

NOTA RESUMEN

S/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS

La lucha contra los amañeos de las licitaciones públicas (*bid-rigging*) es una de las prioridades de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). En este ámbito, la colaboración y concienciación de las Administraciones Públicas que gestionan las licitaciones públicas es esencial.

Un ejemplo de esta colaboración es el expediente S/0519/14 Infraestructuras ferroviarias, en el que mediante Resolución del Consejo de la CNMC de 30 de junio de 2016, se ha sancionado a AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A (AMURRIO), JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L. (JEZ), TALLERES ALEGRÍA, S.A. (ALEGRÍA) y DURO FELGUERA RAIL, S.A.U. (DF, de forma solidaria a su matriz DURO FELGUERA, S.A.) por haber incurrido en una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistente en acuerdos y prácticas concertadas para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios en los procedimientos de contratación convocados por los gestores de infraestructuras ferroviarias de España. Asimismo, esta resolución ha sancionado a nueve directivos y representantes legales de las anteriores empresas, por haber participado en el diseño e implementación de las conductas ilícitas de sus empresas.

Esta investigación se inició a raíz de un escrito que Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) remitió a la CNMC en mayo de 2014, en el que, entre otras cuestiones, planteaba la posible existencia de conductas anticompetitivas en el marco de las licitaciones de ADIF de desvíos ferroviarios y elementos complementarios.

A la vista de la información aportada por ADIF, la CNMC abrió una información reservada, en el marco de la cual se realizaron inspecciones domiciliarias en las sedes de AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y DF.

En estas inspecciones, la CNMC encontró evidencias, en forma de correos electrónicos y anotaciones manuscritas, de que las empresas investigadas habían alcanzado acuerdos y prácticas concertadas para evitar competir entre sí en la adjudicación de los procedimientos de contratación convocados por los gestores de infraestructuras ferroviarias de España, GIF/ADIF, en el periodo 2000-2014, relativos al suministro de desvíos ferroviarios y elementos complementarios.

AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y DF son los principales competidores en la fabricación y comercialización de desvíos ferroviarios y elementos complementarios en España, y han representado cerca del 100% de la oferta de este mercado en el periodo considerado.

Una de las particularidades de este expediente es que estos acuerdos y prácticas concertadas fueron en su inicio parcialmente impulsados y facilitados por la propia GIF/ADIF, si bien AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y DF han ido más lejos de lo propiciado por GIF/ADIF, pues estas empresas se han concertado para ofrecer

unas condiciones más onerosas que las deseadas por ADIF o, cuando ADIF quiso poner fin a los acuerdos de reparto de mercado, estas empresas han simulado que competían entre ellas, cuando realmente habían acordado previamente los precios a ofertar o el reparto a realizar en la ejecución de los contratos.

Sin embargo, GIF/ADIF no han sido objeto de investigación por la CNMC en este expediente, porque habrían participado en estas conductas como poder adjudicador, es decir, como autoridades públicas sometidas a la normativa de contratación del sector público vigente en cada momento.

En este sentido, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la normativa de competencia sólo es aplicable a las entidades del sector público cuando actúan como operadores económicos, y no cuando lo hacen como autoridades públicas.

Los acuerdos y las prácticas concertadas de AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y DF que se han acreditado en este expediente han llevado a la eliminación de todo atisbo de competencia en las licitaciones convocadas por GIF/ADIF y han contribuido a que los precios pagados por ADIF sean superiores a los que habrían existido de haber habido competencia.

Inicialmente sólo formaban parte de estos acuerdos y prácticas concertadas AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA, que se habrían empezado a desarrollar en 1999.

DF se incorpora a estos acuerdos y prácticas concertadas a partir de 2007 en el caso de los desvíos convencionales, y a partir de 2011 en el caso de los desvíos de alta velocidad. La incorporación de DF es impulsada por ADIF y sirve para eliminar la presión competitiva que podía generar DF, al haber desarrollado este operador sus propias tecnologías de desvíos ferroviarios, estando pendiente de su certificación por ADIF.

Estos acuerdos y prácticas concertadas se habrían mantenido al menos hasta el desarrollo de las inspecciones de la CNMC, en octubre de 2014.

Los acuerdos y prácticas concertadas restrictivos de la competencia se han implementado en muchos casos utilizando la presentación de ofertas conjuntas en forma de Uniones Temporales de Empresas (UTE), evitando de esta manera la competencia entre las empresas que formaban la UTE.

En todo caso, conviene destacar que, de forma bastante sistemática, los repartos teóricos de carga de trabajo reflejados ante GIF/ADIF en la constitución de las UTE no se corresponden con la realidad, habiendo diferencias significativas y bastante permanentes en el reparto real de la carga de trabajo. Incluso, en algún caso, el reparto se realiza al azar, dependiendo del número agraciado en el sorteo de la lotería nacional o de un sorteo realizado por las propias empresas.

Lo anterior contribuye a acreditar que no había una justificación objetiva suficiente para que AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA (con la incorporación posterior de DF) recurran sistemáticamente a la figura de la UTE de cara a ofertar sus servicios a GIF/ADIF, especialmente cuando esto llevaba en la mayoría de los casos a una eliminación sostenida en el tiempo de la competencia en la oferta de desvíos ferroviarios y elementos complementarios a GIF/ADIF.

Además, cada una de las cuatro empresas estaba en condiciones de fabricar gran parte de los desvíos y elementos complementarios y todas ellas compartían la responsabilidad técnica para todo lo concerniente al desvío de alta velocidad español (AV4).

Asimismo, cuando ADIF, en el año 2014, comunicó a AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y DF que debían presentar ofertas individuales, las empresas no tuvieron ningún problema en seguir las indicaciones de ADIF y presentaron una oferta cada empresa en las licitaciones públicas que se convocaron en abril de 2014. Ahora bien, estas empresas previamente habían acordado la baja que tenía que presentar cada una, decidiendo posteriormente el reparto de los trabajos, siendo plenamente conscientes del carácter anticompetitivo de sus conductas.

Por otra parte, la CNMC considera que las posibles eficiencias derivadas de estos acuerdos y prácticas concertadas (como por ejemplo, el desarrollo de la tecnología AV4), en ningún caso ampararían los mismos, pues en muchos casos estos acuerdos y prácticas concertadas han conllevado la eliminación de toda competencia real en las licitaciones convocadas por GIF/ADIF, y existían alternativas menos restrictivas de la competencia que hubiesen permitido la obtención de las eficiencias.

Por ejemplo, en relación con el desarrollo de la tecnología AV4, AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA, FELGUERA y DF se podrían haber limitado a los acuerdos de licencia o cesión de tecnología que implementaron dentro de las UTE, sin que la constitución sistemática de estas UTE fuese imprescindible para poder ofertar esta tecnología a ADIF, como demostraron estas empresas en los concursos a los que se presentaron de forma individual (aunque simuladamente) en el año 2014.

Otra particularidad de la resolución de este expediente por la CNMC ha sido que se ha sancionado a nueve directivos y representantes legales de AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA, FELGUERA y DF, por haber participado en el diseño e implementación de los acuerdos y prácticas concertadas, entre 2008 y 2014.

En definitiva, la CNMC ha considerado a AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA, FELGUERA y DF (incluida su matriz de forma solidaria) responsables de acuerdos y prácticas concertadas para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios en los procedimientos de contratación convocados por los gestores de infraestructuras ferroviarias de España.

Por ello, en la Resolución de 30 de junio de 2016, la CNMC sancionó con multas a AMURRIO (1.235.507 euros), JEZ (1.075.969 euros), ALEGRÍA (1.796.843 euros) y DF (1.476.614 euros). En el caso de los nueve directivos, las multas van desde los 4.750 euros a los 11.400 euros. A la hora de determinar el importe de estas sanciones, la CNMC tuvo en cuenta como circunstancia atenuante la participación que GIF/ADIF tuvieron en el desarrollo de los acuerdos y prácticas concertadas sancionados. Estas empresas y directivos pueden recurrir esta Resolución ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses tras su notificación.

Madrid, 20 de julio de 2016