empresas que no formen parte de este Acuerdo en estos lotes”* (hecho 187).

Es revelador en el caso de las subcontrataciones el hecho de que permitan un mantenimiento de los porcentajes que las empresas arrastran de alianzas en contratos anteriores. Como ya se ha señalado, es un instrumento más que permite estas alianzas. Lo realmente importante es el fin, en este caso el mantenimiento de la posición en el contrato, con independencia del modo de conseguirlo y los medios utilizados para ello.

Hay que advertir, que la creación de una UTE y la utilización de la subcontratación no solamente se usan como mecanismos para preservar la posición de las empresas en los acuerdos, sino también se configuran como instrumentos de defensa para impedir la configuración de ofertas alternativas que pudieran estar encabezadas por los miembros no principales de las UTE. Con ello se logra evitar, por ejemplo, que *“nuestros socios hagan un frente común hablando entre ellos”* (hecho 131), que esos mismos socios *“colaboren con CVS y conocimiento con la competencia”* (hechos 114 y 117), o aglutinar *“más bloques y limitar competencia”* (hecho 146), o para *“evitar otras uniones”* (hecho 232). De hecho las empresas muestran la conciencia de los efectos de su conducta cuando realizan afirmaciones como *“me sorprende la poca concurrencia...jejejeje. Claro, todos están con nosotros jajaja!!!!”* (hecho 159).

Como consta en los hechos y en los apartados anteriores, el éxito de la perduración de las alianzas entre un número tan elevado de empresas, reside en gran medida en la implementación de un proceso generalizado que se observa en la gran mayoría de los contratos y organismos públicos. Esta estandarización del proceso de consecución de los acuerdos es lo que ha permitido a las empresas agilizar y asegurar sus alianzas a lo largo de tanto tiempo y en relación con tal diversidad de contratos.

La relación previa con las administraciones contratantes es un factor a destacar, ya que permite a las empresas configurar sus ofertas con antelación suficiente, incluso sin conocer las condiciones del nuevo contrato. Las empresas llegan, incluso, a condicionar el contenido de los mismos atendiendo a sus intereses particulares en la licitación. A modo de ejemplo: *“hemos elaborado los perfiles*

junto con el cliente y en el pliego han puesto exactamente los modelos que nosotros les enviamos” (hecho 28); “exite un grupo de trabajo formado por INDRA y SAG que ha colaborado con la GISS en la redacción de la memoria y posterior pliego” (hecho 115); “el pliego está “marcado” tecnológicamente gracias a nuestra participación en la elaboración de los perfiles” (hecho 272).

El conocimiento de la futura licitación da inicio a la ronda de contactos entre las empresas de cara a constatar que se mantienen las alianzas preexistentes entre ellas o a contactar con aquellas empresas que consideran mejor posicionadas, bien en el servicio concreto objeto de la licitación o bien en el organismo convocante de la licitación.

Las negociaciones suelen dar lugar a la firma de un acuerdo de colaboración que no es de carácter público y en el que se refleja el alcance real de los acuerdos. Estos acuerdos formales prácticamente coinciden en la mayoría de los contratos y organismos públicos, con independencia de las empresas que participan en los mismos. Es tal el uso habitual de estos documentos entre las distintas alianzas, que incluso se remiten a empresas modelos en los que aparecen otras empresas que no participan de la colaboración en cuestión (por ejemplo, hechos 194, 196).

Dentro de estos elementos comunes que se observan a lo largo de los hechos, merece especial atención el sistema de regularizaciones entre las empresas, el cual contribuye al mantenimiento del *statu quo* de las alianzas.

La utilización sistemática de este mecanismo de regularizaciones, casi siempre en beneficio de las mismas empresas (en muchos casos, INDRA y SAG), evidencia que el mismo garantiza que las empresas con mayor poder de negociación reciban unos ingresos superiores a los que les corresponderían en función de los servicios efectivamente prestados y les permite mantener esos porcentajes, a pesar de los problemas que pudieran tener estas empresas en la disposición de personal cualificado suficiente para todos los servicios que se prestan simultáneamente.

El uso continuado de estos mecanismos ha permitido que empresas líderes, como INDRA y SAG, hayan recibido unos porcentajes de facturación que no se corresponden con los servicios prestados y que, por tanto, mantengan artificialmente sus cuotas de mercado y aumenten su facturación a costa de empresas más pequeñas, con menor poder de negociación que, a cambio de asegurarse una determinada cuota y la continuación de su participación en los repartos, están dispuestas a renunciar a un porcentaje de lo facturado en función de su prestación real de servicios.

En definitiva, como ha señalado alguna empresa a lo largo del procedimiento “*es posible que determinadas actuaciones reflejadas en el expediente rebasen la línea de la honestidad de las normas de presentación conjunta en unión de recursos empresariales, condicionando tal presentación mediante compensaciones en adjudicaciones distintas por métodos aparentemente legítimos (como la subcontratación o las regularizaciones)*” (folio 25144).

Todos estos elementos citados, permiten concluir la existencia de un patrón de conducta generalizado entre un conjunto de empresas que ha afectado a una gran cantidad de contratos públicos y se ha extendido a varios organismos públicos del Estado.

Cabe precisar, en todo caso, que si bien las conductas hasta ahora analizadas son el núcleo principal de la infracción, entre otros motivos porque sobre ellas existe un mayor número de hechos acreditados, consta otra tipología de conductas tendentes, igualmente, al falseamiento de la competencia en las licitaciones públicas. Ejemplo de ello pueden considerarse la cesión entre empresas de claves de Patrimonio y la solicitud de ofertas de cobertura en determinadas licitaciones públicas (hechos 331 a 350).

La cesión de claves de Patrimonio y las ofertas de cobertura son otras conductas de reparto de mercado que permiten a las empresas falsear la competencia en las licitaciones públicas a través de la simulación pactada de una concurrencia en la licitación inexistente.

Con independencia del modo y de los medios para falsear la competencia, lo cierto es que en todas las conductas analizadas hay un patrón de comportamiento común que consiste en crear un apariencia de normalidad competitiva en las licitaciones públicas— ya sea a través del uso de instrumentos jurídicos normalmente admitidos, ya sea a través de la simulación de ofertas, o a través del uso de claves prestadas— que persiguen un único objetivo: alterar el contexto competitivo en las licitaciones en beneficio de las empresas que forman parte del acuerdo.

Se trata de acuerdos que pueden guardar cierta similitud, en cuanto a su finalidad, con aquellos que se sancionaron por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el año 2000 en el expediente Agencias de Viaje (476/99). En relación con este expediente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 14 de febrero de 2006 (recurso de casación 4628/2003) vino a confirmar la resolución por entender que *“Lo que ha sido sancionado por contrario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia es una colaboración entre empresas competidoras consistente en un entramado de acuerdos destinado a convertir un concurso público para obtener una concesión en un procedimiento ficticio e irrelevante”*, y realizó algunas consideraciones de interés que sirven igualmente para los supuestos aquí analizados.

El Alto Tribunal señala en la sentencia citada una primera cuestión que en este expediente resulta de gran importancia y que se refiere a que en supuestos en los que puede haber ausencia de capacidad para acudir a los contratos, las empresas deben buscar alternativas con acuerdos posteriores con otras empresas que no planteen ningún problema desde el punto de vista de la competencia. Por tanto, y pese a que ya hemos señalado que en parte de los contratos podía ser necesario ir en colaboración, la configuración de las alianzas no tiene el objetivo de garantizar la solvencia para concurrir en mejores condiciones, sino la de alterar el libre juego de la competencia asentando los previos repartos de mercado. Un aspecto relevante, a juicio de esta Sala, es que

consta acreditado que, ante la advertencia la Asesoría Jurídica de una de las empresas de la existencia un posible acuerdo anticompetitivo, las partes deciden mantener su estrategia. Lo mismo sucede en casos en que se ha acreditado la posibilidad de concurrir en solitario pero se mantienen las UTE con el mismo objetivo.

En aquel expediente analizado por el Tribunal Supremo las empresas utilizaban una Agrupación de Interés Económico (AIE) como instrumento para repartirse los contratos. Aunque se presentaran solas a los concursos, los acuerdos privados establecían que los contratos se ejecutarían de manera concertada a través de la AIE, por lo que el Alto Tribunal Señala que *“de esta forma, resultaba indiferente el resultado del concurso en cuanto a la parte a ejecutar por cada una de las empresas; esto es, el concurso devenía una formalidad ficticia sustituida por el acuerdo entre las empresas concurrentes en el marco de una agrupación de empresas constituida por ellas: la competencia en el concurso público quedaba sustituida por el acuerdo privado en el seno de una agrupación empresarial privada”*. En este expediente, se vuelven a observar estos rasgos descritos, las empresas simulan una normalidad competitiva cuando en realidad existe una concertación oculta para repartirse los contratos. El ejemplo más claro lo vemos en aquellos contratos en los que hay división en lotes y consta acreditado que las empresas deciden igualmente actuar como una unidad de decisión y repartirse los lotes de la manera que mejor les conviene, normalmente dividiéndose en dos UTE y cruzando subcontrataciones, para simular una concurrencia competitiva entre ellas.

El tercer aspecto que resulta relevante en aquella sentencia, se refiere a los acuerdos de no competencia entre las empresas, como pueden ser los analizados en este expediente, sobre los que el Alto Tribunal señala que *“por consiguiente, a la hora de valorar la causa de justificación alegada de la supuesta imposibilidad de ejecución aislada del programa, es preciso considerar asimismo que junto con los acuerdos de colaboración para su ejecución conjunta con independencia del resultado del concurso, se concluían acuerdos destinados a evitar la posible concurrencia al mismo por parte de otras competidoras (...)”*.

Y finalmente, una consecuencia que ya advierte el Tribunal Supremo en aquella sentencia, y que puede observarse en este expediente, se refiere a las dificultades de acceso a los contratos que encuentran aquellas empresas que no forman parte de los acuerdos:

“Tiene razón el T.D.C. al señalar que si el acceso de nuevos operadores sólo es posible en el momento del concurso, si las cuatro únicas empresas que se presentan no compiten de hecho entre sí, sino que pactan con anterioridad el reparto del total del concurso, si en éste se concede una preferencia sustancial al adjudicatario anterior y si, en el periodo entre concursos, las empresas ya implantadas tienen posibilidades, que materializan con frecuencia, de extender los servicios concedidos sin necesidad de concursar, resulta evidente que los pactos colusorios

constituyen una barrera adicional. El mercado se reduce y los potenciales entrantes ven así mermadas sus oportunidades de acceso”.

El interés por concurrir de terceras empresas en gran parte de los contratos analizados permite observar un efecto claro de los acuerdos colusorios como es limitación de acceso al mercado a otros competidores, en este caso, a un gran número de contratos públicos. El reparto de los contratos entre el grupo de empresas imputadas ha propiciado que otras empresas interesadas en la adjudicación de los mismos se viesen impedidas de concurrir en igualdad de condiciones y, en definitiva, de tener opciones reales de ganar los concursos y este es un efecto grave derivado de estas conductas.

La similitud de características que guardan estos acuerdos con los analizados por la jurisprudencia, refuerza la idea de que nos encontramos ante auténticos acuerdos anticompetitivos que merecen ser sancionados.

Finalmente, esta Sala no quiere dejar de reseñar que el éxito de todas estas conductas ha radicado también en la mutua confianza entre las empresas, por lo que no resulta extraño que se hayan producido constantes intercambios de información ciertamente sensible como son los datos personales de trabajadores de las empresas, si tenemos en cuenta que en un mercado tan especializado como el de las licitaciones informáticas los trabajadores son un activo esencial dentro de la estrategia de las empresas. Sin embargo, éstas no han tenido reparo a la hora de intercambiarse este tipo de datos (por ejemplo, hechos 16, 70, 185).

En conclusión, y tras valorar los hechos acreditados, esta Sala considera que ha quedado probada la existencia de una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE que ha tenido por objeto el reparto por varias empresas de un gran número de contratos públicos licitados en varios organismos públicos.

Asimismo, y aunque algunas empresas han alegado que no concurren los requisitos para calificar las conductas como cártel, lo cierto es que los hechos acreditados ponen de manifiesto que nos encontramos ante acuerdos entre competidores, principalmente tendentes al reparto de contratos, y en los que se aprecia una intención manifiesta de ocultar parte de esos acuerdos a la administración contratante y al mercado en general, requisitos estos previstos en la disposición adicional cuarta de la LDC que, en su versión anterior a la reforma introducida con fecha 25 de mayo de 2017, define la conducta de cártel como 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”*.

Como ya se ha señalado, las negociaciones entre las empresas suelen dar lugar a la firma de un acuerdo de colaboración que no es de carácter público y en el que se refleja el alcance real de los acuerdos y que no siempre coinciden con la oferta formal presentada en el procedimiento de licitación.

Esta discrepancia entre los acuerdos reales y teóricos se pone de manifiesto en el siguiente correo electrónico entre THALES, SAG, EVERIS, ATOS y NEXT (hecho 195):

“3.-Respecto a lo que hablamos ayer de los Porcentajes, deberíamos utilizar los porcentajes del compromiso presentado con la oferta en el lote 3 para los Estatutos, es decir:

Compromiso de UTE (% teóricos de constitución de UTE):

Everis: 34,00; Thales: 25,00; Next: 19,00; SAG: 12,00; Atos; 10,00.

Y reflejar los porcentajes reales para la facturación y funcionamiento de la UTE, en el Acuerdo privado de colaboración, es decir:

Escenario de adjudicación (% reales de funcionamiento):

Everis: 16,94; Thales: 33,53; Next: 23,01; SAG: 17,52; Atos: 9,00”.

Otro ejemplo de ello, lo encontramos en las alianzas de la GISS, donde se muestra que, si bien la adjudicataria del lote 12 fue formalmente la UTE compuesta por las empresas INDRA/THALES/ATOS, en los hechos consta un Excel elaborado por SAG sobre este lote en el que, además de las empresas citadas, aparece también SAG entre paréntesis con un porcentaje del 10% (hecho 76). Este reparto hipotético en el que aparece SAG coincide con el fijado en el acuerdo de colaboración firmado entre las cuatro empresas el 28 de agosto de 2006 (folio 5850).

Por otro lado, el carácter secreto de los acuerdos también queda patente en los acuerdos de cobertura y de cesión de claves de Patrimonio. Estos acuerdos, por su propia naturaleza, persiguen simular la concurrencia en la contratación pública y por ello se realizan con el desconocimiento de la administración contratante, del propio mercado o, como sucede en el caso del contrato 25/2002 de los servicios de desarrollo del Ministerio del Interior, con el desconocimiento de los órganos de intervención de la administración pública (hecho 331).

Estamos, en consecuencia, ante conductas que merecen la calificación de cártel sin que puedan ser aceptadas las alegaciones de las partes en sentido opuesto.

4.3. Infracción única y continuada

Es profusa la jurisprudencia, nacional y de la Unión Europea, que viene señalando que la imputación de una infracción única y continuada debe estar precedida de la concurrencia de los siguientes requisitos¹⁴⁴: i) que la conducta obedezca a la existencia de una pluralidad de actos llevados a cabo por los mismos sujetos responsables, próximos en el tiempo, y que obedezcan a una práctica homogénea en el *modus operandi* por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares; ii) que la actuación de los responsables se produzca en ejecución de un plan previamente concebido; iii)

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11, apartado 41; sentencias de la Audiencia Nacional de 5 de febrero de 2013 y de 29 de julio de 2014 (recurso nº 172/2013).

que exista unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza. En cuanto a la continuidad de la conducta, la jurisprudencia únicamente exige que no haya grandes saltos temporales de inactividad o falta de pruebas del mantenimiento de los acuerdos anticompetitivos¹⁴⁵.

En este caso, en lo que se refiere a la duración de la conducta, desde un punto de vista general, la infracción tiene su inicio en enero del año 2005, momento del que se tienen acreditados los primeros acuerdos y prácticas concertadas entre SAG e INDRA de cara a limitar la competencia en la presentación de ofertas en una licitación convocada por el INSS relativa al Concurso 11/CP-10/2005, proyecto Atrium (hechos 263 y ss). Por otro lado, a partir del 27 de octubre de 2015, coincidiendo con el inicio de las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia en las sedes de INDRA, CIBERNOS y SAG, ya no constan acreditados nuevos acuerdos a los efectos de este expediente. Debe subrayarse sin embargo que los efectos de la conducta se mantienen en la actualidad, teniendo en cuenta que algunos de los contratos afectados todavía están vigentes. Así las cosas, la continuidad de la conducta resulta evidente si tenemos en cuenta que prácticamente cada año, desde 2005 hasta 2015, constan acreditados acuerdos entre las empresas cuya vigencia, además, se extiende sin solución de continuidad durante el plazo de duración de los contratos, con la particularidad de que en cada organismo se observan secuencias de contratos que se suceden y solapan en el tiempo lo que facilita el objetivo de preservación del *status quo* de las empresas.

En lo que se refiere al análisis sobre los requisitos para considerar la existencia de una infracción única, los hechos ponen de manifiesto que nos encontramos ante una infracción cometida por varias empresas que se compone claramente de varias conductas que vulneran, conjunta e independientemente, el artículo 1 de la LDC y el 101 del TFUE. Hay identidad de objeto y de sujetos de las diferentes manifestaciones de la infracción.

El objetivo común de los acuerdos es el falseamiento de la competencia en las licitaciones públicas. Con estos acuerdos las empresas han perseguido un beneficio ilícito consistente en asegurarse la adjudicación de los contratos simulando una inexistente intención de concurrir en competencia a los mismos. El núcleo central de la infracción ha consistido en el reparto de los contratos públicos a través de la instrumentalización de figuras contractuales como son las UTE y la subcontratación, pero también se han acreditado otro tipo de prácticas que persiguen objetivos análogos como son las ofertas de cobertura o la cesión de claves de Patrimonio y en las que hay coincidencia de participación de algunas empresas.

¹⁴⁵ Entre otras, Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Octava), de 19 de mayo de 2010 (asunto T-18/05); Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004 (asuntos acumulados C-204/00 p, C- 211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 p), Sentencias de la Audiencia Nacional 21 de febrero de 2013 y de 19 de junio de 2013.

El éxito del objetivo perseguido por estos acuerdos ha radicado, en gran medida, en la implementación de un *modus operandi* cuya característica principal es que se repite en los distintos contratos y organismos públicos. Es un *modus operandi*, además, que contiene una serie de rasgos ciertamente particulares, como se ha señalado en esta resolución, por lo que su extensión a varios organismos públicos y su aplicación por un gran número de empresas evidencia que estamos ante un plan global de reparto del mercado, capitaneado, como ya se ha señalado, por las empresas SAG e INDRA, cuya presencia en prácticamente todos los contratos y organismos públicos permite concluir que estas dos empresas representan el núcleo del acuerdo al que se van integrando en mayor o menor medida el resto de empresas.

El siguiente cuadro muestra la presencia de empresas en los acuerdos en los distintos organismos públicos:

PARTICIPACIÓN DE LAS EMPRESAS						
	AEAT	GISS	SEPE	ENTORNO SAP	INSS	OTROS
SAG	X	X	X	X	X	X
INDRA	X	X	X	X	X	X
CIBERNOS	X	X			X	X
GESEIN	X	X	X			
EVERIS		X	X	X		
ATOS		X	X		X	X
ACCENTURE			X			
AXPE			X			
CONNECTIS		X	X			
IBM	X	X				
BABEL		X				X
NEXT			X			
IECISA		X				X
ALDEBARAN		X				

Como puede observarse en el cuadro anterior, la participación de la mayoría de las empresas en acuerdos a través de este *modus operandi* no se ha limitado a un único organismo público, y en los escasos supuestos en los que se puede

observar una participación de una empresa limitada a un único organismo público, los acuerdos se han extendido a varios contratos (en relación con las empresas ALDEBARAN, AXPE, IECISA e INDRA SOFTWARE LABS, como se expondrá más adelante, se considera que sus conductas no pueden ser sancionadas en esta resolución).

Los distintos grados de participación de las empresas no impiden a esta Sala considerar la participación de las mismas en una infracción única y continuada. Cómo ha señalado la Audiencia Nacional en su sentencia de fecha 17 de marzo de 2017 (recurso 191/2013), el hecho de que la intervención de una empresa no afecte a todas las licitaciones objeto de los acuerdos, no excluye de entrada su participación en la infracción.

La mayoría de las empresas, y en particular aquellas cuya participación no se extiende a varios organismos públicos, han alegado a lo largo del procedimiento que no es posible imputarles un infracción única y continuada dado que no se cumplen los requisitos jurisprudenciales, en particular el relativo al conocimiento de una plan global preconcebido entre las empresas, ya que consideran que el haber participado en acuerdos en un organismo público no presupone el conocimiento de otras conductas en el resto de organismos afectados.

La jurisprudencia europea ha señalado que en los distintos grados de imputación de responsabilidad a las empresas participantes en una infracción única y continuada es necesario tener en cuenta principalmente dos circunstancias: el grado de participación de la empresa en la conducta y el conocimiento por parte de esta empresa de otros comportamientos realizados por las otras participantes para alcanzar los mismos objetivos.

En la sentencia del TGUE de 14 de marzo de 2013 (asunto T-587/08), el citado Tribunal confirmó la decisión de la Comisión Europea de 15 de octubre de 2008 (Asunto COMP/39.188-Plátanos) en la que imputó una infracción única y continuada a todas las empresas participantes en las conductas, con independencia de su grado de contribución a la misma, pero atribuyó responsabilidad a las empresas únicamente en la parte de la infracción en la que habían participado.

En la sentencia citada, el Tribunal General señala lo siguiente:

“643 La Comisión indicó que, si bien Chiquita tenía conocimiento de los acuerdos colusorios entre Dole y Weichert o si bien, al menos, los preveía, estaba dispuesta a asumir el riesgo y tenía conocimiento o habría podido de forma razonable prever el comportamiento relativo a la práctica colusoria en su globalidad y objetivo común, no obstante, no disponía de elementos suficientes que le permitieran concluir que Weichert tenía conocimiento de las comunicaciones previas a la fijación de precios entre Chiquita y Dole o demostrar que Weichert habría podido de forma razonable prever su existencia (considerandos 253 a255 de la Decisión impugnada).

644 *Al término de su análisis, la Comisión concluyó lo siguiente (considerando 258 de la Decisión impugnada):*

«[L]a Comisión considera que todos los acuerdos colusorios descritos en el capítulo 4 de la presente Decisión constituyen una infracción única y continuada cuyo objeto era restringir la competencia en la Comunidad en el sentido del artículo 81CE. Chiquita y Dole serán considerados responsables de la infracción única y continuada, en su totalidad, mientras que Weichert, habida cuenta de los elementos de que dispone la Comisión, sólo será considerada responsable de la parte de la infracción en la que participó, es decir, de la parte de la infracción que atañe a los acuerdos con Dole.»

(...)

646 *Habida cuenta de los términos explícitos del considerando 258 de la Decisión impugnada, la Decisión impugnada debe interpretarse, tal como ha indicado la Comisión en la vista, en el sentido de que no imputa a Weichert la responsabilidad por la infracción en su conjunto, a diferencia de lo que ocurre con Dole y Chiquita.*

647 *En estas circunstancias, contrariamente a lo que afirman la demandante y la coadyuvante, la Comisión no realizó una aplicación errónea del concepto de infracción única, tal como lo interpreta la jurisprudencia.*

648 *A este respecto, debe asimismo recordarse que el hecho de que una empresa no haya participado, como sucede con la empresa constituida por Weichert y Del Monte en el caso de autos, en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante al imputarle una infracción. Este extremo sólo debe tomarse en consideración cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, cuando se determine la multa (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 371 supra, apartados 86 y 292).*

649 *Es preciso señalar que la Comisión concedió a Weichert, en concepto de circunstancias atenuantes, una reducción del 10% aplicada al importe de base de la multa debido al hecho de que esta empresa no tenía conocimiento de las comunicaciones previas a la fijación de precios entre Chiquita y Dole o no podía de forma razonable preverlas (considerando 476 de la Decisión impugnada).*

650 *De lo anterior se desprende que la alegación a la que se hace referencia en el apartado 586 supra debe desestimarse.*

651 *En estas circunstancias, procede concluir que no puede reprochársele a la Comisión ninguna infracción del artículo 81 CE ni del artículo 253 CE” (el subrayado es nuestro).*

En la posterior Sentencia del TJUE de fecha 4 de junio de 2015 (asuntos acumulados C-293/13P y C-294/13P), el citado Tribunal confirmó las anteriores consideraciones al señalar que:

- “157 *Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba 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 infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 42 y jurisprudencia citada).*
- 158 *En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, de dicha infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cártel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C-441/11P, EU:C:2012:778, apartado 43).*
- 159 *Por el contrario, si una empresa ha participado directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, pero no se ha acreditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cártel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por dichos participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente*

y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C-441/11P, EU:C:2012:778, apartado 44).

160 *Por consiguiente, en el caso de autos, el Tribunal General no incurrió en ningún error de Derecho al declarar que la circunstancia de que Weichert ignore el intercambio de información entre Dole y Chiquita y no debiese tener conocimiento de dicho intercambio no privaba a la infracción constatada de su carácter único y continuado que, no obstante, no podía serle imputada a dicha sociedad en su totalidad”.*

Como se desprende de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dentro de la categoría de las infracciones únicas y complejas, existen tres situaciones posibles:

(i) Que la empresa haya participado directamente en todos los comportamientos restrictivos de la competencia que componen la infracción, por lo que se le puede imputar la responsabilidad de todos los comportamientos;

(ii) Que la empresa haya participado directamente solo en parte de los comportamientos restrictivos de la competencia que componen la infracción, pero que haya tenido conocimiento de los comportamientos previstos o ejecutados por el resto de participantes en el cártel, o que haya podido prever tales comportamientos razonablemente y haya asumido el riesgo, en cuyo caso también se le puede imputar la responsabilidad por esos comportamientos; y

(iii) Que la empresa haya participado directamente solo en parte de los comportamientos restrictivos de la competencia que componen la infracción, y que no se haya acreditado que haya contribuido al resto de comportamientos ni que haya tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores ni haya podido conocerlos. En este caso, solo se le puede imputar a la empresa la responsabilidad por los hechos en los que ella haya participado.

En este expediente, nos encontramos ante acuerdos entre empresas, muchos de ellos repetidos en varios contratos y extendidos a varios organismos públicos, que hace presuponer que éstas necesariamente debían ser conscientes de que esos acuerdos transcendían a sus propios intereses particulares y se englobaban en una estrategia común y organizada por un grupo de empresas. Hay elementos de prueba, además, que corroboran tal afirmación, siendo significativo, por ejemplo, el uso de los mismos modelos en organismos distintos y por diferentes empresas, o el hecho de que las prácticas acreditadas conlleven, en ocasiones, el cruce de los acuerdos alcanzados entre varias empresas incoadas en distintos ámbitos, dando lugar a alianzas que perduran en el tiempo (véase, hechos 1010 a 1020 de la propuesta de resolución).

Por tanto, esta Sala considera que todas las empresas han contribuido, en mayor o menor medida, a la consecución de los acuerdos constitutivos de la infracción única aquí analizada.

Ahora bien, lo anterior no implica que todas y cada una de las empresas debieran necesariamente conocer la existencia de acuerdos similares en todos y cada uno de los organismos públicos afectados. La particularidad de las conductas aquí analizadas –hay diversidad de alianzas que afectan a una gran cantidad de contratos licitados por un conjunto heterogéneo de organismos públicos–, y la falta de elementos de prueba que permitan considerar que las empresas conocían o podían conocer todos y cada uno de los acuerdos del resto de empresas –a excepción de SAG e INDRA–, lleva a esta Sala a concluir que, aunque con su comportamiento las empresas han contribuido al plan de reparto de mercado que va más allá de sus concretos acuerdos, únicamente cabe imputar a las empresas responsabilidad por los comportamientos en los que hayan participado directamente, o hayan conocido o podido razonablemente conocer, y no por aquellos acuerdos en los que no hayan participado, ni hayan tenido, ni podido tener, conocimiento.

Así las cosas, en la presente resolución, tal como se expondrá en el apartado siguiente, es posible identificar varios niveles de responsabilidad de las empresas, en función del grado participación de las mismas en los acuerdos, teniendo en cuenta, por un lado, el número de contratos afectados por sus conductas y, por otro lado, la extensión de los acuerdos a varios organismos públicos. Por ello se identifican dos grupos de empresas responsables: el primero, integrado por SAG e INDRA que, por el papel que juegan en las conductas, pueden considerarse el centro del reparto de mercado y las instigadoras de la práctica; el segundo integrado por un grupo de empresas que no participan en la totalidad de la conducta y no existe prueba de que la conociesen por lo que su responsabilidad resulta limitada.

En aras de la respetar la máxima garantía del principio de presunción de inocencia, existe un grupo de empresas a las que la Sala ha decidido no considerar partícipes en la infracción única y continuada ya que, aunque podrían haber realizado algunas conductas no ajustadas a derecho, las mismas son aisladas y no se considera que existe prueba suficiente de su participación en la infracción definida.

En virtud de todo cuanto antecede, esta Sala se muestra favorable a considerar que la infracción declarada en esta resolución debe tener la consideración de infracción única y continuada, sin perjuicio de la concreta responsabilidad que cabe atribuir a cada empresa en atención al grado de participación en la misma, cuestión que queda delimitada en el siguiente apartado.

4.4. Autoría y responsabilidad

Sin perjuicio de la responsabilidad individual de cada empresa que a continuación se analiza, conviene adelantar que ACCENTURE, ATOS, BABEL, CIBERNOS, CONNECTIS, EVERIS, GESEIN, IBM, INDRA, NEXT y SAG

aparecen en alianzas en múltiples contratos ya sea en uno o en varios organismos públicos. Es destacar, no obstante, la presencia de SAG e INDRA en prácticamente todos los contratos y organismos públicos, por lo que el papel desempeñado por estas dos empresas en los acuerdos de colaboración es de gran relevancia tal como veremos en apartados subsiguientes de la presente resolución. Estas dos empresas conforman el núcleo de los acuerdos que se extienden a varios organismos públicos. En el caso de EVERIS, si bien aparece en varios organismos públicos, su presencia se limita a un contrato en la GISS y otro en el SEPE, así como al acuerdo con SAG en el entorno SAP. Finalmente, en relación con las empresas ALDEBARAN, AXPE, IECISA e INDRA SOFTWARE LABS, cabe señalar que estas empresas no deben ser consideradas responsables de las conductas objeto de esta resolución.

A continuación, se analiza la participación individual de cada empresa y su responsabilidad en las conductas.

4.4.1. ACCENTURE

Han participado como autoras de las conductas las empresas ACCENTURE, S.L. (lote 2 del contrato PA7/14 del SEPE) y su filial ACCENTURE OUTSOURCING SERVICES, S.A. (lote 6 del contrato C11/08 y lote 8 del contrato PA11/12 del SEPE).

Al tratarse de empresas que forman parte del mismo grupo empresarial, procede imputarles responsabilidad solidaria.

La LDC establece en su disposición adicional cuarta que *“A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”*.

La definición del concepto de empresa en términos tan amplios, trae una consecuencia en la aplicación práctica del derecho sancionador en materia de competencia, ya que permite considerar que la empresa, como sujeto infractor de las normas de competencia, puede estar referida a una unidad económica y ello faculta a las autoridades de competencia a responsabilizar al grupo o a la sociedad matriz de las conductas anticompetitivas en las que haya incurrido cualquiera de las empresas del grupo, por considerar que constituyen una misma empresa.

Es profusa la jurisprudencia de la Unión Europea que avala el criterio de unidad económica en la imputación de las conductas contrarias al derecho de la competencia y, por tanto, considera perfectamente respetuoso con las leyes atribuir responsabilidad a la unidad económica, entendida esta como las empresas que forman parte del mismo grupo empresarial.

Ejemplo de ello, lo encontramos en la sentencia del 30 de abril de 2009, donde el Tribunal de Primera Instancia (T12/03) declara expresamente lo siguiente: *“para imputar a una sociedad matriz los actos cometidos por su filial no es en absoluto necesario que la matriz haya participado directamente en los*

comportamientos imputados a su filial o haya tenido conocimiento de ellos. La circunstancia que permite que la Comisión considere a la sociedad matriz de un grupo de sociedades destinataria de la decisión por la que se imponen multas no es el hecho de que la matriz haya instado a su filial a participar en la infracción ni tampoco, a fortiori, la participación de la propia matriz en dicha infracción, sino el hecho de que ambas constituyan una única empresa a efectos del artículo 81 CE. En el presente caso, la demandante se limita a afirmar que no tuvo conocimiento de las actividades de Itochu Hellas y niega haberlas apoyado activamente, pero no aporta la más mínima prueba de no haber ejercido una influencia decisiva en el comportamiento de Itochu Hellas ni tampoco pruebas de la autonomía de esta última¹⁴⁶.

La Sentencia del TGUE de 16 de septiembre de 2013, en el asunto T-496/07, Caso Repsol Lubricantes y Especialidades y otros contra la Comisión Europea, comparte la argumentación de la Comisión.

Igualmente, en la Sentencia del TGUE de 12 de diciembre de 2014 (asunto T-562/08), el Tribunal analiza la compatibilidad del criterio de imputación a la unidad económica con el principio de individualización de las sanciones, y concluye que las particularidades del concepto de empresa en el derecho de la competencia son plenamente compatibles con el principio de individualización de las sanciones por lo que es perfectamente válido imputar la conducta de la filial a la matriz, y derivar la responsabilidad de la infracción a ésta última sin que se vea conculcado el citado principio.

La jurisprudencia española dictada al respecto no se aparta de las consideraciones que ya hemos puesto de manifiesto, y mantiene la misma tesis que los tribunales de la Unión Europea¹⁴⁷.

A los efectos de simplificar la comprensión de los párrafos siguientes, y sin perjuicio de cuanto se ha señalado, esta Sala ha considerado oportuno identificar a ambas empresas, indistintamente, con la denominación de ACCENTURE.

ACCENTURE alcanzó acuerdos con INDRA y GESEIN en relación a los concursos licitados por el **SEPE** a los que se ha hecho referencia en los hechos acreditados.

Estos acuerdos se retrotraían al concurso C11/08, lote 6, que fue adjudicado a la UTE INDRA/ACCENTURE/GESEIN/CORITEL (hecho 192).

En la licitación del concurso PA 11/12, INDRA, ACCENTURE y GESEIN se presentaron en UTE a los lotes 7 y 8, resultando adjudicatarias del lote 8. Además, ACCENTURE resultó adjudicataria en solitario de los lotes 9 y 10, habiendo presentado INDRA una oferta más elevada (hecho 217).

¹⁴⁶ Entre otras, cabe también citar, STJUE de 29 de septiembre de 2011 (C-521/09 P), de 8 de mayo de 2013 (C-508/11 P) o de 11 de julio de 2013 (C-440/11 P).

¹⁴⁷ Véase, las STS de 17 de noviembre de 2010 (recurso de casación 6188/2007) ; STS de fecha 23 de abril de 2015 (recurso de casación 2064/2012) ; STS de fecha 7 de diciembre de 2015 (recurso de casación 586/2014).

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

En el caso del expediente PA 7/14 del SEPE, ACCENTURE negoció y mantuvo reuniones con INDRA y GESEIN de cara a mantener los porcentajes de reparto que tenían anteriormente, antes incluso de la publicación de los pliegos. En este concurso, INDRA y ACCENTURE se presentaron en UTE a los lotes 1 y 2 y acordaron subcontratar a GESEIN por el porcentaje que tenía anteriormente para evitar otras uniones. No obstante, en esta ocasión la UTE no resultó adjudicataria de ninguno de los dos lotes, por lo que los acuerdos alcanzados no pudieron llevarse a efecto para el concurso PA 7/14 (hecho 242).

4.4.2. ALDEBARAN

La Dirección de Competencia considera que ALDEBARAN alcanzó acuerdos con INDRA y SAG de cara a la presentación de una oferta conjunta al lote 3 del expediente 7201/14G de la **GISS** y que estos acuerdos iban destinados al mantenimiento del *statu quo* preexistente, ya que el lote 3 de dicho expediente equivalía a los servicios de los lotes 6 y 7 del concurso 7201/10G de la GISS y ALDEBARÁN había resultado adjudicataria en 2010 del lote 7¹⁴⁸.

El lote 6 en 2010 correspondería a la UTE SAG/INDRA/THALES/BABEL y aparece también la empresa ATOS. El lote 7 de 2010 correspondía a la UTE ALDEBARAN/NEXT/NESSPRO, de lo que la Dirección de Competencia deduce que el acuerdo de 2014 permite mantener la posición de las empresas con respecto a 2010.

Sin embargo, esta Sala no aprecia conducta anticompetitiva de ALDEBARAN en estos acuerdos, toda vez que la citada empresa había conformado en el contrato de 2010 una UTE con empresas distintas de SAG e INDRA y, en consecuencia, no es posible apreciar en ALDEBARAN ese patrón de comportamiento extendido que sí se observa en el resto de empresas.

En consecuencia, esta Sala considera que cabe declarar no acreditada la infracción de ALDEBERAN propuesta por la Dirección de Competencia en su propuesta de resolución, sin perjuicio de que en posteriores investigaciones en relación con estos mercados y esta empresa se observase que esta conducta obedece a un patrón que se extiende más allá del citado acuerdo puntual y que,

¹⁴⁸ Junto con NEXT y NESSPRO. Estas dos empresas tenían a un trabajador de ALDEBARÁN ([dato personal]) como elemento negociador de cara a los contratos con las AAPP.

en su caso, debería ser analizado en el marco de otro procedimiento distinto al presente aquí resuelto.

4.4.3. ATOS

ATOS participó en los repartos acordados en relación con todos los expedientes de servicios y aplicaciones informáticos de la **GISS**.

En el caso de los concursos 7202/06G, 7201/10G y 7201/14G, en los que, a pesar de la variación del número de lotes y la agrupación y separación de determinados servicios en función del año, ATOS participó activamente en las negociaciones que le permitían mantener su porcentaje de participación en la prestación de determinados servicios, bien como partícipe de una UTE o bien garantizándose la subcontratación preferente de determinados servicios a ATOS.

Así, en el concurso 7202/06G, ATOS intercambió información comercial sensible, repartió perfiles y llegó a acuerdos de colaboración con las empresas INDRA, SAG y CONNECTIS, que conllevaron su presencia en las UTE adjudicatarias de los lotes 11 y 12 y como subcontratada preferente del lote 10 por las citadas empresas (hechos 74 a 90).

En el concurso 7201/10G, ATOS participó en el reparto de los lotes 6, 8 y 9 (que dan continuidad a los lotes 10,11 y 12 de 2006) con las empresas INDRA, SAG y CONNECTIS, incluso antes del anuncio del concurso (hechos 91 a 106).

En el concurso 7201/14G, que da continuidad a los servicios del concurso 7201/10G, ATOS negoció su participación en los lotes 1, 2 y 3 como subcontratada preferente, como forma de mantener su cuota de participación en los servicios que tenía asignados anteriormente, ya que estos tres lotes son equivalentes a la suma de varios lotes del concurso de 2010, entre los cuales figuraba ATOS como adjudicatario (hechos 138 a 180).

En el concurso 7201/13G, ATOS negoció con la UTE ganadora INDRA/SAG un acuerdo que le garantizase un porcentaje de participación como subcontratada preferente. Su objetivo era mantener el 10% de la globalidad de los contratos en materia informática que en ese momento tenía la GISS. Esta subcontratación preferente se otorgó a cambio de que no se presentase con otras ofertas que pudieran competir con la citada UTE y fue un modo de mantener el *statu quo*, ya que el concurso 7201/13G renovaba un concurso anterior en que estaban en UTE INDRA/SAG/ATOS/CONNECTIS (hechos 107 a 137).

Por otra parte, ATOS participó y alcanzó acuerdos en relación con los concursos del **SEPE**.

Concretamente, en relación con los expedientes C10/08 y C11/08, ATOS mantuvo reuniones, alcanzó compromisos, intercambió información comercial sensible, repartió perfiles y participaciones en los lotes 3 del C10/08 y 6 del C11/08 con las empresas SAG, NEXT, CONNECTIS y EVERIS. Los acuerdos alcanzados contemplaban distintos escenarios en relación con ambos lotes

conjuntamente, aunque perteneciesen a concursos distintos. ATOS se presentó en UTE con SAG, NEXT, CONNECTIS y EVERIS al lote 3 del concurso C10/08, resultando adjudicataria. En el caso del lote 6 del C11/08, ATOS se presentó en UTE con SAG, NEXT y CONNECTIS, y se comprometió a subcontratar a EVERIS con carácter preferente de cara a garantizarle un porcentaje de participación, aunque finalmente no resultó adjudicataria de estos servicios. La propia asesoría jurídica de ATOS había advertido durante las negociaciones que los acuerdos que se estaban alcanzando suponían un reparto de mercado que contravenía la legislación en materia de competencia (hechos 181 a 199).

En relación con el expediente PA11/12, que da continuidad a los servicios de los expedientes C10/08 y C11/08, ATOS alcanzó un acuerdo con SAG, NEXT y CONNECTIS para su presentación a los lotes 7 y 8, resultando adjudicatarias del lote 7 (hechos 200 a 221).

En la licitación de la continuación de estos servicios en el SEPE (PA 7/14), ATOS acordó su subcontratación preferente por la UTE formada por SAG, NEXT y AXPE (en este caso, AXPE sustituyó a CONNECTIS, al no lograr alcanzar un acuerdo con ella SAG y NEXT) en los lotes 1 y 2, aunque al resultar la UTE adjudicataria únicamente del lote 2, el acuerdo solo desplegó sus efectos en relación con el mismo (hechos 222 a 246).

ATOS también alcanzó acuerdos de cara al mantenimiento de su participación en los servicios informáticos de ADABAS/NATURAL del **INSS**, formando parte de una UTE con SAG, INDRA y CIBERNOS, que fue adjudicataria, al menos, de los concursos 392/CP-40/05 y 60/VC-28/10, en los que fue la única oferta presentada. A pesar de ello, luego la UTE necesitó recurrir a numerosas subcontrataciones de cara a la prestación de los servicios que le fueron adjudicados. Fruto de su acuerdo, las cuatro empresas mantuvieron sus porcentajes de participación en la UTE, contribuyendo así al mantenimiento del *statu quo* existente en el organismo. Existen, además, indicios de que los acuerdos entre las cuatro empresas se remontaban al menos a nueve años atrás (hechos 288 a 307).

Por último, ATOS ha participado en **otras prácticas** tendentes a falsear y limitar la competencia en el mercado analizado, como la formulación de solicitudes de ofertas de cobertura a SAG en contratos del Ministerio del Interior, que se recogen en los hechos acreditados (hechos 331 a 333), o el acuerdo global firmado por ATOS con SAG, por el cual el primero le cede sus claves de Patrimonio, para que SAG pueda presentarse a determinados concursos y la subsiguiente subcontratación ficticia de SAG por parte de ATOS, para que la primera efectivamente preste los servicios para cuyo concurso ha utilizado la identidad de ATOS, algo especialmente llamativo en relación con los contratos de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones informáticos de la Subsecretaría del MECD (hechos 343 y ss.). Además, existen indicios de que ATOS pudo presentar una oferta de cobertura en favor de SAG en octubre de 2014 en relación con un contrato del MECD (hecho 335).

4.4.4. AXPE

AXPE alcanzó acuerdos en relación con el expediente PA 7/14 del **SEPE**, en el cual negoció su participación en la UTE SAG/NEXT/AXPE, que se presentó a los lotes 1 y 2 de este concurso. AXPE vino a sustituir con su participación en esta UTE la ausencia de CONNECTIS, empresa con la que SAG y NEXT contaron para licitaciones anteriores de estos servicios. Los acuerdos alcanzados por AXPE previamente a la convocatoria del concurso incluyeron la subcontratación preferente de ATOS para ambos lotes, con el fin de garantizarle la cuota de participación que venía teniendo. Aunque los acuerdos abarcaban ambos lotes, la UTE entre SAG, NEXT y AXPE fue adjudicataria únicamente del lote 2, lote en relación con el cual el acuerdo alcanzado tuvo efectos.

En el caso de AXPE, no es posible acreditar en su conducta esa intención que subyace a lo largo de todo el expediente de preservar una posición preexistente en los contratos, ya que su actuación se limita a un solo contrato en un único organismo y si bien participó en una UTE, lo cierto es que, dado que su presencia en la UTE deviene de una sustitución, no parece que esta empresa pudiera tener capacidad de decisión en los acuerdos previos de las empresas que constituían la UTE. Por tanto, esta Sala considera que no procede imputar a AXPE la conducta objeto de este expediente, sin perjuicio de que en posteriores investigaciones en relación con estos mercados y esta empresa se observase que esta conducta obedece a un patrón que se extiende más allá del citado acuerdo puntual y que, en su caso, debería ser analizado en el marco de otro procedimiento distinto al presente aquí resuelto.

4.4.5. BABEL

BABEL alcanzó acuerdos en relación con la contratación de servicios informáticos por parte de la **GISS** en los expedientes 7202/06G, 7201/10G y 7201/14G. Estos acuerdos estaban orientados al mantenimiento de la cuota de prestación de determinados servicios por parte de BABEL.

En el concurso 7202/06G, BABEL alcanzó acuerdos con INDRA y SAG y resultó adjudicataria del lote 7 en UTE con ambas (hechos 74 a 90). Los servicios de este lote 7 del expediente 7202/06G tuvieron su continuidad en el lote 6 del expediente 7201/10G, que a su vez englobaba otros lotes y en el cual BABEL alcanzó acuerdos de cara al mantenimiento de su porcentaje de participación respecto al concurso anterior. Además, BABEL presionó en las negociaciones para asegurarse la subcontratación de otros servicios que en el pasado recayeron en otras empresas (hecho 91 a 106).

Los servicios contratados a BABEL en el lote 6 del expediente 7201/10G continuaron en la licitación del expediente 7201/14G, concretamente en el lote 3, en el cual BABEL logró mantener su participación mediante un acuerdo para su subcontratación preferente por la UTE INDRA/SAG/ALDEBARÁN en caso de resultar adjudicataria del contrato, a cambio de no participar en otras ofertas

competidoras. Finalmente, esta UTE no logró ser adjudicataria de este contrato, ya que su oferta fue superada por la de la empresa INSA (hechos 138 a 180).

En el caso del concurso 7201/13G de la GISS, BABEL indicó que había alcanzado un acuerdo de subcontratación preferente con IBM en caso de que IBM resultase adjudicataria, si bien la adjudicataria fue la UTE INDRA/SAG. Esta UTE subcontrató servicios a BABEL desde el 12 de marzo de 2015 en el concurso 7201/13G, en sustitución del compromiso alcanzado en relación con el lote 1 del concurso 7201/14G, del cual también era adjudicataria. Dado que, como se ha visto, el acuerdo alcanzado por BABEL en relación con el concurso 7201/14G afectaba en un principio al lote 3, que no les fue adjudicado a INDRA/SAG/ALDEBARÁN, cabe considerar que esta subcontratación de BABEL en el concurso 7201/13G es una compensación a BABEL por esta falta de participación final, a través de su subcontratación, respecto a los lotes 1 y 3 del expediente 7201/14G (hechos 107 a 137).

Por último, BABEL participó en **otras prácticas** tendentes a falsear y limitar la competencia como la presentación de ofertas de cobertura para SAG. Respecto a este aspecto existen indicios en relación con un contrato del MECD de mayo de 2015 y evidencias de que BABEL alcanzó un acuerdo con SAG para la presentación de una oferta de cobertura en 2009 en relación con un contrato del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, aunque BABEL no respetó el acuerdo y finalmente presentó una oferta más baja, logrando la adjudicación del contrato y generando malestar en SAG, quien se planteó dejar de colaborar con BABEL en el futuro y decidió advertirle de que debía cuidar su relación con SAG (hechos 347 a 350).

4.4.6. CIBERNOS

CIBERNOS participó en los acuerdos alcanzados en relación con todos los concursos de desarrollo y mantenimiento informático citados en relación con la **AEAT** (C 68/06, C 03/07, AV 42/10, AV 10/2011, PA 20/2014 y PA 2/2015). CIBERNOS ha desempeñado un papel activo como partícipe en los distintos acuerdos de constitución de las UTE que han resultado adjudicatarias de dichos concursos, en las negociaciones e intercambio de información comercial sensible entre las empresas participantes y en la toma de decisiones en relación con los distintos aspectos relativos a los acuerdos adoptados para mantener la situación competitiva preexistente (hechos 1 a 73).

En el marco de los contratos de servicios informáticos licitados por la **GISS**, existen evidencias de la subcontratación preferente de CIBERNOS por parte de la UTE INDRA/SAG en el expediente 7201/13G. Esta subcontratación preferente se acordó con CIBERNOS a cambio de no participar en otras ofertas competidoras y, además, se ha acreditado que esta subcontratación se hacía para mantener el *statu quo* preexistente en los servicios licitados, ya que este concurso renovaba uno anterior que había sido adjudicado a la UTE INDRA/SAG/ATOS/CIBERNOS en UTE (hechos 114, 117, 124).

CIBERNOS también alcanzó acuerdos de cara al mantenimiento de su participación en los servicios informáticos de ADABAS/NATURAL del INSS, formando parte de una UTE con SAG, INDRA y ATOS que fue adjudicataria, al menos, de los concursos 392/CP-40/05 y 60/VC-28/10, en los que fue la única oferta presentada. A pesar de ello, luego la UTE necesitó recurrir a numerosas subcontrataciones de cara a la prestación de los servicios que le fueron adjudicados. Fruto de su acuerdo, las cuatro empresas mantuvieron sus porcentajes de participación en la UTE, contribuyendo así al mantenimiento del *statu quo* existente en el organismo. Existen, además, indicios de que los acuerdos entre las cuatro empresas se remontaban al menos a nueve años atrás (hechos 288 a 307).

CIBERNOS, como ha quedado acreditado, ha desarrollado **otras prácticas** tendentes a falsear y limitar la competencia, como la presentación de una oferta de cobertura en favor de INDRA en el Ministerio de Sanidad en junio de 2011, o la presentación de diversas ofertas de cobertura en favor de SAG en el Instituto Cervantes en octubre de 2010, en el MECD en octubre de 2014 y en mayo de 2015, en la Universidad de Barcelona en octubre de 2014 y en el MINHAP en marzo de 2015 (hechos 334 a 339).

4.4.7. CONNECTIS

THALES y CONNECTIS aparecen en los hechos como autoras de las conductas, la primera hasta 2012 y la segunda a partir de esa fecha. Ello es así, porque THALES desapareció en 2012 tras integrarse en CONNECTIS.

Está plenamente admitido por la jurisprudencia de la UE¹⁴⁹, española y por los precedentes de la CNMC¹⁵⁰, que una infracción de las normas sobre la competencia puede ser imputada al sucesor económico de la persona jurídica que la haya cometido, con el fin de que el efecto útil de dichas normas no se vea comprometido a causa de los cambios efectuados en las estructuras societarias de las empresas. La Audiencia Nacional ha declarado que cuando no exista persona jurídica a la que se pueda atribuir la responsabilidad por la infracción en la que han estado involucrados los activos transferidos porque la antigua propietaria haya dejado de existir legalmente, los principios de efectividad y eficacia de los artículos 101 y 102 del TFUE conllevan la aplicación del principio de continuidad económica y se traslada la responsabilidad por la infracción a la empresa sucesora¹⁵¹.

¹⁴⁹ Asuntos TJUE C-40/73, Suiker Unie; C-49/92P ANIC, C 29/83, Compagnie Royale Asturienne des Mines, SA, C-204/00 y otros P Alborg Portland; Asuntos TGUE T-6/89 Enichem, T-134/1994 NMH Stahlwerke, T-348/08, Aragonesas Industrias y Energíy, SAU v Commission, and T-349/08, Uralita SA v Commission.

¹⁵⁰ Entre otras, Resolución de la CNMC de 26 de mayo de 2016 (Expte. S/0504/14 AIO) y Resolución de 3 de diciembre de 2015 (expte. s/0481/13 construcciones modulares).

¹⁵¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2013 (recurso 48/2012) en el ámbito del Expte. S/0251/10 Envases Hortofrutícolas.

Esta doctrina ha sido confirmada por el Tribunal Supremo (Sentencia de 16 de diciembre de 2015, recurso 1973/2014) al disponer lo siguiente: “(...) *el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas. La modulación de los principios de culpabilidad y responsabilidad dependerá de que se constate una quiebra parcial de continuidad económica y empresarial entre las empresas sucesivas, pero no necesariamente por el mero hecho de que haya habido una reorganización, un cambio de nominación o la adquisición de la empresa por otra, esto es, por un cambio de titularidad. Otra cosa conduciría, como aduce con razón el Abogado del Estado, a la elusión discrecional de responsabilidades por parte de una sociedad mercantil procediendo a cualquiera de las citadas modificaciones.*”

Por tanto, en la medida en que THALES pasó a integrarse en la nueva sociedad denominada CONNECTIS, procede imputar a esta última la responsabilidad de autoría de THALES y, a partir del año 2012, la de su propia autoría.

A los efectos de simplificar la comprensión de los párrafos siguientes, y sin perjuicio de cuanto se ha señalado, esta Sala ha considerado oportuno identificar a ambas empresas, indistintamente, con la denominación de CONNECTIS.

CONNECTIS participó de diversas formas en los acuerdos alcanzados respecto a todas las licitaciones de la **GISS**.

En el caso del concurso 7202/06G, se ha acreditado la participación activa de CONNECTIS en el reparto de perfiles, intercambio de información comercial sensible y en la modificación de la redacción del PCAP. CONNECTIS firmó un acuerdo de colaboración con ATOS, SAG e INDRA para los lotes 10 y 12 de este concurso. Además, CONNECTIS se presentó y resultó adjudicataria de los lotes 10, 11, 12 y 14 del mismo en distintas combinaciones de UTE con estas empresas (en algunos casos, las otras empresas no aparecen como miembros de la UTE, pero fueron subcontratadas por esta) (hechos 74 a 90).

CONNECTIS también participó en el reparto de la continuación de estos servicios mediante el concurso 7201/10G, alcanzando acuerdos de reparto de los lotes 6, 8 y 9, previamente incluso al anuncio de licitación del expediente. Estos lotes le fueron adjudicados en distintas combinaciones de UTE con las empresas adjudicatarias de los servicios licitados en dichos lotes en el concurso anterior. Además, CONNECTIS mantuvo su colaboración en UTE con SAG para el lote 11 de este concurso, lote que continuaba los servicios del lote 14 del concurso 7202/06G y que ya le fue adjudicado en el pasado, siendo de nuevo adjudicatarias del mismo (hechos 91 a 106).

Asimismo, CONNECTIS alcanzó acuerdos en relación con el expediente 7201/14G, que daba continuidad a los servicios licitados en el expediente 7201/10G. Los acuerdos suponían la subcontratación preferente de CONNECTIS en los lotes 1 y 3 y su participación como miembro de la UTE INDRA/SAG/CONNECTIS en el lote 2, de forma que mantuviera los servicios que tenía atribuidos en el concurso anterior. En el caso del lote 3, el acuerdo no

tuvo efectos, al ser adjudicado dicho lote a otra oferta participante, pero en los lotes 1 y 2 sí que se llevó a efecto al acuerdo alcanzado (hechos 138 a 180).

Además, CONNECTIS llegó a un acuerdo de subcontratación preferente con la UTE INDRA/SAG en el expediente 7201/13G a cambio de no participar en ofertas competidoras. Esta UTE fue la adjudicataria del citado concurso (hechos 107 a 137).

Por otra parte, CONNECTIS también participó en las negociaciones y acuerdos alcanzados con diversas empresas en relación a los concursos del **SEPE**. CONNECTIS tuvo un papel destacado en estos acuerdos ya que, pese a que la importancia relativa de esta empresa en otros ámbitos puede ser menor que la de otras empresas incoadas, en el caso del SEPE, CONNECTIS es una de las cinco empresas clave junto con SAG, NEXT, GESEIN e INDRA.

Concretamente, CONNECTIS, que ya había sido adjudicataria del concurso C11/04 del SEPE en UTE con NEXT, amplió el rango de socios y llegó a acuerdos con NEXT, SAG, ATOS y EVERIS en relación a los lotes 3 del C10/08 y 6 del C11/08. En este caso, las negociaciones abarcaron ambos lotes, pese a pertenecer a concursos distintos. Estas negociaciones se llevaron a cabo antes de que la información sobre el concurso fuera pública y conllevaron la compartición de información comercial sensible y el reparto de perfiles, porcentajes de participación, precios a ofertar, etc. Como resultado de las mismas, CONNECTIS se presentó en UTE con NEXT, SAG, ATOS y EVERIS al lote 3 del expediente C10/08, resultando adjudicatarias. Asimismo, CONNECTIS se presentó en UTE con NEXT, SAG y ATOS al lote 6 del C11/08, comprometiéndose a subcontratar a EVERIS en condiciones preferenciales, aunque al no resultar adjudicatarias de dicho lote, el acuerdo alcanzado no tuvo efectos en lo que a este lote se refiere (hechos 181 a 199).

En la continuación de la licitación de estos servicios del SEPE con el expediente PA 11/12, CONNECTIS mantiene su pacto con SAG, NEXT y ATOS para la presentación de una oferta conjunta en los lotes 7 y 8, resultando adjudicatarias del lote 7 (hechos 200 a 221).

No obstante, en el concurso PA 7/14, que da continuidad a ciertos servicios licitados en el PA 11/12, CONNECTIS no llegó a un acuerdo con NEXT y SAG, pese a los contactos iniciales entre estas tres empresas. NEXT y SAG incluyeron en su UTE a AXPE en sustitución de CONNECTIS y CONNECTIS se presentó en solitario, resultando adjudicataria del lote 1 de este expediente, lo que, entre otros aspectos, demuestra que la presentación en UTE en los concursos anteriores probablemente no era necesaria, sino fruto de acuerdos y prácticas concertados alcanzados para restringir la competencia.

4.4.8. EVERIS

En relación con los concursos de la **GISS**, EVERIS habría mantenido la subcontratación de varios de sus recursos por los adjudicatarios de los

concursos 7202/06G y 7201/10G debido a la solicitud de la propia GISS (hechos 97 y 98).

EVERIS alcanzó acuerdos en relación con el reparto simultáneo de los lotes 3 del expediente C10/08 y 6 del expediente C11/08 del SEPE con las empresas CONNECTIS, NEXT, SAG y ATOS. En el caso del lote 3, EVERIS conformó una UTE con estas empresas, que resultó adjudicataria del mismo. En el caso del lote 6, EVERIS acordó ir como subcontratada preferente de cara a garantizarle un determinado porcentaje de participación en los servicios licitados en ambos lotes (hechos 181 a 199).

El acuerdo alcanzado contemplaba distintos escenarios en función de los lotes de los cuales resultasen adjudicatarias, variando los porcentajes en unos y otros, de forma que se mantuviese el porcentaje de participación total de EVERIS.

No obstante, el peso de EVERIS en el acuerdo alcanzado es relativamente menor, comparado con el de otras empresas, teniendo en cuenta que no existen indicios ni evidencias que acrediten que la participación de EVERIS con este grupo de empresas se mantuviera en los sucesivos concursos del SEPE que dieron continuidad a los servicios licitados en los dos lotes citados.

Además, EVERIS alcanzó en julio de 2011 un acuerdo marco de colaboración con SAG en relación con el **entorno SAP** y que se circunscribe a administraciones autonómicas y locales españolas en materia de tributos previendo la firma de acuerdos de colaboración específicos para cada oportunidad detectada por ambas empresas, sin que se hayan podido acreditar los efectos de estos acuerdos entre EVERIS y SAG (hecho 256 a 259).

4.4.9. GESEIN

GESEIN ha participado en los acuerdos alcanzados en los concursos de la **AEAT** relativos al desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones que se llevan a cabo en el Departamento de Informática Tributaria de la AEAT (C 68/06, AV 42/10 y PA 20/2014). GESEIN ha desempeñado un papel activo como partícipe en las distintas UTE que han resultado adjudicatarias de dichos concursos, en las negociaciones e intercambio de información comercial sensible entre las empresas participantes y en la toma de decisiones en relación con los distintos aspectos relativos a la adopción e implementación de los acuerdos alcanzados para mantener la situación competitiva preexistente (hechos 1 a 32).

GESEIN también formó parte de los acuerdos alcanzados en relación con los expedientes de servicios informáticos licitados por la **GISS** (7202/06G, 7201/10G y 7201/14G). Si bien no se dispone de evidencias directas de su participación en las negociaciones de los acuerdos de los expedientes 7202/06G (hechos 74 a 90) y 7201/10 G (hechos 91 a 106), el hecho de que fuera adjudicataria del lote 13 del expediente 7202/06G en UTE con INDRA y del lote 10 del expediente 7201/10G, que daba continuidad al lote 13 anterior (junto con el lote 4) en UTE con INDRA y con UNISYS, así como la existencia de evidencias de su acuerdo

con la UTE INDRA/SAG/CONNECTIS para ser subcontratado en condiciones preferenciales en el lote 2 del concurso 7201/14G que daba continuidad a dichos servicios (con el objetivo de que no participase en otras ofertas y mantuviese su cuota de participación) (hechos 138 a 180), lleva a la conclusión, por parte de esta Sala, de que GESEIN fue parte activa en los acuerdos alcanzados en relación con el reparto de los concursos de la GISS citados, con el objetivo de mantener el *statu quo* preexistente.

Respecto a los expedientes licitados por el **SEPE**, al igual que en el caso de ACCENTURE, los acuerdos se retrotraerían al concurso C11/08, lote 6, que fue adjudicado a la UTE INDRA/ACCENTURE/GESEIN/CORITEL (hechos 181 a 199).

Aunque no se dispone de evidencias directas sobre este concurso en relación a GESEIN, en concursos posteriores, que daban continuidad a estos servicios, como el PA11/12, INDRA, entre las alianzas estratégicas que baraja, mantiene la posibilidad de ofertar conjuntamente con GESEIN y esta es considerada una de las cinco empresas más relevantes en relación a la prestación de servicios informáticos en el SEPE (hechos 200 a 221).

En la licitación del concurso PA 11/12, INDRA, ACCENTURE y GESEIN se presentaron en UTE a los lotes 7 y 8, resultando adjudicatarias del lote 8 y, pese a que ACCENTURE resultó adjudicataria en solitario de los lotes 9 y 10, en las referencias de negociaciones entre INDRA, ACCENTURE y GESEIN en relación con la continuación de estos servicios de desarrollo de aplicaciones informáticas en el concurso PA 7/14, se tomaron como base para el reparto de participaciones entre INDRA, ACCENTURE y GESEIN los datos de los lotes 8, 9 y 10 del concurso PA 11/12 (hechos 222 a 246).

Por todo lo anterior, esta Sala considera que los acuerdos y negociaciones entre GESEIN y estas empresas se habrían desarrollado también en los concursos C11/08 y PA 11/12.

En el expediente PA 11/12, GESEIN se presentó en UTE con INDRA también al lote 4, si bien no se dispone de evidencias en relación con el acuerdo alcanzado entre ambas empresas.

En el caso del expediente PA 7/14 del SEPE, GESEIN negoció y mantuvo reuniones con INDRA y ACCENTURE de cara a mantener los porcentajes de reparto que tenían anteriormente, antes incluso de la publicación de los pliegos. En este concurso, INDRA y ACCENTURE se presentaron en UTE a los lotes 1 y 2 y acordaron subcontratar a GESEIN por el porcentaje que tenía anteriormente para evitar que se aliase con otras empresas. No obstante, en esta ocasión, la UTE no resultó adjudicataria de ninguno de los dos lotes por lo que los acuerdos alcanzados no pudieron llevarse a efecto.

4.4.10. IBM

IBM ha participado activamente en los acuerdos alcanzados en relación con los concursos de la AEAT relativos al desarrollo de aplicaciones informáticas del

Departamento de Informática Tributaria de la **AEAT** (C03/07, AV 10/2011 y PA 2/2015). IBM ha desempeñado un papel activo como partícipe en las distintas UTE que han resultado adjudicatarias de dichos concursos, de forma que ha mantenido su porcentaje de participación en los servicios licitados en los mismos (hechos 33 a 73).

En el caso del concurso PA 2/2015, IBM no se presentó oficialmente como miembro de la UTE adjudicataria de uno de los dos lotes, pero el acuerdo se implementó mediante la subcontratación a IBM del porcentaje que le correspondía con base en el acuerdo alcanzado entre INDRA, SAG, CIBERNOS e IBM, y que suponía el mantenimiento de los porcentajes de las cuatro empresas, pese a que los servicios licitados se dividieron en dos lotes (hechos 55 a 73).

IBM ha participado activamente en las negociaciones e intercambio de información comercial sensible entre las cuatro empresas participantes, en la toma de decisiones en relación con los distintos aspectos relativos a los acuerdos adoptados y en la gestión de las UTE en la implementación de dichos acuerdos.

4.4.11. IECISA

Según señala la DC en su propuesta de resolución, IECISA llegó a un acuerdo con INDRA y SAG en el marco del expediente 7201/14G de la **GISS** por el cual lograba la integración de parte de su equipo en los servicios del lote 3, a cambio de no presentarse a ninguno de los lotes en los que pretendían presentar oferta INDRA y SAG (lotes 1, 2 y 3). En los hechos acreditados se ha evidenciado que IECISA no presentó oferta a ninguno de esos tres lotes.

También existen indicios de la participación de IECISA en la presentación de **ofertas de cobertura** en favor de ATOS en varios concursos del Ministerio del Interior en septiembre de 2010 y en febrero de 2011.

Sin embargo, esta Sala considera que no ha quedado suficientemente acreditada en la conducta de IECISA esa intención que subyace a lo largo de todo el expediente de preservar una posición preexistente en los contratos, ya que su actuación se limita a un solo contrato en un único organismo. Por tanto, dada la incidencia de esta empresa es este acuerdo puntual, esta Sala considera que no es posible imputar a IECISA la conducta, sin perjuicio de que en posteriores investigaciones en relación con estos mercados y esta empresa se observase que esta conducta obedece a un patrón que se extiende más allá del citado acuerdo puntual y que, en su caso, debería ser analizado en el marco de otro procedimiento distinto al presente aquí resuelto.

Por otro lado, el hecho de que IECISA concurriera a esos concursos y presentara oferta superior a la de ATOS, sin mayores pruebas, no es elemento probatorio suficiente para considerar que detrás de esta conducta se esconde la participación en el cártel. En consecuencia, tampoco cabe atribuir a IECISA responsabilidad por estos hechos.

4.4.12. INDRA

Según ha señalado la Dirección de Competencia, habrían participado como autoras en las conductas las empresas INDRA SISTEMAS, S.A. e INDRA SOFTWARE LABS, S.L. (esta última en UTE con INDRA SISTEMAS en el contrato de la AEAT PA 2/15).

Sin embargo, dada la incidencia de INDRA SOFTWARE LABS en los acuerdos, esta Sala considera que no es posible imputar a la citada empresa responsabilidad en este expediente, sin perjuicio de que en posteriores investigaciones en relación con estos mercados y esta empresa se observase que esta conducta obedece a un patrón que se extiende más allá del citado acuerdo puntual y que, en su caso, debería ser analizado en el marco de otro procedimiento distinto al presente aquí resuelto.

INDRA ha participado en los acuerdos alcanzados en relación con todos los concursos de desarrollo y mantenimiento informático citados en relación con la **AEAT** (C 68/06, C 03/07, AV 42/10, AV 10/2011, PA 20/2014 y PA 2/2015). INDRA ha desempeñado un papel activo como partícipe en las distintas UTE que han resultado adjudicatarias de dichos concursos, en las negociaciones e intercambio de información comercial sensible entre las empresas participantes y en la toma de decisiones en relación con los distintos aspectos relativos a los acuerdos adoptados para mantener la situación competitiva preexistente (hechos 1 a 73).

Además, INDRA ha participado activamente en los acuerdos alcanzados en relación con todos los concursos de la **GISS** que se han recogido en los hechos acreditados. La participación de INDRA en estos concursos abarca desde el reparto de perfiles, intercambio de información comercial sensible, redacción de pliegos de licitación, variación en interés propio de la redacción de los mismos, firma de acuerdos de colaboración con las empresas que venían prestando los servicios con anterioridad, capacidad decisoria sobre las empresas con las que subcontratar preferentemente o participar conjuntamente en las UTE, toma de decisiones sobre la modalidad en la que presentarse a los concursos (juntas en UTE, por separado, con subcontrataciones, etc.).

Como resultado de esta actividad negociadora, INDRA resultó adjudicataria de los lotes 7, 10, 11, 12 y 13 del concurso 7202/06G como partícipe de distintas UTEs (hechos 74 a 90), así como de los lotes 6, 8, 9 y 10 del concurso 7201/10G que daba continuidad a los servicios del concurso 7202/06G (hechos 91 a 106). También resultó adjudicataria de los lotes 1 y 2 del concurso 7201/14G que daba continuidad a dichos servicios y, aunque llevó a cabo negociaciones con objeto de reducir la competencia de cara al lote 3 de este último concurso y se presentó en UTE al mismo, finalmente no resultó adjudicataria de dicho lote (hechos 138 a 180). INDRA llegó a acuerdos en relación con el concurso 7201/13G, del cual resultó adjudicataria en UTE con SAG y para el cual alcanzó acuerdos de subcontratación preferente con ATOS, CIBERNOS y CONNECTIS, a cambio de que estos no participasen en otras ofertas competidoras (hechos 107 a 137). Todo lo anterior conllevó el mantenimiento de la participación de INDRA en los

servicios de carácter informático licitados por la GISS al menos desde el año 2006.

INDRA también alcanzó acuerdos de carácter anticompetitivo en relación a los expedientes licitados por el **SEPE**. Estos acuerdos se retrotraerían al concurso C11/08 que fue adjudicado a la UTE INDRA/ACCENTURE/GESEIN/CORITEL (lote 6) (hechos 181 a 199). Aunque no se dispone de evidencias directas sobre este concurso respecto a INDRA, la interpretación de este dato junto con las afirmaciones realizadas por INDRA en el marco del expediente PA 11/12 (que da continuidad a los servicios del C11/08) en que consideraba necesario mantener las alianzas y barajaba la utilidad de llegar a acuerdos con las empresas que junto a ella misma consideraba las cinco clave en el SEPE (SAG, CONNECTIS, NEXT y GESEIN) resultan indiciarias de la existencia de estas alianzas previamente al concurso PA 11/12 (hechos 200 a 221).

En la licitación del expediente PA 11/12 INDRA intentó alcanzar un acuerdo con SAG, ya que SAG junto con CONNECTIS, NEXT, ATOS y EVERIS venía prestando los servicios de los lotes que, junto a los que prestaban INDRA con ACCENTURE y GESEIN, se consideraban más relevantes de los que se iban a licitar. No obstante, SAG rechazó la posibilidad de un acuerdo con INDRA y mantuvo su alianza con las empresas de su UTE. Por ello, en el concurso PA 11/12, INDRA presentó una oferta conjunta con ACCENTURE y GESEIN a los lotes 7 y 8, resultando adjudicatarias del lote 8. Asimismo, INDRA se presentó en UTE con GESEIN al lote 4. Además, en relación con este concurso, pese a que ACCENTURE resultó adjudicataria en solitario de los lotes 9 y 10, en las referencias de negociaciones entre INDRA, ACCENTURE y GESEIN en relación con la continuación de estos servicios de desarrollo de aplicaciones informáticas en el concurso PA 7/14, se tomaron como base para el reparto de participaciones entre INDRA, ACCENTURE y GESEIN los datos de los lotes 8, 9 y 10 del concurso PA 11/12. Por ello, esta Sala considera que los acuerdos y negociaciones entre INDRA, ACCENTURE y GESEIN se habrían desarrollado también los concursos C11/08 y PA 11/12, en el caso de este último en relación con los lotes 7, 8, 9 y 10, y en ellos el papel de INDRA fue fundamental a la hora de buscar y lograr alianzas que desde un punto de vista estratégico le permitieran mejorar su posición de cara a la presentación de ofertas en estos concursos y limitar la competencia a la que tenía que enfrentarse.

En el caso del expediente PA 7/14 del SEPE, ha quedado acreditado que INDRA negoció y mantuvo reuniones con ACCENTURE y GESEIN de cara a mantener los porcentajes de reparto que tenían anteriormente, antes incluso de la publicación de los pliegos. En este concurso INDRA y ACCENTURE se presentaron en UTE a los lotes 1 y 2 y acordaron subcontratar a GESEIN por el porcentaje que tenía anteriormente para evitar otras uniones. No obstante, en esta ocasión, la UTE no resultó adjudicataria de ninguno de los dos lotes, por lo que los acuerdos alcanzados no pudieron llevarse a efecto (hechos 222 a 246).

Asimismo, ha quedado acreditado que INDRA alcanzó un acuerdo marco de colaboración con SAG a finales de 2010 para presentarse en UTE a los distintos

proyectos de **tributos-SAP (entorno SAP)** en las Comunidades Autónomas españolas, así como a nivel europeo. Este acuerdo prevé porcentajes de reparto de oportunidades futuras aún no identificadas y la compensación de las líneas nacional e internacional, así como la firma de un acuerdo de colaboración específico en cada oportunidad por los cuales las empresas operarían juntas y en régimen de exclusividad. No obstante, no se ha podido acreditar que este acuerdo estratégico y con un marcado objeto anticompetitivo se haya llegado a poner en práctica (hechos 247 a 262).

Por otra parte, en relación con los servicios y productos informáticos licitados por el **INSS**, los acuerdos alcanzados por INDRA con SAG llevaron a que esta última le cediese un porcentaje de participación en los concursos de ATRIUM 11/CP-10/2005 y 60/VC-50/10 (continuación del anterior), sin que existiese una justificación objetiva para ello (hechos 263 a 276). En estos concursos sólo se presentó la UTE SAG/INDRA, quien participó en la redacción de los pliegos y los marcó tecnológicamente de cara a reservar estos servicios para ellos. La presentación en UTE de ambas empresas resultaba innecesaria, respondiendo a planteamientos puramente estratégicos y no a motivaciones técnicas o económicas. Una muestra de ello es que en la continuación del concurso 60/VC-50/10, el lote 6 del expediente 60/VC-73/12, SAG decidió romper la alianza con INDRA y ambas empresas se presentan por separado, resultando SAG adjudicataria. Los efectos del acuerdo en los concursos anteriores serían significativos ya que al separarse las empresas se pasa de porcentajes de descuento del 5% al 25% de descuento en 2012.

INDRA también participó activamente en los acuerdos alcanzados en relación con los concursos de ADABAS/NATURAL del INSS (392/CP-40/05 y 60/VC-28/10), en los cuales se presentó en UTE con SAG, ATOS y CIBERNOS. Las cuatro empresas mantuvieron sus porcentajes de participación en la UTE y contribuyeron con estos acuerdos al mantenimiento del *statu quo* existente en el organismo. De hecho, existen indicios de que los acuerdos entre las cuatro empresas se remontaban al menos a nueve años atrás (hechos 288 a 307).

INDRA también ha participado en **otras prácticas** tendentes a limitar y falsear la competencia, como el acuerdo con CIBERNOS para que esta presentara una oferta de acompañamiento en el Ministerio de Sanidad en junio de 2011 y así lograr adjudicarse el contrato (hecho 334).

Finalmente, en lo que se refiere a las conductas en el Instituto Cervantes consistentes, según la DC, en la presión por parte de INDRA a ORACLE para que esta última contribuyese a que se presentasen dos ofertas menos ventajosas que la de INDRA y así asegurarse la adjudicación de los servicios licitados, esta Sala considera que estos hechos no guardan relación con las conductas analizadas a lo largo del expediente, en particular en lo que se refiere a la identidad de sujetos intervinientes –ORACLE y el resto de empresas participantes en estos hechos no han sido incoados–, por lo que no pueden ser considerados una prueba de cargo en este expediente a los efectos de sancionar a INDRA. Asimismo, cabe indicar que, en todo caso, ORACLE no aceptó las

presiones de INDRA tal como reflejan los propios hechos acreditados (hechos 321 a 330).

4.4.13. NEXT

NEXT participó en las negociaciones y acuerdos alcanzados con diversas empresas en relación a los concursos del **SEPE**. NEXT desempeñó una papel destacado en estos acuerdos ya que, pese a que la importancia relativa de esta empresa en otros ámbitos puede ser menor que la de otras empresas incoadas, en el caso del SEPE, NEXT era una de las cinco empresas clave junto con SAG, CONNECTIS, GESEIN e INDRA.

NEXT ya había sido adjudicataria del concurso C11/04 del SEPE en UTE con CONNECTIS y en 2008 amplió el rango de socios y llegó a acuerdos con CONNECTIS, SAG, ATOS y EVERIS en relación a los lotes 3 del expediente C10/08 y 6 del expediente C11/08 (hechos 181 a 199).

Estos acuerdos se refieren conjuntamente a ambos lotes, a pesar de su pertenencia a concursos distintos. Las negociaciones al respecto se llevaron a cabo antes de que la información sobre el concurso fuese pública y supusieron la compartición de información comercial sensible, el reparto de perfiles, la fijación de porcentajes de participación, precios a ofertar, etc. Como resultado de estas conductas, NEXT se presentó en UTE con CONNECTIS, SAG, ATOS y EVERIS al lote 3 del expediente C10/08, resultando adjudicatarias. Asimismo, NEXT se presentó en UTE con CONNECTIS, SAG y ATOS al lote 6 del C11/08, comprometiéndose a subcontratar a EVERIS en condiciones preferenciales, aunque, al no resultar adjudicatarias de dicho lote, el acuerdo alcanzado no tuvo efectos en lo que a este lote se refiere.

En el expediente PA 11/12, que supone la continuación de los servicios informáticos anteriores, NEXT mantuvo su pacto con SAG, CONNECTIS y ATOS para la presentación de una oferta conjunta en los lotes 7 y 8, resultando adjudicatarias del lote 7 (hechos 200 a 221).

Además, en el concurso PA 7/14 que da continuidad a ciertos servicios licitados en el PA 11/12, NEXT participó en las negociaciones con SAG y CONNECTIS de cara al mantenimiento de su alianza, aunque no lograron llegar a un acuerdo con CONNECTIS. Por ello, NEXT alcanzó un acuerdo con SAG, AXPE y ATOS, para presentarse a los lotes 1 y 2 del concurso PA 7/14 con la UTE SAG/NEXT/AXPE y comprometiéndose a la subcontratación de ATOS en condiciones preferenciales (hechos 222 a 246).

Pese a que la UTE presentó oferta a ambos lotes, resultó adjudicataria únicamente del lote 2, sin que el acuerdo desplegara sus efectos respecto al lote 1.

4.4.14. SAG

SAG ha participado en los acuerdos alcanzados en relación con todos los concursos de desarrollo y mantenimiento informático citados en relación con la **AEAT** (C 68/06, C 03/07, AV 42/10, AV 10/2011, PA 20/2014 y PA 2/2015). SAG ha desempeñado un papel activo como partícipe en las distintas UTE que han resultado adjudicatarias de dichos concursos, en las negociaciones e intercambios de información comercial sensible entre las empresas participantes y en la toma de decisiones en relación con los distintos aspectos relativos a los acuerdos adoptados para mantener la situación competitiva preexistente (hechos 1 a 73).

SAG también ha participado activamente en los acuerdos alcanzados en relación con todos los concursos de la **GISS** que se han citado en los hechos acreditados. Los acuerdos alcanzados por SAG implican desde el reparto de perfiles, el intercambio de información comercial sensible, la redacción de pliegos de licitación o la variación de la redacción de los mismos, la firma de acuerdos de colaboración con empresas que venían prestando los servicios con anterioridad, etc. Además, SAG ha demostrado tener capacidad decisoria sobre las empresas con las que subcontratar preferentemente o participar conjuntamente en las UTEs, toma de decisiones sobre la modalidad en la que presentarse a los concursos (juntas en UTE, por separado, con subcontrataciones, etc.).

Como resultado de estos acuerdos SAG resultó adjudicataria de los lotes 7, 10, 11 y 14 del concurso 7202/06G como partícipe de distintas UTE (hechos 74 a 90). El acuerdo existente con las empresas INDRA, ATOS y CONNECTIS alcanzaba también el reparto del lote 12 de este concurso, donde SAG fue subcontratada preferente, con el objetivo de que mantuviese el 10% de participación de los servicios licitados en dicho lote. SAG también resultó adjudicataria de los lotes 6, 8, y 11 del concurso 7201/10G, aunque alcanzó un acuerdo con INDRA, CONNECTIS y ATOS, por el que además de aparecer como partícipe de la UTE en los lotes 6 y 8, SAG sería subcontratada preferente de los servicios del lote 9, manteniendo su cuota del 12% de participación (hechos 91 a 106). Este concurso, como se ha visto, daba continuidad a los servicios del concurso 7202/06G. SAG también resultó adjudicataria de los lotes 1 y 2 del concurso 7201/14G que daba continuidad a dichos servicios y, aunque llevó a cabo negociaciones con objeto de reducir la competencia de cara al lote 3 de este último concurso y se presentó en UTE al mismo, finalmente no resultó adjudicataria de dicho lote (hechos 138 a 180). SAG también alcanzó acuerdos en relación con el concurso 7201/13G, del cual resultó adjudicataria en UTE con INDRA y para el cual acordó la subcontratación preferente de ATOS, CIBERNOS y CONNECTIS, a cambio de que estos no participasen en otras ofertas competidoras. Todo lo anterior conllevó el mantenimiento de la participación de SAG en los servicios de carácter informático licitados por la GISS al menos desde el año 2006, aunque existen indicios de que tanto la participación de SAG como los pactos descritos se remontaban aún más atrás en el tiempo (hechos 107 a 137).

Además, SAG participó en las negociaciones y acuerdos alcanzados con diversas empresas en relación a los concursos del **SEPE**. Debe señalarse que, en el ámbito del SEPE, SAG es una de las cinco empresas clave junto con NEXT, CONNECTIS, GESEIN e INDRA.

Ha quedado acreditado que SAG alcanzó acuerdos con CONNECTIS, NEXT, ATOS y EVERIS en relación a los lotes 3 del expediente C10/08 y 6 del expediente C11/08 (hechos 181 a 199). Estos acuerdos se refieren conjuntamente a ambos lotes, a pesar de su pertenencia a concursos distintos. Las negociaciones al respecto se llevaron a cabo antes de que la información sobre el concurso fuese pública y supusieron la compartición de información comercial sensible, el reparto de perfiles, la fijación de porcentajes de participación, precios a ofertar, etc. Como resultado de las mismas, SAG se presentó en UTE con CONNECTIS, NEXT, ATOS y EVERIS al lote 3 del expediente C10/08 resultando adjudicatarias. Asimismo, SAG se presentó en UTE con CONNECTIS, NEXT y ATOS al lote 6 del C11/08, comprometiéndose a subcontratar a EVERIS en condiciones preferenciales, aunque al no resultar adjudicatarias de dicho lote, el acuerdo alcanzado no tuvo efectos en lo que a este lote se refiere.

En el expediente PA 11/12, que supone la continuación de los servicios informáticos anteriores, SAG mantuvo su pacto con NEXT, CONNECTIS y ATOS para la presentación de una oferta conjunta en los lotes 7 y 8, resultando adjudicatarias del lote 7 (hechos 200 a 221).

Además, en el concurso PA 7/14 que da continuidad a ciertos servicios licitados en el PA 11/12, SAG participó en las negociaciones con NEXT y CONNECTIS de cara al mantenimiento de su alianza, aunque no lograron llegar a un acuerdo con CONNECTIS. Por ello, SAG acordó con NEXT, AXPE y ATOS, presentarse a los lotes 1 y 2 del concurso PA 7/14 con la UTE SAG/NEXT/AXPE, comprometiéndose a la subcontratación de ATOS en condiciones preferenciales (hechos 222 a 246).

Pese a que la UTE presentó oferta a ambos lotes, resultó adjudicataria únicamente del lote 2, sin que el acuerdo desplegara sus efectos respecto al lote 1.

Por otra parte, SAG lideró los contactos con INDRA y con EVERIS de cara al establecimiento de una alianza estratégica en relación con el **entorno SAP**. En relación con INDRA, SAG firmó un acuerdo marco de colaboración a finales de 2010 para presentarse en UTE a los distintos proyectos de tributos-SAP en las Comunidades Autónomas españolas, así como a nivel europeo (hechos 247 a 262). Este acuerdo prevé porcentajes de reparto de oportunidades futuras aún no identificadas y la compensación de las líneas nacional e internacional, así como la firma de un acuerdo de colaboración específico en cada oportunidad por los cuales las empresas operarían juntas y en régimen de exclusividad. No obstante, no se ha podido acreditar que este acuerdo estratégico y con un marcado objeto anticompetitivo se haya llegado a poner en práctica. Respecto a EVERIS, SAG firmó en julio de 2011 un acuerdo marco de colaboración en

relación con el entorno SAP, que se circunscribe a administraciones autonómicas y locales españolas en materia de tributos, previendo la firma de acuerdos de colaboración específicos para cada oportunidad detectada por ambas empresas, sin que se hayan podido acreditar los efectos de estos acuerdos entre EVERIS y SAG.

También resulta relevante el papel desempeñado por SAG en todos los concursos a los que se hace referencia en los hechos acreditados en relación con los servicios y productos informáticos licitados por el **INSS**.

En el caso del INSS, SAG tiene una importante presencia y “cedió” un porcentaje de participación a INDRA en el concurso 11/CP-10/2005 y en su continuación el concurso 60/VC-50/10, ambos en relación con ATRIUM, sin que existiese justificación para ello, tal y como manifestó la propia SAG. En estos concursos sólo se presentó la UTE SAG/INDRA, participando en la redacción de los pliegos y marcándolos tecnológicamente de cara a reservar estos servicios para las citadas empresas. La presentación en UTE de ambas empresas resultaba innecesaria, respondiendo a planteamientos puramente estratégicos y no a motivaciones técnicas o económicas, como puede verse en la continuación del concurso 60/VC-50/10, el lote 6 del expediente 60/VC-73/12, en el que SAG decidió romper la alianza con INDRA y ambas empresas se presentaron por separado, resultando SAG adjudicataria (hechos 263 a 287).

SAG también participó activamente y lideró los acuerdos en relación con los concursos de ADABAS/NATURAL del INSS (392/CP-40/05 y 60/VC-28/10), en los cuales se presentó en UTE con ATOS, INDRA y CIBERNOS, manteniendo en todo momento los porcentajes de participación en la UTE de las cuatro empresas y contribuyendo a la preservación del statu quo existente en el organismo. De hecho, las referencias a que el último de los concursos citados supone la continuación de las mismas empresas durante nueve años en la prestación de estos servicios indica que los acuerdos entre las cuatro empresas se remontaban más atrás en el tiempo (hechos 288 a 307).

Dentro del INSS, SAG también ha demostrado tener planteamientos estratégicos en relación con otros servicios y productos informáticos, en los cuales se planteó distintas alianzas con las empresas adjudicatarias de determinados servicios antes siquiera de que se hiciese pública su licitación oficialmente. De hecho, SAG se planteó pedir a empresas como INDRA un determinado porcentaje de participación en compensación por la cuota cedida en el marco ATRIUM y organizó reuniones con empresas como INDRA, CONNECTIS o ATOS para intentar lograr acuerdos (hechos 308 a 320).

Por último, SAG ha desarrollado **otro tipo de comportamientos** tendentes a limitar y falsear la competencia. Concretamente, SAG simuló ofertas de cara a dar cobertura a ATOS y que esta última resultase adjudicataria de determinados contratos en procedimientos negociados, especialmente en relación con el Ministerio del Interior, a solicitud de ATOS (hechos 331 a 350).

SAG también ha utilizado las claves de Patrimonio de ATOS para presentarse a determinados concursos, en los que posteriormente SAG ha venido prestando

los servicios formalmente como subcontratado de ATOS, que es quien nominalmente debía prestar los servicios, y para ello tienen firmado un acuerdo global que se ha aplicado especialmente en relación con los contratos de desarrollo y mantenimiento de aplicaciones informáticas en la Subsecretaría del MECD.

SAG ha solicitado además favores de cobertura a CIBERNOS en distintos organismos como el Instituto Cervantes, MECD, Universidad de Barcelona o MINHAP. También existen indicios de que se los hubiera solicitado a ATOS y BABEL en relación con el MECD (mayo de 2015) y evidencias de que le solicitó la presentación de una oferta de cobertura a BABEL en 2009 en un contrato del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, aunque al presentar BABEL finalmente una oferta más baja, pese al acuerdo alcanzado, SAG se planteó dejar de colaborar con BABEL en el futuro y decidió advertirle de que debía cuidar su relación con SAG. En concreto, lo que se afirma es que Babel debería *“medir su lealtad y agresividad comercial”* y que se le va a instar *“a la revisión de sus métodos, ya que en caso contrario dejaran de colaborar con nosotros”*.

4.5. Efectos de las conductas

Como han señalado el Consejo de la CNMC y de la CNC en anteriores ocasiones, en la valoración de conductas del artículo 1 de la LDC no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha determinado que estas son restrictivas por su objeto¹⁵². En este mismo sentido, se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁵³.

En atención a lo anterior, el resultado del análisis de los efectos provocados por las conductas en el mercado en nada puede alterar la calificación jurídica que esta Sala ha realizado, por cuanto se trata de conductas entre empresas competidoras que, por su propia naturaleza, entran dentro de la categoría de infracciones por objeto.

Sin embargo, debe subrayarse que los acuerdos y prácticas concertadas analizados en el expediente han tenido efectos restrictivos de la competencia, al reducir de forma artificial e injustificada la competencia entre las empresas en las licitaciones públicas para la contratación de servicios de tecnologías de la información, convocadas por diversas administraciones públicas en España y repartir artificialmente los lotes en interés propio con la intención de mantener la situación preexistente con independencia de la evolución de las capacidades de

¹⁵²Véanse, Expte. S/0120/10, Transitarios) y Expte. S/0555/15 Prosegur-Loomis

¹⁵³Sentencia de 13 diciembre 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda). Asunto C-226/11 (Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros). En el mismo sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2013, dictada en el ámbito del Expte. 132/2007 Cervezas de Canarias y Sentencia de la AN de 8 de marzo de 2013, dictada en el ámbito del Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez.

las distintas empresas, las necesidades de la administración y la configuración de las licitaciones públicas afectadas.

De este modo, los efectos restrictivos de las conductas investigadas no se limitan al análisis estático de los distintos contratos y licitaciones para los que se ha acreditado un reparto de mercado, sino que el principal efecto de las conductas investigadas sobre la competencia efectiva en el mercado ha sido la distorsión de la dinámica competitiva al estar orientadas al mantenimiento de un cierto *statu quo*, conductas además que son susceptibles de afectar al desarrollo de las capacidades de las empresas del sector de cara a prestar servicios a las administraciones públicas afectadas.

En particular, como consecuencia de estas prácticas anticompetitivas, las empresas del mercado de tecnologías de la información en España y, en particular, las empresas imputadas, se ven desincentivadas a realizar las inversiones necesarias que les permitan prestar de forma autónoma y más eficiente los servicios de tecnologías de la información licitados por las administraciones públicas afectadas.

Este aspecto tendría especial repercusión en relación con la captación de recursos humanos por parte de las empresas. Los recursos humanos son esenciales de cara al posicionamiento en el mercado de servicios de tecnologías de la información en España, por lo que en un entorno competitivo cabría esperar una gran competencia por trabajadores de cuya cualificación y desempeño depende la consecución de contratos con las distintas administraciones públicas y organismos públicos licitantes.

La ausencia de dicha competencia en las licitaciones afectadas lleva a esta Sala a considerar que los acuerdos y prácticas concertadas acreditados en este expediente también podrían conllevar implícitamente pactos de no captación de los recursos humanos del resto de empresas partícipes. Esos pactos de no captación implícitos conllevan que los costes que estos suponen (sus salarios) se mantengan por debajo de lo que correspondería a una situación competitiva en el mercado, redundando en un mantenimiento de márgenes de beneficio de las empresas superiores a los que corresponderían en un entorno competitivo.

Otro efecto derivado de las conductas, como ya se ha señalado, se refiere a limitación de acceso a los contratos del resto de empresas competidoras cuyo interés en concurrir a las licitaciones ha quedado demostrado en esta resolución. En gran parte de los contratos que han sido analizados hay concurrencia de terceras empresas, ya sea en UTE o a título individual, a las licitaciones, y sin embargo se han visto imposibilitadas de adjudicarse o, en su caso, de ser partícipes de los contratos a consecuencia del reparto de los mismos por parte de las empresas incoadas en este procedimiento. Como ha dicho el Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de fecha 14 de febrero de 2006 (recurso de casación 4628/2003), *“Tiene razón el T.D.C. al señalar que si el acceso de nuevos operadores sólo es posible en el momento del concurso, si las cuatro únicas empresas que se presentan no compiten de hecho entre sí, sino que pactan con anterioridad el reparto del total del concurso, si en éste se concede*

una preferencia sustancial al adjudicatario anterior y si, en el periodo entre concursos, las empresas ya implantadas tienen posibilidades, que materializan con frecuencia, de extender los servicios concedidos sin necesidad de concursar, resulta evidente que los pactos colusorios constituyen una barrera adicional. El mercado se reduce y los potenciales entrantes ven así mermadas sus oportunidades de acceso”.

Por otra parte, como ha quedado acreditado en el presente expediente, las conductas investigadas han producido efectos perjudiciales sobre los intereses de la Administración General del Estado ya que, como consecuencia de las mismas, se ha producido un encarecimiento de los servicios licitados con el consecuente perjuicio para las arcas públicas, además del aumento de la dependencia de los organismos licitantes respecto de ciertas empresas oferentes de dichos servicios, al ver artificialmente limitadas las ofertas recibidas en los distintos concursos públicos convocados por estos.

El encarecimiento de los servicios licitados para las administraciones convocantes proviene tanto de la disminución artificial del número de ofertas independientes recibidas como de la presentación de ofertas a los concursos públicos con descuentos inferiores a los que se derivarían de una situación de mayor competencia en dichas licitaciones. En particular, como se ha indicado antes, se ha acreditado que en numerosas ocasiones al tener una elevada seguridad de ser adjudicatarios del contrato, las empresas incoadas optaron por no incluir o minimizar los descuentos ofrecidos en las licitaciones, presentando ofertas sin descuento o con descuentos inferiores a aquellos que habrían estado dispuestas a presentar en caso de que hubiesen esperado una mayor competencia por parte de otras empresas.

Conviene insistir en que, como se ha indicado, no resulta necesario realizar un análisis de los efectos individualizados y concretos que las conductas investigadas han causado en el mercado afectado, ni cuantificar los mismos, de cara a acreditar la infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

En todo caso, en aras a completar el análisis de las conductas anticompetitivas objeto del presente expediente, la Dirección de Competencia ha realizado una serie de cálculos tendentes a aproximar el perjuicio económico que como mínimo dichas conductas han supuesto para las administraciones públicas afectadas.

Debe subrayarse que para dicha aproximación se han tenido únicamente en cuenta los casos en que se ha acreditado que las empresas barajaban ciertos porcentajes de descuento y que estos han sido disminuidos como consecuencia de las conductas anticompetitivas.

De este modo, la Dirección de Competencia ha sido especialmente conservadora a la hora de efectuar los cálculos, ya que en ciertos casos sería posible realizar extrapolaciones (por ejemplo, en casos como el del INSS, donde tras años de acuerdos de reparto de mercado, las empresas pasan a competir, y se pasa de realizar descuentos modestos a aumentar estos en torno a veinte puntos porcentuales), pero las mismas se han descartado, de cara a reflejar

únicamente hechos acreditados con base en los datos obrantes en el expediente de referencia.

A partir de los datos contenidos en el apartado 4.1.4 de esta resolución, se muestran una serie de tablas que ponen de manifiesto los descuentos acreditados en las licitaciones analizadas.

- En relación con la AEAT:

Cuatro de los expedientes de contratación analizados se adjudicaron sin descuento: C08/06, C 03/07, AV42/10, AV 10/2011.

Como puede observarse en la tabla siguiente, teniendo en cuenta el diferencial existente entre los descuentos planteados por las empresas y los finalmente ofertados, el perjuicio económico que como mínimo supusieron las prácticas acreditadas en el expediente de referencia para la AEAT en los concursos AV42/10, PA 20/2014 y PA 2/2015 asciende a 1.080.861,944 euros.

Licitación	Importe Licitado (€)	Importe Adjudicado(€)	Descuento Real		Descuento Potencial		Diferencial Descuentos	
			%	Euros	%	Euros	%	Euros
C 68/06	10.000.896,00	10.000.896,00	0,00%	0	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
C 03/07	12.979.200,00	12.979.200,00	0,00%	0	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
AV 42/10	10.495.994,17	10.495.994,17	0,00%	0	2,00%	209.919,88	-2,00%	-209.919,88
AV 10/2011¹⁵⁴	12.509.369,00	12.509.369,00	0,00%	0	-	-	-	-
PA 20/2014	11.759.651,20	11.416.487,00	2,90%	343.164,20	7,5% ¹⁵⁵	881.973,84	-4,60%	-538.809,64
PA 2/2015	<i>Lote 1</i>	9.165.798,40	1,04%	95.704,22	3,00%	274.973,952	-1,96%	-179.269,732
	<i>Lote 2</i>	7.888.038,40	1,06%	83.778,46	3,00%	236.641,152	-1,94%	-152.862,692

Fuente: elaboración por la Dirección de Competencia en base a los datos acreditados en el expediente de referencia.

- En relación con la GISS:

En el caso de los expedientes licitados por la GISS, se ha acreditado en el expediente de referencia que las conductas descritas también conducen a descuentos inferiores a los que habrían existido en un entorno competitivo (ver apartado 4.1.4).

En este caso, los datos se consideran una cuantificación mínima del perjuicio económico ocasionado a la GISS por las prácticas acreditadas en relación con los concursos 7201/10G y 7201/13G de 1.671.905,55 euros.

¹⁵⁴ En este caso, como se indica previamente, se ha acreditado que las empresas se plantearon la necesidad de ofertar algún descuento, aunque no se dispone del porcentaje.

¹⁵⁵ Como se ha indicado las empresas barajaron descuentos de entre el 7% y el 10%. Finalmente previeron un descuento del 7,5%, que es el que se ha tomado como descuento potencial, aunque finalmente ofertaron un descuento del 2,9%. Si se tomase como descuento potencial el 10%, el perjuicio causado a la AEAT en este concurso sería de 832.800,92 euros, en vez de 538.809,64 euros.

Licitación		Importe Licitado (€)	Importe Adjudicado (€)	Descuento Real		Descuento Potencial		Diferencial Descuentos	
				%	Euros	%	Euros	%	Euros
	Lote 10	22.979.493,24	21.134.137,12	8,03%	1.845.356,12	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
	Lote 11	29.901.161,08	27.415.182,62	8,31%	2.485.978,46	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
	Lote 12	7.219.512,23	6.535.259,43	9,48%	684.252,80	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
	Lote 13	5.189.508,58	4.774.606,18	8%	414.902,40	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
	Lote 14	4.780.196,84	4.345.582,44	9,09%	434.614,40	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
7201/10G	Total	116.057.742,00	106.342.691,48	8,37%	9.715.050,52	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
	Lote 6	25.944.324,16	23.825.658,16	8,17%	2.118.666,00	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
	Lote 8	26.529.658,62	24.433.861,62	7,90%	2.095.797,00	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
	Lote 9	5.738.393,27	5.335.892,27	7,01%	402.501,00	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
	Lote 10	4.837.838,51	4.413.356,76	8,77%	424.481,75	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
	Lote 11	3.993.931,86	3.653.074,86	8,53%	340.857,00	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
7201/13G		33.438.111,09	33.438.111,09	30 ¹⁵⁶ %	10.031.433,33	35% ¹⁵⁷	11.703.338,88	-5%	-1.671.905,55
7201/14G ¹⁵⁸	Lote 1	37.879.538,84	37.879.538,84	0,00%	0	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
	Lote 2	16.467.192,51	16.467.192,51	0,00%	0	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
	Lote 3	26.129.001,46	26.129.001,46	0,00%	0	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.

Fuente: elaboración por la Dirección de Competencia en base a los datos acreditados en el expediente de referencia.

- En relación con el SEPE:

Por lo que respecta a los expedientes licitados por el SEPE, el lote 3 del expediente 10/08 respecto al que hay evidencias de acuerdos, se adjudicó con un descuento del 2%, el mismo descuento que se ofertó por las empresas participantes (SAG, NEXT, CONNECTIS, ATOS y EVERIS) en el acuerdo para el lote 6 del expediente 11/08, ya que los acuerdos englobaban ambos lotes (este último lo ganó INDRA con un 10% de descuento). En el caso del expediente PA 11/12, las empresas hablan de la necesidad de un descuento importante, tomando como cifra de partida el 25%. Los descuentos a los que se producen las adjudicaciones de los lotes se sitúan entre un 27% y un 28,14% de descuento, como se ve, descuentos mucho más significativos que en los casos anteriores, ya que compitieron dos bloques de empresas, uno liderado por SAG y otro por INDRA.

¹⁵⁶ Las empresas ofertaron un 30% de descuento en los precios unitarios, aunque la adjudicación del contrato se hizo por el total licitado. Por ser más beneficioso para las empresas, se ha asumido que el descuento fue del 30%, aunque el ahorro para el GISS fue indirecto, en forma de menores precios unitarios.

¹⁵⁷ Las empresas barajaron ofertar un descuento entre el 30% y el 38%, considerando que el descuento debía rondar el 35%, cifra que se ha tenido en cuenta como descuento potencial. Si se tomase como referencia para el descuento potencial el 38%, el perjuicio indirecto para el GISS (en forma de mayores precios unitarios) por este concurso sería de 2.675.048,89 euros, en vez de 1.671.905,55 euros.

¹⁵⁸ En dicho expediente los descuentos ofertados en términos de precios unitarios ascendieron al 29,30%, al 30,30% y al 44% en los Lotes 1, 2 y 3 respectivamente, aunque los concursos se adjudicaron por el total licitado.

- En relación con el INSS:

Así pues, en el caso del INSS puede cuantificarse un perjuicio económico mínimo derivado del diferencial entre los descuentos planteados por las empresas y el finalmente ofertado dadas las prácticas anticompetitivas en el expediente 60/VC-50/10 de 316.812,83 euros, como puede verse en la tabla siguiente (ver apartado 4.1.4):

INSS	Licitación	Importe Licitado (€)	Importe Adjudicado (€)	Descuento Real		Descuento Potencial		Diferencial Descuentos	
				%	Euros	%	Cifra	%	Euros
En relación con ATRIUM	11/CP-10/2005	3.064.460,80	2.604.761,60	15,00%	459.699,20	-	-	-	-
	60/VC-50/10	6.339.014,32	6.021.925,72	5,00%	317.088,60	10%	633.901,43	-5,00%	-316.812,83
	60/VC-73/12 ¹⁵⁹	2.561.088,52	1.920.837,23	25,00%	640.251,29	-	-	-	-
En relación con ADABAS/NATURAL	392/CP-40/05	10.168.510,40	8.643.224,00	15,00%	1.525.286,40	-	-	-	-
	60/VC-28/10	11.781.143,56	10.601.338,46	10,01%	1.179.805,10	13%	1.531.548,66	-2,99%	-351.743,56

Fuente: elaboración por la Dirección de Competencia en base a los datos acreditados en el expediente de referencia.

Los efectos anticompetitivos descritos a lo largo de este apartado conllevan, como se ha apuntado anteriormente, un mantenimiento y aumento de los márgenes de beneficio de las empresas en plena crisis económica y en un contexto de contención del gasto público, tal y como se ha acreditado en el presente expediente.

Como es lógico, existe una relación directa entre la disminución de los descuentos ofertados y de los costes salariales y el aumento de los márgenes obtenidos. Sin embargo, en un contexto competitivo las empresas encuentran dificultades de cara a poder mantener o aumentar de forma sistemática dichos márgenes.

Por ello, resulta especialmente llamativo que, en un contexto en que los recursos humanos aportados por cada empresa a los proyectos resultan esenciales para la consecución y mantenimiento de los concursos de las administraciones públicas afectadas por las conductas anticompetitivas acreditadas, y en el que la cualificación de los trabajadores supone el principal activo de cara a dichos concursos, la mayor parte de las empresas imputadas comparten información sobre dichos trabajadores y su cualificación sin temer que puedan ser captados por sus competidores y, además, dichas empresas se plantean recurrir a bajadas

¹⁵⁹ Las cifras se refieren exclusivamente al Lote 6 de dicha licitación.

de los costes salariales de cara a mantener sus márgenes¹⁶⁰, costes salariales que han ido disminuyendo en organismos como la GISS, el SEPE o el INSS¹⁶¹.

Lo anterior, al igual que la presentación de ofertas sin descuento o con descuentos puramente testimoniales en relación con concursos públicos que suponen una importante facturación para las empresas incoadas, no sería posible sin la existencia de las conductas anticompetitivas descritas en el presente expediente.

4.6. Análisis de la culpabilidad y de la aplicabilidad del principio de confianza legítima.

4.6.1. Análisis de culpabilidad

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas como contrarias a la LDC, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la autoridad de competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

En efecto, en el ámbito del derecho administrativo sancionador¹⁶² no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, siendo imprescindible el elemento de culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable al sujeto pasivo autor de la conducta.

Así se interpreta la expresión recogida en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)¹⁶³, cuando establece que sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos, debiendo necesariamente imputar dicha responsabilidad a título de dolo o culpa, entendida ésta como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

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

¹⁶⁰ Como el ejemplo citado en los hechos acreditados, respecto a la solicitud interna de INDRA de datos de la evolución de precios unitarios de distintos clientes, así como de los costes laborales unitarios, de cara a intentar “justificar una bajada de salarios más generalizada para recuperar márgenes” en diciembre de 2012 (folio 9551).

¹⁶¹ El coste hora unitario medio ha ido disminuyendo entre 2010 y 2013 de unos 29 euros la hora en GISS o INSS y de 31 euros la hora en SEPE, a unos 28,3 euros en GISS o INSS y 27,1 euros en SEPE tal y como se refleja en la conclusión de los hechos acreditados.

¹⁶² Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004.

¹⁶³ Hoy artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Estamos ante un grupo de empresas de considerable importancia y reputación dentro del sector, que se han venido repartiendo una gran cantidad de contratos públicos durante un largo periodo de tiempo a través de prácticas ilícitas.

Además de la perpetuación de alianzas entre las empresas y de los otros aspectos anticompetitivos destacados, en particular, los acuerdos de subcontratación preferente, las regularizaciones o las ofertas de cobertura, hay una circunstancia de gran relevancia que permite a esta Sala considerar el elemento volitivo de la conducta como es el ocultamiento de los pactos reales por parte de las empresas al resto de empresas competidoras en las licitaciones, al mercado y, en varias ocasiones, a la administración. Como se ha podido demostrar a lo largo de esta resolución, el reparto real entre las empresas y el teórico manifestado a la administración no siempre era coincidente, cuestión que pone de relieve una intención manifiesta de querer restar transparencia a unos acuerdos de colaboración que en circunstancias normales deben ser conocidos por la administración contratante. Este secretismo, para con la administración, pero también para con el resto de empresas que compiten en los contratos, vuelve a observarse en contratos en los que hay división del objeto en varios lotes, precisamente con la intención de fomentar la competencia en la licitación. Sin embargo, las empresas, nuevamente con ocultación, simulan concurrir en competencia cuando en realidad previamente se han repartido la totalidad del contrato actuando como una unidad de decisión. Es indiferente la división del contrato en lotes, porque las empresas se los reparten y ello es una actuación ilícita que no puede ser desconocida por las empresas.

Especialmente significativa es la reacción ante la advertencia de la Asesoría Jurídica de ATOS de que los acuerdos a los que esta empresa estaba llegando con SAG y THALES, podían estar conculcando las normas de defensa de la competencia y de contratación administrativa. Advertencias, además, que ATOS trasladó al resto de empresas conformantes de estos acuerdos, SAG y THALES, sin mayores consecuencias y afirmando, como hemos subrayado previamente que *“no se deben mezclar problemas legales a la hora de consensuar el contenido de un documento jurídico, con el negocio en el que estamos involucrados, negocio en el que las cinco empresas estamos absolutamente implicados y de acuerdo”* (hechos 190 y 193).

Por otro lado, se ha podido apreciar cómo las empresas en algunas ocasiones han participado en la configuración de los pliegos de cara a garantizarse la adjudicación de los contratos, lo que pone de manifiesto, nuevamente, una clara intención de manipular el procedimiento con un único objetivo, mantener las posiciones en los sucesivos contratos.

La ilicitud de unas conductas como las que se han acreditado en la presente resolución, llevadas a cabo por empresas competidoras y durante varios años, no puede ser desconocida por las empresas responsables. Es indiscutible que empresas que compiten en un mismo mercado y se reparten durante varios años determinados contratos públicos y se intercambian información comercial sensible para conseguirlo deben ser conscientes y plenamente conocedoras de

que su comportamiento no resulta acorde con las más elementales normas de comportamiento empresarial en mercados competitivos y por ello mantienen sus contactos y contratos en secreto.

No cabe, por tanto, considerar que las empresas desconocieran las consecuencias que podían derivarse de sus conductas.

4.6.2. Análisis de la aplicabilidad del principio de confianza legítima

La mayoría de las empresas han alegado a lo largo de expediente que la actuación de la administración en los procedimientos de contratación analizados ha propiciado la necesidad de colaboración entre las empresas. Estas empresas coinciden al señalar que los pliegos rectores de los contratos a los que se han presentado han conducido a la necesidad de configurar las ofertas en colaboración con otras empresas y además, han creado la necesidad de mantener la configuración de las UTE a lo largo de los sucesivos contratos.

Como ya se ha señalado en la presente resolución, los contratos analizados se caracterizan por ser altamente especializados y por contener unos requisitos de participación que, en muchas ocasiones, han derivado en la necesidad de conformación de UTE, en particular para las empresas de menor tamaño en el sector. El diseño de los pliegos de algunos concursos públicos ha propiciado que aquellas empresas que venían prestando un servicio continuasen prestándolo y que debido a la especificidad de determinados requisitos de solvencia técnica y financiera, se requiriese la presencia, al menos, de una empresa de gran tamaño, dificultándose la presentación de ofertas por empresas pequeñas.

Ahora bien, ello no justifica, a juicio de esta Sala, que las empresas hayan mantenido alianzas permanentes y para un gran número de contratos sin buscar alternativas procompetitivas en los procedimientos de contratación. Tampoco justifica el resto de prácticas a las que se ha hecho referencia en los apartados anteriores, tales como el reparto de lotes cuando las administraciones han promovido la concurrencia competitiva, la subcontratación preferente, regularizaciones, la cesión de claves o las ofertas de cobertura, actuaciones, todas ellas, tendentes al manteniendo de la posición de las empresas en los diferentes contratos que se han ido sucediendo en los organismos públicos de continua referencia.

Esta Sala no niega que las administraciones públicas han podido tener, en algunos contratos, una cierta incidencia generando un contexto que ha propiciado el mantenimiento interesado de las alianzas, pero no es posible descargar en los organismos públicos, que han mostrado un funcionamiento muy diferente con diferente personal y diferentes equipos, toda la responsabilidad de las conductas, bajo el argumento de la concurrencia del principio de confianza legítima. En todo caso, las diferentes unidades de las administraciones públicas, en las licitaciones que han convocado, han actuado como órganos de contratación y están sujetos en este ámbito a las normas públicas de contratación del Estado, sobre las que esta Comisión no tiene facultad de aplicación.

Esta Comisión ya ha tenido ocasión de declarar en resoluciones anteriores¹⁶⁴ que, de acuerdo con la jurisprudencia, el principio de confianza legítima debe ser interpretado restrictivamente y siempre en el ámbito de la legalidad, por cuanto, como ha señalado el Tribunal Supremo¹⁶⁵:

"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 [...] no podían desconocer por tanto, empresas importantes del sector como lo eran las sancionadas, las exigencias del derecho de la competencia, ni ser llamadas a engaño por una actuación de la Administración más o menos equívoca en cuanto a la admisibilidad del comportamiento de las empresas sancionadas".

Esta prevalencia del principio de legalidad frente a aquellas conductas realizadas al amparo de la pasividad de la administración pública, o cuando ésta actúa incidiendo en las mismas, encuentra su mejor expresión en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 2009, cuando señala que este tipo de actuación de la administración *"no genera confianza legítima a los efectos que nos ocupan, pues no son competentes en cuanto a determinar que prácticas sean contrarias a la libre competencia"*.

La aplicación del principio de protección de confianza legítima se condiciona no tanto al hecho de que se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien a que se acredite la existencia de signos externos producidos por la administración *"lo suficientemente concluyentes"* para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero del año 2000).

"El principio de confianza legítima no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha confianza se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración, lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la apariencia de legalidad que la actuación administrativa a través de actos concretos revela, moviendo a la voluntad del administrado a realizar determinados actos, inversiones económicas, medios materiales y personales que después no concuerdan con la verdadera voluntad de la Administración y sus consecuencias" (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1998).

De todas las consideraciones expuestas aflora una idea muy específica que consiste en la necesidad de preservar la libre competencia en los mercados, y lo cierto es que en el caso que nos ocupa este interés se ha visto claramente afectado en el conjunto de licitaciones analizadas, con independencia del

¹⁶⁴ Resolución de la CNMC de fecha 30 de junio de 2016 (expediente S/519/14 Infraestructuras Ferroviarias)

¹⁶⁵ Sentencia de 20 de diciembre de 2006, recurso de Viajes Iberia en el caso Agencias de viaje (RTDC de 25 de octubre de 2000, Expediente 476/99).

impacto de la administración en las mismas y por tanto no cabe eximir a las empresas de su responsabilidad.

La incidencia de la administración en las conductas no ha sido negado por la Dirección de Competencia a lo largo de la instrucción del procedimiento, pero en su propuesta de resolución ofrece argumentos convincentes que permiten considerar que la participación de la administración no es determinante para la calificación de la infracción.

Por ejemplo, los hechos evidencian cambios de modelo de contratación, con la intención por parte de la administración de fomentar la competencia en las ofertas y, sin embargo, las empresas buscan alternativas ilícitas para continuar manteniendo las alianzas.

Se ha destacado, igualmente, la existencia de alternativas por parte de las empresas para salvar el determinismo de los pliegos.

Consta en el expediente cómo en determinados casos puede haber un trasvase de trabajadores entre empresas. Ejemplo de ello, es el citado por ALDEBARÁN en su escrito de alegaciones (folio 15252), en el que manifiesta que tras la pérdida de la licitación de un lote del concurso 7201/14G de la GISS, cuyos servicios venía prestando, se produjo un trasvase masivo de trabajadores que pasaron a trabajar para la nueva empresa adjudicataria del contrato. Este hecho rebate el argumento de las partes de que los *curriculum vitae* de los trabajadores y su vinculación con cada empresa exigen que el servicio se siga prestando de forma inmanente por las empresas que lo venían haciendo.

Es relevante destacar, además, el papel desempeñado por las empresas en relación con su participación activa en la redacción y conformación de dichos pliegos deterministas a los cuales las empresas achacan el mantenimiento del *statu quo*. Esta participación lleva incluso a que dichas empresas sean quienes redacten o sugieran cambios en los pliegos a las administraciones contratantes.

El poder negociador de la administración alegado por las empresas se ve, de este modo, cuestionado. Las empresas participan activamente en la conformación de los pliegos y mantienen frecuentes contactos con las administraciones licitantes antes de la adjudicación de los concursos, disponiendo de información relevante antes de que se convoquen los concursos y negociando entre ellas tanto su influencia en los mismos como el reparto de concursos aún no convocados.

Tampoco cabe apreciar signos externos que pudieran haber hecho creer a las empresas que su actuación era lícita, entre otros motivos, porque se observan ciertos comportamientos que evidencian que las empresas han actuado, en ciertos momentos, al margen de las administraciones públicas, ocultando por ejemplo los porcentajes reales de participación en los contratos o repartiéndose los lotes de los mismos simulando competir.

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

Todas las empresas han presentado alegaciones a la propuesta de resolución elevada a esta Sala por la Dirección de Competencia. Parte de las alegaciones presentadas ya han sido contestadas en los apartados anteriores, el resto son respondidas a continuación o ya lo han sido reiteradamente a lo largo del expediente de manera asumida por esta Sala y, para evitar reiteraciones, no se repiten en este momento.

5.1. Sobre la indefensión alegada por BABEL

BABEL alega indefensión por considerar que los pliegos de los concursos de la GISS no obran en el expediente administrativo y no se requirieron en ningún momento ni a las empresas incoadas ni a las administraciones públicas, por lo que la Dirección de Competencia no realizó un análisis de los mismos. A juicio de BABEL, esta circunstancia supone la nulidad del procedimiento al haber quedado la empresa impedida de ejercer su derecho de defensa amparado en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Igualmente considera vulnerados los principios de seguridad jurídica y de la interdicción de arbitrariedad.

Respuesta de la Sala de Competencia

La existencia de lesión constitucional causante de la nulidad de un procedimiento administrativo requiere que la indefensión sea material y no meramente formal. Ello implica que no basta la existencia de un defecto procesal, sino que es igualmente necesario que éste se haya traducido en un perjuicio real y efectivo, nunca potencial o abstracto¹⁶⁶.

“hemos advertido que, para apreciar la existencia de lesión constitucional, es preciso que la indefensión sea material y no meramente formal. Ello implica que no basta la existencia de un defecto procesal sino que es igualmente necesario que éste se haya traducido en un perjuicio real y efectivo, nunca potencial o abstracto, para el demandado, en sus posibilidades de defensa en un proceso con todas las garantías "en relación con algún interés" de quien invoca el derecho fundamental (SSTC 90/1988, fundamento jurídico 2º; 181/1994, fundamento jurídico 2º; 314/1994, fundamento jurídico 1º; 15/1995, fundamento jurídico 4º; 126/1996, fundamento jurídico 2º; 86/1997, fundamento jurídico 1º y 118/1997, fundamento jurídico 2º)”.

A partir de esta consideración, no cabe apreciar el vicio constitucional alegado por BABEL ya que se no aprecia indefensión alguna.

¹⁶⁶ STC número 26/1999, de 8 de marzo.

Sin perjuicio de que esta Sala considera que la Dirección de Competencia en el análisis de las conductas sí ha tenido en cuenta los pliegos de las licitaciones públicas afectadas por este procedimiento, que además constan en el expediente administrativo, lo cierto es que la propia empresa dice conocer y estar en posesión de los pliegos administrativos de los contratos afectados en los que ella habría participado y, por tanto, ha podido alegar, y así lo ha hecho, cuanto ha estimado conveniente en relación con su contenido lo que es una clara evidencia de que no se han conculcado sus derechos de defensa que, además, podrá seguir ejercitando en las instancias judiciales posteriores a la finalización del presente procedimiento. No aprecia esta Sala un perjuicio real y efectivo de los derechos alegados por la empresa y, por tanto, cabe desestimar su pretensión.

Igual suerte debe correr la pretendida vulneración de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, cuyo cumplimiento por la administración queda garantizado siempre que el órgano competente funde su decisión sometido a la ley y al derecho, y con la objetividad requerida, entendida esta *“como equivalente a imparcialidad o neutralidad, de tal forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no de criterios subjetivos”*¹⁶⁷.

La problemática que suscita la conceptualización de lo que debe ser objetivo o no, puede generar en ocasiones incertidumbre al administrado al considerar que las decisiones que le afectan carecen de la objetividad necesaria. Por ello la garantía de la objetividad de los actos administrativos radica en la motivación de las decisiones adoptadas. Así lo entiende el propio Tribunal Supremo cuando manifiesta que *“si la Administración Pública ha de servir con objetividad los intereses generales, cual lo impone el artículo 103 de nuestra Constitución, es mediante la motivación de sus actos, pues sólo a través de ella es como se puede conocer si la actuación merece la conceptualización de objetiva por adecuarse al cumplimiento de sus fines, sin que tal motivación se pueda cumplir con fórmulas convencionales, sino dando razón plena del proceso lógico y jurídico que determine la decisión”*¹⁶⁸.

El análisis de la propuesta de resolución, ciertamente extensa, pone de manifiesto una clara preocupación por parte de la Dirección de Competencia en motivar adecuadamente sus decisiones por lo que no se aprecia ausencia de objetividad en la instrucción del procedimiento.

5.2. Alegaciones en relación con los contratos de la AEAT

En relación con el contrato C 03/07 de la AEAT, IBM ha venido manifestando a lo largo del expediente que la UTE de la que formó parte se constituyó con el único objetivo de ejecutar el contrato, no existiendo prueba alguna, a su juicio,

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de mayo de 1988.

¹⁶⁸ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1990

que corrobore que la citada empresa se hubiese puesto de acuerdo con el resto de empresas de la UTE con fines anticompetitivos. Además, IBM considera que la UTE generó eficiencias para los órganos contratantes, lo que excluye su carácter anticompetitivo.

Por otro lado, IBM atribuye a la AEAT la responsabilidad de haber establecido los porcentajes de participación tomando como base los técnicos de los que disponían las participantes del concurso C03/07 antes de la presentación de la oferta, lo que, en su opinión, demuestra la ausencia de intención de las empresas en mantener el *statu quo* en los concursos en cuestión.

Entre los aspectos destacados por IBM se encuentra que los recursos debían identificarse en la propia oferta adjuntando los correspondientes curriculum vitae, que puntuaba la presentación de recursos adicionales, y que ciertos requisitos exigían que los trabajadores hubiesen prestado previamente servicios en la AEAT.

Además, IBM considera que no hay discrepancias entre los porcentajes de participación acordados de forma privada entre las empresas y los comunicados a la AEAT.

En relación con el concurso AV 10/11, IBM insiste en la responsabilidad de la AEAT, señalando que fue la propia AEAT la que reunió a las empresas y les pidió información el 7 de marzo de 2011.

En relación con el concurso PA 2/2015, IBM ha venido sosteniendo que la decisión de ir como subcontratada fue fruto de un cambio en la política interna global de la empresa que buscaba una desafección de la figura de las UTE y que, en todo caso, el acuerdo de subcontratación fue con INDRA para el lote 2 y no incluía a SAG ni a CIBERNOS.

Finalmente, IBM fundamenta la ausencia de descuentos en ciertas licitaciones de la AEAT en el hecho de que el coste/hora de los recursos sería superior a la tarifa obtenida por ellos.

Por su parte, CIBERNOS también ha venido presentando alegaciones en relación con el concurso PA 2/2015 de la AEAT, reseñando que la división en dos lotes en este concurso respondía exclusivamente a cuestiones formales, ya que, en la práctica, la prestación necesitaba realizarse de forma conjunta. La citada entidad considera que la AEAT decidió dividir el concurso al que éste da continuidad (el AV 10/2011) para dar la imagen de que se estaba promoviendo la competencia.

Respuesta de la Sala de Competencia

Esta Sala, como ya ha manifestado la Dirección de Competencia a lo largo del procedimiento, considera que, en relación con el concurso C03/07, ha quedado acreditado que las empresas negociaron entre ellas antes de reunirse con la AEAT y, aún sin disponer de datos sobre el futuro concurso, comenzaron a

elaborar cuadros con la situación preexistente y diseñaron sus propuestas, que coincidieron con las finalmente ofertadas en el procedimiento de licitación.

Las empresas que conformaron la UTE en los primeros concursos mantuvieron contactos entre ellas primero y entre estas y la AEAT después y los términos negociados entre las empresas miembros de la UTE coincidieron con los de la convocatoria de licitación. Ello, constituye un indicio claro de la participación de CIBERNOS, SAG, INDRA e IBM en la configuración de la licitación C03/07.

En relación con el concurso AV 10/11, IBM insiste en la responsabilidad de la AEAT, señalando que es la propia AEAT la que reunió a las empresas y les pidió información el 7 de marzo de 2011. Sin embargo, los hechos que constan en el expediente demuestran que las empresas disponían ya de información en junio de 2010 y que los contactos directos acreditados entre las empresas se produjeron varios días antes del correo citado por IBM, lo que demuestra la participación activa de las empresas en el reparto de los concursos previamente a su convocatoria y a los contactos que pudiera iniciar la administración.

Además, se observa cómo el diseño de la convocatoria no permitió a las empresas mantener directamente la configuración de los equipos existentes *“debido a los requerimientos del pliego no podemos trasladar el equipo real actual, por cada una de las empresas”* y sin embargo las empresas negociaron para tratar de realizar un reparto que mantuviera en lo posible la situación preexistente (folio 5910).

IBM afirma que en el concurso AV10/2011 cerca del 60% del total de los recursos que se presentaron por la UTE en la oferta del concurso AV 10/2011 coincidía con los que se presentaron en la oferta del concurso C03/07 concluyendo que la oferta de la UTE incluía todos los recursos de IBM que habían estado destinados a prestar servicios bajo el contrato C03/07.

En relación con esta cuestión, cabe señalar que ese porcentaje señalado por IBM permite un margen de maniobra para que las empresas se hubieran planteado alianzas u opciones alternativas al mantenimiento de la UTE previamente adjudicataria o variaciones en los porcentajes de participación de los miembros de la UTE, sin que se haya presentado ninguna evidencia de la existencia, siquiera, de negociaciones en tal sentido.

Teniendo en cuenta que sí se ha acreditado que se mantuvieron los porcentajes de participación pese a que no coincidiera la totalidad de la plantilla que tendría que prestar los servicios, el mantenimiento de los mismos no respondía a criterios puramente técnicos, como alega IBM y, por tanto, existían otras motivaciones que conllevaron el mantenimiento del *statu quo* anterior como resultado de las negociaciones entre las cuatro empresas miembros de la UTE.

Asimismo, IBM señala que no hay discrepancias entre los porcentajes de participación acordados de forma privada entre las empresas y los acordados con la AEAT.

Sin embargo, debe recordarse que, en el caso de la AEAT, ha quedado acreditada su concertación con INDRA, CIBERNOS y SAG para mantener la

participación de las empresas, aun cuando se dividieron los servicios licitados en 2015 (hechos 55 a 73).

Por otra parte, IBM fundamenta la ausencia de descuentos en ciertas licitaciones de la AEAT en el hecho de que el coste/hora de los recursos sería superior a la tarifa obtenida por ellos. A este respecto, debe destacarse la aproximación al coste/hora planteada por IBM, pues incorpora diferentes elementos aparte del coste laboral unitario. Por tanto, el dato aportado por IBM no corresponde al coste marginal de los recursos, sino al coste medio.

De este modo, el hecho de que el ingreso obtenido mediante la tarifa sea inferior a costes medios, pero no a los marginales, no permite concluir que un precio o tarifa inferior suponga la existencia de pérdidas incrementales para la empresa, especialmente cuando la adjudicación del concurso contribuye a la recuperación de sus costes fijos. Además, debe tenerse en cuenta que, pese a la equiparación entre ingresos y costes que se daría en el equilibrio que lleva a la oferta presentada, IBM afirma que obtiene un margen de beneficio, aunque sea menor que el margen objetivo para ese tipo de proyectos fijado por la compañía.

La existencia de beneficios pone así de manifiesto la capacidad o margen de maniobra de que disponía IBM en la presentación de ofertas y su capacidad económica para presentar un cierto descuento, sin que quepa aceptar la alegación respecto a la ausencia de tal margen como justificación de la ausencia de descuentos en ciertos concursos.

En relación con la subcontratación de IBM por INDRA para el lote 2 del concurso PA 2/2015, consta acreditado cómo todas las empresas del acuerdo, incluida IBM, mantuvieron negociaciones para configurar las ofertas posteriormente al anuncio de licitación. Las cuatro empresas decidieron conjuntamente los precios ofertados por cada categoría de trabajador, pese a que IBM no acudiese a la licitación como parte de la UTE, sino como subcontratada preferente por INDRA.

De hecho, el propio acuerdo de subcontratación de IBM prevé una cláusula de exclusividad limitativa de la competencia y debe tenerse en cuenta que IBM participó en las reuniones de gestión conjunta de ambos lotes después de la adjudicación y, por tanto, en los acuerdos de gestión cruzada de lotes independientes.

Las alegaciones de CIBERNOS respecto a que la división en lotes del concurso PA2/2015 se realizó para dar una imagen de competencia que no correspondía con la realidad, en nada contradice los hechos acreditados. Además, el modo en que se alega que se realizó la división de ambos lotes concuerda con la idea de que la intención de las empresas era el mantenimiento del *statu quo*.

5.3. Alegaciones en relación con los contratos de la GISS

5.3.1. Alegaciones que afectan a varios contratos

EVERIS considera que su subcontratación en estos contratos se debió al óptimo desempeño de sus funciones, a su pericia y a la solicitud de la propia GISS.

Por su parte, ATOS insiste en que, en relación con los expedientes de la GISS 7202/06G y 7201/10G, los pliegos desincentivaban que los descuentos fuesen superiores al 10% y que la UTE fijó su descuento en esa cifra, lo que reflejaría que los descuentos fueron competitivos. Por otro lado, en los expedientes 7201/13G y 7201/14G, los descuentos alcanzaron el 30% por lo que, según ATOS, no cabe apreciar conducta anticompetitiva alguna.

BABEL considera que el lote 3 del concurso 7201/14G supuso una continuación de los servicios del lote 6 del concurso 7201/10G y que lo único que demuestran los hechos es la voluntad de INDRA y SAG de colaborar con otras empresas, entre las que se encuentra BABEL. La citada empresa afirma que los requisitos de los pliegos le impedían presentarse siquiera como cabecera de UTE, al no disponer de factorías de *software*, por lo que sólo le quedaba la opción de ser subcontratada para poder participar en el concurso 7201/14G.

Por otro lado, en relación con el concurso 7201/13G, BABEL afirma que los requisitos de los pliegos impedían que se presentase individualmente, por lo que nuevamente sólo le quedaba la opción de ser subcontratada para poder participar en dicho concurso, pero ninguna empresa, ni ninguna UTE, quisieron subcontratar a BABEL. Por ello, BABEL niega que se produjese un acuerdo de subcontratación preferente con IBM para el caso de que IBM resultase adjudicataria, para lo que cita los folios 6248 y 6249 del expediente. BABEL señala que la UTE formada por INDRA y SAG resultó adjudicataria y que *“en vista de una necesidad puntual [...] solicitó la subcontratación de un empleado a BABEL dos años después de la adjudicación”*. La subcontratación de este técnico no responde, según BABEL, a la contrapartida de que BABEL aceptara perder el concurso 7201/14G.

Respuesta de la Sala de Competencia

En contestación a las alegaciones de EVERIS sobre la subcontratación de varios de sus recursos por los adjudicatarios de los concursos 7202/06G y 7201/10G, debido a la solicitud de la propia GISS, al tiempo que EVERIS niega la participación o conocimiento de la existencia de acuerdos entre el resto de empresas, debe señalarse que la publicación de la licitación del concurso 7201/10G se produjo el 5 de julio de 2010 (hecho 91). Previamente, el 28 de junio de 2010, BABEL solicitó a INDRA que le subcontratase los cinco recursos que hasta entonces INDRA venía subcontratando a EVERIS en el área de gestión documental. Sin embargo, INDRA prefirió seguir subcontratando a EVERIS (hechos 97 y 98).

Entre los factores que llevaron a INDRA a mantener dicha subcontratación, junto a la solicitud de repetición de recursos por parte de la administración, también está el hecho de que INDRA compartiera con EVERIS sus ofertas en los lotes 3 y 4 del concurso 7201/10G. Por tanto, cabe rechazar los motivos alegados por EVERIS toda vez que hay una clara predisposición por parte de las empresas a mantener la posición en el nuevo contrato, con independencia de las preferencias de la administración contratante.

En relación con las alegaciones de ATOS sobre los descuentos de la GISS, conviene aclarar, en primer lugar, que la Dirección de Competencia no ha imputado una conducta colusoria en relación con los porcentajes de descuento ofertados por las empresas en las distintas licitaciones, sino que se han acreditado distintos hechos en relación con cada uno de los concursos que responden a una dinámica general del mercado y que llevan a concluir la existencia de conductas y prácticas anticompetitivas acreditadas en este expediente.

En cualquier caso conviene reseñar que lo que lleva a esta Sala a la convicción de la existencia de infracción no es el porcentaje concreto de descuento ofertado, sino la concurrencia de más factores, como la evidencia de que se barajen descuentos superiores y se oferten inferiores (o no se oferten), al tener cierta seguridad de que no se presentarán competidores, o la evolución de estos descuentos en relación con las sucesivas licitaciones de determinados servicios, en función de las evidencias sobre la situación competitiva en cada momento.

En el caso concreto de la GISS, se ha acreditado que, en el expediente 7202/06G, las empresas negociaron ofrecer descuentos mayores a los finalmente aplicados; en el expediente 7201/10G, se plantearon distintos porcentajes de descuento en función de si se espera competencia o no en cada lote y, en el expediente 7201/13G, las empresas barajaron en torno a un 35% de descuento, marcando un rango por la situación de mercado entre el 30% y el 38% y finalmente ofertaron el 30%.

Por otro lado, en relación con las alegaciones de BABEL, los hechos acreditados constatan, en primer lugar, que BABEL tenía un acuerdo con INDRA y SAG para el lote 7 del concurso 7202/06G (hecho 90) y que surgieron discrepancias entre los socios sobre la forma de interpretar la cláusula referida a las regularizaciones.

Asimismo, de los hechos acreditados se deduce que el acuerdo se mantuvo en el lote 6 del concurso 7202/10G, en el que se daba continuidad a los servicios anteriores, para el que existen evidencias de contactos de BABEL con INDRA antes de la publicación de los pliegos del concurso, manifestando su voluntad de mantener el porcentaje de servicios que había venido prestando BABEL, además de presionar para que se le subcontratasen recursos que venían subcontratándose a EVERIS (hechos 97 y 98).

Como puede verse, se ha acreditado que las negociaciones comenzaron antes de la publicación de los pliegos de dicho concurso, por lo que queda patente la voluntad de mantener la prestación de servicios que se venían prestando, sin explorar otras alternativas.

5.3.2. Expediente 7202/06G

CONNECTIS ha venido sosteniendo a lo largo del procedimiento que los hechos descritos en relación con el lote 12 evidencian que en el acuerdo de la UTE se indicaba que se iba a subcontratar a SAG un 10% del contrato, y que dicho porcentaje de subcontratación se correspondería con el porcentaje de los

recursos con los que cada una de las empresas participara en la ejecución del proyecto sobre el total de recursos previsto en la oferta. Además, CONNECTIS puntualiza que la presentación de la oferta debe contener el compromiso de formación de la UTE y se deben identificar los eventuales subcontratistas que participarán, por lo que, en su opinión, es necesario firmar un contrato entre los participantes para regular las relaciones entre las mismas con respecto al lote para el caso de que les sea adjudicado.

Por otro lado, la citada entidad señala que el intercambio de datos sobre los recursos a aportar por cada empresa sería necesario, ya que junto con la oferta debían presentarse los *curriculum vitae* y una declaración jurada de los mismos sobre su veracidad y por ello requerían conocer la disponibilidad de recursos para la presentación de la oferta. Además, pese a que CONNECTIS habría participado en relación con otros lotes, en el Excel con los listados a que se alude en el hecho 77 de la presente resolución no se hace referencia más que a los lotes en que participaban conjuntamente las cuatro empresas destinatarias del correo.

Respuesta de la Sala de Competencia

Las alegaciones formuladas por CONNECTIS sobre la subcontratación a SAG de un 10% del contrato, vienen a confirmar la participación de SAG en los acuerdos de reparto del contrato, si bien en este caso en su condición de subcontratada. Además, como queda acreditado, dicha subcontratación se pactó conjuntamente con la participación de SAG, INDRA, CONNECTIS y ATOS en otros lotes licitados (lote 10). Como ya se ha señalado, las empresas han buscado distintos caminos para conseguir el mantenimiento de las alianzas y uno de ellos habría sido alternar la participación de varias empresas en UTE con la subcontratación.

Por otra parte, en relación con la alegación de CONNECTIS sobre que dicha empresa habría participado en otros lotes al margen de los listados a los que alude el hecho 77, debe señalarse que dichos párrafos reflejan que, antes de que se hubiera producido el anuncio de la licitación 7202/06G, ATOS, SAG, INDRA y CONNECTIS contactaron para repartirse los perfiles de los lotes 10, 11 y 12.

Además, estos hechos reflejan el reparto de perfiles entre las cuatro empresas, sin que se hagan referencias a la disponibilidad de perfiles por parte de las mismas, por lo que las alegaciones de CONNECTIS en relación al intercambio de datos sobre los recursos a aportar por cada empresa y sus *curriculum vitae* para adjuntarlos a la oferta presentada no pueden ser aceptados. Son negociaciones de reparto de perfiles previas siquiera al anuncio de la licitación y no se negocia considerando la demostración de la disponibilidad efectiva de los perfiles por estas empresas.

5.3.3. Expediente 7201/10G

En relación con el correo electrónico de 9 de junio de 2010, remitido por ATOS al resto de empresas participantes en la UTE, que resultó adjudicataria de los lotes 6, 8 y 9 de este expediente, CONNECTIS alega desconocer por qué ATOS disponía de la información sobre estas licitaciones con carácter previo a su convocatoria y señala que podría haber sido la administración la que la hubiese proporcionado (hecho 96).

En relación con lo establecido en el hecho 102, CONNECTIS alega que la administración tenía conocimiento de que SAG sería subcontratista en el lote 9, a pesar de que el compromiso de UTE no reflejase esta participación.

Respuesta de la Sala

Las alegaciones de CONNECTIS relativas al desconocimiento de los motivos por los que ciertas empresas disponían de información en relación a este concurso no pueden ser aceptadas. El hecho 96 acredita que ATOS trasladó a CONNECTIS, SAG e INDRA determinada información con una antelación superior al mes a la convocatoria de la licitación y les propuso reunirse con la intención de llegar a acuerdos en relación con varios lotes. Su no participación en la conducta ilícita hubiese exigido que la empresa pusiese en conocimiento de la autoridad competente la ilegalidad de la que tuvo conocimiento en lugar de llevar a cabo conductas ilícitas para alterar los concursos con base en ella.

Por otra parte, CONNECTIS alega que la administración tenía conocimiento de que SAG sería subcontratista en el lote 9, a pesar de que el compromiso de UTE no reflejase esta participación, sin aportar pruebas que demuestren este extremo. Además, los hechos 102 y 103 demuestran que el reparto interno no coincide con el oficialmente comunicado en la presentación de ofertas, sin que este hecho haya sido desmentido por CONNECTIS en sus alegaciones.

5.3.4. Expediente 7201/13G

IBM señala que la Dirección de Competencia interpreta erróneamente el correo electrónico al que se refiere el hecho 118, ya que éste pone de manifiesto un presunto acuerdo de subcontratación entre IBM y BABEL.

Por su parte, CONNECTIS señala que desconoce los motivos que llevaron a las adjudicatarias a subcontratar sus servicios que, en cualquier caso, habrían permitido rebajar el precio de la oferta.

CONNECTIS considera contradictorio que se justifique la existencia de acuerdos y prácticas concertadas con el objeto de mantener el *statu quo* y, sin embargo, se recojan en los hechos supuestos en los que las diferentes empresas incoadas pretendían modificar dicho *statu quo*, asumiendo mayor participación en los proyectos.

Por último, en relación con la hoja Excel a la que se hace referencia el párrafo 387 del PCH, CONNECTIS dice que desconocía su existencia y, además, pone

de manifiesto que los porcentajes de participación de cada empresa en la licitación no reflejan el mantenimiento del *statu quo*, ya que CIBERNOS no estaba en el lote 8 del año 2010 y, sin embargo, sí lo está en la licitación de 2013.

Respuesta de la Sala de Competencia

En relación con la alegación sobre la subcontratación de IBM por parte de BABEL, en los hechos citados del expediente consta un correo en el que se dice que “*nos subcontratarían perfiles en caso de ser adjudicatarios*”, a pesar de que IBM hubiera decidido no firmar ningún acuerdo a priori. Este compromiso de subcontratación previa a la adjudicación del contrato puede calificarse de acuerdo de subcontratación preferente, y demuestra la existencia de contactos y la adopción de acuerdos por parte de las empresas, con independencia de que posteriormente llegaran a ejecutarse.

En relación con las alegaciones de CONNECTIS en las que afirma desconocer los motivos que llevaron a las empresas adjudicatarias a subcontratar sus servicios, en los hechos 125 y ss. se acreditan la negociación y firma de un acuerdo de subcontratación preferente entre INDRA y SAG y CONNECTIS, que se negoció antes de que se convocara el concurso. Además, la licitación correspondía a servicios que venían prestando previamente en UTE INDRA/SAG/ATOS/CONNECTIS, por lo que INDRA y SAG tenían interés en alcanzar acuerdos con ellas de cara a que no presentasen ofertas alternativas, como lo reflejan las cláusulas de exclusividad de los acuerdos firmados con CONNECTIS, por lo que la finalidad del acuerdo de subcontratación de los servicios de CONNECTIS resulta clara.

Por otra parte, CONNECTIS no ha demostrado que la subcontratación de sus servicios haya permitido rebajar el precio de oferta de la UTE. Además, la pretensión de las empresas de lograr el mayor porcentaje de participación posible no se contradice con el mantenimiento de un *statu quo* con carácter general, ya que se pretende que las mismas empresas que venían prestando unos servicios continúen prestándolos. Pueden existir, no obstante, casos concretos en los que la coincidencia no sea posible o que incluso la falta de participación en la facturación final conforme a lo comprometido dé lugar a compensaciones.

Por último, la alegación relativa párrafo 387 del PCH debe desestimarse. Dicho párrafo señala lo siguiente:

“Tras deliberaciones entre INDRA y SAG, estas empresas decidieron cerrar los números de partida de cada uno a fin de valorar la comparabilidad de las situaciones y posibles compensaciones entre unas y otras (folio 6202). El 21 de mayo de 2013 compartieron estos datos mediante un Excel que hace referencia a la situación de partida (folio 6206 y 7916). En él se hace referencia a los datos de cinco empresas¹⁶⁹ en cuatro contratos: INSS (60vc28/10), ISM (lotes 1 y 2) y

¹⁶⁹ SAG, INDRA, CIBERNOS, ATOS y THALES (CONNECTIS)

AM-Torrejón, de cara a hacer números sobre los porcentajes de cada empresa en cada caso y en total”.

INDRA y SAG toman la situación de partida para valorar la comparabilidad de las situaciones y las posibles compensaciones entre unas y otras y, tomando como base esos elementos, deciden los porcentajes de facturación a ofertar, a través de subcontratación, a ATOS, CIBERNOS y CONNECTIS. La participación de CIBERNOS en un lote de 2013 en que no estaba en 2010 respondería al cumplimiento de estos compromisos de carácter general.

5.3.5. Expediente 7201/14G

CONNECTIS niega que existiese un acuerdo para mantener el *statu quo*, en la medida en que había indicios de que INDRA y SAG debatían sobre los posibles socios con los que presentarse en UTE.

Además, según CONNECTIS, el hecho de que las empresas que participaron en los lotes equivalentes del año 2010 no lo hicieran en la licitación de 2014, demuestra que las UTE y subcontrataciones entre empresas no buscaban mantener el *statu quo* tal como manifiesta la Dirección de Competencia.

Respuesta de la Sala de Competencia

En relación con las alegaciones de CONNECTIS, en los hechos 170 a 177 se acredita que INDRA y SAG alcanzan acuerdos con CONNECTIS debido a su presencia previa en la GISS. El debate sobre otros posibles socios o el que INDRA y SAG alcanzasen acuerdos de subcontratación o de conformación de UTE con otras empresas para diversos lotes no desacredita los hechos expuestos en relación con CONNECTIS.

En este sentido, conviene destacar que en varias ocasiones, los acuerdos de mantenimiento del *statu quo* no se pueden implementar para determinadas licitaciones, por múltiples motivos, sin que ello desvirtúe la existencia de un plan general de mantenimiento del *statu quo* en diversas licitaciones de servicios de tecnologías de la información en España.

5.4. Alegaciones en relación con los contratos del SEPE

5.4.1. Expedientes C 10/08 y C 11/08

NEXT considera que la necesidad de promover nuevos concursos no es un dato oculto ni secreto en el sector y que es habitual que la propia administración a la que se presta el servicio ponga en conocimiento de las empresas que ya están realizando la prestación del mismo los contornos básicos de la nueva propuesta de concurso. En este sentido, la citada entidad considera que las decisiones para los nuevos concursos se llevan a cabo en el momento en que se conocen los requerimientos técnicos concretos y el número de recursos exigidos para cada lote y esta información solo es conocida en el momento de publicación de los pliegos.

En relación con el lote 3 del expediente C 10/08, NEXT ha venido sosteniendo que el hecho 192 obvia que el descuento no era el elemento que más ponderaba, según lo establecido en los criterios de valoración de los pliegos. Así, NEXT alega que no cabría inferir que sea contrario a la competencia el hecho de que la UTE adjudicataria presentase un descuento menor al de otras UTE competidoras en dicha oferta. Asimismo, NEXT señala que la adjudicación a otras UTE de determinados lotes del concurso C11/08 probaría la inexistencia de acuerdos de reparto de mercado o de fijación de precios.

NEXT afirma que no ha participado en ninguno de los acuerdos de regularización o de subcontratación preferente y que ha respetado siempre los porcentajes pactados de cada UTE y comunicados a la administración.

Por último, NEXT destaca que el número de recursos empleados en las adjudicaciones públicas, así como su facturación en el sector público, ha ido disminuyendo desde el año 2000 lo que, en su opinión, reflejaría que la empresa no ha participado ni en un reparto de mercado ni en acuerdos de fijación de precios.

EVERIS señala que su participación en UTE en los lotes 3 del expediente C 10/08 y 6 del expediente C 11/08 no responde en ningún caso a un reparto simultáneo de los lotes y señala que es legítimo y acorde con el principio de libertad de empresa que los porcentajes de participación pactados sean distintos de los que las partes efectivamente realicen.

Asimismo, EVERIS considera que el uso de subcontrataciones, de regularizaciones o la existencia de acuerdos cruzados para distintos concursos o lotes tampoco supone que la UTE carezca de justificación objetiva.

Además, EVERIS alega que solo participó en el diseño de la oferta del lote 3 del expediente C 10/08 pero que, sin embargo, ni participó ni tuvo conocimiento de la oferta del lote 6 del concurso 11/08 en el que fue subcontratada.

En relación con el lote 3 del expediente 10/08, EVERIS puntualiza que, a diferencia de otras UTE analizadas en el presente expediente, EVERIS no buscaba dar continuidad a servicios que ya venía prestando para la administración. EVERIS indica que existieron cuatro ofertas que ofrecieron precios más bajos, lo que sería contrario a un acuerdo de reparto de mercado, más aun teniendo en cuenta la valoración que otorgaba el organismo contratante a la parte más técnica de la oferta.

En relación con el lote 6 del expediente C 11/08, EVERIS presenta argumentos similares, si bien matiza que la UTE en la que debía participar como subcontratada finalmente no resultó adjudicataria.

CONNECTIS justifica el mantenimiento de la misma UTE en los concursos C 10/08 y C 11/08: *“ante la posibilidad de resultar adjudicataria de una de estas dos licitaciones y poder renunciar a una de las dos en caso de resultar adjudicatarios de ambas, tenía sentido realizar una oferta de perfiles y características técnicas similares”*, señalando que este contexto se obvia por parte de la Dirección de Competencia.

Por otro lado, CONNECTIS señala que el acceso a la información sobre el concurso con carácter previo a la convocatoria no es contrario al derecho de la competencia, más aún cuando es el propio cliente (es decir la administración) quien difunde la información.

Además, CONNECTIS indica que en el expediente C 11/08 no se presentó con las mismas empresas con las que venía prestando sus servicios lo que, según la alegante, supone que el mercado era cambiante y que las empresas no pretendían el mantenimiento del *statu quo*.

Por último, ATOS niega haber llegado a acuerdos cruzados entre lotes de diferentes concursos en relación a los concursos C10/08 y C11/08. Según señala la citada entidad, ATOS habría intentado desde un principio negociar separadamente cada uno de estos concursos buscando convencer a las demás empresas de ello.

Además, ATOS recuerda que el lote 6 del concurso C11/08 fue adjudicado a la UTE competidora lo que, a su juicio, revela que *“la UTE a la que estaba asociada ATOS no materializaba ningún plan preconcebido común así como la viva competencia que existe en el sector”* (folio 23174).

Por otra parte, ATOS subraya que el hecho 182 indica que fueron NEXT, THALES y CONNECTIS los que tuvieron acceso a la información, no ATOS.

ATOS afirma que cuando preparaba una oferta conjunta en UTE/subcontratación, negociaba únicamente sobre ese lote con las empresas con las que colaboraba. Según ATOS, si alguna empresa proponía a ATOS vincular la presentación de una oferta en UTE para un lote a que ATOS renunciara a presentarse individualmente a otro lote distinto, ATOS directamente lo rechazaba. En este sentido, ATOS cita el folio 5519, en relación con las advertencias de su asesoría jurídica sobre la falta de adecuación de los acuerdos que se pretendían alcanzar a la legislación de competencia para fundamentar que ATOS se negó a suscribir el acuerdo.

Por todo lo anterior, ATOS considera que la Dirección de Competencia no ha probado un vínculo de complementariedad entre las actuaciones de ATOS y las demás empresas investigadas.

Respuesta de la Sala de Competencia

Esta Sala no puede compartir la afirmación de NEXT de que la puesta a disposición de las empresas que vienen prestando ciertos servicios de información sobre futuros concursos por parte de las administraciones licitantes, previamente a la convocatoria de los concursos, no ofrezca a sus receptores una ventaja competitiva. Esta circunstancia confiere a las empresas una posición de ventaja al darles la posibilidad de planificar su estrategia e iniciar negociaciones antes de que otras empresas puedan tener conocimiento de la existencia de la licitación, máxime teniendo en cuenta que diversas empresas han referido en sus alegaciones que el tiempo disponible para alcanzar acuerdos tras la publicación de los concursos es escaso y limita sus opciones estratégicas.

Por otro lado, el hecho de que, como alega NEXT, determinados lotes del concurso C11/08 del SEPE se hayan adjudicado a otras UTE no demuestra, como afirma dicha empresa, la inexistencia de acuerdos de reparto. La existencia de estos acuerdos en relación con los concursos C10/08 y C11/08 del SEPE y la participación de NEXT ha quedado debidamente acreditada.

NEXT niega haber alcanzado acuerdos de subcontratación preferencial, sin embargo, consta acreditado que en el caso del lote 6 del concurso C11/08, la UTE NEXT/SAG/ATOS/CONNECTIS alcanzó un acuerdo de subcontratación preferencial con EVERIS, aunque no se llevase a efecto al no resultar adjudicataria. Tampoco cabe aceptar las alegaciones de NEXT de que no ha participado en regularizaciones, ya que los folios 11130 a 11132 del expediente demuestran que se produjeron regularizaciones en relación con la UTE del concurso C10/08 del SEPE en la que participaba NEXT, regularizaciones que se preveían en los acuerdos entre las empresas participantes, como se refleja en el hecho 189.

La simultaneidad del reparto de los lotes de los concursos C10/08 y C11/08 del SEPE, negada por EVERIS, ha quedado acreditada en los hechos 188, 189 y 192, por lo que esta Sala no puede aceptar las alegaciones formuladas por EVERIS en este sentido.

EVERIS señala que no participó ni tuvo conocimiento de la oferta del lote 6 del concurso 11/08, en el que fue subcontratada. Sin embargo, los hechos acreditados muestran todo lo contrario.

Asimismo, EVERIS puntualiza que su participación en el lote 3 del expediente C10/08 no buscaba dar continuidad a servicios que ya venía prestando para la administración. Sin embargo, teniendo en cuenta que los acuerdos relativos al lote 3 del expediente C10/08 y del lote 6 del expediente C11/08 se negociaron conjuntamente, y las evidencias existentes en relación con las prácticas imputadas a EVERIS en relación con estos concursos, la alegación de EVERIS no varían la descripción de los hechos acreditados en el expediente ni la valoración de los mismos.

CONNECTIS, por su parte, sostiene que el mantenimiento de la misma UTE en los concursos C10/08 y C11/08 se justifica *“ante la posibilidad de resultar adjudicataria de una de estas dos licitaciones y poder renunciar a una de las dos en caso de resultar adjudicatarios de ambas, tenía sentido realizar una oferta de perfiles y características técnicas similares”*. Sin embargo, en un caso se prevé la subcontratación de EVERIS y en el otro participa como miembro de la UTE. En segundo lugar, las empresas han insistido en sus alegaciones en la importancia de acreditar la disponibilidad de recursos suficientes para la presentación de ofertas. En tercer lugar, renunciar a la adjudicación de un concurso (estrategia que no se ha demostrado de ninguna forma), tendría unas consecuencias negativas en términos de imagen para las empresas que deberían haber sido tomadas en cuenta en las negociaciones. Todo ello sin perjuicio de las evidencias existentes en los hechos en relación con la acreditación de las conductas anticompetitivas para los concursos citados.

Además, esta Sala discrepa de CONNECTIS respecto a que el acceso a la información sobre el concurso con carácter previo a la convocatoria no es contrario al derecho de la competencia. Los principios de transparencia y publicidad y, fundamentalmente, los de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores deben regir los concursos públicos, en aras a respetar la igualdad de los licitantes, se ven vulnerados con la disposición de información por parte de los potenciales licitantes antes de la convocatoria y generan asimetrías que pueden incidir en el desarrollo de prácticas anticompetitivas, como se ha demostrado en el presente expediente.

Por otra parte, el hecho de que CONNECTIS no se presentase a estos concursos con la misma configuración de UTE que en concursos previos queda explicado, como refleja el hecho 182, por la búsqueda de CONNECTIS (THALES) y NEXT de nuevos *“compromisos con otras empresas presentes actualmente en el INEM y que permitirían configurar UTEs más fuertes”*.

Por último, en relación con las alegaciones de ATOS, negando su participación en los acuerdos cruzados y afirmando que intentó negociar desde un principio estos concursos separadamente, debe señalarse que los hechos 187 y 188 muestran cómo ATOS negociaban los lotes de ambos concursos conjuntamente, de forma cruzada, hasta que su asesoría jurídica les advirtió de que dichas prácticas son contrarias al derecho de la competencia.

Adicionalmente, días después ATOS solicitó el borrador de estatutos y el acuerdo privado negándosele porque estos no se suelen redactar hasta la adjudicación del contrato.

Cierto es que, tras las adjudicaciones, ATOS siguió pidiendo al resto de miembros de la UTE un nuevo borrador, con el que se sintiese más cómoda, ya que seguía manteniendo que los acuerdos alcanzados y su formalización no eran acordes con la legalidad vigente. Ello conllevó que las otras empresas propusiesen que ATOS renunciase a formar parte de la UTE. ATOS respondió a dicha propuesta que: *“no se deben mezclar problemas legales a la hora de consensuar el contenido de un documento jurídico, con el negocio en el que estamos involucrados, negocio en el que las cinco empresas estamos absolutamente implicados y de acuerdo”* (hecho 193).

Las reticencias de ATOS serían así puramente formales, estando, como ella misma reconoce, *“absolutamente implicada y de acuerdo”*.

De esta manera, ATOS firmó el acuerdo final pese a advertir expresamente que los porcentajes teóricos de constitución de la UTE no coinciden con los porcentajes reales de facturación y de funcionamiento de la UTE (hecho 195).

Lo anterior, demuestra que ATOS participó en los acuerdos cruzados relativos a los lotes de los concursos C10/08 y C11/08, tanto en su negociación como en la conformación respecto del lote que les fue adjudicado. Todo ello pese a ser consciente de que se trataba de un acuerdo de carácter anticompetitivo y contrario a ley.

5.4.2. Expediente PA 11/12

NEXT indica que el correo de INDRA reflejado en el hecho 202 que se refiere a la necesidad de “*mantener una alianza de los cinco clave*” es un correo interno de INDRA y que NEXT “*no ha participado en acuerdos internos y ocultos de reparto de las contrataciones, sin perjuicio de procurar la adjudicación de los nuevos lotes que salían a concurso y en los que ya tenía presencia*”. Este extremo, en opinión de NEXT, vendría corroborado por las adjudicaciones de los lotes.

ACCENTURE señala que la propuesta de constitución de una UTE entre ACCENTURE, GESEIN e INDRA con el objeto de presentar una oferta en relación con los lotes 7 y 8 de la licitación de 2012 conlleva el mantenimiento de contactos entre las tres empresas con carácter previo a la presentación de la oferta, con el fin de preparar ésta. Sin embargo, señala que de la existencia de dichos contactos no cabe concluir que en el marco de los mismos se produjese ningún tipo de infracción.

En relación con los lotes 7 y 8 del expediente PA 11/12, ACCENTURE destaca la imposibilidad de presentar ofertas individuales. Además, ACCENTURE subraya la existencia de ofertas alternativas por parte de otras empresas y señala que los descuentos aplicados por la UTE en la que participó ACCENTURE fueron superiores a los ofrecidos por el resto de empresas imputadas, poniendo así de manifiesto una situación que contrastaría con la que cabría esperar en una situación de cártel. ACCENTURE añade que la colaboración con INDRA y GESEIN en relación con los lotes 7 y 8 de la licitación de 2012 habría generado eficiencias económicas, que beneficiaron al SEPE en forma de precios más bajos en el marco de un proceso competitivo.

Por último, CONNECTIS señala que las pretensiones de INDRA en cuanto a la composición de las UTE y los modelos de subcontratación finalmente no se cumplieron y que CONNECTIS no se presentó en UTE con INDRA en esta licitación.

Respuesta de la Sala de Competencia

Se ha acreditado que NEXT se encuentra entre las empresas que tienen relevancia dentro del SEPE y con las que las empresas grandes, como INDRA, pueden tener interés en llegar a acuerdos en relación con este organismo. En todo caso, este expediente no afirma que se haya producido un acuerdo global entre las cinco.

El relación con ATOS, los hechos acreditan que ATOS llegó a un acuerdo de conformación de UTE con SAG, NEXT y CONNECTIS para presentarse a los lotes 7 y 8, resultando adjudicatarias del lote 7. Los hechos también reflejan que el acuerdo de estas empresas fue previo a la publicación del concurso.

ACCENTURE, por su parte, niega que los contactos con GESEIN e INDRA para presentar una oferta a los lotes 7 y 8 del expediente PA11/12 conlleven la

existencia de ninguna infracción. A este respecto, debe señalarse que la imputación a ACCENTURE por este concurso del SEPE se basa en la continuidad de la alianza y porcentajes de participación en las UTE entre las tres empresas desde el concurso C11/08 hasta el concurso PA 7/14 con el objetivo de mantener la posición de las mismas en los contratos.

Por último, en relación con la alegación de CONNECTIS, cabe indicar que la conducta anticompetitiva que se le atribuye en relación con este expediente se deriva, del acuerdo entre CONNECTIS con NEXT, SAG y ATOS, UTE rival de la de INDRA y cuya alianza venía de atrás siendo adjudicatarias con anterioridad a este concurso de alguno de los lotes más relevantes del SEPE.

5.4.3. Expediente PA 7/14 y 8/14

En relación con el expediente PA 7/14, INDRA señala que el conocimiento previo de los pliegos del presente expediente no puede ser considerado como acreditativo de conducta anticompetitiva alguna, habida cuenta de que la empresa, a pesar de presentarse en UTE a la licitación, no resultó adjudicataria de ninguno de los lotes. INDRA puntualiza, además, que debe tenerse en cuenta que ofertó un descuento del 33,9%, aunque finalmente no resultase adjudicataria.

Por otro lado, GESEIN afirma que la Dirección de Competencia no dispone de evidencias y yerra al atribuirle la responsabilidad del acuerdo de subcontratación del expediente del SEPE PA 7/14.

Mientras, ACCENTURE niega la existencia de infracción en relación con los lotes 1 y 2 de la licitación PA 7/14 ya que, a pesar de que realizó una oferta para concurrir en UTE en dicho concurso, las empresas no resultaron adjudicatarias, por lo que dicho acuerdo de participación no habría sido capaz, en ningún caso, de afectar negativamente a la competencia.

Finalmente, CONNECTIS señala que la experiencia de su personal y la disponibilidad puntual del mismo le permitió presentarse individualmente al lote 1 del expediente 7/14, subcontratando a EVERIS, pero como consecuencia de dicha presentación individual “no se puede presentar al lote 2 del expediente 7/14”, al que con anterioridad se había presentado mediante UTE con NEXT, ATOS y SAG, ni a otros lotes del expediente 8/14 continuación de servicios que había prestado anteriormente (como el lote 1) y se vio obligada a presentarse en UTE en el lote 2 de dicho expediente.

Aunque en un primer momento CONNECTIS barajase presentarse en UTE para el lote 1 del expediente 7/14, al tener conocimiento de los requerimientos específicos de los pliegos, decidió presentarse individualmente.

Respuesta de Sala de Competencia

El hecho de que INDRA dispusiese de información sobre los pliegos previamente a la convocatoria de dichos concursos supone una ventaja competitiva en relación con otros potenciales licitadores, como se ha indicado anteriormente. La

falta de adjudicación de los lotes no exime a INDRA de haber alcanzado acuerdos tendentes a mantener los porcentajes de reparto que tenía previamente acordados con ACCENTURE y GESEIN y de que dicho porcentaje se acordase antes de la publicación de los pliegos. La presentación de un alto porcentaje de descuento se debería a que INDRA y SAG no alcanzaron un acuerdo en el año 2014, pese a los esfuerzos de INDRA y, en este caso, ambas empresas compitieron con sus UTE por los distintos lotes.

En relación con las alegaciones de GESEIN, en el caso del expediente PA 7/14 del SEPE, los hechos acreditan cómo GESEIN mantuvo reuniones con INDRA y ACCENTURE de cara a mantener los porcentajes de reparto que tenían anteriormente y que, a diferencia de concursos anteriores, GESEIN no fue miembro de la UTE, sino que la UTE formada por INDRA y ACCENTURE acordó subcontratar preferentemente a GESEIN por el porcentaje que tenía en ese momento en el acuerdo, para impedir que participase en ofertas alternativas, aunque los acuerdos alcanzados no pudiesen llevarse a efecto al no resultar adjudicatarias de los lotes licitados.

Las alegaciones de ACCENTURE en relación con la falta de efectos de los acuerdos alcanzados en relación con estos concursos del SEPE no pueden ser aceptadas, dado que, como ya se ha indicado previamente, la ausencia de efectos no exime de la responsabilidad de las empresas en la negociación y firma de acuerdos de carácter anticompetitivo, por ser el reparto de mercado una infracción que tiene como objeto alterar la competencia y por lo tanto tipificada en sí misma en los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

5.5. Alegaciones en relación con el Entorno SAP para administraciones autonómicas y locales

En relación con el entorno SAP, INDRA niega la existencia de un acuerdo o acuerdo marco de colaboración. Según señala la citada entidad, las reuniones que surgen como consecuencia de la propuesta planteada por SAP de crear una alianza INDRA-SAG, si bien dieron lugar a la redacción de borradores de acuerdo, éstos nunca llegaron a suscribirse ni a implementarse.

INDRA fundamenta estas alegaciones en el hecho de que nunca presentó una oferta conjunta con SAG en licitaciones de este tipo.

EVERIS también niega la existencia de acuerdo alguno entre ella y SAG y señala que no hay prueba alguna en el expediente que permita demostrar la existencia de dicho acuerdo, sino que exclusivamente quedaría constatado que ambas empresas *“negociaron un acuerdo marco de colaboración”* que *“contempla la elaboración de un acuerdo específico de colaboración”*, *“que se llevó a cabo la revisión del borrador por parte de Everis”* que *“se reunieron y acordaron abordar proyectos”* y que *“hablaron de mantener una reunión a tres con SAP”*, pero que dicha colaboración nunca llegó a ponerse en práctica. Al no existir acuerdo, EVERIS considera que tampoco se produjeron efectos restrictivos sobre la competencia.

SAG, por su parte, coincide en sus alegaciones con INDRA y EVERIS respecto a que los acuerdos nunca tuvieron una aplicación práctica, por lo que no habrían tenido efectos anticompetitivos, si bien admite implícitamente su existencia ya que aclara que los acuerdos marco *“tenían por único objetivo buscar la complementariedad entre las capacidades técnicas de las distintas compañías”*.

Respuesta de la Sala

Las alegaciones presentadas no contradicen lo expuesto a lo largo del expediente respecto a la existencia de negociaciones entre las empresas con un ánimo manifiestamente anticompetitivo. Las empresas negociaron todos los aspectos sustantivos del acuerdo que se reflejan con un alto grado de concreción en los borradores que intercambiaron y corrigieron las partes. El estado de las negociaciones estaba muy avanzado y la propia SAG no niega la existencia de dichos acuerdos.

Por todo ello, esta Sala considera acreditado el contacto entre las empresas con el objeto de limitar la competencia efectiva en relación con el entorno SAP para las administraciones autonómicas y locales. Como ya se ha señalado en esta resolución, ello también reviste la forma de acuerdo prohibido por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

5.6. Alegaciones en relación con los contratos del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)

En lo que se refiere al entorno ATRIUM, INDRA señala que la UTE INDRA/SAG estaba justificada ya que considera que existe una notable vinculación tecnológica y de complementariedad entre las empresas que formaron la UTE adjudicataria (SAG/INDRA) en los dos concursos a los que se hace referencia, vinculación y complementariedad que se observaría en los correos electrónicos contenidos en el folio 5650 del expediente.

En relación con los concursos del entorno ADABAS/NATURAL, INDRA señala que, en este caso, la formación de una UTE conjunta con SAG estaba más justificada que en el caso del entorno ATRIUM, en la medida en que el titular de la tecnología y su lenguaje de programación era de SAG, lo que fundamentaría la formación de la UTE.

CIBERNOS, por su parte, alega que no participó en el diseño de los pliegos de los concursos 392/CP-40/50 y 60/VC-28/10 del INSS, en contra de lo establecido por la Dirección de Competencia. CIBERNOS afirma que el concurso lo diseñó el INSS a través de sus pliegos.

Respuesta de la Sala de Competencia

INDRA invoca la complementariedad tecnológica de INDRA y SAG para justificar la necesidad de conformación de la UTE INDRA/SAG en relación con el entorno ATRIUM del INSS.

Respecto a esta alegación, conviene señalar que en los correos citados por INDRA se indica que “*el conocimiento técnico de la plataforma actual es de SAG*” y que “*el conocimiento funcional de la Incapacidad Temporal es nuestro*”. También indica que “*El pliego está “marcado” tecnológicamente gracias a nuestra participación en la elaboración de los perfiles*” (hecho 272). Por tanto, las especialidades tecnológicas de cada empresa en las que INDRA fundamenta su complementariedad tecnológica y la necesidad de presentarse en UTE, serían utilizadas, como se ha indicado antes, para marcar tecnológicamente los pliegos y asegurarse la adjudicación conjunta de los servicios licitados.

Además, conviene subrayar que en dicho correo electrónico INDRA y SAG se refieren a que siguen sin cerrar los porcentajes de participación de las empresas en la UTE, porcentajes que serían más o menos claros en caso de deberse puramente a necesidades técnicas y capacidades de cada empresa y que SAG propone mantener la participación preexistente, demostrando, a juicio de esta Sala, que en estos concursos se busca mantener el *statu quo*.

Adicionalmente, debe subrayarse que los hechos evidencian cómo, en relación con los concursos de ATRIUM, INDRA trató de mantener dicho porcentaje con SAG, pero finalmente ambas se presentaron por separado ante la falta de un acuerdo para el concurso 60/VC-73/12, aumentando así sustancialmente los descuentos respecto a concursos anteriores a cuyos servicios daba continuidad el citado concurso.

En relación con las alegaciones de INDRA respecto al entorno ADABAS/NATURAL, el hecho de que SAG fuese el titular de la tecnología era lo que fundamentaba la formación de la UTE, pero, como se describe en los hechos, la continuidad en la composición de la UTE (que engloba a su vez a CIBERNOS y ATOS), no se debió a motivaciones puramente técnicas, sino a la solicitud por parte del INSS.

La mención en los párrafos citados a la posibilidad de que se presentaran otras ofertas competidoras (aunque finalmente no lo hiciesen) demostraría, asimismo, que la presencia de SAG en la UTE no es imprescindible para los concursos de lenguaje ADABAS/NATURAL, ya que, si no, la titularidad de esta tecnología por SAG sería una barrera de entrada a todos los servicios que requiriesen del mismo, que resultaría infranqueable para cualquier oferta alternativa en la que SAG no participase.

5.7. Alegaciones en relación con las ofertas de cobertura y otros favores entre empresas

5.7.1. Ofertas de cobertura

INDRA señala que sólo aparece mencionada en uno de los 14 casos expuestos y, además, que su comportamiento contaba con el visto bueno del órgano de contratación. Asimismo, la citada entidad considera que los hechos no aclaran si el contrato fue finalmente adjudicado o si la oferta estudiada fue la que realmente se presentó.

SAG y CIBERNOS también atribuyen la responsabilidad de estas conductas a las administraciones públicas contratantes, que las realizaron con el objeto de adjudicar los contratos a aquellas empresas que ya tenían conocimiento sobre los servicios que se demandaban y que habían sido previamente seleccionadas por ellas mismas. Según estas empresas, estas conductas no serían prácticas restrictivas de la competencia, al estar promovidas por la propia administración.

ATOS se manifiesta en idéntico sentido, en la medida en que la solicitud de colaboración la realizó el propio cliente.

Por último, en relación con los concursos del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte 15/045EF y del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, BABEL alega que la Dirección de Competencia se basa en meras sospechas y que no existen indicios suficientes ni nexo causal entre los correos y las conductas que se le imputan. Además, la citada entidad niega haber presentado la oferta de cobertura pactada con SAG e indica que en relación con el concurso del MMAMRM, la entidad presentó una oferta individual que resultó adjudicataria del mismo. Respecto al concurso del MECD, BABEL indica que recibió una invitación del Ministerio y optó por presentar una oferta con el precio máximo de licitación para que le fuera rentable.

Respuesta de la Sala de Competencia

En relación con las alegaciones presentadas respecto a la solicitud y presentación de ofertas de cobertura por parte de las empresas incoadas que falsearían y limitarían la competencia, debe señalarse, en primer lugar, que no cabe aceptar las alegaciones formuladas por INDRA, SAG, CIBERNOS y ATOS. La invitación a participar en procedimientos de contratación negociados sin publicidad no puede entenderse por las empresas como una invitación a presentar ofertas falsas sino, precisamente, como una oportunidad para competir por esos contratos. Cualquier otra indicación que hubiese podido realizarse resultaría contraria a la legislación vigente, cuestión que todas las empresas deben conocer y por lo tanto no les legitima a actuar *contra legem*.

Tal como hemos recogido previamente, el TS ha aclarado "*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*".

Además, el hecho de que la Dirección de Competencia no aclare en algunos casos si el contrato fue adjudicado no modifica los hechos acreditados respecto a la solicitud y presentación de ofertas de cobertura, de forma que se diera una apariencia de concurrencia en la negociación de contratos en los que dicha competencia no existía realmente.

En relación con las alegaciones de ATOS respecto a la posible presentación de una oferta de cobertura en el MECD en octubre de 2014, la información aportada por el MECD muestra cómo la oferta presentada por ATOS era superior al importe licitado, lo que supone la imposibilidad directa de adjudicación del

contrato. Teniendo en cuenta las evidencias expuestas en los hechos acreditados en relación a CIBERNOS respecto al mismo concurso es lógico pensar que sucediese lo mismo respecto a ATOS.

Tampoco cabe admitir las alegaciones de BABEL negando la participación que le imputa la Dirección de Competencia en relación a los concursos del MECD y el MMAMRM. BABEL afirma haber participado en el concurso del MECD con una oferta por el precio máximo de licitación (que era de 17.950€), cuando existen evidencias (folio 4440) de que presentó una oferta superior al precio máximo de licitación (17.980€), lo que la descalificaba directamente. Este hecho, junto con la coincidencia del importe ofertado por BABEL con el ofertado por CIBERNOS, empresa con la que existe evidencia de solicitud de oferta de cobertura por SAG, en dicho concurso, llevan a esta Sala a considerar que existió un pacto similar con BABEL y a mantener que existen tales indicios que acreditan la conducta anticompetitiva respecto a dichas licitaciones.

Por otra parte, las alegaciones de BABEL respecto al contrato del MMAMRM no contradicen lo expuesto por la Dirección de Competencia, ya que se indica que BABEL no respetó el acuerdo alcanzado y esto dio lugar a un conflicto con SAG.

5.7.2. Otros favores entre empresas

SAG señala, en primer lugar, que el uso de claves de Patrimonio obedece al interés público, ya que es una necesidad de la administración pública de que la empresa mejor posicionada sea quien finalmente preste el servicio.

SAG añade que la Dirección de Competencia se refiere a un borrador de acuerdo del que no consta que se llevara a la práctica, por lo que no puede derivarse efecto anticompetitivo alguno, y que, además, preveía una duración del mismo de un año, por lo que en caso de existir dichos efectos, cosa que SAG niega, se limitarían a un año.

SAG considera, además, que la subcontratación resulta, en todo caso, pro-competitiva, ya que permite a las empresas eludir barreras de entrada como pertenecer al listado de Patrimonio y que sea la empresa mejor posicionada la que preste el servicio.

Por otro lado, SAG indica que su subcontratación por parte de ATOS, en el marco del concurso AM 26/2011, es lícita y estaba prevista en los pliegos de la licitación que establecían que *“El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación en los términos establecidos en el artículo 210 de la Ley 30/2007”*, así como un límite de un máximo del 60% del importe de adjudicación. Límite que, según SAG, la Dirección de Competencia no ha demostrado que SAG haya superado.

ATOS indica, en primer lugar, que la descripción realizada por la Dirección de Competencia es incorrecta. En concreto, ATOS considera que la DC habría realizado una interpretación errónea de dichos acuerdos, que corresponden a la negociación de posibles subcontrataciones y no a la cesión de claves de Patrimonio. Además, según ATOS, dichas subcontrataciones tenían que contar

con la autorización previa de la administración contratante y lo que se pretendía no era hacerse favores, sino *“formalizar un acuerdo de colaboración general para ir conjuntamente (ATOS contratista principal y SAG como subcontratista)”*, lo que permitía a la administración beneficiarse de la presentación de una oferta más que no hubiera recibido, al no haberse podido presentar ambas empresas por separado.

ATOS niega que el proyecto limite la competencia y afirma que, contrariamente, la fomenta, ya que implica el mantenimiento de un mecanismo estable de colaboración, al poner en común recursos complementarios, haciendo referencia a las sinergias entre ambas empresas, y porque dicha estabilidad les permite afrontar los ajustados plazos de los que se dispone para presentar las ofertas, lo que dificulta la posibilidad de acordar ofertas conjuntas.

Respuesta de la Sala

Por un lado, SAG niega que se haya acreditado que el acuerdo se llevase a buen término, pero al mismo tiempo reconoce que por determinadas circunstancias no contó con las claves de Patrimonio entre agosto de 2010 y julio de 2016, lo que llevó a SAG a articular el mecanismo para prestar dicho servicio. SAG reconoce así que articuló un mecanismo con ATOS que permitía a SAG eludir, lo que ella misma denomina en sus alegaciones, las barreras de entrada que suponen la pertenencia al listado de Patrimonio.

Según SAG, ello generaba eficiencias, al permitir a la empresa mejor posicionada prestar el servicio, lo que beneficiaba a la administración pública y, además, daba respuesta al interés de las administraciones contratantes en que SAG siguiese prestando el servicio.

Sin embargo, conviene aclarar que, a juicio de esta Sala, el interés de las administraciones de que fuese SAG quien prestase dichos servicios podía verse igualmente satisfecho sin la firma de este acuerdo global de carácter anticompetitivo, ya que las empresas participantes y adjudicatarias podían haber subcontratado a SAG en cada caso concreto.

Respecto a las subcontrataciones, debe señalarse que su legitimidad fue puesta en duda por SAG en sus correos de enero de 2013 indicando que *“la subcontratación está expresamente excluida de los contratos por Patrimonio”* (folio 6147), lo que les llevó a la firma de este acuerdo en el que figura ATOS como contratista a todos los efectos.

En los hechos ha quedado acreditado que se trata de un acuerdo global que prevé un compromiso de subcontratación de ATOS a SAG en expedientes futuros, con una cláusula de exclusividad, que permite a SAG limitar la competencia para dichas subcontrataciones por otras empresas y con carácter secreto, lo que cuestiona su legitimidad.

La propia ATOS afirma en sus alegaciones que lo que se pretendía era *“formalizar un acuerdo de colaboración general para ir conjuntamente (ATOS contratista principal y SAG como subcontratista)”*. No se trata por tanto de una

subcontratación al uso sino, conforme a lo alegado por ATOS, de un “*mecanismo estable de colaboración*” entre las empresas que, en opinión de esta Sala, es contraria a la normativa de competencia.

El acuerdo limita la competencia tanto respecto a las empresas que sí disponían de claves de Patrimonio y que se ven perjudicadas al no poder subcontratar a SAG en caso de que fuese la empresa mejor posicionada para prestar el servicio, como a otras empresas que pudieran complementar los servicios de ATOS en caso de que fuese adjudicataria y vieron limitadas sus posibilidades de subcontratación independientemente de las condiciones concretas de cada caso por la existencia de dicho acuerdo global anterior.

Los beneficiarios netos del acuerdo son, SAG, quien se aseguraba el acceso a la prestación de determinados servicios para los que era necesario disponer de las claves de Patrimonio, sin disponer de ellas, y ATOS, quien se aseguraba entre un 3% y un 7% del importe neto de los trabajos realizados por SAG (folio 6159).

Este tipo de cláusulas responden a una cesión o compra de las claves de Patrimonio, y a ello se refieren las empresas al señalar que es un acuerdo de “*compra de estas claves*” (folio 6148). Por ello debe rechazarse la alegación de ATOS en contra de dicha denominación.

Este tipo de acuerdo resulta, además, contradictorio desde el punto de vista de la lógica económica, ya que, como señala la propia SAG, la empresa que disponga de las claves tiene todos los incentivos para “*presentarse por sí misma a la licitación*”, puesto que ello incrementa sus beneficios desde una perspectiva económica. Por tanto, un compromiso de subcontratación general de ATOS a SAG como el acordado globalmente no se fundamentaría en este tipo de lógica sino en la lógica general de reparto del mercado.

Además, aunque el acuerdo tenía una duración prevista de un año, también preveía su prórroga por acuerdo de ambas partes, por lo que tampoco cabe aceptar la alegación de SAG en relación a la limitación de los efectos de la conducta a un año.

5.8. Alegaciones en relación a las negociaciones entre las empresas previas a la conformación de los instrumentos de colaboración

Algunas de las empresas han alegado que los contactos previos a la configuración de los instrumentos de colaboración son lícitos y habituales en este tipo de colaboraciones como puede ser la conformación de UTE. Por un lado, señalan que existe cierta previsibilidad sobre la renovación de los contratos por lo que el hecho de que haya negociaciones con carácter previo a la publicación de la licitación no resulta extraño ni ilícito. Por otro lado, las empresas manifiestan que la configuración de las UTE en un procedimiento de contratación exige la existencia de contactos previos entre las empresas en los que se produce intercambio de información necesaria para la consecución de los acuerdos.

Respuesta de la Sala de Competencia

Esta Sala considera y entiende que son necesarios los contactos y las negociaciones previas entre las empresas de cara a negociar los aspectos de una futura colaboración para la ejecución de un contrato, pero en este caso estos contactos y la información intercambiada entre las empresas con carácter previo a conformar una oferta han ido mucho más allá de lo que requiere la mera conformación de mecanismos de colaboración tendentes a presentar la oferta más competitiva posible.

Existen numerosos procesos de contratación tanto en el sector público como en el privado en el que se utilizan simultáneamente diversos mecanismos que permiten la configuración de ofertas competitivas y que, asimismo, permiten la concurrencia de empresas que de manera individual no sería posible que pudieran prestar servicios a estos grandes clientes.

Ahora bien, en el presente caso, estas circunstancias no se observan.

Es cierto que existe una cierta previsibilidad en lo que se refiere a las actuaciones de la administración, máxime si se tiene en cuenta que los servicios de tecnologías de la información no pueden dejar de prestarse, por lo que, tal y como se ha analizado en varios de los concursos que conforman los hechos acreditados, en caso de no lograr convocar un concurso a tiempo de vencimiento de la vigencia del concurso anterior, la solución consiste en la prórroga de los servicios que hasta ese momento vinieran prestándose.

Sin embargo, los contactos mantenidos entre las empresas en el expediente no son los propios de una colaboración lícita, sino que van mucho más allá.

Como bien ha señalado la Dirección de Competencia, existen dos motivos por los que las empresas inician contactos, que en muchos casos son previos a la publicación de la voluntad de contratar por parte de la administración y la finalización del contrato preexistente.

El primero de ellos es el propio diseño de los pliegos de prescripciones técnicas.

En numerosas ocasiones la administración ha recurrido a las empresas (especialmente INDRA y SAG) para que le ayuden en el diseño de los pliegos y, las empresas que ya venían desempeñando servicios de tecnologías de la información no han perdido la oportunidad de diseñar procedimientos de contratación *ad hoc* que les beneficiaban e impedían o restringían la concurrencia de terceros operadores.

Uno de los elementos más críticos de cara al diseño de estos pliegos era la disponibilidad de personal, ya que, tal y como consta en el expediente y como han puesto de manifiesto algunas de las partes en sus escritos de alegaciones, la administración publicaba pliegos ligados no ya a efectivos, sino a curriculum vitae de los trabajadores, lo que, de acuerdo con las evidencias obrantes en el expediente, se lograba al conocer exactamente las empresas que iban a concurrir y resultar ganadoras de la licitación.

Precisamente por ello, las empresas necesitaban comenzar las negociaciones mucho antes de la finalización del contrato, ya que, si realmente querían influir en el diseño de la licitación, se debía tener cerrado el ámbito de colaboración mucho antes de que el órgano contratante decidiera iniciar los trámites para elaborar una nueva oferta.

El tipo de información intercambiada tenía que ser lo suficientemente concreta como para cerrar el proceso de negociación antes de que los pliegos fueran redactados, lo que, obviamente, va más allá de lo estrictamente necesario para fijar la eventual colaboración empresarial de cara a la prestación de un servicio a un cliente para el que no se dispone de suficientes medios propios.

El segundo motivo por el que, a la luz de los hechos acreditados, resultaba necesario establecer contactos con carácter previo a una licitación, era bloquear la presentación de ofertas alternativas con mecanismos como la subcontratación con carácter preferente.

Se han acreditado numerosos casos en los que de cara a bloquear la posibilidad de que operadores de pequeñas dimensiones pudieran crear una alianza alternativa a la incumbente, se procede a negociar con ellos condiciones contractuales, como la subcontratación preferente, que impidan que puedan prestar su personal o sus conocimientos a otras entidades no partícipes en la prestación previa de los servicios o, incluso, poder presentar una oferta alternativa al margen del *statu quo* preexistente.

Ello sólo se puede lograr si se tiene en cuenta que hay operadores como INDRA y SAG que, al tener capacidad económica y técnica para prestar servicios de tecnologías de la información en diversas administraciones públicas de forma simultánea, sí pueden influir en la toma de decisiones de empresas de menor dimensión que desean expandir sus servicios profesionales a todo el ámbito de la administración y que, dada su dimensión, requieren de estas grandes empresas para lograr este objetivo.

Además de bloquear la presentación de ofertas alternativas para los pequeños operadores, los contactos previos también sirven para garantizar el *statu quo* entre los grandes operadores, INDRA y SAG.

Ambas entidades tienen capacidad para presentar ofertas alternativas y, sin embargo, en la mayor parte de los casos, han optado por no competir y aprovechar su situación de preponderancia de cara a obtener beneficios contractuales por actividades que no siempre son prestadas directamente por ambas empresas líderes.

Con ello, los operadores de menor dimensión también se aseguran el mantener su participación en los servicios y, por tanto, su posición en el *statu quo* preexistente, ya que, en el momento en el que se pudieran generar ofertas alternativas, ambas empresas líderes pueden tener capacidad para captar a sus trabajadores, o bien expulsarlas de la prestación de servicios para un contrato determinado.

Por otro lado, se observa un intercambio de información ciertamente sensible que en circunstancias normales no se habría producido entre las empresas. Como se ha explicado, el personal técnico resulta esencial en este mercado, ya que es la principal variable competitiva entre las empresas. Por lo tanto, resulta muy atípico el compartir no ya perfiles profesionales, sino los propios currículum personales de los profesionales que en esos momentos estaban a disposición de las empresas partícipes del acuerdo. En particular, esta información es esencial para la estrategia y capacidad competitiva de las empresas, por lo que compartirla con el grado de anticipación y exhaustividad acreditado sólo se justifica en un contexto de acuerdos anticompetitivos que buscan preservar el *statu quo*.

De esta manera, con esta información, las empresas imputadas podían diseñar pliegos *ad hoc* y, adicionalmente, podían bloquear la presentación de ofertas al saber cuál era la capacidad máxima de elementos técnicos con los que los partícipes del acuerdo contaban para configurar una oferta alternativa a la preexistente.

5.9. Alegaciones en relación con las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia

ACCENTURE considera que las inspecciones en las sedes de INDRA y SAG devienen nulas de pleno derecho toda vez que se fundamentan en una orden de investigación cuya objeto es excesivamente amplio y genérico desde el punto de vista material, geográfico y temporal.

Esta misma cuestión ya ha sido previamente resuelta por esta Sala en la resolución de fecha 12 de enero de 2016 (R/AJ/114/15), que desestima el recurso presentado por SAG contra la inspección realizada en su sede por la Dirección de Competencia.

En la citada resolución, esta Sala consideró, apoyándose en la jurisprudencia europea y nacional¹⁷⁰, que la orden de investigación de 16 de octubre de 2015 cumplía las exigencias del artículo 13.3 del RDC relativa a que la autorización del Director de Competencia indique “el *objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección*”.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que las circunstancias no han cambiado ni se han aportado nuevos elementos de juicio que pudieran hacer replantearse a esta Sala las consideraciones realizadas entonces, y que además el objeto de aquel recurso y las presentes alegaciones son coincidentes, debemos desestimar las alegaciones de ACCENTURE en relación con esta cuestión, remitiéndonos, para evitar repeticiones innecesarias, a la resolución de fecha 12 de enero de 2016 citada.

¹⁷⁰ STJUE de 25 de junio de 2014 (asunto C-37/13 P) y sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014 (asunto UNESA).

5.10. Sobre la aplicación de la regla de *minimis*

Algunas de las empresas incoadas consideran aplicable la regla de *minimis* prevista en artículo 5 de la LDC, que señala que *“las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado”*.

En respuesta a ello, procede señalar que las normas sobre la aplicación de la regla de *minimis* han previsto una serie de conductas cuya realización, con independencia de la cuota de las empresas en el mercado y los efectos que las conductas hayan producido en el mismo, presuponen la existencia de una restricción de la competencia por objeto.

En este sentido, el artículo 2 del RDC, de similar redacción que el apartado 11 de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del TFUE¹⁷¹, señala lo siguiente:

“1. Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes:

- a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros;*
- b) la limitación de la producción o las ventas;*
- c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”*.

La letra c) del citado artículo excluye expresamente de la aplicación de la regla de *minimis* la conducta consistente en el reparto de mercado o clientes, que es precisamente la principal conducta objeto del presente expediente, por lo que no es posible aplicar la citada regla a las conductas analizadas en este expediente.

5.11. Sobre la implementación de programas de compliance

EVERIS ha alegado que tiene implementado un programa de compliance global que persigue, con carácter principal, que la Compañía cumpla con toda la normativa aplicable (internacional, europea y nacional) en el desarrollo de su actividad, así como, entre otros muchos aspectos, la adopción de medidas específicas para prevenir riesgos de cumplimiento normativo (infracciones

¹⁷¹ Publicada en el DOUE C291/1 de 30 de agosto de 2014.

normativas y/o delitos en el seno de su organización), habiendo llevado a cabo acciones de compliance desde el año 2008.

Como ya ha señalado en anteriores ocasiones esta Sala¹⁷², con carácter general, son positivas todas las actuaciones de las empresas dirigidas a fomentar internamente el conocimiento de las normas de competencia y a prevenir y evitar su posible incumplimiento; de hecho, la CNMC promueve este tipo de iniciativas y programas en las empresas. No obstante, tal y como ha puesto de manifiesto el TJUE en su sentencia de 18 de julio de 2013 (asunto C-501/11 Schindler Holding y otros/Comisión), el mero hecho de introducir estos programas internos de adecuación a las normas sobre competencia no puede tomarse sin más como una circunstancia atenuante. Asimismo, esta Sala ha tenido la oportunidad de señalar que cuando los hechos acreditados no permiten concluir la existencia previa a la infracción de un programa de cumplimiento exitoso que efectivamente hubiera articulado y aplicado controles internos y previendo la conducta anticompetitiva, no cabe deducir el genuino compromiso de la empresa de que se trate con la observancia de la normativa de competencia, a los efectos de valorarlo como atenuante.

En lo que se refiere, ya no a la existencia de un programa de cumplimiento previo a la infracción, sino al refuerzo de políticas de cumplimiento adicionales una vez ocurrida la conducta e iniciado el expediente sancionador, esta Sala hace suya la consideración de la Comisión Europea de que la principal recompensa derivada de la introducción de tales programas, si se revelan eficaces, será la inexistencia de conductas contrarias a la competencia o, en el peor de los casos, su inmediata detección. Igualmente, esta Sala de Competencia ha puesto de manifiesto que, si bien la adopción de medidas de cumplimiento una vez iniciada la instrucción de un expediente sancionador refleja formalmente la voluntad cumplidora de la empresa, el efecto real de tales medidas a efectos del respeto de la normativa de competencia sólo podrá valorarse en fase de vigilancia de la resolución sancionadora, lo cual no impediría que, en función de las circunstancias del caso concreto, pudiera ser considerado como elemento moderador de la sanción (en análogo sentido, RCNMC de 17 de septiembre de 2015, Expte SNC/0036/15 MEDIASET).

En el presente expediente, dados los hechos acreditados, esta Sala considera que la existencia de un programa de cumplimiento normativo en el seno de EVERIS no cumple las exigencias que posibilitarían valorarlo como circunstancia atenuante, conforme a la previsión del artículo 64.3 de la LDC.

¹⁷² Entre otras, Resolución de 6 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0544/14 MUDANZAS INTERNACIONALES) y Resolución de 8 de junio de 2017 (Expte. S/DC/0557/15 NOKIA).

5.12. Sobre la incoación tardía de las sociedades ACCENTURE

Las sociedades ACCENTURE alegan que su incoación tardía, esto es año y medio después de la incoación a la mayoría de las otras empresas, vulnera sus derechos de defensa.

En respuesta a la citada alegación, esta Sala considera que la incoación tardía a varias empresas, entre ellas ACCENTURE, no les ha producido indefensión o perjuicio irreparable, ya que han podido acceder al expediente, realizar alegaciones al PCH y a la propuesta de resolución, participar en la vista oral, y proponer las pruebas que han considerado relevantes y se les ha proporcionado, al igual que a las demás incoadas, copia de los documentos que integran el mismo, a excepción de aquella información que haya sido declarada confidencial.

Esta Sala considera que no cabe apreciar la indefensión alegada y ello, además, resulta conforme con las decisiones judiciales adoptadas en asuntos similares al presente¹⁷³.

5.13. Respuesta a los informes económicos presentados por las empresas

ACCENTURE, ATOS, IBM, INDRA y SAG han presentado informes económicos junto a sus alegaciones a la propuesta de resolución. En general, los informes económicos se centran en la justificación de las UTE en el marco de este expediente, así como en el análisis de efectos (precios, descuentos y márgenes), y otras alegaciones que se analizan a continuación.

5.13.1. Sobre la justificación de las UTE

SAG asegura que la conformación de UTE es un mecanismo habitual que puede tener efectos pro-competitivos y generar eficiencias, pero también pueden tener efectos anticompetitivos, por lo que su análisis dependería de las características de cada una de las empresas participantes y del contexto en el que operan.

El informe asegura que SAG no tenía capacidad para presentarse individualmente a las licitaciones entre 2008 y 2017 ya que, en primer lugar, los contratos del sector público que acomete SAG suelen ser mucho mayores que los del sector privado, y dentro de los del sector público, las licitaciones afectadas son de un tamaño superior al resto (en ingresos medios por proyecto), y requieren un mayor número de empleados. Compara también los trabajadores¹⁷⁴ disponibles de SAG con los requeridos en los pliegos de licitación cada año, concluyendo que sus propios trabajadores no habrían sido suficientes en casi ninguno de los años (en este caso 2010-2015). Debido al gran tamaño de los

¹⁷³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de junio de 2011(recurso 468/10), confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2014.

¹⁷⁴ Aunque nos referimos a trabajadores, los informes económicos utilizan también “empleados”, “perfiles” y “recursos (humanos)” para referirse a estos.

proyectos, el informe afirma que las UTE son un mecanismo frecuente para poder participar en ellos. De hecho, según sus datos, cuanto mayor el tamaño de los proyectos, mayor es la proporción de proyectos en los que SAG participa en UTE. Por todo ello, aseguran que es razonable que SAG acudiera en UTE a las licitaciones afectadas.

El informe de SAG también analiza cada una de las licitaciones afectadas de cada organismo en las que participa SAG para comprobar si tenía trabajadores suficientes para participar de forma individual. Excepto en dos casos (lote 6 del concurso 60/VC-73/12, al que se presentó en solitario, y 7201/13G), los trabajadores disponibles o aportados eran muy inferiores a los requeridos en los pliegos.

ATOS, por su parte, asegura en su informe¹⁷⁵ que concurría de manera individual a contratos de tamaño muy inferior a los contratos a los que se presenta como pare de una UTE. El tamaño medio a nivel agregado de los contratos objeto de esta resolución a los que ATOS se presentó entre 2006 y 2015 con otras empresas sería más de 9 veces superior al de aquellos en los que se presentó en solitario, mientras que la media de trabajadores especializados requeridos sería también muy superior (más de 10 veces). Además, la cuantía de los contratos después de la agrupación de licitaciones de años anteriores por parte de los organismos licitantes habría sido también claramente mayor (entre 9 y 14 veces), por lo que la única alternativa para presentarse, según señala, era hacerlo en UTE/subcontratada. Según ATOS, en todos los casos analizados, la cuota de mercado conjunta de las empresas que conforman la UTE en la que participa ATOS entre 2005 y 2015 fue inferior al 20% (medido sobre el gasto de la AGE en servicios de tecnologías de la información).

IBM asegura en su informe económico¹⁷⁶ que no suele prestar el tipo de servicios objeto de las licitaciones de la AEAT, y que su participación se debe a que fue esta compañía la que implantó el *software* para el desarrollo de aplicaciones de la intranet de la AEAT. A solicitud de la AEAT, IBM siguió proporcionando servicios de mantenimiento y desarrollo entre 2002 y 2007, y después a través de contratos licitados (licitaciones abiertas) que incluían también otros servicios que hasta entonces habían prestado CIBERNOS, INDRA y SAG.

Según IBM, la licitación de la AEAT convocada en 2007 incluía requisitos de personal muy específicos y trabajos a realizar más amplios que los servicios prestados por IBM hasta el momento. Los requisitos habrían llevado a IBM a mantener la mayor parte del personal que venía prestando servicio a la AEAT. IBM afirma en su informe que se presentó en 2007 y 2011 en una UTE con CIBERNOS, INDRA y SAG y ninguna otra empresa concurre a las licitaciones,

¹⁷⁵ “Análisis del comportamiento de ATOS en las contrataciones públicas del mercado de servicios de tecnologías de la información”, elaborado por KPMG para ATOS (folios 15229-15619). Fue aportado como parte de sus alegaciones al PCH.

¹⁷⁶ “Análisis económico del PCH en el Expediente S/DC/0565/15 Licitaciones Aplicaciones Informáticas” elaborado por RBB Economics para IBM (folios 22897-22937), presentado como parte de sus alegaciones al PCH.

mientras que en 2015 la licitación se dividió en dos lotes, que ganaron por un lado INDRA, con IBM subcontratada y por otro SAG y CIBERNOS.

IBM asegura que no hubiera podido presentarse de forma separada e independiente en ninguna de las tres licitaciones, por lo que su participación en la UTE no habría supuesto una reducción en el número de competidores y por tanto una restricción de la competencia. Para ello analiza el número de trabajadores requeridos por la AEAT en las licitaciones (hasta más de 100) y los trabajadores de los que disponía IBM, ya fueran internos o subcontratados, siendo los primeros siempre mucho mayores que en los contratos que IBM tenía suscritos con la AEAT entre 2002 y 2006 (unos 15).

En cuanto a los empleados propios de IBM, el informe estima tanto el número de trabajadores asignados a la unidad encargada de prestar el servicio a la AEAT, así como su "ITR", es decir, coste horario del recurso, por banda salarial. Este ITR, calculado por la propia empresa, incluye tanto los costes salariales como los comunes o indirectos asignados al departamento al que pertenece este personal. En 2007, 2011 y 2015 IBM tenía un total de 68, 76 y 57 empleados en esta unidad, respectivamente, por lo que, según el informe, en ningún caso tenía capacidad para atender los requerimientos de la AEAT, que además eran muy específicos y no todos los empleados cumplían. De hecho, IBM afirma que los empleados del área concreta que servía a la AEAT oscilaron entre 12 y 21 de 2007 a 2015, todo ello sin tener en cuenta su disponibilidad real. La tarifa máxima fijada por la AEAT (€/hora) era, además, según cálculos de la propia empresa, muy inferior al coste ITR de los trabajadores propios de IBM, por lo que no le habría resultado rentable atender a todas las necesidades de la AEAT. De hecho, asegura que sólo dos de los trabajadores asignados a los contratos eran internos, el resto eran subcontratados.

El informe considera además que, en un escenario contrafactual en el que IBM no hubiera podido concurrir en UTE o como empresa subcontratada, IBM no habría participado en los concursos, por lo que las ventajas o eficiencias para la AEAT de su conducta deben analizarse en un marco en el que la empresa sí participa (como UTE o subcontratada). Dado que IBM ya había prestado servicio a la AEAT, las ventajas vendrían de que IBM participó en las licitaciones y la AEAT mantuvo así al menos una parte importante del personal que le había prestado servicio hasta entonces. IBM muestra en su informe que al menos el 71% de los trabajadores por los que se facturó en los contratos ya tenían experiencia en la AEAT. Además, IBM asegura que participar le permitió utilizar empleados subcontratados en su mayoría, cuyo coste era menor que el de sus propios trabajadores.

El informe aportado por ATOS analiza las razones por las que ATOS participó en las licitaciones convocadas bien a través de una UTE, o bien subcontratada por esta. En términos generales, se habría debido a las restricciones en términos de capacidad y a las complementariedades entre los recursos de las empresas, ya que su estrategia competitiva se habría determinado, principalmente, en función de su capacidad disponible en términos de recursos humanos.

El número medio al año del total de empleados disponibles de ATOS oscilaría, según el informe, entre 34 y 161 personas. Compara entonces la capacidad disponible de la empresa con respecto al caso en el que ATOS se presentó a varios lotes por concursos y a varios concursos por año, para los que tendría que haber tenido disponible el total de trabajadores requeridos, que además no podían estar comprometidos en otros ámbitos. Entre 2008 y 2014 sólo contaba con suficientes empleados en dos de los años y este sería un número conservador, ya que no se habría tenido en cuenta el nivel de especialización de los trabajadores requerido en los pliegos. El informe asegura que ATOS sólo se presentó a los concursos en UTE o como subcontratista si no tenía los requisitos necesarios (técnicos o económicos) y cuando lo hizo, su porcentaje de participación fue bajo.

El informe analiza también, para cada una de las licitaciones, la razonabilidad económica de las decisiones tomadas por ATOS para no presentarse de manera individual a través de los requisitos y los criterios de adjudicación exigidos por los organismos convocantes (GISS, INSS y SEPE).

En general, en todos los casos analizados ATOS asegura que no habría razones para esperar una falta de concurrencia ya que se observan ofertas alternativas entre concursantes en condiciones similares. La oferta de ATOS respondía, según señala, a su capacidad disponible (es decir, no tenía suficientes empleados para hacer frente a los requisitos de los pliegos si se presentara por su cuenta y de hecho aportaba menos del 20% de los trabajadores a la UTE), su cuota de mercado combinada con el resto de empresas de la UTE era reducida (inferior al 20%), la estructura de las UTE variaba entre licitaciones, las UTE/subcontrataciones en las que participó ATOS presentaron descuentos significativos y las ofertas individuales no eran competitivas técnicamente.

Además, ATOS habría competido activamente (al menos en una ocasión) con las empresas con las que forma UTE, tanto de manera conjunta (es decir, presentándose con otras empresas) como de forma individual. Según el informe, los requisitos de las licitaciones obligarían a las empresas a optar por la concurrencia conjunta.

En el caso de ACCENTURE, afirma en su informe¹⁷⁷ que es posible que algunas empresas interesadas en concursar no puedan hacerlo por no disponer de suficientes empleados, y es razonable pensar que les resultaría costoso incorporar más ante la incertidumbre respecto al ganador del contrato. Estos costes hundidos supondrían una barrera de entrada para la participación individual, pero que puede salvarse mediante la formación de UTE cuyas empresas tengan empleados con perfiles complementarios.

Desde un punto de vista teórico, el informe asegura que si ACCENTURE se presentara individualmente no sería capaz de ofertar el número de trabajadores

¹⁷⁷ Informe Pericial “La participación de las Sociedades Accenture en forma de UTE en las licitaciones del SEPE investigadas en el Expediente S/DC/0565/15 es pro-competitiva”, elaborado por Amadeo Petibò Juan y Joaquín Artés Caselles para ACCENTURE (en el informe se refieren a las “Sociedades Accenture”) (folios 25702-25763).

requeridos al precio establecido en la licitación (y, por tanto, tampoco podría ofrecer descuentos) debido a que sus costes medios serían demasiado altos. Si se presentara en UTE con otras empresas iguales, en cambio, cada una sólo tendría que enfrentarse a una parte de la demanda, por lo que los costes medios totales (resultado de sumar cada uno de los costes medios de las empresas) serían tales que podrían ofrecer más empleados de los requeridos y un descuento considerable al ser más eficientes. Desde el punto de vista de la competencia, las UTE serían deseables al permitir que se presenten ofertas más competitivas.

Sin embargo, una UTE tendría efectos negativos si tuviera poder de monopolio, ya que sería capaz de aplicar precios superiores a los que aplicaría una empresa individual. El informe afirma que, según la propuesta de resolución, este último sería el caso de las UTE del expediente y además no habría razones económicas claras que justificaran las ganancias de eficiencia.

El primer paso en el análisis sería la existencia de poder de mercado. Únicamente en el caso de que la UTE dé lugar a un aumento significativo de la capacidad de ejercer poder de mercado, podría plantearse la existencia de daños a la competencia, aunque habría que tener en cuenta que la administración es una monopsonista potencial en cada licitación. El informe asegura que no se produjeron aumentos significativos del poder de mercado como consecuencia de los acuerdos, y que se trata de un mercado con un nivel bajo de concentración en el que no hay operadores dominantes. En las UTE investigadas en las que participó ACCENTURE su cuota de mercado habría sido siempre inferior al 20% y fue disminuyendo en el tiempo, lo que no sería compatible con un cártel y, además, en todas las licitaciones investigadas había, al menos un competidor adicional con cuotas cercanas al 10%, lo que hace suponer a ACCENTURE que había competencia efectiva.

En segundo lugar, el informe analiza si existían razones económicas (existencia de eficiencias y ganancias de bienestar) que justificaran la formación de las UTE, centrándose en el papel de las economías de escala en los concursos a los que ACCENTURE se presentó en UTE y en la capacidad de la empresa para presentarse individualmente.

ACCENTURE afirma que, de los 29 lotes de los concursos del SEPE en los años 2008, 2012 y 2014, la empresa presentó oferta en 13, 11 de ellos en UTE, siendo estos últimos de valor medio mucho mayor. El número de empleados requerido era también más alto, por lo que el número de trabajadores con los conocimientos necesarios y disponibles para cumplir los requisitos de las licitaciones fue siempre insuficiente. Por lo tanto, la única forma que habría tenido ACCENTURE de concurrir a los concursos del SEPE era hacerlo a través de la formación de UTE. A pesar de ello, el informe reconoce que existe una gran falta de datos para esta estimación, aunque asegura que el sesgo de la disponibilidad es siempre al alza.

Por otro lado, según ACCENTURE, la propuesta de resolución atribuye al mantenimiento de los porcentajes de reparto de alianzas anteriores

implicaciones anticompetitivas, sin tener en cuenta que esto puede ser eficiente (por ejemplo, debido a costes de transacción elevados) y que la UTE no tiene por qué fijar precios mayores a los competitivos. En 2014, de hecho, ACCENTURE perdió dos licitaciones, lo que no sería consistente con la existencia de un cártel.

Respuesta de la Sala de Competencia

En primer lugar, debe afirmarse que las UTE no tienen por qué restringir la competencia *per se*. Sin embargo, en este caso han resultado ser un instrumento que ha permitido a las partes llevar a cabo sus acuerdos anticompetitivos.

Respecto a las alegaciones de SAG en cuanto a que no existe evidencia de que las empresas rechazaran la participación de otras empresas ni de que se presentaran en UTE e individualmente a la vez, cabe señalar que los hechos acreditan que, al menos en el concurso PA 11/12 de la GISS, INDRA se presentó individualmente a dos de los lotes, y en UTE a otros dos (hechos 215 y 217), mientras que SAG e INDRA hicieron lo mismo en el concurso 60/VC-73/12 (ATRIUM) del INSS (hechos 277 a 287).

Por otro lado, el informe económico de SAG analiza la incapacidad de esta empresa para presentarse individualmente a los contratos afectados por las conductas, mientras que ATOS alega también que el tamaño de los contratos, así como el número de empleados requeridos, determinaría la capacidad de la empresa para presentarse en UTE. Como se ha reiterado, no se critica la utilización de UTE en estos concursos debido, por ejemplo, a las necesidades de la administración que se reflejan en los pliegos, pero la evidencia acreditada en este expediente demuestra que la creación de UTE, junto con otros mecanismos como el de subcontratación preferente, no respondían a ese fin. Su objetivo era preservar la situación competitiva preexistente, de manera que se limitaba la competencia entre las entidades mejor posicionadas para la prestación de los servicios de tecnologías de la información demandados por la administración, al ser los proveedores preexistentes. Ni siquiera modificaciones en el procedimiento de contratación conducen a un cambio en las posiciones iniciales de las empresas.

Hay que destacar que, incluso en concursos en los que SAG finalmente terminó presentando ofertas individuales, como es el caso del lote 6 del concurso 60/VC-73/2012 del SEPE (del que resultó adjudicataria), al tratarse de la continuación de concursos que la UTE SAG/INDRA tenía adjudicados en licitaciones previas, estas mismas empresas intentaron mantener la alianza que tenían, pese a que al menos SAG sí sabía que tenía 15 empleados disponibles para el mismo número de empleados requeridos¹⁷⁸.

Respecto a las alegaciones de IBM, se centran también en el tamaño de los contratos y los requisitos específicos de personal por parte de la AEAT, además de la disponibilidad de sus propios trabajadores. Como ya se ha respondido en

¹⁷⁸ Ver folio 10978 y Figura 7 del informe económico aportado por SAG (folio 26908).

el caso de SAG y ATOS, no se pone en duda que las empresas tuvieran que presentarse en UTE a las licitaciones, sino el uso instrumental de estas, así como de otros mecanismos complementarios que les permitía mantener el *statu quo*.

En cuanto a que la participación de IBM en la UTE no habría supuesto una reducción del número de competidores, ya que no podría haberse presentado por su cuenta, si bien es cierto que IBM no tenía capacidad suficiente para afrontar los contratos de forma individual, esto no excluye que las UTE de las que formaba parte evitaran explorar ofertas alternativas a la UTE preexistentes incluso cuando no se mantenían las condiciones de las licitaciones. Este es, por ejemplo, el caso del expediente PA 2/2015 de la AEAT. Los servicios previos a este contrato se habían prestado en régimen de UTE por parte de INDRA, IBM, SAG y CIBERNOS. Sin embargo, en el año 2015, la AEAT decidió dividir la totalidad de los servicios que venían siendo prestados por estas cuatro entidades en dos lotes. Pese a este cambio en la estructura de la licitación, las cuatro empresas se coordinaron para establecer las condiciones de ambos lotes, aunque estos fueran independientes, y presentaron ofertas diferenciadas, con SAG y CIBERNOS, por un lado, e INDRA e IBM (esta como subcontratada, aunque participaba en las reuniones como una adjudicataria más) por otro. En este concurso se redujo la competencia de forma muy clara, ya que, sin tener en cuenta posibles terceros, ambas UTE podrían haber competido entre sí en lugar de repartirse los dos lotes con el fin de que las empresas participantes no perdieran su posición previa.

El informe presentado por IBM asegura también que no les resultaba rentable destinar trabajadores propios a los concursos de la AEAT, ni tampoco tenían capacidad de contratación de empleados adicionales ni de subcontratación. Esto, sin embargo, no hace sino señalar que, en su caso, los empleados propios disponibles no indicaban la capacidad real de la empresa para presentarse a los concursos, ya que además la propia empresa señala que alrededor de un 70% de los empleados por los que facturó tenían experiencia previa en la AEAT, por lo que existía cierto margen para contratar otros. Incluso existiendo un límite de subcontratación, IBM tendría margen para, al menos, no intentar mantener siempre el mismo porcentaje de participación en las UTE, independientemente de si era un miembro de estas o una empresa subcontratada y podría haber recurrido a otras alianzas o negociado una posición diferente. Además, la propia IBM ha reconocido en el informe que el margen obtenido por los contratos de las administraciones públicas no determinaba su decisión de concurrir a estos, de lo que se puede deducir que tenían especial interés en mantenerlos.

El informe considera además que, en un escenario en el que IBM no hubiera podido concurrir en UTE o como empresa subcontratada, IBM no habría participado, por lo que las ventajas o eficiencias deben analizarse en un marco en que IBM sí participa. No se pueden aceptar estas alegaciones de IBM porque, como se ha visto anteriormente en el caso, por ejemplo, de los concursos AV10/2011 y PA 2/2015 de la AEAT, IBM sí habría tenido margen de negociar otros acuerdos que no implicaran el mantenimiento injustificado del *statu quo*, por lo que sí habría podido participar.

ATOS, por su parte, analiza también su capacidad disponible para presentarse de forma individual a los contratos afectados por la conducta, así como licitaciones previas al inicio de esta a las que ATOS acudió de forma individual. Si bien es cierto que los contratos de las administraciones públicas se han concentrado y han aumentado de tamaño y, por tanto, ATOS no podía atender por sí misma licitaciones de un tamaño mucho mayor y era lógico que buscara empleados con perfiles complementarios de otras empresas, no se puede admitir que el papel de las administraciones públicas haya determinado su conducta ni que su falta de capacidad justifique las conductas acreditadas en este expediente. En el caso de ATOS ha quedado acreditado que participaba activamente en las negociaciones a pesar de que su propia asesoría jurídica le advirtió de que estas incumplían la legislación de competencia.

Además, entre las conductas acreditadas se puede señalar, por ejemplo, el caso de los acuerdos alcanzados en los lotes 3 del C10/08 y 6 del C11/08, en los que se contemplaban distintos escenarios en relación con ambos lotes conjuntamente, aunque perteneciesen a concursos distintos. Esto evidencia que, pese a la falta de capacidad de ATOS para presentarse individualmente a los concursos (como indica en su informe, solía aportar menos del 20% de los empleados de las UTE), su objetivo era mantener el *statu quo*. Además, que compita activamente con las empresas con las que forma UTE no excluye que, en los contratos analizados en este expediente, buscara mantener las UTE establecidas, así como los porcentajes de participación dentro de estas.

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

En cuanto a los argumentos respecto al poder de mercado, tratan de mostrar que las conductas no han podido producir efectos. Sin embargo, las peculiaridades que caracterizan la competencia por medio de licitaciones impiden aceptar que no sea posible la restricción de la competencia cuando las cuotas de mercado de las empresas participantes en la UTE son relativamente reducidas, como afirma la recurrente. En efecto, las propias empresas reconocen que las que venían prestando el servicio estaban mejor posicionadas para hacerse con las futuras licitaciones, al disponer ya del personal especializado, por lo que las conductas acreditadas no hacen sino eliminar la competencia entre los competidores más cercanos y mejor posicionados para dicha licitación, lo que

afecta a la competencia y a los intereses de las administraciones públicas de forma muy superior a lo que sería previsible del mero análisis de las cuotas. Finalmente, respecto a su falta de capacidad para presentarse individualmente, tampoco se pueden aceptar las alegaciones de ACCENTURE, dado que, como se ha reiterado tanto en la propuesta de resolución como en este mismo apartado, esto no justifica el uso instrumental de las UTE y de otros mecanismos con el objetivo de mantener el *statu quo*.

5.13.2. Sobre los efectos de las conductas en el mercado

En primer lugar, INDRA considera en su informe económico¹⁷⁹ que la estimación presentada en la propuesta de resolución de los supuestos efectos de las conductas analizadas no se fundamenta en un escenario sin infracción (**contrafactual**), por lo que no puede medir el efecto de estas en el mercado. La propuesta de resolución identificaría varios comportamientos que consideraría restrictivos de la competencia (aunque algunos podrían dar lugar a eficiencias, no serían suficientes para compensar los efectos negativos): la conformación de UTE instrumentales, la subcontratación preferente, la inhibición de presentación de ofertas, las cláusulas de regularización, la participación de las empresas en la conformación de los pliegos y los supuestos pactos de no captación de los recursos humanos. Por tanto, según el informe el escenario contrafactual debería ser uno que incluyera la ausencia de todos estos comportamientos. Tampoco tendría la propuesta de resolución en cuenta los “inconvenientes y dificultades resultantes” de prohibir las “supuestas conductas”, por lo que, incluso si aumentara la competencia al prohibir las conductas, también lo harían los costes y disminuirían los competidores, por lo que el efecto final sería incierto y el análisis de la propuesta de resolución incompleto. Sin embargo, el propio Informe reconoce que no dispone de suficiente información para estimar de manera razonable las ofertas y los descuentos en un escenario contrafactual correctamente diseñado.

El informe de SAG, por otro lado, argumenta que el análisis de la propuesta de resolución no demuestra la existencia de efectos en el mercado y que, de hecho, la evidencia analizada contradiría lo afirmado en esta. Analiza si se redujo el **número de ofertas en las licitaciones** debido a las conductas comparando el número medio de licitantes en los proyectos afectados y no afectados que aparecen en el expediente, y encuentra que en las licitaciones no afectadas el número es menor, lo que supondría que las supuestas conductas no habrían tenido un efecto negativo en ese sentido.

Por otro lado, varias empresas se centran en analizar los **descuentos** aplicados en las licitaciones. Según el informe de INDRA, el análisis de la propuesta de resolución sólo tendría en cuenta los descuentos, y no otros aspectos de gran importancia como la calidad del servicio (requisitos de solvencia técnico-

¹⁷⁹ “Informe Pericial en respuesta a algunos temas tratados en la Propuesta de Resolución de la CNMC en la investigación en el mercado de servicios de tecnologías de la información”, elaborado por The Brattle Group para INDRA (folios 26324-26348).

financiera), que también eran muy tenidos en cuenta por los organismos licitantes a la hora de tomar sus decisiones. Tampoco se tendría en cuenta que los organismos licitantes tendrían que afrontar mayores costes a la hora de diseñar y redactar los pliegos si no hubiera interacción con las empresas. También ignoraría que los organismos licitantes solicitan habitualmente que se mantenga una determinada plantilla para garantizar la continuidad, que sólo podrían conseguir si recurrieran a empleados públicos, más costosos según las estimaciones de INDRA, que toman como referencia retribuciones del personal de la CNMC.

Finalmente, la determinación de los porcentajes de descuento en ausencia de las conductas no estaría justificada según INDRA, y en cualquier caso serían especulativos. En concreto se centra en cuatro de las siete licitaciones que, según la propuesta de resolución, podrían haberse adjudicado con mayores descuentos. Son los expedientes PA 20/2014 de la AEAT (no se pudo ofrecer un descuento superior al 7% porque estaba condicionado a una subida de tarifas que no se produjo), 7201/10G (el descuento potencial del 8,5% fue calificado por SAG como “inalcanzable”, y además la Dirección de Competencia aplica el descuento a lotes a los que ni INDRA ni SAG se presentaron) y 7201/13G de la GISS (hubo ajustes en el número de horas ofertadas que la propuesta de resolución no tendría en cuenta y además hubo otra oferta con mayor descuento que no fue escogida) y 60/VC-50/10 del INSS (el INSS escogió una oferta, la de la UTE de INDRA, que ofrecía menor descuento que otras; si hubieran ofrecido mayores descuentos pero menos calidad tal vez no habrían sido adjudicatarias). Si se anulan estas cuatro licitaciones para la estimación de efectos, estos quedan en un 25% del valor reportado en la propuesta de resolución, al pasar de 3.571.181,43€ a 893.795,86€ (folio 26344).

SAG, por su parte, indica que la propuesta de resolución afirmaría que los servicios prestados a las administraciones públicas afectadas se encarecieron como consecuencia de la infracción, pero el informe asegura que los descuentos potenciales no son necesariamente una referencia válida para el cálculo, ya que antes de presentar ofertas es normal que se discutan descuentos y ajustes entre los miembros de la UTE. Además, el análisis de la propuesta de resolución sería erróneo porque sólo considera los descuentos en presupuestos/tarifas, pero en al menos tres casos (C 68/06, C 03/07, AV 42/10 de AEAT) se ofreció un aumento de las horas de trabajo, y en algunos casos se habrían incorporado más trabajadores de los exigidos en el pliego. En dos de los concursos de la GISS, por otro lado, se establecía un tope máximo a los descuentos, además de ser el peso de la oferta económica muy inferior al de los aspectos técnicos.

El descuento medio por licitación de las licitaciones afectadas es muy similar al de las no afectadas, tanto en euros como en porcentaje (alrededor del 12% sin contar con los concursos de la AEAT). Si en lugar del descuento respecto al importe licitado se consideran las **tarifas** medias horarias ofertadas, el informe asegura que las tarifas de los servicios ofrecidos a las administraciones públicas son inferiores a las tarifas ofrecidas en otros sectores, y además las obtenidas por los proyectos afectados son menores que las de los no afectados de las

administraciones públicas desde 2010. Todo ello contradiría a la propuesta de resolución en su afirmación del encarecimiento de los servicios debido a las prácticas investigadas.

Según SAG, en términos reales las tarifas de los pliegos en los concursos afectados han disminuido desde 2003. Esto es afirmado también por IBM, que asegura que desde 2007 la tarifa media resultante de la AEAT habría aumentado sólo un 3,1% frente al 4,57% del índice de precios sectorial, por lo que el coste real para la administración habría disminuido y, además, se debería principalmente a que en 2015 la propia AEAT aumentó las tarifas máximas (según el informe, no es coherente que aumentara las tarifas máximas por encima de las resultantes en 2011 si creía que eran excesivas).

El informe aportado por IBM, por otro lado, evalúa si las tarifas obtenidas por la empresa son consistentes con lo que cabría esperar si la compañía hubiera participado en una conducta restrictiva de la competencia y compara el coste ITR de los empleados que IBM asignaba para el puesto de consultor en las tres licitaciones analizadas con la tarifa máxima asignada (la de la licitación o la del acuerdo de subcontratación con INDRA en el caso de 2015). La tarifa máxima habría sido al menos un 30% menor que el coste, y la diferencia ha aumentado en el tiempo.

A continuación, compara las tarifas máximas y las finalmente resultantes desde el año 2004, es decir, desde antes de que la AEAT organizara las licitaciones y en todos los casos las tarifas resultantes habrían sido, según IBM, inferiores a las máximas, aunque la diferencia es muy grande en 2004 y 2006 (descuentos del 20% para la categoría de consultor) y mínima en los otros tres casos (descuentos entre 0% y 5%). También las tarifas máximas de las licitaciones habrían sido inferiores a las resultantes en 2004 y 2006. El mismo análisis se realiza para las categorías de programador y analista, así como para analista programador, con resultados similares y de la evolución de la tarifa media ponderada (según los perfiles de trabajadores requeridos por la AEAT en la licitación de 2007).

En cuanto a ACCENTURE, según su informe no se incluye en el expediente ningún cálculo concreto que apoye la existencia de posibles daños a la competencia, mientras que, desde el punto de vista teórico, el informe sí demostraría que los hechos alegados no son anti-competitivos per se.

Aseguran que si la UTE es pro-competitiva deberíamos observar que los precios ofertados por la UTE coinciden con los precios competitivos bien porque no existe poder de mercado (como asegura que fue el caso de ACCENTURE), bien porque este se compensaría con ganancias de eficiencia. Su análisis se centra en las licitaciones de 2012 y 2014 porque en 2008 resultó adjudicataria la UTE en la que participaba ACCENTURE y que ofertó un 10% de descuento, el máximo permitido por el concurso (existía un umbral de saturación que desapareció en licitaciones posteriores).

En 2012 los descuentos por lote habrían variado, según recoge ACCENTURE, entre un 25% y un 30% y en 2014 fueron de casi un 34%. Según el informe, si

estos fueran precios colusorios, el precio competitivo estaría por debajo, es decir, los descuentos tendrían que haber alcanzado el 40%, lo que sería poco probable. En todos los casos hubo al menos 4 competidores y las UTE ofrecen descuentos medios más altos que las empresas individuales, además de obtener una mayor valoración técnica.

Según el informe, en casos de concertación sería esperable detectar precios altos y dispersión baja, lo que no se habría dado en los concursos del SEPE. Comparan después los descuentos de 2012 y 2014 con 2008, año en el que aún existía el umbral de saturación del 10%. El informe considera que sólo son posibles los siguientes tres escenarios, partiendo de una hipótesis que supone que el SEPE tenía un conocimiento similar del mercado en todas las licitaciones, de forma que los descuentos son comparables de un año a otro:

- a) El umbral de saturación de 2008 (descuento máximo del 10%) estaba fijado por debajo del descuento colusorio: las empresas con poder de mercado fijarían precios más altos, con descuentos cercanos al 0%. ACCENTURE ofertó siempre o bien el descuento máximo o descuentos mucho mayores, por lo que este escenario sólo es compatible con un comportamiento competitivo.
- b) El descuento máximo del 10% coincide con el descuento colusorio: una empresa con poder de mercado ofrecería un 10% de descuento. En 2012 y 2014, al eliminarse el límite, ACCENTURE presenta descuentos mayores (precios a un nivel competitivo).
- c) El descuento máximo del 10% estaba fijado por encima del descuento colusorio: el límite restringiría tanto a empresas competitivas como con poder de mercado. En 2012 y 2014 deberían observarse en ambos casos bajadas de precios, mayores en un escenario competitivo. Este parece ser el caso que argumenta la CNMC, según el informe. Sin embargo, este escenario no sería compatible con la situación en 2008, ya que, si el precio colusorio está por debajo del límite, no se obtienen ventajas derivadas de la coordinación.

El informe de IBM analiza también los **márgenes** (según sean empleados propios o subcontratados) obtenidos con los contratos licitados en 2007, 2011 y 2015. El margen esperado por IBM antes del comienzo de los contratos fue siempre mayor que el real. Comparan entonces la rentabilidad esperada con el objetivo y lo obtenido de media por IBM con otros contratos. En el primer caso la diferencia se situaría entre 10 y 23 puntos porcentuales, mientras que en el segundo sería siempre superior a 20 puntos porcentuales. Además, la rentabilidad de los contratos de la AEAT habría sido, excepto en un caso, la más baja de todos los proyectos de IBM en los años de las licitaciones. Según el informe, esto demostraría que el margen no fue el factor determinante en la decisión de IBM de concurrir a las licitaciones, lo que sería incoherente con lo que cabría esperar de su conducta si efectivamente hubiera tenido como objetivo restringir la competencia.

También SAG asegura en su informe que sus márgenes no habrían aumentado. De hecho, los márgenes medios de SAG habrían sido menores en el sector público que en el privado entre 2008 y 2017 (ver Figura 16 en folio 26917), y de media, también lo habrían sido los de los proyectos afectados del sector público (en 3 años incluso negativo) respecto a los no afectados (ver Figura 17 en folio 26918). Sin embargo, sí hay varios casos en los que los márgenes de los proyectos afectados son claramente superiores (ver figuras 18 a 21 en folios 26919-26920).

Respuesta de la Sala de Competencia

Sobre las alegaciones de INDRA relativas a la falta de un contrafactual correctamente diseñado para medir los efectos, estas no pueden ser aceptadas ya que los descuentos potenciales que se han tenido en cuenta son previsiones de las propias empresas que, en muchos, casos, descartan una vez comprueban que no tendrán competencia, como es el caso del concurso AV 42/10 de la AEAT (las empresas consideraron un descuento del 2%, pero optaron por no ofrecer ninguno y señalan que “*las probabilidades de obtener este contrato son del 80-90%*”), o tras asegurar que el pliego está “*marcado tecnológicamente*”, como es el caso del concurso 60/VC-50/10 del INSS (consideran inicialmente un descuento del 10% que finalmente se reduce al 5%).

Sobre las alegaciones de SAG, que asegura que no se ha reducido de media el número de ofertas en las licitaciones (comparadas con los proyectos no afectados), cabe indicar que el número podría haber sido mayor si las UTE y las subcontrataciones no hubieran sido instrumentales y las empresas hubieran buscado otras alianzas que les hubieran permitido mejorar su puntuación técnica u ofrecer mayores descuentos. Además, aunque las licitaciones no afectadas no han sido incluidas en este expediente al no haber evidencias acreditadas sobre ellas, en estas podrían haberse dado también casos de conductas anticompetitivas, por lo que es al menos problemático utilizarlas como punto de referencia.

En cuanto a las observaciones de INDRA relativas a que no deben tenerse en cuenta solo los descuentos, si bien es cierto que las empresas pueden aportar una calidad del servicio que los organismos licitantes valoran a la hora de tomar una decisión, en cualquier caso los descuentos potenciales que las UTE podrían haber ofertado eran mayores que los que ofrecieron finalmente. No se puede aceptar tampoco que la intervención en el diseño de los pliegos y la supuesta solicitud de los organismos licitantes de mantener una cierta plantilla justifiquen que las propias empresas ofrezcan descuentos menores que los que ofrecerían en ausencia de la conducta, como ha quedado acreditado en la propuesta de resolución.

Y respecto a los cuatro expedientes en los que alegan que los descuentos potenciales no son correctos, en el caso del expediente PA 20/2014 de la AEAT es cierto, como dice el informe, que la subida del 10% se correspondería con correos electrónicos en los que aseguraban que las tarifas subían un 10%, pero

al analizarlas el aumento no llega al 2%. Sin embargo, se adjudica con un 2,9% de descuento sobre el presupuesto total cuando este sí aumenta casi un 9,26%. No se pueden aceptar entonces sus alegaciones a este punto.

En cuanto al expediente 7201/10G de la GISS, sin embargo, sí es cierto que el descuento fue calificado de “inalcanzable” y, por tanto, no puede tenerse en cuenta en el cálculo de efectos, que se reducirían en 149.857,55€.

En el caso del expediente 7201/13G del mismo organismo, en la propuesta de resolución ya se ha reconocido que el 30% de descuento real ofertado por las empresas se hizo sobre los precios unitarios, aunque el ahorro para la GISS fuera indirecto al ser la adjudicación del contrato por el total licitado (hecho 108). De hecho, el descuento potencial de hasta un 38% que planteaba INDRA se refiere a los precios unitarios (folio 11141). No se puede aceptar tampoco que, si la GISS lo hubiera deseado, habría tenido acceso a mayor descuento aceptando la oferta de IECISA porque la puntuación total en el concurso se debe también a los aspectos técnicos. De igual manera, no se pueden aceptar las alegaciones relativas al expediente 60/VC-50/10 del INSS, ya que se trataba de un pliego marcado tecnológicamente por las propias empresas (hechos 272 y 273), por lo que, incluso si otra UTE presentara un mayor descuento, la UTE ganadora iba a obtener una mayor puntuación técnica y otras UTE habrían necesitado descuentos mucho mayores. Finalmente, es destacable que INDRA no haya considerado que sean incorrectos el resto de descuentos potenciales y, por tanto, del cálculo de efectos, recogidos en la propuesta de resolución.

En cuanto a las alegaciones de SAG sobre la no validez de los descuentos potenciales como referencia para el cálculo de efectos, por considerar que es normal que los miembros de la UTE hagan previsiones y ajustes, en la propuesta de resolución ya se subrayó que *“se han tenido únicamente en cuenta los casos en que se ha acreditado que las empresas barajaban ciertos porcentajes de descuento y que estos han sido disminuidos como consecuencia de las conductas anticompetitivas”*¹⁸⁰, es decir, descuentos que finalmente se redujeron no por la necesidad de ajustes justificables por parte de las empresas sino debido a la existencia de las conductas.

En cuanto a no haber tenido en cuenta el aumento del número de trabajadores a cambio de la misma tarifa, en los casos de los concursos C68/06 y C03/07 de la AEAT no se ha incluido ningún descuento potencial para el cálculo de efectos, mientras que en el caso de la licitación AV 42/10 de la AEAT, como ya se especificó en la propuesta de resolución, ha quedado acreditado que en las conversaciones de las empresas de la UTE se habla de un descuento máximo del 2% y finalmente no se oferta ninguno, sabiendo que el concurso estaba preparado ad hoc para ellas (folio 5777). El descuento, por tanto, podría haber sido mayor que el descuento implícito aplicado en los precios unitarios por categoría. A pesar de que el informe económico afirma que en la ejecución del concurso se incluyeron más personas de las estimadas, no se proporciona el

¹⁸⁰ Ver párrafo 1416 de la propuesta de resolución (folio 24937).

detalle de cuántas fueron ni cuál habría sido el ahorro en precios unitarios por categoría, mientras que en el folio 5768 se puede observar que en la presentación de la oferta las empresas tenían en cuenta exactamente el mismo número de trabajadores por cada categoría que se exigía en los pliegos (folios 5711-5719).

SAG no encuentra que exista ninguna diferencia en los descuentos medios por licitación entre los concursos afectados y aquellos para los que no se ha acreditado que hayan sido afectados por la conducta; sin embargo, esto no excluye que, en los efectos acreditados en la propuesta de resolución, los descuentos reales que ofertaron las UTE en las que participaba fueron menores que los descuentos potenciales que podrían haber aplicado en ausencia de las conductas.

En cuanto a las tarifas medias efectivas, si bien es cierto que las tarifas de las administraciones públicas suelen ser menores que en el resto de sectores (lo que explicaría, por otra parte, la evolución del índice de precios sectorial, que no sería una buena comparación al estar influido por el sector privado, que tiene tarifas superiores), esto no quiere decir que no se hayan encarecido los servicios prestados en las licitaciones afectadas en comparación con cómo podrían haber sido si no hubiera existido la conducta. El informe asegura que las tarifas obtenidas por los proyectos afectados son menores que las de los no afectados de las administraciones públicas desde 2010, sin embargo, esto se debe a una subida de las tarifas de los supuestos proyectos no afectados en 2011 y 2012, ya que en los últimos años la diferencia es mínima. Incluso en 2008 y 2009, años en los que ya existía la infracción, la media de ingresos por hora trabajada era mayor para los proyectos afectados¹⁸¹.

En cuanto a la comparación que realiza IBM de las tarifas máximas con el coste de sus empleados (coste ITR), si bien las tarifas percibidas por IBM por los contratos resultantes de las licitaciones de la AEAT de 2007, 2011 y 2015 se encontraban, supuestamente, muy por debajo del coste de los trabajadores propios que IBM asignó a dichos contratos, hay que resaltar que el propio informe recoge que la mayor parte de los recursos que asignaba no eran parte de su personal propio, y esto era así tanto cuando formaba parte de la UTE como cuando IBM intervenía como subcontratada por las empresas de la UTE adjudicataria¹⁸².

Aunque sea cierto que las tarifas han disminuido en el tiempo y esto ha hecho que los descuentos también hayan seguido esta evolución (en cualquiera de las categorías de trabajadores requeridas en las licitaciones de la AEAT), esto no excluye, en cualquier caso, que los descuentos hayan sido menores de lo que podrían haber sido, como ha quedado acreditado en el expediente. De hecho, los contratos de 2004 y 2006 con los que se realiza la comparación no se

¹⁸¹ Ver Figura 14 en la página 23 del informe presentado por SAG (folio 26915).

¹⁸² Ver párrafo 42, página 16, del informe económico aportado por IBM (folio 22912): “solo dos de los entre 17 y 21 recursos empleados por IBM para prestar servicios a la AEAT fueran recursos internos de la compañía, siendo el resto subcontratados”.

asignaban de la misma manera, por lo que las tarifas pueden no ser comparables. No se puede aceptar tampoco que las tarifas percibidas eran competitivas porque no tenían margen para fijar precios excesivos, ya que se ha comprobado que sí lo tenían, como se puede ver en el caso del concurso AV 42/10.

Por otro lado, respecto a las alegaciones de ACCENTURE sobre los descuentos, si bien es cierto que no se han podido acreditar descuentos potenciales mayores que los efectivamente producidos en las adjudicaciones del SEPE afectadas por la conducta, de ahí no puede deducirse que los precios ofertados por las UTE fueran necesariamente pro-competitivos. Asegura también el informe que los descuentos presentados por ACCENTURE fueron muy elevados, de en torno al 30%, y que si estos fueran colusorios, el descuento competitivo debería haber llegado al 40%. Sin embargo, al analizar otras ofertas presentadas a concursos del SEPE, se puede observar que en el concurso PA 7/14 la UTE liderada por SAG presentó un descuento del 35,03% en el lote 2 (frente al 33,9% de la UTE INDRA/ACCENTURE) y en el lote 1 de esa licitación, que ganó CONNECTIS con un 33,5% de descuento, la UTE INDRA/ACCENTURE presentó un 31,9% (hecho 242). El descuento competitivo era, en ambos casos, mayor que el que presentó ACCENTURE, lo que también se debió a que SAG e INDRA se presentaron por separado.

Por otro lado, el informe asegura que las UTE ofrecieron de media descuentos más altos y obtuvieron mejores valoraciones técnicas que las ofertas de empresas individuales y que las UTE en las que participaba ACCENTURE eran más competitivas. Este último punto no es cierto, pues como se ha indicado anteriormente, al menos en uno de los lotes del SEPE una empresa que se presentó individualmente, CONNECTIS, hizo una oferta mejor que la de la UTE INDRA/ACCENTURE.

También asegura ACCENTURE que sería esperable detectar precios altos (pocos descuentos) y dispersión baja en las licitaciones, pero asume que todas las UTE o empresas individuales que se presentaban a los concursos formaban parte del cártel, cuando los acuerdos se daban entre las empresas que formaban cada UTE, por lo que es de esperar que, en este caso en el que INDRA y SAG competían en UTE distintas, haya mayor dispersión.

Finalmente, ACCENTURE alega que el escenario que habría tenido en cuenta la propuesta de resolución en el que el umbral de saturación del 10% (límite máximo de descuento) estuviera fijado por encima del descuento colusorio (es decir, el descuento colusorio sería de mayor cuantía que el límite) sería incompatible con la existencia de colusión en 2008, ya que las empresas no obtendrían ganancias de la coordinación al ofrecer el precio regulado y no el precio (menor) que les reportaría beneficios. Sin embargo, ACCENTURE asume que en la propuesta de resolución se considera que el único beneficio para las empresas derivado de las conductas está relacionado con los precios que las administraciones públicas pueden ofrecer a las AAPP, cuando estas ganancias se deben también a mantener su participación en concursos del sector público.

En cuanto a los otros dos escenarios planteados por ACCENTURE, que también considerarían el comportamiento de esta empresa como competitivo, tampoco son correctos puesto que asumen que el hecho de ofrecer descuentos superiores al límite supone que la UTE de la que formaba parte ofrecía de hecho un descuento competitivo y no uno menor que el que podría haber ofrecido en ausencia de la conducta. Además, ofrecer el descuento máximo cuando existía el límite del 10% podría suponerle otro tipo de beneficios, como el mantenimiento del *statu quo*.

En cuanto a las alegaciones centradas en los **márgenes** obtenidos por las empresas gracias a las conductas analizadas, tanto SAG como IBM presentan sus propios cálculos de márgenes obtenidos según su propia contabilidad, pero no proporcionan datos desagregados de los costes imputados, por lo que no se puede reproducir su análisis para comprobar su validez. En cualquier caso, IBM presenta los datos de márgenes de los contratos de 2007, 2011 y 2015 (que disminuyen con el tiempo), cuando los dos primeros corresponden a años de crisis y según sus propios datos, su facturación había disminuido entre 2008 y 2015¹⁸³, por lo que es razonable que los márgenes también lo hicieran. De hecho, en la propuesta de resolución se hace referencia a disminuciones en el margen potencial de los concursos del GISS, el INSS y el SEPE¹⁸⁴. Además, comparan los márgenes obtenidos con los esperados, cuando los márgenes esperados son simplemente previsiones de la propia empresa. Sí es cierto, sin embargo, que los márgenes obtenidos son menores que en otros contratos, aunque el propio informe recoge que el margen no fue el factor determinante para concurrir a las licitaciones, por lo que, aunque se puede aceptar que las conductas no implicaron, al menos para IBM, un aumento de los márgenes, no excluye que sí implicaran un mantenimiento del *statu quo*, como ha quedado acreditado en el expediente, y que por tanto reportaran a la empresa unos resultados deseables.

En cuanto a las alegaciones relativas a los márgenes de SAG, que asegura que estos no habrían aumentado y eran menores tanto en el sector público como en los proyectos afectados, no pueden aceptarse, porque en varios casos los márgenes de los proyectos afectados son claramente superiores a los de los no afectados. De hecho, exceptuando el caso del SEPE, los márgenes obtenidos por SAG en los proyectos de la AEAT, el INSS y el GISS se han mantenido o han aumentado por término medio desde 2014, comparados con los años de crisis, mientras que en los proyectos no afectados el margen medio ha disminuido en todos los casos. Por tanto, sus márgenes en general sí habrían aumentado, como está acreditado en el expediente, partiendo de unos márgenes menores durante los años de crisis económica. Sin embargo, la presencia de márgenes bajos o decrecientes no permite descartar que, en ausencia de la conducta, estos podrían haber sido incluso menores. Además, se ha acreditado que las empresas podrían haber presentado descuentos mayores en varios de

¹⁸³ Ver página 7 del informe económico de IBM (folio 15536).

¹⁸⁴ Ver párrafo 826 de la propuesta de resolución referido a los folios (9550 y 9551).

los expedientes, y al no hacerlo debe considerarse necesariamente que obtuvieron márgenes mayores de los que habrían obtenido en una situación competitiva.

5.14. Confidencialidad

Con fecha 10 de mayo de 2018, la Sala de Competencia adoptó un Acuerdo sobre la solicitud de las empresas de confidencialidad de la información aportada en la fase de resolución hasta ese momento (folios 27602 a 27610). Este acuerdo fue rectificado mediante resolución de rectificación de errores de fecha 17 de mayo de 2018 (folios 27736 a 27739).

Con posterioridad al citado Acuerdo, las empresas han solicitado la confidencialidad de la siguiente información:

- BABEL: solicita la confidencialidad de la cifra de volumen de negocios total correspondiente al año 2017 (folio 28217).
- NEXT: solicita la confidencialidad de la cifra de volumen de negocios total correspondiente al año 2017 (folio 28229).
- AXPE: solicita la confidencialidad de la cifra de volumen de negocios total correspondiente al año 2017 (28293).
- ACCENTURE: solicita la confidencialidad de la cifra de volumen de negocios total correspondiente al año 2017 y del volumen de negocios en los contratos en los que ha participado (folios 28305 a 28306).
- CIBERNOS: solicita la confidencialidad de la cifra del volumen de negocios total correspondiente al año 2017 y del volumen de negocio afectado por la conducta (folios 28313 a 28317).
- EVERIS: solicita la confidencialidad de la cifra del volumen de negocios total correspondiente al año 2017 (folio 28329).
- INDRA: solicita la confidencialidad de la cifra del volumen de negocios total correspondiente al año 2017 y del volumen de negocio afectado por la conducta (folios 28333 y 28348).
- ATOS: solicita la confidencialidad de la cifra del volumen de negocios total correspondiente al año 2017 y del volumen de negocio afectado por la conducta (28374 a 28377).
- IBM: solicita la confidencialidad de la cifra de volumen de negocios total correspondiente al año 2017 (28387).
- GESEIN: Solicita la confidencialidad de la cifra del volumen de negocios total correspondiente al año 2017 y el volumen de negocio afectado por la conducta (28444 a 28447).

Una vez analizada la citada información, esta Sala acuerda declarar confidencial los datos de volumen de negocio relativos al mercado afectado. Se deniega la solicitud de confidencialidad de los datos relativos al volumen total de negocios correspondiente al año 2017 por ser una información accesible al público.

SEXTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

6.1 Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

La determinación de la sanción deberá adecuarse a los criterios expresados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, iniciado con su sentencia de 29 de enero de 2015¹⁸⁵, que son, en esencia, los siguientes:

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

Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.

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

La conducta analizada constituye de una infracción única y continuada, constitutiva de cártel, consistente en un reparto de mercado a través del reparto

¹⁸⁵ Recurso 2872/2013. También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

de licitaciones públicas con el objetivo mantener la cuota de mercado de cada empresa.

Se trata, por tanto, de una infracción muy grave (art. 62.4.a de la LDC) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2017.

La facturación de las empresas infractoras, relativa al año 2017, es la siguiente:

Empresas infractoras	Volumen de negocios total en 2017 (€)
ACCENTURE	862.995.913
ATOS	288.564.000
BABEL	25.356.660
CIBERNOS	15.400.960
CONNECTIS	41.219.000
EVERIS	1.172.492.432
GESEIN	9.170.544
IBM	1.572.000.000
INDRA	1.833.661.000
NEXT	2.033.050
SAG	75.198.151

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

En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), si bien el mercado relevante en este caso es el de los servicios de tecnologías de la información, la Sala considera que el mercado afectado por las conductas que se sancionan se circunscribe al segmento de servicios de tecnologías de la información prestados a las administraciones públicas.

La cuota de mercado conjunta de las empresas participantes en la conducta (art. 64.1.b) es inferior al 40%.

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

La duración de la participación en la conducta (art. 64.1.d) abarca al menos desde 2005 hasta el momento de realización de la inspección en 2015. Si bien la duración de la participación de cada una de las empresas infractoras varía, puede afirmarse que se trata de una conducta de larga duración.

Como se ha explicado en el fundamento de derecho cuarto, ha quedado acreditada la existencia de efectos en el mercado (art. 64.1.e), consistentes en la reducción de la competencia entre las empresas participantes en las licitaciones públicas para la contratación de servicios de tecnologías de la información, con la intención de mantener sus cuotas de mercado. Como consecuencia de los acuerdos entre empresas, se han encarecido los servicios licitados con el consecuente perjuicio para las arcas públicas, debido a la reducción tanto del número de participantes y de ofertas presentadas como de los descuentos ofertados.

Además, se ha tenido en cuenta que las administraciones públicas han podido tener cierta incidencia en el mantenimiento de los acuerdos, si bien en ningún caso puede descargarse en este hecho la responsabilidad de las empresas.

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%.

6.3 Criterios para la valoración individual de la conducta

En cuanto a la valoración de la conducta de las 11 empresas, conviene tener en cuenta varios factores adicionales para que la sanción refleje su efectiva participación en la infracción.

Para valorar la efectiva dimensión de la conducta de cada empresa (art. 64.1.a), la tabla siguiente recoge el número de administraciones públicas afectadas por la conducta de cada una de las empresas, el número de licitaciones afectadas, los lotes adjudicados y los lotes finalmente no adjudicados pero afectados por los acuerdos, y para ponderar los datos anteriores, el importe total de los lotes adjudicados a las UTE en las que participó cada empresa, del que puede estimarse, a partir de los datos del expediente, la parte que cabe asociar a cada empresa. Estos datos permiten valorar la participación de cada una de las empresas en la infracción y permiten individualizar el tipo sancionador que corresponde aplicarles.

Empresas infractoras	AAPP afectadas	Nº de licitaciones	Nº de lotes adjudicados	Nº de lotes no adjudicados	Nº total de lotes	Importe de los lotes adjudicados a las UTE en las que participó la empresa (€)
ACCENTURE	1	2	2	1	3	16.935.985
ATOS	3	9	14	2	16	240.378.659

BABEL	1	4	3	2	5	57.263.769
CIBERNOS	3	10	10	0	10	131.372.331
CONNECTIS	2	6	13	2	15	222.839.716
EVERIS	2	4	2	2	4	40.303.603
GESEIN	3	9	8	1	9	70.091.161
IBM	2	4	4	1	5	42.362.923
INDRA	4	19	25	4	29	324.736.332
NEXT	1	4	3	1	4	24.669.263
SAG	4	22	28	4	32	331.280.304

La Sala considera que tanto INDRA como SAG merecen un reproche sancionador mayor que el resto de empresas sancionadas, por su condición de líderes e instigadores del conjunto de la infracción y su participación en todas las licitaciones afectadas.

6.4 Tipo sancionador y adecuación de la sanción

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, ámbito geográfico de la conducta, duración y 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)
ACCENTURE	2,1
ATOS	5,0
BABEL	2,5
CIBERNOS	4,0
CONNECTIS	4,5
EVERIS	2,5
GESEIN	3,5
IBM	2,7
INDRA	7,8
NEXT	2,3
SAG	8,0

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.

Para valorar el elemento proporcionalidad de las sanciones es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la empresa infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes¹⁸⁶ y aplicarle un factor incremental de disuasión.

Por estas razones, y de acuerdo con las estimaciones realizadas, no se aplica a ACCENTURE el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción (2,1%) sino una sanción que se considera proporcional y suficientemente disuasoria de 300.000 euros.

Lo mismo sucede en el caso de ATOS, a la que no se aplica el tipo sancionador del 5,0% que le correspondería, sino una sanción considerada proporcional y suficientemente disuasoria de 5.000.000 euros.

¹⁸⁶ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, como el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como la de los ratios sectoriales de sociedades no financieras del Banco de España.

Asimismo, no se aplica a EVERIS el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad y características de la infracción (2,5%), sino una sanción proporcional y disuasoria de 800.000 euros.

Tampoco se aplica a IBM el tipo sancionador determinado según se ha visto en apartados anteriores (2,7%), sino una sanción proporcional y disuasoria de 940.000 euros.

Finalmente, se impone a INDRA una sanción que se considera proporcional y disuasoria de 13.500.000, en vez de aplicar el tipo sancionador determinado previamente de 7,80%.

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

Empresas infractoras	Sanción
ACCENTURE	300.000
ATOS	5.000.000
BABEL	633.917
CIBERNOS	616.038
CONNECTIS	1.854.855
EVERIS	800.000
GESEIN	320.969
IBM	940.000
INDRA	13.500.000
NEXT	46.760
SAG	6.015.852

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

RESUELVE

- Primero.** Declarar acreditada una infracción muy grave de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE, constitutiva de cártel, en los términos establecidos en el Fundamento de Derecho Cuarto.
- Segundo.** Declarar responsables de dicha infracción a ACCENTURE S.L. y solidariamente a ACCENTURE OUTSOURCING SERVICES S.A.; a ATOS SPAIN S.A.; a BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN S.L.; a CIBERNOS CONSULTING S.A.; a CONNECTIS ICT SERVICES S.A.; a EVERIS SPAIN S.L.; a GESEIN S.L., INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES S.A.; a INDRA SISTEMAS S.A.; a NEXT COMPUTER SERVICES S.A., y a SOFTWARE AG ESPAÑA S.A.
- Tercero.** De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en la infracción a la que se refiere el resuelve anterior, proceden las siguientes sanciones:
- ACCENTURE S.L. y ACCENTURE OUTSOURCING SERVICES S.A., solidariamente: **300.000 euros**
 - ATOS SPAIN S.A.: **5.000.000 euros**
 - BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN S.L.: **633.917 euros**
 - CIBERNOS CONSULTING S.A.: **616.038 euros**
 - CONNECTIS ICT SERVICES S.A.: **1.854.855 euros**
 - EVERIS SPAIN S.L.: **800.000 euros**
 - GESEIN S.L.: **320.969 euros**
 - INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES S.A.: **940.000 euros**
 - INDRA SISTEMAS S.A.: **13.500.000 euros**
 - NEXT COMPUTER SERVICES S.A.: **46.760 euros**
 - SOFTWARE AG ESPAÑA S.A.: **6.015.852 euros**
- Cuarto.** Declarar que la participación de las empresas ALDEBARAN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.L., AXPE CONSULTING, S.L., INDRA SOFTWARE LABS, S.L. e INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A., en los hechos analizados en este expediente, no constituye, a los efectos de la presente resolución, una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

- Quinto.** Intimar a las empresas infractoras para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente resolución.
- Sexto.** 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.
- Séptimo.** Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho 5.14.

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

Voto particular que formula la consejera D^a María Pilar Canedo en el expediente S/DC/0565/15-Licitaciones de aplicaciones informáticas

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 11.3 del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría de la Sala de Competencia de la CNMC, formulo el presente voto particular **concurrente en la calificación jurídica de los hechos recogidos en la resolución**, pero **discrepante en el alcance subjetivo de la conducta y cuantía de la sanción impuesta**¹⁸⁷.

Razones

1. El presente expediente considera acreditada la existencia de una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistente en el diseño -o participación en la misma- de una estrategia común de reparto de licitaciones de varias administraciones españolas en el sector de los servicios tecnológicos. El acuerdo implica la alteración de precios y otras condiciones comerciales, así como el intercambio de información comercial sensible, de cara a restringir, en beneficio propio, la competencia para mantener una situación de reparto de mercado. Las primeras prácticas acreditadas se remontan al año 2005 y algunos de los contratos afectados por la conducta todavía están hoy vigentes.

El expediente considera acreditada la existencia de una infracción única y continuada de la que se considera responsables o instigadores a dos empresas –INDRA y SAG-. Se considera igualmente que un grupo de empresas –ACCENTURE, ATOS, BABEL, CIBERNOS, CONNECTIS, EVERIS, GESEIN y NEXT- participan en el reparto de mercado con una responsabilidad limitada. Por fin, se considera que, respecto de un grupo de empresas –ALDEBARAN, AXPE e IECIE-, no existe prueba suficiente de su participación en la infracción enjuiciada.

Esta consejera **suscribe en su totalidad** la descripción de los hechos probados y considera que acreditan rotundamente la existencia de infracción. Igualmente **comparte la sólida construcción jurídica** que lleva a la calificación de los mismos y considera que conjuga el rigor en la aplicación de las normas sancionadoras con la suficiente garantía del derecho a la presunción de inocencia.

No obstante, considero que la incoación y ulterior tramitación de este expediente adolece de **una ausencia respecto de las partes que han cometido la infracción**. Ello es así, dado que, en la descripción de los hechos analizados, se recogen indicios que considero suficientes de la intervención de algunos organismos públicos (y/o responsables de los mismos) en la conducta infractora,

¹⁸⁷ Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC, aprobado por el Pleno del Consejo, el 4 de octubre de 2013.

por lo que debería haberse incluido a esos sujetos en el expediente, incoándolo respecto a ellos en su calidad de potenciales facilitadores de la conducta.

2. Numerosos párrafos recogidos en los hechos probados de la resolución apuntarían a una potencial participación de la administración en varios de los contratos repartidos por las empresas.

Por ejemplo, en el caso de la AEAT:

Párrafo de los hechos probados	Ubicación de la prueba	Evidencia
27	Correo de SAG	"La AEAT ha sacado un pliego que recoge bastante bien los conocimientos de la gente que tenemos allí ubicados las cuatro empresas, y que en nuestro caso son 31 personas de los cuales 11 son subcontratados".
28	Correo de Indra	"Hemos elaborado los perfiles junto con el cliente y en el pliego han puesto exactamente los modelos que nosotros les enviamos ¹⁸⁸ ".
		"Se ha hablado con el cliente sobre la conveniencia de la misma (refiriéndose a la UTE) y le gustaría darle continuidad" (folio 9274)
30	Correo de Indra	"Hemos conseguido presentarnos solo nuestra UTE porque el Cliente quería continuidad y pliego enfocado a la continuidad de los recursos actuales" (folios 8409 y 9639).
35	Correo de Cibernos a SAG	Se habla de una reunión con la Subdirectora General "según lo acordado, por si tenía datos elaborados respecto al presupuesto y alguna otra información sobre el concurso".
40	Correo de SAG	"Han preparado el concurso para las cuatro empresas de la UTE"
56	SAG, INDRA, CIBERNOS e IBM se reunieron para hablar sobre este concurso (folios 6660, 845 y 846).	La reunión se produjo en una ubicación estratégica "por si luego hubiese que ver a XX" (trabajador de la AEAT y miembro de la mesa de contratación para estos concursos).
60	Correo de Indra	La AEAT ha decidido que se parta en dos lotes para fomentar la concurrencia, y que cada empresa licite su lote. Ha sugerido que se desdoble en CIBERNOS-SAG (lote 1) e INDRA- IBM (lote 2) " (folios 9167 y 9168).
63	Correo de Indra a SAG, Cibernos e IBM	7.- En el caso de INDRA/IBM si modelo es finalmente Subcontratación hay que ir a explicárselo a XXX/AEAT".
66	Correo de Indra	"En los anteriores concursos no se presentó ninguna oferta a excepción de la nuestra. Hemos elaborado los perfiles junto con el cliente y en el pliego han puesto exactamente los modelos que nosotros les enviamos.
70	Reunión 4 empresas con empleado AEAT	Reunión de la administración para el conjunto de los lotes 1 y 2 con los integrantes de las dos UTE

Respecto del GISS

Párrafo de los hechos probados	Ubicación de la prueba	Evidencia
77	Correo de Connectis a ATOS, SAG e Indra	Evidencia que las empresas tienen información detallada sobre el contrato antes de su publicación
102	Referencia a los pliegos de contratación	Exigencia de presentación de preacuerdo de subcontratación en caso de que se presenten CV de otras empresas.
109	Correo de Indra	«Desde GISS quieren que les ayudemos a hacer los pliegos para comenzar el proceso administrativo»
110	Reporte de Indra	«por interés propio del cliente y posicionamiento actual hemos acordado con SAG presentarnos en UTE en los lotes en los que tenemos presencia. Se está colaborando con la GISS en la elaboración de la memoria»

¹⁸⁸ Debe aclararse que las empresas se refieren a las diferentes administraciones como el «cliente».

115	Reporte de Indra	<p>«Existe un grupo de trabajo formado por Indra y SAG que ha colaborado con la GISS en la redacción de la memoria y posterior pliego, y que continuará en para la gestión de la oportunidad y desarrollo de la oferta.</p> <p>La memoria está pasando por las comisiones de la GISS y del MEySS para que sea aceptada y actualmente está en un ciclo de presentación, se espera que se aprueba en Consejo de Ministros en el mes de Abril.</p> <p>El principal problema es que finalmente el Ministerio ha exigido que el peso del importe sea de un 60%, un criterio muy agresivo que reparte los puntos comparando directamente los descuentos. Se ha puesto una solvencia técnica importante, pero cumplible por las empresas principales de la competencia, pero solicita más de 100 CVs con experiencia y exigen un mínimo de puntuación técnica para pasar a la lectura de la propuesta económica».</p>
-----	------------------	--

Respecto del SEPE

Párrafo de los hechos probados	Ubicación de la prueba	Evidencia
226-230	Correo de SAG	Pone de manifiesto que las empresas tienen en su poder los pliegos de contratación con que está trabajando la entidad.

Respecto del INSS

Párrafo de los hechos probados	Ubicación de la prueba	Evidencia
270	Correo de Indra	Pone de manifiesto que las empresas tienen en su poder los pliegos de contratación con que está trabajando la entidad.
273	Correo de SAG	«El concurso está marcado tecnológicamente ya que nosotros hemos influido para que en los CV sea obligatorio la experiencia en... »
301	Correo de Indra	“por expresa indicación del cliente, se va a plantear una UTE de continuidad con SAG, ATOS, INDRA y CIBERNOS. Se ha decidido no prescindir de ATOS ya que el cliente ha sugerido la continuidad de forma muy clara”
305	Correo de Indra	Se informa de que mantienen la configuración de UTE con SAG, ATOS y CIBERNOS “por expresa indicación del cliente” (folio 7194).
311	Correo de SAG	Además, se plantean pedir opinión al INSS, para saber si quiere que se presenten a alguno “o expresamente desea que no seamos competidores molestos” (folios 9968 y 9969).

3. De los hechos expuestos se deduce con claridad que la administración contratante podría ser conocedora de la existencia del reparto de mercado y que podría haber jugado un papel activo en el mismo.

Es decir, nos encontramos ante un supuesto en que entidades que no operan en el mercado afectado por la conducta pueden sin embargo haber incidido de manera decisiva en la realización de la misma.

Dos cuestiones se plantean por tanto en este supuesto. En primer lugar, si cabría la imputación de una entidad no participante en el mercado en calidad de facilitador de un cártel y, en segundo lugar, si hubiese cabido la imputación de la administración en un procedimiento sancionador por los hechos analizados.

4. La cuestión de la participación de una entidad como **facilitadora de una infracción de competencia** se refiere a la posibilidad de admitir en el Derecho Administrativo sancionador la imputación de responsabilidad al margen de la condición de autor de una infracción.

A pesar de que la LDC no recoge expresamente (en contra de lo que sucede en otras legislaciones sectoriales) figuras de participación en una infracción diferentes a la autoría -dado que la del instigador contenida en el artículo 64.2.b) es una agravante que se aplica a los autores de las conductas- el Tribunal Supremo español ha reconocido que la participación en la actividad económica puede darse en diferentes grados y formas.

Así lo hace la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de julio de 2016 que confirma la resolución de la CNC en que se consideró que la Consejería de Agricultura de la Junta de Andalucía era responsable **como facilitadora** del cártel sancionado, teniendo en cuenta su papel activo que iba más allá de sus funciones propias¹⁸⁹. De hecho, el Tribunal Supremo considera que la participación en la actividad económica y en la infracción del artículo 1 LDC no excluye las categorías tradicionales del derecho penal como son el instigador o inductor, el cooperador necesario, etc.

En el mismo sentido, la Sentencia *Treuhand I* del entonces Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea estableció que cualquier operador -persona física o jurídica- independientemente de que participe o no en el mercado afectado por la infracción debe ser considerado **facilitador** de la conducta y por tanto responsable de la misma en el caso de que **contribuya de manera decisiva y activa a la realización de la práctica anticompetitiva**¹⁹⁰.

En un asunto similar -el denominado *Treuhand II*- se analiza si resulta exigible o no que el facilitador del cártel opere de manera activa como empresa, sea en el mercado afectado por la conducta o en otro conexo. En el citado supuesto se dictó una sentencia por el ahora Tribunal General en la que se dispone que no cabe establecer esta exigencia¹⁹¹. Si bien esta sentencia fue recurrida en casación, el Tribunal de Justicia desestimó el recurso formulado por la empresa confirmando plenamente la anterior resolución¹⁹².

Debe concluirse por consiguiente que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Supremo español han confirmado la posibilidad de declarar la responsabilidad de una entidad como facilitador en un cártel, aunque no opere en el mercado afectado ni en mercados conexos, siempre que contribuya de manera decisiva y activa a la realización de una conducta anticompetitiva.

¹⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, Recurso 2946/2013, (ECLI: ES:TS:2016:3525), dictada respecto de la Resolución de 6 de octubre de 2011 de la CNC en el expediente S/167/09 productores de uva y vino de Jerez accesible en <https://www.cnmc.es/expedientes/s016709> (última consulta 30 de julio de 2018).

¹⁹⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008 asunto *Treuhand I*, T-99/04, (ECLI:EU:T:2008:256).

¹⁹¹ Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, As T-27/10, (ECLI:EU:T:2014:59).

¹⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015, As. C-194/14 P, (ECLI:EU:C:2015:717).

5. Surge en este supuesto, además, la controversia de si **la administración**, en la personificación correspondiente en cada caso, puede o no considerarse operador económico cuando, en cumplimiento de las funciones que le son propias, abre un procedimiento de contratación pública que permite a operadores económicos que compiten en el mercado realizar ofertas para conseguir su selección con vistas a prestar el citado servicio.

No existe duda de que, cuando la administración actúa como operador económico, su actuación está sometida al derecho de la competencia¹⁹³. Debe recordarse el amplio concepto de operador económico empleado en la regulación de competencia que se refiere a cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación.

Puede plantearse si la administración encaja en ese amplio concepto en el caso de la contratación pública. No puede dudarse de que la competencia es, precisamente, uno de los principios que la Ley considera que debe inspirar el proceso de contratación y la administración tiene la obligación de ser garante de su respeto. No en vano, el artículo 1 de la Ley de contratos, que establece el objeto y finalidad de la Ley, mantiene que la misma debe garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones; publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores así como asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa¹⁹⁴.

Del mismo modo debe plantearse si, en el caso de que se entendiera que la administración no se considera operador en este supuesto, está o no sometida a la normativa de competencia y puede considerársele partícipe de la infracción.

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

En la Sentencia de 2016 previamente citada, el Tribunal Supremo consideró que la administración debía considerarse responsable del cártel sancionado, a pesar de que no actuaba como operador económico, teniendo en cuenta que su papel fue activo y que el mismo iba más allá de sus funciones propias. Es decir, el ámbito de aplicación de la normativa de competencia no estaría determinado por el concepto de empresa u operador económico, sino **por la aptitud de la conducta realizada para causar “un resultado económicamente dañoso o**

¹⁹³ Véanse las sentencias del TJUE de 12 de julio de 2012, As. C-138/11 Compass-Datenbank, ECLI:EU:C:2012:449 y de 28 de febrero de 2013, As. C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, ECLI:EU:C:2013:127.

¹⁹⁴ Véase la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE-A-2017-12902.

restrictivo de la competencia en el mercado". En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que "en el ámbito del Derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado"¹⁹⁵.

6. En opinión de esta consejera, siguiendo la citada jurisprudencia, la condición jurídica del infractor y el hecho de que actúe o no como operador económico no son factores determinantes para apreciar la existencia de una infracción por lo que no sería necesario definir si en el supuesto concreto la entidad entra o no dentro de la categoría de operador económico.

Lo relevante es la incidencia real de la conducta de la entidad en el mercado o la aptitud de la acción administrativa para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la colusión en la que participa.

Ello debe entenderse así considerando que ni el artículo 1 ni el 61 de la LDC determinan que tan solo las empresas puedan desarrollar las conductas colusorias. El hecho de que el artículo 63 se refiera a los agentes económicos y empresas se debe a que el precepto determina la cuantía máxima de las sanciones referida a un porcentaje de su volumen de negocios, "criterio que, ciertamente, no resulta adecuado cuando la conducta se reprocha a una administración o entidad jurídico pública; lo que no excluye, sin embargo, que ésta pueda haber incurrido en una conducta prohibida de las definidas en el artículo 1 de la propia Ley" (STS de 2016).

Por ello, el hecho de que alguno de los participantes en una práctica restrictiva de la competencia no tuviese la consideración de operador económico no debería necesariamente considerarse una causa de inimputabilidad que excluyera de la posibilidad de apreciar el elemento subjetivo del tipo.

7. Parece claro que en el supuesto que nos ocupa, existen indicios de que podrían cumplirse todos los requisitos establecidos por las sentencias citadas para considerar que las diferentes personificaciones de la administración habrían podido realizar conductas de facilitación del cartel entre las empresas, por lo que debería haberseles incluido en la incoación, dándoseles oportunidad de defensa para determinar si cualquiera de ellas "desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia".

8. Nada en esta consideración cuestiona la responsabilidad de las empresas en la conducta.

¹⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015, Recurso 294/2013, relativa a la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009 (ECLI : ES:TS:2015:800) (Expediente 639/09, Colegio Farmacéuticos Castilla la Mancha accesible en <https://www.cnmc.es/expedientes/63908>).

Tal como **adecuadamente argumenta la resolución**, la conducta de la administración no puede generar confianza legítima dado que se ha acreditado que las empresas eran conocedoras de la ilicitud de su conducta y aprovecharon la posible connivencia de las administraciones para repartir los contratos de modo más favorable a sus propios intereses y en detrimento de los competidores¹⁹⁶.

9. La jurisprudencia de nuestros Tribunales, entendiendo por tales los nacionales y los de la Unión Europea, ha precisado reiteradamente que existen dos principios fundamentales que deben inspirar la aplicación de la normativa para determinar el montante de las sanciones: su **efecto disuasorio** y el respeto a la **proporcionalidad** de la multa impuesta respecto de la infracción cometida y las circunstancias en que se implementa.

En la determinación de los montantes de las sanciones a las empresas “se ha tenido en cuenta que las administraciones públicas han podido tener cierta incidencia en el mantenimiento de los acuerdos”.

Resulta comúnmente aceptado (y se tiene en cuenta en la resolución) que la gravedad de la conducta es mayor, precisamente, por su relación con la contratación pública. En opinión de esta consejera, una posible connivencia o pasividad de la administración habrían precisamente simplificado o asegurado la realización de la conducta por parte de las empresas. Por esta razón, si se hubiese considerado a las administraciones y sus responsables como partícipes de la infracción, no solo el efecto disuasorio de la resolución se vería multiplicado, sino que la citada modulación en la cuantía de la sanción carecería de sentido.

En tal sentido emito este voto particular.

Firmado: María Pilar Canedo Arrillaga

¹⁹⁶ Respecto de la interpretación del principio de confianza legítima en la UE (no totalmente coincidente con el contenido en el ordenamiento español), el Tribunal de Primera Instancia validó esta forma de proceder en la Sentencia de 13 de diciembre de 2006, Asuntos acumulados T-217/03 y T-245/03 (ECLI:EU:T:2006:391). La sentencia fue recurrida en casación aunque se desestimaron los recursos. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2013, Asunto Schenker C-681/11 (ECLI:EU:C:2013:404) que en su párrafo 41 establece «Sin embargo, nadie puede invocar la violación del principio de protección de la confianza legítima si la Administración competente no le ha dado garantías concretas (véanse las sentencias de 17 de marzo de 2011, AJD Tuna, C-221/09, Rec. p. I-1655, apartado 72, y de 14 de marzo de 2013, Agrargenossenschaft Neuzelle, C-545/11, apartado 25). De ello se deduce que el dictamen jurídico de un abogado no puede en ningún caso generar en el empresario una confianza legítima de que su comportamiento no infringe el artículo 101 TFUE o de que no dará lugar a la imposición de una multa.»