

# **RESOLUCIÓN**

## **SUBASTAS ECOEMBES**

### **MC/01/22**

#### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

##### **Presidenta**

D<sup>a</sup>. Cani Fernández Vicién

##### **Consejeros**

D<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D<sup>a</sup>. María Jesús Martín Martínez

##### **Secretario del Consejo**

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 21 de diciembre de 2022

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 para la adopción de medidas cautelares en el expediente de referencia.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>I. ANTECEDENTES.....</b>	<b>3</b>
<b>II. FUNDAMENTOS DE DEREHO .....</b>	<b>4</b>
<b>II.1. [PRIMERO] Competencia para resolver .....</b>	<b>4</b>
<b>II.2. [SEGUNDO] Prácticas objeto de investigación por parte de la   Dirección de Competencia.....</b>	<b>5</b>
II.2.A. Posible manipulación de las subastas por parte de ECOEMBES .....	5
II.2.B. Falta de transparencia en el procedimiento de subasta de ECOEMBES.....	7
II.2.B.a. Quejas y reclamaciones relativas a la falta de transparencia del procedimiento manifestadas por diversas fuentes de información .....	7
II.2.B.b. La trazabilidad, integridad y custodia de los sobres de las ofertas presentadas por los licitadores no se garantiza por el auditor .....	8
II.2.B.c. ECOEMBES limita y sustrae a los licitadores y al sector información relevante relativa al procedimiento de subasta .....	9
II.2.C. Arbitrariedad en la ejecución del procedimiento de subasta .....	11
II.2.C.a. Plazos injustificadamente largos que se modifican al arbitrio de ECOEMBES .....	11
II.2.C.b. Modificación de las condiciones del procedimiento de adjudicación sin previo aviso .....	12
II.2.C.c. Aplicación de reglas distintas en las licitaciones.....	12
II.2.C.d. Asignación de materiales al margen del procedimiento de subasta .....	13
II.2.C.e. Aplicación arbitraria del régimen sancionador previsto en su procedimiento y en sus contratos.....	13
II.2.D. Efectos perjudiciales de la falta de transparencia y de la arbitrariedad en la consecución de los objetivos ambientales.....	14
<b>II.3. [TERCERO] LAS MEDIDAS CAUTELARES PROPUESTAS .....</b>	<b>14</b>
<b>II.4. [CUARTO] Valoración de la Sala de Competencia.....</b>	<b>17</b>
II.4.A. Apariencia de buen derecho de la medida propuesta ( <i>fumus boni iuris</i> ).....	17
II.4.A.a. Principios generales .....	17
II.4.A.b. Aplicación al caso concreto.....	18
II.4.B. Daño irreversible ( <i>periculum in mora</i> ) .....	19
II.4.B.a. Principios generales .....	19
II.4.B.b. Aplicación al caso concreto.....	20
II.4.C. Proporcionalidad, ausencia de daño irreparable de las medidas cautelares propuestas y no violación de derechos fundamentales.....	26
<b>III. RESUELVE.....</b>	<b>28</b>

## I. ANTECEDENTES

- (1) El 28 de junio de 2021 la empresa PET COMPAÑÍA PARA SU RECICLADO, S.A.U. (PET CÍA) presentó una denuncia contra ECOEMBALAJES ESPAÑA, S.A. (ECOEMBES), así como contra (información reservada), por supuestas prácticas contrarias a los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de octubre, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), y a los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).
- (2) PET CÍA denunció la existencia de un presunto acuerdo estratégico entre ECOEMBES y (información reservada), a la que se otorgaba un derecho de tanteo secreto para mejorar las ofertas presentadas en las zonas que más le interesaban. La denuncia también se refería a la existencia de un presunto acuerdo entre (información reservada) y ECOEMBES para la zona de (información reservada), así como el incumplimiento de las normas de transparencia que establece en su procedimiento de adjudicación de residuos y la ejecución arbitraria del mismo.
- (3) En su escrito de denuncia, PET CÍA solicitaba la adopción de una medida cautelar *“por la que se sustituya de manera inmediata el actual sistema de sobre cerrado en los concursos organizados por ECOEMBES para la adjudicación de residuos PET por un sistema de subasta electrónica vigilado por un tercero independiente con la finalidad de que dichos concursos tengan unos criterios transparentes, objetivos y no discriminatoria imposibilitando su manipulación por ECOEMBES”*.
- (4) A la vista de dicha denuncia, y de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 49 de la LDC, la Dirección de Competencia inició una información reservada bajo el número de referencia S/0021/21. En el marco de esta información reservada, los días 14 a 16 de diciembre de 2021 se inspeccionaron las sedes de ECOEMBES y de (información reservada) y se realizaron numerosos requerimientos de información a las partes interesadas y terceros operadores.
- (5) Mediante escrito de 19 de enero de 2022, PET CÍA reiteró la urgente necesidad de adoptar por parte de la CNMC la medida cautelar solicitada, con el fin de asegurar la debida transparencia y el respeto del procedimiento establecido, dando así debido cumplimiento a los principios que la propia CNMC estableció para las subastas de ECOEMBES.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Resoluciones de 25 de abril de 2011 en el expediente S/0206/09 ECOEMBALAJES ESPAÑA y de 2 de abril de 2019 en el expediente S/0636/18 ECOEMBES.

- (6) A la vista de la información obtenida, el 3 de octubre de 2022, la Dirección de Competencia acordó la incoación de un expediente sancionador (con número de referencia S/0021/21) con respecto a ECOEMBES, al haber observado la existencia de indicios racionales de la comisión por su parte de una posible infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE, constitutiva de un abuso de su posición de dominio como gestor del único Sistema Integrado de Gestión (SIG) de residuos de envases plásticos (PET y PEAD) consistente en la tramitación desde al menos 2004, de un procedimiento de subastas que habría sido ejecutado de forma arbitraria, sin garantizar su transparencia ni la trazabilidad e integridad de las ofertas presentadas; así como, en el establecimiento de barreras de acceso para participar y resultar adjudicatario en dichas subastas, que no estarían justificadas por razones técnicas, medioambientales o económicas.
- (7) El 23 de noviembre de 2023, la Dirección de Competencia elevó a la Sala de Competencia el informe propuesta sobre la adopción de medidas cautelares en el marco del presente expediente.
- (8) De conformidad con el artículo 41 del RDC, se remitió a las partes el informe propuesta para que presentaran las alegaciones oportunas. Ambas empresas han presentado escrito de alegaciones<sup>2</sup>.
- (9) Son partes interesadas las siguientes empresas:
- ECOEMBALAJES ESPAÑA, S.A.
  - PET COMPAÑÍA PARA SU RECICLADO, S.A.U.

## II. FUNDAMENTOS DE DEREHO

### II.1. [PRIMERO] Competencia para resolver

- (10) 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, compete a la CNMC *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*.
- (11) El artículo 54 de la LDC señala que, una vez incoado el expediente, el Consejo de la CNMC *“podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación [Dirección de Competencia], las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte”*.

---

<sup>2</sup> Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

- (12) Asimismo, el artículo 41.3 del RDC establece que el Consejo “*una vez recibida la propuesta o, en su caso, el informe de la Dirección de Investigación [Dirección de Competencia] oirá a los interesados en el plazo de cinco días, transcurridos los cuales resolverá sobre la procedencia de las medidas.*”
- (13) En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

## **II.2. [SEGUNDO] Prácticas objeto de investigación por parte de la Dirección de Competencia**

- (14) Las prácticas objeto de investigación por parte de la Dirección de Competencia, según constan en su informe propuesta de medidas cautelares, son las que se resumen a continuación.

### **II.2.A. Posible manipulación de las subastas por parte de ECOEMBES**

- (15) De acuerdo con la información contenida en el informe propuesta de la DC, ECOEMBES habría suscrito acuerdos preferenciales, secretos y estratégicos con determinadas recicladoras de materiales plásticos PET y PEAD al menos hasta 2014 los cuales contaban con un derecho de tanteo respecto a las ofertas presentadas por los demás competidores.
- (16) Así consta acreditado, según el informe propuesta, la existencia de un acuerdo secreto entre ECOEMBES y (información reservada), vigente al menos entre 2004 y 2014, mediante el cual ésta última contaba con un derecho de tanteo para mejorar sus ofertas, a cambio de presentar ofertas en todas las zonas para garantizar a ECOEMBES una capacidad mínima de reciclaje<sup>3</sup>.
- (17) Desde 2014 y al expirar su acuerdo estratégico con ECOEMBES tras un cambio en el accionariado de (información reservada), esta empresa ha visto reducidas sus adjudicaciones en las subastas, pese a ser una de las recicladoras con mayor capacidad de España, a una cantidad muy reducida de material, respecto a la que se le adjudicaba cuando estaba vigente su acuerdo preferencial, con ECOEMBES, especialmente en las subastas de EELL de los últimos años<sup>4</sup> con la excepción de la subasta de EELL para el periodo de octubre a diciembre de 2022.

---

<sup>3</sup> Según la DC, (información reservada) ha aportado copia del “acuerdo estratégico” con ECOEMBES (folios 55 a 64 del expediente sancionador) que estuvo vigente hasta junio de 2014. ECOEMBES intentó su terminación con anterioridad, tras la compra de (información reservada) por (información reservada), aduciendo incumplimiento de la cláusula de confidencialidad, mediante un arbitraje, que no prosperó.

<sup>4</sup> En particular y por primera vez, en la subasta de julio-septiembre de 2021, (información reservada) no fue adjudicataria de ninguna de las zonas de envases ligeros de PET, a pesar de



material PEAD vigente hasta el año 2014, similar al que contaba (información reservada) en residuos de material PET.

## **II.2.B. Falta de transparencia en el procedimiento de subasta de ECOEMBES**

- (22) De acuerdo con la información analizada por la DC y como se detalla a continuación, el procedimiento de subastas de ECOEMBES adolece de una falta de transparencia que impide una lucha competitiva entre los licitadores en condiciones de igualdad y una asignación eficiente de los materiales que gestiona ECOEMBES, dado que, además, se adjudican sin respetar el procedimiento publicado en la web de ECOEMBES.

### **II.2.B.a. Quejas y reclamaciones relativas a la falta de transparencia del procedimiento manifestadas por diversas fuentes de información**

- (23) Al margen de la denuncia de PET CÍA, la falta de transparencia en la ejecución del procedimiento de subasta de ECOEMBES se ha puesto de manifiesto, según la DC, a través de distintas fuentes de información.
- (24) Así, en el informe propuesta, se recogen varios documentos recabados en la inspección que cuestionan la transparencia de las licitaciones convocadas por ECOEMBES tanto en el ámbito del PET como del PEAD.
- (25) La falta de transparencia ha sido también una de las reclamaciones manifestadas por los recicladores en el trámite de información pública del Proyecto de Real Decreto de envases y residuos de envases que tuvo lugar en octubre de 2021, y se encuentra actualmente pendiente de aprobación, recogidas en el informe propuesta. Precisamente, a raíz de esta información pública el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico incorporó al texto del proyecto la exigencia de que los SIG adjudicaran los materiales a través de un medio electrónico que garantizara la transparencia y la competencia, estableciendo para ello un periodo transitorio de un año a contar desde la entrada en vigor del Real Decreto<sup>7</sup>.
- (26) La CNMC realizó en abril de 2022 una consulta pública relativa al estudio lanzado por la CNMC sobre el sector de la gestión de residuos de envases. En ella se puso de manifiesto que la falta de transparencia de las subastas de ECOEMBES era

---

<sup>7</sup><https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/participacion-publica/Residuos-2021-PRD-Envases-2021.aspx>.

una de las principales preocupaciones de los licitadores (se adjunta al informe propuesta el extracto de las respuestas más relevantes)<sup>8</sup>.

- (27) Según la DC, esta falta de transparencia podría dar cobertura a posibles conductas discriminatorias entre las empresas recicladoras distorsionando la competencia y perjudicar con ello seriamente la continuidad y viabilidad económica de las empresas que se ven discriminadas.

### **II.2.B.b. La trazabilidad, integridad y custodia de los sobres de las ofertas presentadas por los licitadores no se garantiza por el auditor**

- (28) De acuerdo con la información publicada en la web de ECOEMBES, la transparencia de las subastas de materiales que gestiona se encuentra garantizada por un procedimiento auditado por un tercero contratado por ECOEMBES (actualmente, (información reservada)). De la información obtenida, la DC ha podido constatar que el procedimiento de ECOEMBES se inicia con la remisión de la convocatoria de la subasta a los recicladores por ella homologados, que deben presentar sus ofertas en el plazo indicado en dicha convocatoria en sobre cerrado en la sede de ECOEMBES. Una vez recibidos los sobres, estos quedan en posesión de ECOEMBES hasta la reunión del Comité de adjudicación en el que interviene, por primera vez, el auditor.
- (29) Por tanto, de la información recabada durante la instrucción, la DC ha podido comprobar que la transparencia del procedimiento de adjudicación no se encuentra garantizada por el auditor contratado por ECOEMBES, a diferencia de lo que se figura en su página web. Según la contestación proporcionada por (información reservada), al requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia<sup>9</sup>, (información reservada) no garantiza la transparencia del procedimiento de adjudicación, ni en lo que se refiere a la custodia y trazabilidad de los sobres de las ofertas desde que son enviados a ECOEMBES por los licitadores, ni tampoco a la integridad del contenido de dichos sobres hasta la reunión del Comité de adjudicación.
- (30) En consecuencia, según consta en el informe propuesta ECOEMBES no dispone de ningún procedimiento que garantice la custodia, trazabilidad e integridad de los sobres de las ofertas durante el periodo que va desde su entrega por las empresas licitadoras hasta la celebración del Comité de adjudicación, periodo que suele durar más de 10 días.

---

<sup>8</sup> <https://www.cnmc.es/consulta-publica-de-la-cnmc-sobre-el-sector-de-la-gestion-de-residuos-de-envases>. Ver Anexo III.

<sup>9</sup> Contestación de (información reservada) al requerimiento de información realizado de 6 de junio de 2022 (folio 1.242 CONFIDENCIAL del expediente sancionador).

### II.2.B.c. ECOEMBES limita y sustrae a los licitadores y al sector información relevante relativa al procedimiento de subasta

- (31) ECOEMBES organiza con, carácter trimestral, subastas de PET y PEAD en las que pone a disposición de los recicladores la totalidad del material procedente de la recogida selectiva en los contenedores amarillos (los envases ligeros o EELL) y de la recuperación de envases de los residuos sólidos urbanos (RSU) que va a estar disponible durante el trimestre siguiente procedente de las plantas de selección de envases y plantas de RSU cuyos residuos gestiona ECOEMBES a través de una serie de convenios con las administraciones públicas locales y autonómicas.
- (32) Según el informe de la DC, ECOEMBES realiza una escasa y tardía publicidad de los resultados de las adjudicaciones de las subastas. En el portal web de ECOEMBES accesible únicamente a los recicladores homologados, ésta publica los cuatro mejores precios ofertados en la subasta por cada zona en el caso de EELL y por cada planta en el caso de los envases de RSU, pero no publica la identidad de las empresas que han realizado dichas ofertas y tampoco las empresas que han participado en la subasta<sup>10</sup>. En la página web de ECOEMBES únicamente se publica la empresa adjudicataria y el precio de adjudicación junto a una relación porcentual de las siguientes 4 ofertas con el precio de adjudicación.
- (33) El hecho de limitar la información accesible a las empresas participantes en la subasta por parte de ECOEMBES sin justificación objetiva, no es inocua para las empresas que participan en las subastas. Según la DC, con ello se impide que éstas conozcan información relevante de su entorno competitivo, escondiéndoles información que les permitirían ajustar sus ofertas a dicho contexto. Esta limitación de información se suma al hecho de que en las subastas de ECOEMBES no existe un precio base de licitación que oriente a las empresas en cuanto al precio a ofertar, ni tampoco hay un acto de apertura pública de plicas previo.
- (34) El hecho de que no haya un precio base de licitación, junto a la falta de transparencia en los precios que oferta cada empresa, propiciaría, según la DC, un incremento artificial del precio de los insumos productivos como pone de manifiesto PET CIA en su denuncia y del cual se beneficiaría ECOEMBES.
- (35) En su informe, el órgano instructor señala que esta falta de transparencia se ha visto agravada en la última convocatoria de subasta de PET para el periodo enero-marzo de 2023, como consecuencia de la modificación de los criterios de

---

<sup>10</sup><https://www.ecoembes.com/es/recicladores-y-recogidas-fuera-del-hogar/residuo-municipal/convocatorias-y-adjudicaciones>

adjudicación para determinadas plantas. Con el nuevo sistema, la adjudicación en las plantas sometidas al mismo recaerá al 50% en los licitadores que presenten los dos mejores precios. Según información obtenida durante la instrucción del expediente, ECOEMBES omite en las bases de dicha convocatoria la información relativa a la cantidad de la que deberán hacerse cargo los adjudicatarios de dichas plantas, dado que la cantidad publicada en las bases de la convocatoria incluye una estimación, pero no la cantidad real que deben asumir ni la que está depositada en dichas plantas. ECOEMBES conocería este dato, ya que las plantas están obligadas a comunicar dicha información a ECOEMBES a través de su plataforma<sup>11</sup>.

- (36) Según la DC, esta limitación de la información por parte de ECOEMBES, unido al sistema de subasta ciega en sobre cerrado, impide que los recicladores puedan modular sus ofertas en función de la cantidad de material que prevén necesitar a la vista de su estimación de la demanda de producto transformado, de la demanda estimada del resto de los recicladores y de su *stock*, dificultando de forma importante su planificación industrial. Ello, según la DC, supone un importante obstáculo al funcionamiento competitivo de los mercados. El riesgo de adjudicarse una cantidad insuficiente de material durante todo un trimestre genera una presión al alza en los precios ofertados en las subastas, considerando que la oferta debe presentarse para todas las zonas.
- (37) En este contexto competitivo, los recicladores se ven obligados a realizar sus ofertas en un contexto de incertidumbre que sólo beneficia a ECOEMBES y puede tener consecuencias muy negativas para ellos, tanto en los casos en los que se les adjudica material que excede de su capacidad de reciclaje o financiera, lo que implicará que tengan que renunciar con la consiguiente penalización por parte de ECOEMBES, así como en los que no se les adjudica ningún material del único SIG del mercado.
- (38) Por otro lado, la DC considera que esa opacidad iría en contra del deber de transparencia que ECOEMBES debe observar, como único SIG del mercado para residuos de envases, deber que ya se puso de manifiesto tanto en precedentes nacionales como de otras autoridades de competencia<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Escrito de PET CÍA de 10 de noviembre de 2022, aportando información adicional (folios 8.047 a 8.054 del expediente sancionador).

<sup>12</sup> Resoluciones de 25 de abril de 2011 en el expediente S/0206/09 ECOEMBALAJES ESPAÑA y de 2 de abril de 2019 en el expediente S/0636/18 ECOEMBES.

Informes de la Autoridad francesa de la Competencia Informe de 2-A-17 de 13 de julio de 2012 relativo al sector de gestión de residuos cubiertos por el principio de la responsabilidad ampliada del productor; informe 10-A-21 de 19 de noviembre de 2010 relativo a la gestión de residuos de actividades de con riesgo infeccioso, Decisión de 27 septiembre 2010; Decisión 09-D-22 de 1 de

## II.2.C. Arbitrariedad en la ejecución del procedimiento de subasta

- (39) Según el informe de la DC, ECOEMBES estaría aplicando el procedimiento de subasta de forma arbitraria y de acuerdo con su conveniencia. Así, según las circunstancias, ECOEMBES introduce cambios en el procedimiento sin previo aviso ni explicación y adaptándolo a sus propias necesidades.

### II.2.C.a. Plazos injustificadamente largos que se modifican al arbitrio de ECOEMBES

- (40) Según se ha podido constatar la DC, ECOEMBES impone a los licitadores unos plazos injustificadamente largos y variables en la tramitación y adjudicación de sus subastas, que se extienden habitualmente entre 6 y 8 semanas desde la convocatoria hasta la publicación de la adjudicación. Estos plazos tan extensos no estarían justificados objetivamente.
- (41) Además, ECOEMBES varía los plazos de una subasta a otra según su conveniencia, de forma arbitraria, como se pone de manifiesto en la información que se ha recabado tanto en la inspección como en los requerimientos de información realizados, quedando acreditado que ECOEMBES ha convocado subastas en plazos muy reducidos cuando ha tenido necesidad de ello. Así ha sucedido con la convocatoria de nuevas subastas como consecuencia de las renunciaciones de algunos licitadores a las zonas o plantas adjudicadas en la subasta previa. Precisamente, tras las renunciaciones iniciales, en las nuevas subastas de EELL de PET del periodo enero-junio de 2021 y de julio-septiembre de 2022, el Comité de adjudicación de ECOEMBES se reunió un día después de la finalización del plazo para la presentación de ofertas y la adjudicación y entrada en vigor de los contratos se demoró dos semanas desde la publicación de la subasta<sup>13</sup>.
- (42) Por otra parte, la excesiva extensión de los plazos del procedimiento de ECOEMBES no es inocua para las empresas licitadoras, que se ven obligadas a realizar ofertas con mucho tiempo de antelación, lo que hace más probable que, en un mercado con importantes oscilaciones de precios, resulten fuera de mercado y antieconómicas para las empresas, y se produzcan renunciaciones y resoluciones de contratos, que a su vez se traducen en fuertes penalizaciones por

---

julio d+e 2009 relativa a la preparación de un proyecto de información geográfica para la recogida y el tratamiento de los residuos por la empresa Eco-Emballages.

<sup>13</sup> Subasta EELL de PET III de julio a septiembre 2022 (folios 5.563 a 5.570). En la tercera convocatoria para el periodo julio-septiembre de EELL de PET,<sup>13</sup> el plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 14 de septiembre y el Comité de adjudicación se reunía al día siguiente, 15 de septiembre de 2022. Es decir, en dicha subasta, ECOEMBES sólo necesitó un día para convocar el Comité de adjudicación y adjudicar, lo que cuestiona la necesidad de plazos tan largos.

parte de ECOEMBES. Por todo ello, los recicladores reclaman a ECOEMBES que acorte los tiempos de sus procedimientos de subasta.

- (43) En suma, según la DC, los dilatados plazos fijados por ECOEMBES en la ejecución del procedimiento de subasta dificultan de forma importante la competencia entre los operadores que tienen que hacer sus ofertas como mucha antelación y en un contexto de incertidumbre agravado por las otras deficiencias del procedimiento, la opacidad y la falta de información relevante sobre el marco en el que se produce la lucha competitiva.

### **II.2.C.b. Modificación de las condiciones del procedimiento de adjudicación sin previo aviso**

- (44) Asimismo, el órgano instructor considera que ECOEMBES modifica las condiciones del procedimiento de adjudicación sin previo aviso ni notificación a los operadores interesados y licitadores y sin necesidad de justificar dichos cambios.
- (45) Así se ha puesto de manifiesto, según consta en el informe de la DC, cuando modifica los plazos de las convocatorias o incluso los criterios de adjudicación, como ha ocurrido en la ya citada convocatoria de enero-marzo de 2023 de envases PET para la que ECOEMBES ha decidido que la adjudicación para algunas plantas recaiga al 50% en los licitadores que presenten los dos mejores precios.<sup>14</sup>

### **II.2.C.c. Aplicación de reglas distintas en las licitaciones**

- (46) En su informe el órgano instructor considera que ECOEMBES estaría aplicando, de forma injustificada y prima facie discriminatoria, reglas distintas para materiales relativamente similares entre sí, como son los envases plásticos de PET y de PEAD, poniendo a los licitadores de dichos materiales en condiciones de competencia muy distintas. Así, mientras que para el material PEAD existen ya limitaciones en la cantidad adjudicada que impide que una misma empresa pueda adjudicarse más del 50% del total subastado, este límite no se establece en las subastas de PET, lo que permite que una única empresa se pueda adjudicar la cantidad total subastada de PET.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Escrito de PET CÍA de 10 de noviembre de 2022, aportando información adicional (folios 8.047 a 8.054 del expediente sancionador).

<sup>15</sup> De forma excepcional ECOEMBES ha venido incluyendo una limitación de cantidad en las últimas convocatorias de envases ligeros para la zona 9.2 en la siguiente nota informativa: *“Debido al dimensionamiento del almacén, la elevada producción de material PET en la Zona 9 (2) y los frecuentes problemas logísticos con las retiradas de dicho material de la Planta de Selección de Envases Ligeros de Cerceda, para esta convocatoria, la adjudicación del material PET recaerá en los dos recicladores que oferten los dos mejores precios, de forma que cada reciclador*

- (47) Así ha ocurrido en la subasta de julio a septiembre de 2022, en la que (información reservada) se adjudicó todo el material PET de todas las zonas de EELL<sup>16</sup>.
- (48) Esta adjudicación total por parte de ECOEMBES tuvo como consecuencia que (información reservada) renunciara a (información reservada) zonas, así como la convocatoria urgente y sucesiva de dos nuevas subastas para adjudicar esas zonas. En estas circunstancias, sin embargo, ECOEMBES no ha informado a los recicladores sobre lo ocurrido con el material almacenado en las plantas objeto de renuncia por parte de (información reservada) y cuya subasta fue convocada posteriormente<sup>17</sup>.

#### **II.2.C.d. Asignación de materiales al margen del procedimiento de subasta**

- (49) Prescindiendo del procedimiento establecido, ECOEMBES habría solicitado, al menos a PET CÍA, la recogida del material procedente de plantas de selección que fueron adjudicadas a (información reservada) y a las que posteriormente renunció<sup>18</sup>. Todo ello, sin informar al resto de empresas recicladoras, ni convocar una nueva subasta, lo que pone de manifiesto, según la DC, no sólo la falta de transparencia con la que actúa ECOEMBES, sino la arbitrariedad (prima facie) en la ejecución de su procedimiento.

#### **II.2.C.e. Aplicación arbitraria del régimen sancionador previsto en su procedimiento y en sus contratos**

- (50) Por otro lado, según la DC, ECOEMBES podría haber aplicado de forma discriminatoria y arbitraria el régimen sancionador previsto tanto en su procedimiento de subastas como en sus contratos con los recicladores. Así lo ha puesto de manifiesto PET CÍA, en su escrito de 4 de noviembre de 2022, en el que aporta información según la cual ECOEMBES no habría aplicado a (información reservada) las consecuencias y penalizaciones previstas en su procedimiento de subastas y en sus contratos para casos de incumplimiento de la obligación de retirar el material adjudicado. Estas consecuencias suponen la resolución de los correspondientes contratos y la imposición de penalizaciones que incluyen además de una sanción económica, la prohibición a la empresa

---

*será adjudicatario del 50% de los kilos previstos en el presente documento de convocatoria de oferta” (énfasis añadido).*

<sup>16</sup> Escrito de PET CÍA de 15 de junio de 2022 Anexo 1 (folios 4.310 a 4.319 del expediente sancionador).

<sup>17</sup> Plantas de las Zonas 1(1) 1(2) 2(1) y 2(2).

<sup>18</sup> Correo de 21 de septiembre de 2022 de ECOEMBES a (información reservada) solicitando retirada de material (folios 5.714 y 5.715 del expediente sancionador).

incumplidora de participar en las dos próximas subastas para aquellas zonas en las que se hubiese resuelto el contrato<sup>19</sup>.

- (51) Finalmente, la DC considera que esta aplicación arbitraria supone un importante obstáculo para que los operadores puedan competir en condiciones de igualdad. Con su actuación arbitraria al aplicar el régimen sancionador de forma discriminatoria o adjudicando materiales fuera del procedimiento de subasta con total opacidad, ECOEMBES impide una lucha competitiva en términos de igualdad en un mercado en el que es un proveedor necesario e insustituible.

### **II.2.D. Efectos perjudiciales de la falta de transparencia y de la arbitrariedad en la consecución de los objetivos ambientales**

- (52) En su informe propuesta, la DC concluye que la ausencia de un procedimiento transparente y con garantías de seguridad jurídica, perjudica la consecución de los objetivos de sostenibilidad que exigen que los residuos se gestionen con la mayor eficiencia, rentabilidad y proximidad a su fuente. Así, en las últimas subastas de EELL de PET para el periodo julio a septiembre de 2022 y para el periodo octubre a diciembre de 2022, varias empresas han tenido que renunciar a un número importante de zonas que les habían sido adjudicadas de lo que se deriva que el material quede almacenado y se produzcan retrasos importantes en el reciclaje de esos materiales<sup>20</sup>.

### **II.3. [TERCERO] LAS MEDIDAS CAUTELARES PROPUESTAS**

- (53) La DC propone al amparo de lo dispuesto en el artículo 54 de la LDC y en el artículo 40.1.a) del RDC la adopción de las siguientes medidas cautelares<sup>21</sup>:

***(I). Medidas cautelares destinadas a garantizar la publicidad y transparencia en la tramitación de las subastas de envases ligeros (EELL) y Residuos Sólidos Urbanos (RSU) de material PET y PEAD para descartar su manipulación***

- (54) La DC propone que la Sala de Competencia inste a ECOEMBES a realizar las siguientes actuaciones desde la fecha de adopción de la eventual resolución de las medidas cautelares:

---

<sup>19</sup> Condición 6 de la convocatoria de ofertas de EELL.

<sup>20</sup> Escritos complementarios de PET CÍA de fecha 4.10.2022 folios 5.691 a 5.693 (escrito complementario 12 y de fecha 13 de octubre de 2022 escrito complementario 14 folios 5.754 a 5.758 del expediente sancionador).

<sup>21</sup> Artículo 40.1. de la RDC: “a) Órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere.”

- a. Incluir en las bases de la convocatoria de las subastas, la precisión de que, en cumplimiento de las medidas cautelares adoptadas mediante Resolución de la CNMC, los licitadores deberán remitir sus ofertas en sobres lacrados a D. Pedro José Garrido Chamorro, notario de Madrid con oficina en la calle Ventura Rodríguez, 24, 1º 28008 Madrid, teléfono. 910004720 (designado por la Junta Directiva del Colegio de Notarios de Madrid), dentro del plazo fijado en la correspondiente convocatoria y antes de las 15.00 horas de la fecha límite fijada por la convocatoria, bien en mano, o mediante correo postal que permita la certificación por la notaría de la empresa remitente, así como de la fecha y la hora de su recepción.
- b. Remitir las bases de las convocatorias de las subastas de los citados materiales, a la dirección de correo electrónico pgarrido@notariado.org, del notario designado, con copia a la dirección de la Subdirección de Industria y Energía de la Dirección de Competencia, dc.industriaenergia@cnmc.es, el mismo día que éstas sean remitidas a los recicladores.
- c. Publicar en su página web en un formato de acceso público general las bases de la convocatoria de las subastas.
- d. Publicar en su página web en un formato de acceso público general el acta notarial, elaborada y remitida por el notario designado, en su integridad, junto con todas las ofertas presentadas adjuntas al acta, al día siguiente de la recepción por ECOEMBES de su copia simple remitida por el notario.
- e. Una vez realizada la adjudicación, ECOEMBES deberá publicar el Acta de adjudicación de las citadas subastas en la web de ECOEMBES en un formato de acceso público general en un plazo máximo de 5 días laborables desde el día de recepción del acta notarial.
- f. En el caso de que la adjudicación no se haga a la empresa que ofertó el mejor precio según lo recogido por el Acta Notarial, ECOEMBES deberá recoger en el Acta de adjudicación el motivo y la justificación de la opción elegida para solventar dicha situación (adjudicación a la siguiente mejor oferta o convocatoria de una nueva subasta).

***(II). Participación de un fedatario público en las subastas de Envases ligeros (EELL) y Residuos Sólidos Urbanos (RSU) de material PET y PEAD***

- (55) D. Pedro José Garrido Chamorro, notario de Madrid con oficina en la calle Ventura Rodríguez, 24, 1º 28008 Madrid, teléfono 910004720, ha sido designado por la Junta Directiva del Colegio de Notarios de Madrid para intervenir en el procedimiento de adjudicación de las subastas de residuos de EELL y RSU, tanto de PET como de PEAD, para todas y cada una de las zonas y plantas convocadas

por ECOEMBES, con el fin de garantizar la transparencia, trazabilidad e integridad del contenido de los sobres con las ofertas presentadas.

(56) A estos efectos, la CNMC remitirá al citado notario un requerimiento marco para dar cumplimiento, en su caso, a la resolución de aprobación de las medidas cautelares en el que se recogerán las actuaciones a realizar por dicho notario y que consistirán en:

- a. La recepción de las bases de cada convocatoria de las subastas de material PET y PEAD, tanto en EELL como en RSU, que convoque ECOEMBES y que deberán ser remitidas con firma electrónica del representante apoderado de dicha empresa a la siguiente dirección de correo electrónico de D. Pedro José Garrido Chamorro, notario de Madrid: [pgarrido@notariado.org](mailto:pgarrido@notariado.org). A tal efecto, además, con carácter previo al inicio de su intervención en el procedimiento, ECOEMBES deberá notificar al notario designado los poderes que ostentan la persona o personas que vayan a firmar las convocatorias.
- b. La recepción física en la sede de la notaría sita en la calle Ventura Rodríguez, 24, 1º 28008 Madrid, de los sobres lacrados con las ofertas de las empresas recicladoras que quieran participar en las subastas de EELL y RSU, tanto de PET como de PEAD convocadas por ECOEMBES. Los sobres podrán entregarse en la citada notaría en mano o ser remitidos por correo postal, que permita la certificación por la notaría de la empresa remitente, así como de la fecha y la hora de su recepción.
- c. La emisión de un recibí para los sobres con las ofertas presentadas, en el que se recojan la fecha y hora de recepción de cada sobre. Sólo se tendrán en cuenta las ofertas que se hayan recibido en la sede de dicha notaría antes de las 15.00 horas del día fijado en la convocatoria como fecha límite de presentación de ofertas, tanto para las ofertas entregadas en mano como para las remitidas por correo.
- d. En el siguiente día laborable al de la fecha límite para la presentación de ofertas, el notario elaborará el acta con las ofertas recibidas al que se adjuntará el original de las ofertas presentadas por las empresas participantes y remitirá copia simple electrónica del acta, y posteriormente una copia autorizada en papel de la misma, a ECOEMBES, que deberá publicar en su página web al día siguiente en formato de acceso público. El acta también recogerá las ofertas que se hayan recibido fuera de plazo y que no serán consideradas.
- e. La publicación del Acta en el portal del Colegio de notarios al día siguiente de su remisión a ECOEMBES, cuando dicho portal esté habilitado al efecto.

- f. La elaboración de un modelo de documento de Acta marco y acta particular que articulará las actuaciones del fedatario público.
- (57) Los honorarios generados por la intervención de este fedatario público serán íntegramente soportados por ECOEMBES, que realizará su pago contra factura en el plazo máximo de 30 días desde la realización de cada una de ellas.

**(III). Limitación de la cantidad adjudicada a una sola empresa recicladora en las subastas de Envases ligeros (EELL) y Residuos Sólidos Urbanos (RSU) de material PET**

- (58) La Dirección de Competencia propone, con el objeto de evitar riesgos de exclusión de competidores,<sup>22</sup> así como renunciaciones por parte de los recicladores adjudicatarios por falta de capacidad económica y técnica para asumir las cantidades adjudicadas, la adopción de límites similares a los ya existentes en el ámbito del PEAD. Así, tal y como viene aplicando ECOEMBES en las convocatorias de las subastas de EELL de PEAD, se propone la imposición de una limitación del 50% en cuanto al número de zonas que se puede adjudicar a un mismo reciclador sobre el total de las zonas subastadas en EELL de PET.

## II.4. [CUARTO] Valoración de la Sala de Competencia

### II.4.A. Apariencia de buen derecho de la medida propuesta (fumus boni iuris)

#### II.4.A.a. Principios generales

- (59) De acuerdo con la jurisprudencia de la Audiencia Nacional y concretamente, con su Sentencia de 7 de marzo de 2008, *“no se trata de que exista una apariencia de buen derecho respecto a las conductas constitutivas de la infracción - que el Tribunal nunca podría valorar sin la completa tramitación del expediente en el que se garantice la audiencia de las partes interesadas y su defensa -, sino de la existencia de unos hechos cuya aparente verosimilitud de origen a un expediente para su esclarecimiento y calificación jurídica, y que tales hechos de continuar produciéndose pudieran, de una parte, impedir la efectiva ejecución de la Resolución finalizadora del expediente, y de otra, causar perjuicios a posibles interesados<sup>23</sup>.”*

---

<sup>22</sup> Misma razón esgrimida por la propia ECOEMBES en su contestación al requerimiento de información de 23 de junio de 2022 para justificar la adopción de límites en las convocatorias de PEAD (folios 4.402 a 4.407 del expediente sancionador).

<sup>23</sup> Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) Sentencia de 7 marzo 2008 Ferrocarril de Soller. JUR 2008\121304.

- (60) En el mismo sentido se ha pronunciado la autoridad española de competencia señalando que el estándar de prueba exigido no va más allá del hecho de que las conductas, tal y como han sido denunciadas, puedan constituir una infracción de la LDC y, en consecuencia, se pueda estar produciendo un daño en el mercado<sup>24</sup>.

#### II.4.A.b. Aplicación al caso concreto

- (61) De la información contenida en el informe propuesta elaborado por la DC, se puede concluir *prima facie* una razonable falta de transparencia en el procedimiento de subastas de ECOEMBES, y la arbitrariedad en su aplicación, razón por la cual el 3 de octubre de 2022 la Dirección de Competencia procedió a la incoación de un expediente por infracción del artículo 2 LDC y 102 TFUE contra ECOEMBES. Conductas que de continuar produciéndose podrían causar no sólo un perjuicio irreparable a la empresa denunciante, sino también a la competencia en el mercado, por lo que no es posible esperar a la resolución del expediente sancionador tramitado a tal efecto.
- (62) Esta falta de transparencia y arbitrariedad en la aplicación de procedimiento genera no sólo una gran inseguridad jurídica para los operadores del mercado, sino que hace peligrar el funcionamiento competitivo del mismo y la lucha en igualdad de condiciones con un riesgo claro de posible manipulación de los resultados de las adjudicaciones. Ello teniendo en cuenta que se ha constatado no sólo que ECOEMBES tuvo suscrito contratos preferenciales con derecho de tanteo con al menos dos entidades, como se expone en los apartados (16) a (20) y que el procedimiento de subasta no se encuentra auditado en lo que se refiere a la custodia de los sobres de las ofertas una vez llegan a la sede de ECOEMBES, ni tampoco la integridad de su contenido hasta la adjudicación, apartados (28) y (30).
- (63) ECOEMBES se configura como el único proveedor insustituible y necesario en el mercado español del PET y del PEAD, ostentando una posición cercana al monopolio en el mercado de recogida y selección de los residuos de envases del

---

<sup>24</sup> Resolución de 7 de mayo de 2008 de la CNC de concesión de medidas cautelares en el expediente MC/0001/08 Residuos Sanitarios 2: *“no se trata de que exista una apariencia de buen derecho respecto a las conductas constitutivas de la infracción, que este Consejo Nacional de Defensa de la Competencia en este momento del expediente nunca podría valorar sin la completa tramitación del expediente principal, en el que se garantice la audiencia de las partes interesadas y su defensa, sino de la existencia de unos hechos cuya aparente verosimilitud da paso a la apertura de un expediente sancionador, para su esclarecimiento y calificación jurídica y que tales hechos de continuar produciéndose pudieran, de una parte, impedir la efectiva ejecución de la resolución finalizadora del expediente; y de otra, causar perjuicios a posibles interesados”*. En el mismo sentido expedientes MC/0003/09 y MC/0008/13.

material plástico tipo PET y PEAD en España, como único SIG en el mercado de envases y residuos de envases plásticos.

- (64) Por tanto, como operador en posición de dominio, su especial responsabilidad exige que actúe de forma transparente sin menoscabar todavía más la competencia en un mercado en el que se encuentra especialmente debilitada, ante la ausencia de SIG alternativos de residuos de envases plásticos.
- (65) En el marco de dicha especial responsabilidad, ECOEMBES debería garantizar la lucha competitiva entre los operadores y la igualdad en el acceso al material que subasta, del que resulta ser proveedor necesario, a través de un procedimiento transparente y no discriminatorio. Por tanto, la transparencia del procedimiento de subasta se configura como la garantía imprescindible para asegurar la igualdad en la lucha competitiva y la competencia en los méritos como bien jurídico protegido por la LDC
- (66) Por todo lo anterior, esta Sala considera que los hechos resumidos en el informe propuesta, cuya aparente verosimilitud ha llevado a la incoación de un expediente sancionador por posibles prácticas contrarias al artículo 2 LDC y 102 TFUE constitutivas de un abuso de posición de dominio, de continuar produciéndose pudieran impedir la efectiva ejecución de la resolución finalizadora del expediente y de otra, causar perjuicios irreparables a posibles interesados.

#### **II.4.B. Daño irreversible (*periculum in mora*)**

##### **II.4.B.a. Principios generales**

- (67) Respecto del segundo de los requisitos, el criterio del *periculum in mora* se concreta en el carácter irreparable del daño que se produce al interés público afectado sin la adopción de las medidas cautelares.
- (68) La apreciación de la existencia de peligro en la demora requiere que, como resultado de la no adopción de la medida cautelar, se derive un daño para el funcionamiento competitivo del mercado de imposible o muy difícil reparación. Este requisito queda configurado, tal y como se ha venido destacando en anteriores resoluciones de la CNMC, por los peligros de infructuosidad y de tardanzas.<sup>25</sup>
- (69) Tal y como especificó el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 30 de mayo de 2006, el objetivo de las medidas cautelares es

---

<sup>25</sup> En la Resolución de la CNMC de 30 de abril de 2014 en el expediente MC/DC/0001/14 Criadores de Caballos 2.

*“lograr una cierta anticipación limitada de los efectos de la resolución del expediente sancionador, que sólo es procedente cuando de la información disponible se desprende como verosímil que los hechos denunciados constituyen una infracción de alguna de las prohibiciones establecidas por la LDC, derivando de la misma unas consecuencias contrarias al interés público protegido por la Ley, que son de imposible o muy difícil reparación a posteriori, resultando así necesaria la medida cautelar para evitar un daño irreparable al interés público protegido por la Ley: el buen funcionamiento o funcionamiento en libre competencia del mercado”*<sup>26</sup>.

- (70) La jurisprudencia de la Unión Europea dejó clara, desde el asunto Camera Care, la importancia de que las medidas cautelares se adopten sólo en caso de que se haya probado la urgencia de su adopción a fin de evitar una situación en la que sea probable causar un daño serio e irreparable a la parte que pretende su adopción o sea intolerable para el interés público<sup>27</sup>. Posteriormente, el Reglamento 1/2003 ha matizado esta jurisprudencia, indicando, en su artículo 8, que las medidas cautelares podrán ser adoptadas *“en caso de urgencia debido a un daño grave e irreparable a la competencia sobre la base de la declaración de la existencia prima facie de una infracción”*, no siendo, por tanto, suficiente que se ocasione un daño a una empresa<sup>28</sup>.
- (71) Por tanto, el *periculum in mora* ha de ser un peligro de lesión al interés público, que es el bien tutelado por el derecho de la competencia. En consecuencia, la solicitud que se eleve al Consejo debe partir de la base de la verosimilitud de los hechos denunciados, de la afectación del interés público por las conductas denunciadas y del carácter irreparable del daño que se produzca a la espera de la Resolución sobre el fondo.

#### **II.4.B.b. Aplicación al caso concreto**

- (72) A la vista del informe de la DC, esta Sala considera que existen indicios de que el procedimiento actual de adjudicación de materiales de PET y PEAD, establecido de forma unilateral por ECOEMBES, adolece de **falta de transparencia y de**

---

<sup>26</sup> En su Resolución de 30 de mayo de 2006(F.D.1º) en el Expediente MC 35/06, Excursiones Puerto de Soller.

<sup>27</sup> Asunto C-792/79 R Camera Care v Comisión, ECLI:EU:C:1980:18, párrafos 18 y 19.

<sup>28</sup> REGLAMENTO (CE) No 1/2003 DEL CONSEJO de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actualmente artículos 101 y 102 del TFUE).

**seguridad jurídica, y se aplica de forma arbitraria**, lo cual podría dar cobertura a eventuales conductas discriminatorias y abusivas por parte de ECOEMBES<sup>29</sup>.

- (73) La **ausencia de garantías para asegurar la integridad y trazabilidad** del procedimiento de subastas y el contenido de los sobres con las ofertas presentadas por las empresas recicladoras, genera un riesgo cierto de una posible alteración de las ofertas presentadas, que constituye una amenaza para la competencia en el mercado. En contra de lo que afirma ECOEMBES, el auditor contratado (información reservada) no garantiza la transparencia y trazabilidad del procedimiento en los términos expuestos en los apartados (28) y (30). Por tanto, se trata de evitar que esta falta de transparencia pueda estar dando cobertura a una eventual manipulación de subastas que, por otro lado, habría podido darse previamente bajo la cobertura de los citados acuerdos estratégicos entre ECOEMBES y algunos recicladores como se recoge en los apartados (16) a (20).
- (74) La opacidad constatada en el procedimiento de subastas de ECOEMBES menoscaba el interés general que supone la lucha competitiva en términos de igualdad entre operadores en las subastas de un producto para el que no pueden encontrar proveedor alternativo. Las posibilidades de suministro fuera de las subastas de ECOEMBES sólo pueden considerarse residuales, en condiciones mucho más desventajosas, tanto en términos de calidad del producto, como de cantidad y precio.
- (75) Por eso, con el fin de asegurarse la adjudicación de alguna subasta, las recicladoras ven obligadas a realizar una puja muy por encima del precio de mercado y de la oferta ganadora de la subasta inmediatamente anterior, al no tener precio de referencia o máximo de licitación, resultando en algunos casos antieconómica. Del mismo modo, se ven obligadas a ofertar al mayor número de zonas posibles, para garantizarse un mínimo de producto, con el consiguiente riesgo de verse en la necesidad de renunciar por exceso de adjudicación, como se ha visto en las subastas de EELL de PET para el periodo julio septiembre de 2022 y octubre diciembre de 2022 lo que conlleva importantes penalizaciones para las empresas, como se explica en los párrafos (34) a (38) .
- (76) Este importante grado de incertidumbre para las empresas que acuden a las subastas, se suma a la espera de más de un mes para conocer los resultados de la adjudicación, con el consiguiente perjuicio adicional que ello supone a los

---

<sup>29</sup> La posición de dominio de ECOEMBES ya ha sido reconocida por la propia CNMC en las resoluciones de archivo de los expedientes S/0206/09 ECOEMBALAJES ESPAÑA y S/0636/18 ECOEMBES.

efectos de planificar sus compras, desconociendo si tendrán que acudir a otra fuente de residuos para cubrir sus necesidades de producto.

- (77) En consecuencia, la incertidumbre de este procedimiento impide a las empresas recicladoras de material PET y PEAD una planificación eficiente del acceso a su principal insumo productivo con el riesgo de salida del mercado que esto supone.
- (78) Por otro lado, la aplicación arbitraria del procedimiento pone en peligro la lucha competitiva creando situaciones discriminatorias entre los recicladores que suponen un grave peligro para la competencia en el mercado. ECOEMBES impone a los recicladores de forma arbitraria y sin justificación objetiva, condiciones diferentes para las subastas de materiales tan similares como el PET y el PEAD.
- (79) De acuerdo con la información recabada, **la limitación del 50%** en la adjudicación de las zonas de una misma convocatoria a un reciclador para el suministro de material de EELL de PEAD, se introdujo, según manifiesta ECOEMBES, tras detectar un riesgo de empobrecimiento de las alternativas viables de reciclado de estos residuos si la totalidad de los lotes de una convocatoria fueran adjudicados a un único licitador<sup>30</sup>.
- (80) La conclusión que ECOEMBES extrajo en aquel caso sobre el mantenimiento del mismo procedimiento es, *prima facie*, aplicable al PET: podría poner en riesgo la viabilidad de terceros recicladores, así como la capacidad de reciclado alternativo, en el caso de que el reciclador adjudicatario tuviera problemas de viabilidad por meras cuestiones internas de gestión. Precisamente, en ambos casos, ECOEMBES señalaba que, de alargarse en el tiempo, podrían llegar a plantear serios problemas de disponibilidad de instalaciones de reciclado con las que poder cumplir los objetivos de reciclado y valorización propios de ECOEMBES como sistema integrado de gestión (SIG) de residuos de envases y envases usados.
- (81) Por dichas razones, ECOEMBES adoptó, como medida temporal y transitoria, una limitación del 50% de las zonas de EELL de PEAD adjudicadas a una misma empresa tal y como realizan otros SIG de envases europeos como COREPLA,

---

<sup>30</sup> Contestación de ECOEMBES al requerimiento de información de 23 de junio de 2022 (folios 4.402 a 4.407 del expediente sancionador). Según la contestación de ECOEMBES al requerimiento de información de 23 de junio de 2022 (folio 4.405 del expediente sancionador), en la adjudicación correspondiente a los contratos con inicio en julio del 2021, una empresa recicladora obtuvo el 31% de las toneladas ofertadas, correspondiendo a 5 zonas de las 13 ofertadas (38% de los lotes). En la adjudicación del mes de octubre del mismo año, la misma empresa recicladora resultó adjudicataria del 76% de las toneladas ofertadas, correspondiendo a 10 zonas de las 12 ofertadas (83% de los lotes). Dicha empresa ofertó un precio medio de casi un 30% por encima del promedio de los siguientes mejores precios.

consorcio italiano para la recogida y reciclado de envases de plástico que aplica una limitación del 30%<sup>31</sup>. En este sentido, la adjudicación de todo el material de envases a una única empresa está incluso prohibida en algunos países de nuestro entorno como es el caso de Italia<sup>32</sup>.

- (82) La ausencia de un límite en la cantidad que puede ser objeto de adjudicación a una misma empresa en las subastas de PET implica que el riesgo de exclusión en el mercado del PET de los recicladores sea mucho mayor que en el mercado del PEAD en el que sí existe ese límite, lo que no resulta justificable. Con ello ECOEMBES coloca en una situación competitiva mucho más débil a los recicladores del mercado del PET en las que una sola empresa puede acaparar el mercado como ya ocurrió con PET CIA en la subasta de EELL para el periodo julio septiembre.
- (83) Dada la posición de dominio de ECOEMBES como único SIG del mercado español para los residuos de envases, la exclusión de las subastas al no resultar adjudicatarios de ningún material, implica que los recicladores se ven abocados, al no existir una fuente de suministro equiparable en el mercado español, a acudir a fuentes de aprovisionamiento bien internacionales, lo que implica costes de transporte mucho mayores, bien marginales en España, por ser de peor calidad y con cantidades reducidas disponibles.
- (84) Por otro lado, la aplicación de arbitraria del procedimiento de sanción podría dar lugar a situaciones de discriminación tal y como se ha expuesto en los apartados (50) a (52) con la consiguiente distorsión de la lucha anticompetitiva que ello supone.
- (85) Similares consecuencias negativas para la competencia se derivan del incumplimiento de las condiciones del procedimiento establecido, bien obviando directamente el mismo, adjudicando material directamente y con total opacidad a determinados operadores como se recoge en el apartado (49).
- (86) La existencia de un potencial peligro de expulsión del mercado de operadores relevantes cuya viabilidad depende del acceso a estos insumos productivos, exige garantizar la seguridad y transparencia del procedimiento de adjudicación del gestor del único SIG de residuos de envases plásticos PET y PEAD en España

---

<sup>31</sup> Esta medida se aplicó por primera vez en la subasta de enero de 2022 de EELL de PEAD, en cuya convocatoria se informó oportunamente de dicha medida. Concretamente, en el punto 3 del apartado PRECIO A OFERTAR de la convocatoria: “(u)na única empresa ofertante no podrá ser adjudicataria de más del 50 % de las Zonas de la presente convocatoria.”

<sup>32</sup> En su contestación al requerimiento de información de ECOEMBES de 30 de agosto de 2022 señala que el COREPLA, consorcio italiano para la recogida y reciclado de envases de plástico aplica una limitación del 30%.

de forma urgente. En aras no sólo del interés público que supone la garantía de la lucha competitiva, sino también en la afectación que de ellos pudiera derivarse en la capacidad de reciclaje en España.

- (87) Además, dado que ECOEMBES estimó necesario adoptar unos límites en la adjudicación a un solo reciclador en el caso de los residuos de PEAD, sería necesario y proporcionado extender el mismo límite en el ámbito del PET para evitar que una sola empresa pueda acaparar todo el material de todas las zonas, y que una empresa no pueda resultar adjudicataria de más del 50% de las zonas subastadas.
- (88) La opacidad con la que actúa ECOEMBES no resulta conforme con la obligación de transparencia debida a la que se refería la CNMC en los precedentes ya referidos, ni tampoco con la especial responsabilidad que incumbe a un operador en situación monopolística como único SIG del mercado. En este mismo sentido, se ha pronunciado la autoridad de la competencia francesa señalando que los ecosistemas que gozan de una situación monopolista deben observar una obligación de transparencia en su operativa y en sus actuaciones en el mercado<sup>33</sup>.
- (89) Precisamente, como se ha señalado, el nuevo proyecto de Real Decreto de envases y residuos de envases, actualmente en tramitación por parte del Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico, se hace eco de la necesidad de dotar de transparencia este procedimiento, solicitado por los operadores económicos en el trámite de información pública de la norma, que prevé en el artículo 22.1 d) del borrador del Real Decreto de Envases y Residuos de Envases del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico un *“sistema de adjudicación en formato electrónico de los residuos de envases para su posterior gestión conforme al principio de jerarquía, autosuficiencia y proximidad regulados en los artículos 8 y 9 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, que garantice los principios de publicidad, concurrencia e igualdad, asegure la libre competencia y la trazabilidad de los residuos adjudicados hasta su tratamiento completo”*<sup>34</sup>.
- (90) No obstante, dado que el Reglamento de residuos de envases se encuentra todavía en tramitación y que prevé un periodo mínimo de un año para su

---

<sup>33</sup> Informe de 2-A-17 de 13 de julio de 2012 relativo al sector de gestión de residuos cubiertos por el principio de la responsabilidad ampliada del productor; informe 10-A-21 de 19 de noviembre de 2010 relativo a la gestión de residuos de actividades de con riesgo infeccioso, Decisión de 27 septiembre 2010; Decisión 09-D-22 de 1 de julio de 2009 relativa a la preparación de un proyecto de información geográfica para la recogida y el tratamiento de los residuos por la empresa Eco-Emballages.

<sup>34</sup><https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/participacion-publica/Residuos-2021-PRD-Envases-2021.aspx>

adaptación, se considera necesario que la transparencia sea garantizada lo antes posible, si bien, se considera prematuro la adopción de una subasta electrónica por la injerencia que ello podría suponer en los procedimientos de adjudicación de ECOEMBES.

- (91) Las medidas cautelares propuestas tienen por objetivo **garantizar la transparencia de todo el procedimiento de adjudicación, así como la trazabilidad e integridad del contenido de las ofertas presentadas**, como elementos esenciales de la competencia en los méritos, y, por tanto, proteger el interés general que ello supone teniendo en cuenta la relevancia de los residuos de envases plásticos en el cumplimiento de los objetivos del acuerdo de la Unión Europea conocido como Pacto Verde Europeo o “Green Deal”<sup>35</sup>.
- (92) Dichas medidas cautelares pretenden contribuir al cumplimiento de los objetivos de sostenibilidad y de reciclado establecidos en la normativa nacional y de la Unión Europea, evitando igualmente transportes innecesarios de residuos de envases con las ineficiencias ambientales que ello conlleva y perjudicando la consecución de los objetivos que a nivel global nos hemos marcado<sup>36</sup>.
- (93) De esta forma la transparencia se convierte en el mecanismo esencial e imprescindible para garantizar el interés público inherente no sólo de una competencia en los méritos en las adjudicaciones por parte del gestor del único SIG de envases en España, sino también en el instrumento para que la competencia contribuya de forma eficaz a la consecución de los objetivos del Pacto Verde Europeo conocido como el Green Deal<sup>37</sup>.
- (94) Por todo lo anterior, esta Sala considera necesaria y justificada la adopción de las **medidas cautelares destinadas a garantizar los principios de transparencia, concurrencia y no discriminación en el procedimiento de adjudicación realizado por ECOEMBES**, reduciendo los riesgos de arbitrariedad en su ejecución; así como para evitar el acaparamiento de los insumos productivos de PET en un solo reciclador, evitando conductas discriminatorias entre recicladores en su acceso a los insumos productivos con el daño que eso supone para la competencia en el mercado.

---

<sup>35</sup> Comunicación del Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones el Pacto Verde Europeo 11.12.2019 com (2019) 640 final.

<sup>36</sup> V Programa de Acción Comunitario en materia de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Unión Europea adoptó la Directiva 94/62/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre, relativa a los envases y residuos de envases.

<sup>37</sup> Comunicación del Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones el Pacto Verde Europeo 11.12.2019 com (2019) 640 final.

#### II.4.C. Proporcionalidad, ausencia de daño irreparable de las medidas cautelares propuestas y no violación de derechos fundamentales

- (95) Con el fin de garantizar la proporcionalidad de las medidas cautelares propuestas, se debe minimizar en la medida de lo posible los costes y alteraciones del procedimiento, al tiempo que se garantice la continuidad de las subastas de ECOEMBES.
- (96) Por la misma razón, esta Sala coincide con la DC en **la premura que supondría imponer una subasta electrónica con carácter inmediato como solicitaba PET CÍA**, dado que afectaría a la continuidad de las subastas, al que requerir un periodo transitorio para la adaptación, valoración y elección de la modalidad de subasta electrónica elegida por parte de ECOEMBES.
- (97) No obstante, sí se considera necesario asegurar de forma urgente la transparencia y la aplicación no discriminatoria del procedimiento de ECOEMBES. Ello, sin perjuicio de que la subasta electrónica deba implementarse en un futuro próximo cuando se apruebe el proyecto de Real Decreto por el que se regulan los residuos de envases.
- (98) Por ello, **se acuerda la intervención de un fedatario público en el procedimiento de las subastas, como medida proporcionada, de bajo coste y que, además, asegura la continuidad de las convocatorias con carácter inmediato, sin interrupciones**, por lo que no originaría ningún perjuicio irreparable para ninguna de las partes intervinientes en el procedimiento. Dicha intervención no genera perjuicio irreparable alguno a ECOEMBES, ni supone violación de derecho fundamental alguno pues la libertad de empresa prevista en el artículo 38 de la Constitución Española sigue estando plenamente garantizada.
- (99) En el mismo sentido, la propuesta de la aplicación de **la limitación de un 50% de las zonas subastadas para el PET a un mismo adjudicatario, es una medida ya establecida por la propia ECOEMBES para determinadas subastas de PEAD**, por lo que es proporcionada, de fácil implementación, sin generar perjuicio irreparable alguno y sin que suponga una violación de derechos fundamentales.
- (100) Dichas medidas cautelares **son de fácil y rápida aplicación** por parte de ECOEMBES, y pueden incluirse en la convocatoria con carácter inmediato en las siguientes subastas de residuos de EELL y RSU de material PET y PEAD, incluyendo en ellas de forma expresa la mención a las medidas cautelares y a la intervención del fedatario público.
- (101) Finalmente, dichas medidas cautelares están **limitadas en el tiempo** hasta la finalización del expediente sancionador de referencia, o en caso de producirse con

anterioridad a dicha finalización, hasta la adopción por parte ECOEMBES de un sistema de subasta electrónica según lo previsto en el artículo 22 apartado primero letra d) del borrador del Real Decreto de Envases y Residuos de Envases del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

#### **II.4.D. Alegaciones de las empresas al informe propuesta de la DC**

- (102) ECOEMBES manifiesta que ha adoptado de manera voluntaria las medidas propuestas por la DC y por ello solicita que se archive esta pieza de medidas cautelares por desaparición sobrevenida del objeto. La citada empresa aporta un certificado de acuerdos de su consejo de administración de 14 de diciembre de 2022 como prueba de ese compromiso de cumplimiento voluntario.

Esta Sala valora positivamente la adopción voluntaria por parte de ECOEMBES de las medidas previstas en la propuesta elevada por la DC, lo que constituye una confirmación de que éstas son proporcionadas y no van a suponer un perjuicio y una carga excesiva para la citada empresa.

Sin embargo, se desestima la solicitud de archivo de ECOEMBES por considerar que en el momento de adopción de estas medidas no es posible verificar su cumplimiento efectivo y voluntario por parte de la citada empresa, por lo que este acuerdo se convierte en el instrumento jurídico que garantiza el mantenimiento de unas obligaciones que persiguen evitar un daño irreversible al interés público y ofrecer al mercado la certeza necesaria de que no se van a seguir produciendo, al menos provisionalmente, los comportamientos descritos en esta resolución.

- (103) Por su parte, PET CIA se muestra conforme con las medidas propuestas y solicita que se amplíen para imponer la obligación del límite de adjudicación del 50% a una sola empresa también en las subastas de PEAD. Según señala la citada empresa, ECOEMBES habría vuelto a modificar unilateralmente las condiciones de subasta del material PEAD eliminado el límite del 50% en el número máximo de zonas que se puede adjudicar una empresa, y por ello pide a esta Sala que la medida aplicada para las subastas PET se haga extensible también para las de material PEAD.

A ello cabe responder que el pronunciamiento de esta Sala se ha circunscrito a resolver la propuesta elevada por el órgano instructor en la que no se incluye el límite de adjudicación en las subastas PEAD por entender que ya se estaba aplicando de manera voluntaria por ECOEMBES. En todo caso, en la valoración contenida en esta Resolución se desprende de manera clara la preocupación del órgano instructor y de esta Sala sobre la existencia de subastas que permitan que una misma empresa pueda adjudicarse más del 50% del total subastado motivo por el cual se ha establecido un límite para el material PET y se espera que este

mismo límite siga siendo también siendo aplicado voluntariamente para el material PEAD.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

### III. RESUELVE

**Primero.** Acordar las medidas cautelares en los términos descritos en el apartado II.3 de la presente resolución con el fin de garantizar la eficacia de la resolución que en su momento ponga fin al expediente sancionador.

**Segundo.** Estas medidas cautelares deberían aplicarse, desde la notificación de la presente resolución hasta la finalización del expediente sancionador de referencia, o en caso de producirse con anterioridad a dicha finalización, hasta la adopción por parte ECOEMBES de un sistema de subasta electrónica según lo previsto en el artículo 22 apartado primero letra d) del borrador de Real Decreto de Envases y Residuos de Envases del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.