



Roj: **SAN 4644/2023 - ECLI:ES:AN:2023:4644**

Id Cendoj: **28079230062023100616**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/09/2023**

Nº de Recurso: **575/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000575 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05661/2018

Demandante: INDRA

Procurador: DOÑA SILVIA VÁZQUEZ SENIN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil veintitrés.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 575/18 promovido por la Procuradora Doña Silvia Vázquez Senin, en nombre y representación de **INDRA** contra la resolución de 26 de julio de 2018, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se la impone una sanción de 13.500.000 € de multa por la infracción de los artículos 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de una infracción única y continuada de reparto de mercado, fijación de precios u otras condiciones comerciales y el intercambio de información comercial sensible, en diversas licitaciones públicas de servicios de tecnologías de la información en España.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

"Se declare no ajustada a Derecho y se anule la Resolución, de 26/07/2018, adoptada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, recaída en el expediente NUM000 -. Licitaciones aplicaciones informáticas, por los motivos expuestos en la presente demanda.

- Subsidiariamente, y en caso de ser desestimada la pretensión anterior, se declare no ajustada a Derecho la sanción de 13.500.000 € impuesta por ilegal y adolecer de falta de motivación y por ser desproporcionada."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Mediante auto de 28 de junio de 2019, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 13.500.000 euros, se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo y se fijó fecha para la ratificación del informe pericial de la actora el 17 de septiembre de 2019, en que tuvo lugar.

CUARTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 3 de febrero de 2023, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 10 de mayo de 2023, en que tuvo lugar.

La deliberación se ha prolongado en sesiones sucesivas hasta el 7 de septiembre de 2023.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 26 de julio de 2018, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se la impone una sanción de 13.500.000 € de multa por la infracción de los artículos 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de una infracción única y continuada de reparto de mercado, fijación de precios u otras condiciones comerciales y el intercambio de información comercial sensible, en diversas licitaciones públicas de servicios de tecnologías de la información en España.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente "Expte. NUM000 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS," era del siguiente tenor literal:

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

Segundo. Declarar responsables de dicha infracción a ACCENTURE S.L. y 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.: que ca- 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."

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1. Con fecha 8 de mayo de 2015, tuvo entrada en la CNMC un correo electrónico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por el que 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: NUM001).
2. Ello dio lugar a que el 12 de mayo de 2015, la Dirección de Competencia acordase la apertura de unas diligencias previas de investigación (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 Dirección de Competencia acordó el inicio de un procedimiento de investigación previa bajo la referencia S/DC/0565/15.
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.; Cibernos Consulting, S.A. y Software AG España, S.A.
5. 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 y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
6. Entre el 26 de abril y el 5 de mayo de 2018, la DC realizó diversos requerimientos de información.
7. El 14 de noviembre de 2016, la Dirección de Competencia acordó la suspensión del transcurso del plazo máximo de resolución del procedimiento, 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, lo que fue notificado a todos los interesados en el expediente.
8. El 24 de abril de 2017, la DC levantó la suspensión del transcurso del plazo máximo de resolución del expediente, 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.
9. El 19 de mayo de 2017, la DC formuló diversos requerimientos de información que fueron contestados.



10. La DC acordó suspender el transcurso del plazo máximo de resolución del procedimiento en el expediente NUM000 , conforme al artículo 37.1.d) de la LDC que fue notificada a todos los interesados en el expediente. La suspensión fue levantada tras la citada resolución de 26 de octubre de 2017, con efectos el 27 de octubre de 2017.

11. 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.

12. Con fecha 3 de noviembre de 2017, fue notificado a las partes el Pliego de Concreción de Hechos al que todas las empresas presentaron alegaciones.

Con fecha 30 de enero de 2018, el Director de Competencia dictó la propuesta de resolución del procedimiento, que fue debidamente notificada a las partes que presentaron alegaciones y con fecha 26 de febrero de 2018, fue elevada a la Sala de Competencia de la CNMC con el informe propuesta y con los escritos de alegaciones presentados por las empresas.

13. 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 transcurriera el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003. 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.

14. 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.

15. Con fecha 26 de junio de 2018, la Sala de Competencia requirió información a las empresas, relativo al volumen del mercado afectado y volumen de negocio total de las empresas del año 2017.

16. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó la resolución sancionadora en su sesión de 26 de julio de 2018.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, INDRA, (INDRA SISTEMAS S.A e INDRA SOFTWARE LABS S.L.), del siguiente modo:

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.

TERCERO.- Con carácter general, la resolución recurrida describe el mercado de producto relevante afectado por las conductas investigadas como el de servicios de tecnologías de la información (también denominado desarrollo y mantenimiento de software) que tiene un ámbito geográfico relevante nacional y que abarca a toda España.

De este modo dice que 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.

Destaca que 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.

CUARTO.- La resolución recurrida explica 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 relación con varios procedimientos de contratación sobre aplicaciones informáticas celebrados en distintos organismos públicos (Agencia Estatal de Administración Tributaria, Gerencia de Informática de la Seguridad Social, Servicio

Público de Empleo Estatal, Entorno Sap para Administraciones Autonómicas y Locales, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Cervantes).

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

La resolución recurrida entiende acreditado un *modus operandi* entre las empresas que se repite en los distintos contratos y se extiende a todos los organismos públicos analizados y que ha permitido el mantenimiento de las alianzas que describe.

Los aspectos más relevantes de ese modo de operar entre las empresas y que revela una concertación anticompetitiva entre ellas son lo que expone la resolución. En particular:

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

Relata que en gran parte de los procedimientos de contratación analizados se puede constatar cómo las empresas tienen conocimiento de la futura licitación con anterioridad a la publicación de la misma gracias a los contactos que las empresas mantienen dentro de la administración contratante. En particular, SAG e INDRA 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 de la resolución). Es más, 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 que refleja el alcance real de los acuerdos adoptados.

En ese acuerdo 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 de la resolución recurrida).

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.

Junto al 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.

Destaca la resolución recurrida que la redacción de los documentos citados suele ser muy similar y en ocasiones, idéntica en los distintos organismos públicos afectados. 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 de la resolución recurrida).

Otro aspecto relevante es que 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.

Explica la resolución que, en ocasiones la necesidad de contar con unos perfiles concretos lleva a que empresas grandes acepten en la UTE a empresas más pequeñas o les garanticen un porcentaje de facturación en forma de subcontratación preferente, negociando las empresas los porcentajes intentando asumir cada una la mayor proporción posible, al menos en lo que a los porcentajes nominales se refiere.

En otros casos, expone la resolución recurrida, 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

El sistema de regularizaciones forma parte de los compromisos adquiridos por las empresas para la constitución de las UTE (por ejemplo, hechos 6, 21, 29, 45, 80,101, 153, 189, 199, 212 de la resolución recurrida). Pretende 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, surte efecto el mecanismo de compensación, por el que las empresas que han facturado por encima de su porcentaje pactado deben compensar a las empresas que no han alcanzado los porcentajes iniciales. 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.

Expone 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

En el caso de los concursos C 68/06; AV 42/10; PA 20/2014, 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:

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.

Sin embargo, la resolución recurrida advierte que se ha acreditado el mantenimiento de los porcentajes de cada empresa ya que, en 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 NUM002 .

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.

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

Explica la resolución recurrida que estas subcontrataciones preferentes 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 de la resolución recurrida).

Cita como ejemplo, 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 NUM003 de la GISS.



En el mismo sentido, cita las subcontrataciones de ATOS, CONNECTIS y CIBERNOS en el expediente NUM004 de la GISS y de ATOS, CONNECTIS y GESEIN en el expediente NUM005 o las subcontrataciones a ATOS en distintos lotes del expediente NUM006 del SEPE.

En algunos casos, las subcontrataciones 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 lo encuentra en la sucesión de contratos de la AEAT, en los que, 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, la subcontratación responde a la necesidad de captar a una empresa en la UTE para que no compita en el contrato (por ejemplo, hechos 114 y 146) a cambio de no competir 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 basada en la confianza mutua existente entre ellas ha dado lugar al intercambio de información entre empresas de los datos personales de trabajadores y su categoría profesional, cuya relevancia, según la resolución recurrida, es importante dada la relevancia de un sector con una considerable especialidad técnica por lo que el personal de las empresas es uno de los grandes activos que genera valor a las empresas y les permite diferenciarse del resto.

Otro tipo de colaboraciones entre las empresas

Se refiere la resolución recurrida a las ofertas de cobertura para simular la concurrencia competitiva en algunos contratos en las que han 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 de la resolución recurrida).

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.

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

Expone la resolución sancionadora que 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 (NUM007 , NUM008 , NUM009 , NUM010).

En el caso del expediente NUM009 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 NUM010 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 NUM011 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 NUM012 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, según la resolución sancionadora, que las conductas descritas también conducen a descuentos inferiores a los que habrían existido en un entorno competitivo.

Así, en el expediente NUM003 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 NUM013 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 NUM004, 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 NUM005 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, precisa la resolución recurrida, en estos concursos de la GISS el presupuesto base de licitación coincide con el importe adjudicado, por lo que el descuento ofertado no redundaría 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 NUM014 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 NUM015, ya que los acuerdos englobaban ambos lotes (este último lo ganó INDRA con un 10% de descuento).

En el caso del expediente NUM006, 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 NUM016 se adjudicó con un 15% de descuento. Su continuación, el expediente NUM017, 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 60VC73/12, 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 son muy superiores a los ofertados cuando ambas se presentaban conjuntamente.

En cuanto a los expedientes relacionados con ADABAS/NATURAL del INSS, el expediente NUM018 se adjudicó con 15% de descuento. Su continuación, el expediente NUM019 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 NUM020 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, expone la resolución impugnada que las conductas recogidas en los hechos acreditados permiten a empresas 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 NUM009, 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 NUM021 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 costes laborales unitarios, de cara a intentar "justificar una bajada de salarios más generalizada para recuperar márgenes" (folio 9551).

Explica la resolución recurrida que respecto de los organismos cuyos concursos ha analizado en este expediente sancionador, 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).

QUINTO.- Tras la exposición anterior de los aspectos más relevantes del modo de operar entre las empresas sancionadas y que revela, a su juicio, una concertación anticompetitiva entre ellas, la resolución recurrida se refiere específicamente a la actora para relatar que 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).

Refiere que 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).

Asimismo, INDRA ha participado activamente en los acuerdos alcanzados en relación con todos los concursos de la GISS que se han descrito en cuanto al 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 y la 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 de la resolución recurrida).

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, razona la resolución recurrida que la interpretación de este dato junto con las afirmaciones realizadas por INDRA en el marco del expediente NUM006 (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 NUM006 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, entiende la resolución recurrida 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 NUM022 del SEPE, ha quedado acreditado, a juicio de la CNMC, 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, dice la resolución sancionadora, 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, la resolución recurrida reconoce que no ha podido acreditar que este acuerdo estratégico y con un marcado objeto anticompetitivo se haya llegado a poner en práctica (hechos 247 a 262).

Respecto de 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/



CP10/2005 y 60/VC-50/10 (continuación del anterior), sin 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.

Explica la resolución impugnada que la presentación en UTE de ambas empresas era innecesaria y no respondía a motivaciones técnicas o económicas. Prueba de ello, dice, es que en la continuación del concurso 60/VC50/10, el lote 6 del expediente NUM023, 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/VC28/10), 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).

SEXTO.- En su demanda, la parte recurrente denuncia que la CNMC no ha investigado el papel negociador de las Administraciones Públicas en el diseño, implementación y ejecución del modo de prestación de servicios informáticos que aquella considera anticompetitivo y cuestiona los argumentos de la resolución recurrida para justificar esa falta de investigación, así, la falta de cualidad de los órganos contratantes como sujeto infractor de las prácticas prohibidas por los arts 1 LDC y 101 TFUE, la inexistencia de un vínculo tal entre las administraciones y las empresas sancionadas que generase una confianza legítima en la legalidad de su conducta y la invariabilidad del resultado sancionador aunque se hubiese investigado el papel de las administraciones.

Plantea asimismo otros motivos impugnatorios como la incorrecta definición del mercado relevante, la indebida tipificación de la conducta como cartel y la inexistencia de una infracción única y continuada que además, ha prescrito.

Finalmente, en cuanto a la sanción denuncia la infracción del principio de legalidad sancionadora, del deber de motivación y la desproporción de la sanción.

SÉPTIMO.- El primer motivo no puede prosperar.

A juicio de la actora, el hecho de que la CNMC no haya investigado el papel negociador de las Administraciones Públicas en el diseño, implementación y ejecución del modelo de prestación de servicios informáticos que la CNMC considera anticompetitivo vulnera el principio de legalidad y su derecho de defensa.

Entiende que de haberse investigado el papel operado por la necesidad de fidelizar al personal que presta los servicios informáticos en organismos como la AEAT, GISS, SEPE e INSS hubiera incluso permitido apreciar la excepción prevista en el art. 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

Rechaza los argumentos utilizados por la CNMC en cuanto considera a los órganos contratantes carentes de aptitud para ser sujetos infractores de los arts 1 de la Ley 15/2007 y 101 TFUE, la inexistencia de confianza legítima que pudiera haber generado la Administración en INDRA y que pudiera justificar su conducta y que el hecho de investigar la actividad de los organismos públicos contratantes no habría alterado el reproche sancionador a la empresa que hubiera sido igualmente sancionada.

La actora sugiere que de haberse investigado el papel de las Administraciones intervinientes podría haberse considerado que su conducta integrara una excepción de las previstas en los arts. 1.3 de la Ley 15/2007 y 101.3 TFUE.

Esta última es una afirmación apodíctica que no razona la eventual concurrencia de todos los requisitos exigidos por dicho precepto para que pudiera apreciarse y que tampoco explica de qué modo podría haber favorecido a los consumidores y usuarios.

La resolución recurrida ha analizado el material probatorio existente y ha entendido que la eventual responsabilidad de las Administraciones debería ser depurada en el ámbito de la normativa de contratos y paralelamente entiende que debe traducirse en una reducción de la sanción pero el enjuiciamiento de esa decisión es ajeno al objeto de este recurso limitado a revisar la legalidad de la sanción impuesta a INDRA.



En todo caso sí conviene precisar que la resolución impugnada no declara que la Ley 15/2007 no resulte aplicable a las Administraciones Públicas pues ya el Tribunal de Justicia ha declarado que cuando la administración actúa como operador económico, su actuación está sometida al derecho de la competencia, así, en las sentencias del TJUE de 12 de julio de 2012, As. C-138/11 Compass-Datenbank y de 28 de febrero de 2013, As. C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas y el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de julio de 2016, rec. 2946/2013 declaró a la administración responsable del cártel sancionado (Vinos de Jerez), a pesar de que no actuaba como operador económico, al apreciar que desempeñó un papel activo y más allá del que le correspondía en el ejercicio de sus competencias como Administración.

Para declarar su responsabilidad por una infracción de competencia, lo relevante será no tanto la condición de operador económico sino que el papel desplegado por la Administración hubiera instigado o impulsado las conductas anticompetitivas de las empresas que fueron sancionadas pero aun aceptando que en el expediente pueden encontrarse indicios de que en algún caso la Administración podría haber conocido la existencia de algún reparto de mercado de ahí no puede deducirse la existencia de un vínculo entre la Administración contratante e Indra generadora de una confianza legítima para que esta entendiera que su conducta era lícita y amparada por la Administración.

Por esa razón, no advierte la Sala infracción alguna del principio de legalidad y del derecho de defensa de la recurrente por no haberse investigado en los términos que pretende INDRA el papel de las Administraciones intervinientes en las conductas sancionada porque no apreciamos carencia alguna de las posibilidades de defensa de la actora pues una cosa es que, como reconoce el propio voto particular de la resolución recurrida pudiera valorarse la intervención de aquellas como facilitadoras del cartel y otra que el no haberlas incluido en la incoación del procedimiento sancionador suponga la vulneración denunciada pues ello, en ningún caso y a la vista de la prueba existente hubiera supuesto la exoneración de responsabilidad para las empresas denunciadas y para INDRA, en particular.

OCTAVO.- INDRA critica la incorrecta definición del mercado que se extiende a los servicios informáticos de todas las Administraciones, no solo a la General del Estado sino a otras diferentes sean territoriales o no sin que exista prueba alguna de que INDRA y especialmente INDRA con SAG haya licitado conjuntamente en organismos diferentes de la AEAT, GISS, SEPE e INSS que es el ámbito en el que se han producido las conductas sancionadas.

Entiende por ello que el mercado relevante debe ser el definido por los cuatro organismos citados sin que haya razones para ampliarlo a todas las Administraciones Públicas que ni siquiera se identifican.

La resolución recurrida distingue entre mercado relevante y afectado, porque en este tipo de conductas el mercado afectado lo determina el comportamiento de las propias empresas ya que el concepto de 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 todo caso, el mercado afectado no es un elemento imprescindible del tipo en los supuestos del artículo 1 de la LDC y del 101 del TFUE. Los elementos que configuran la conducta de cártel son el acuerdo y la condición de competidor y aun cuando la delimitación concreta del mercado puede ser un elemento que permite apreciar la condición de competidores de las empresas en el mercado relevante, no es, sin embargo, un elemento imprescindible para acreditar la existencia de la infracción. De hecho, la definición de cártel recogida en la disposición adicional cuarta de la LDC entiende por cártel "todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores [...]".

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 8 de julio de 2004. Mannesmannröhren-Werke AG contra Comisión, asunto T-44/00, señala que, una vez probada la existencia del acuerdo anticompetitivo, la definición del mercado resulta irrelevante, aun cuando se pudiera haber llevado a cabo una definición incorrecta del mismo.

De igual manera, de la Sentencia del TPI (Sala Tercera ampliada) de 8 de julio de 2008 en el asunto AC-Treuhand AG contra Comisión, asunto T-99/04, se desprende que lo que realmente define la infracción es la "voluntad de las partes de comportarse de una determinada manera", sin necesidad de atender al mercado en el que las mismas operan. Asimismo, señala sobre la participación en un cártel de empresas que operan en mercados En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) de 8 de septiembre de 2010, Deltafina / Comisión, asunto T-29/05, vuelve a incidir en la misma idea cuando invoca la anterior sentencia citada.



También en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand / Comisión, asunto C-194/14 P, se indica que "Por lo que respecta, en primer lugar, al [antiguo] artículo 81 CE, apartado 1, (...), ha de señalarse, desde un principio, que no hay nada en la redacción de esta disposición que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en tales acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por esto" Y a estas sentencias se remite también la Sentencia del Tribunal General (Sala Segunda ampliada) de 10 de noviembre de 2017, Icap y otros / Comisión, asunto T-180/15, a la que se remite el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de mayo de 2020 (Rec. 7880/2018), en el ámbito del expediente sancionador NUM024 . Y así lo ha reiterado el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de octubre de 2020 (Rec. 4227/2019), en el ámbito del expediente sancionador NUM025 CON[1]CESIONARIOS AUDI/SEAT/VW.

Sin embargo, no apreciamos infracción alguna en ese aspecto porque hemos de partir del mercado relevante que en el caso enjuiciado es el de servicios de tecnología de la información y, a partir de ahí, el mercado afectado viene definido por el ámbito en el que la conducta haya producido o pueda producir efectos sobre la competencia efectiva.

En el presente caso, las conductas investigadas se han centrado en las licitaciones efectuadas por varios organismos de la Administración General del Estado y a la hora de imponer la sanción, la resolución ha tenido en cuenta el volumen total de negocios de la empresa en los términos indicados por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 por lo que estimamos correcta la definición del mercado afectado que hace la resolución recurrida.

Sostiene también INDRA que la CNMC no tiene en cuenta que las empresas sancionadas lo han sido por conformar UTES con una finalidad colusoria y por tanto debe tenerse en cuenta esta circunstancia pues la escasa cuota individual que tienen las empresas reflejan una estructura de mercado atomizada en la que no es probable que se produzcan problemas de competencia.

Ahora bien, aunque es cierto que la resolución recurrida menciona que la cuota de mercado conjunta de las empresas sancionadas es reducida (en torno al 40%) en realidad, dicha cuota no se ha tenido en cuenta para el proceso de individualización de la sanción.

La resolución sancionadora no tiene en cuenta tanto la cuota de mercado conjunta de las empresas sancionadas como un factor que resulta especialmente relevante en este mercado, el de disponer de personal especializado de manera que las empresas que venían prestando el servicio se encontraban en mejor posición para resultar adjudicatarias de las futuras licitaciones por lo que las conductas descritas anteriormente eliminaban la competencia entre estas empresas y perjudicaban los intereses de las Administraciones de garantizar una concurrencia efectiva. Este factor es más relevante que el que resulta del porcentaje de la cuota conjunta de mercado.

NOVENO.- Denuncia la recurrente la inexistencia de infracción única y continuada así como el cese de las conductas y su prescripción.

Censura INDRA la ausencia de análisis de la legislación de contratación pública y del poder negociador que tiene la Administración en ese ámbito. Rechaza también que la CNMC considere intercambio de información comercial lo que en realidad responde a las expectativas razonables de las empresas ante lo que entienden es una inminente licitación dado su conocimiento del mercado y del funcionamiento de los tiempos de las licitaciones.

Añade que la resolución sancionadora omite el análisis de UTES que INDRA ha formado con diversas empresas en otras licitaciones al igual que varias empresas de las sancionadas han formado alianzas en forma de UTE compitiendo entre sí.

Debemos recordar la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo sobre el concepto de infracción única y continuada .

En la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, en el asunto T-211/08, Putters International NV, con cita de la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C- 49/92, Rec. p. I-4125), apartado 82, se afirmó que para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 31 supra , apartado 87). Y añadió que las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además,



sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T- 50/95 a T-65/95, T-68/95 a T- 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112).

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

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

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

Además, no solo se ha de probar la existencia del cartel sino también su duración, STJUE de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T25 /95 T26/95, T30 /95 a T32/95, T34 /95 a T39/95, T42 /95 a T46/95, T48 /95, T50/95 a T65 /95, T68/95 a T71 /95, T87/95, T88 /95, T103/95 y T10 4/95, Rec. p. II491, (apartado 2802).

El carácter clandestino y oculto de mayor parte de este tipo de actividades, conlleva una dificultad probatoria a la que no ha sido ajeno el TJUE, dificultad que no solo se extiende a la participación sino a la duración de la conducta, por ello «[s]i no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe basarse al menos en pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas [...]», STJCE de 7 de julio de 1994, Dunlop Slazenger/Comisión, T43 /92, Rec. p. II441 (apartado 79), y de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T12 0/04, Rec. p. II4441, (apartado 51).

Esta construcción jurisprudencial permite que, tanto al sujeto o a la empresa que han participado en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, como a aquel o aquella que solo ha participado en una parte de los que componen la infracción única y continuada, pero con conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo, se le puedan imputar en ambos casos la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción, STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 158) y STJUE 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, (apartado 43).

Basta con que se trate de una infracción única y continuada para que necesariamente pueda considerarse que una empresa que participe en una u otra de sus manifestaciones, sea responsable de la totalidad de esa infracción. Sin embargo, es necesario que quien sanciona demuestre que esa empresa conocía las actividades contrarias a la competencia a escala europea de las demás empresas o que podía razonablemente preverlas. Debe acreditarse que la referida empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por todos los participantes y que tenía conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos,



o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo, STJUE 9 de septiembre de 2015, T104/13, Toshiba Corp, (apartado 53).

Esta unicidad en la infracción permite hacer responsable a una empresa, como integrante de este plan preconcebido de los actos y comportamientos que materialmente haya realizado otro de los integrantes del grupo, en una suerte de responsabilidad solidaria que rompe el principio de individualización de la pena.

Sin embargo, no podrán ser sancionados si a pesar de participar directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, no se haya «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 [...]», STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 158) y STJUE de 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, (apartado 44).

El que sea calificada una infracción del artículo 101 del TFUE como infracción única y continuada tiene importantes consecuencias en la imputación de la conducta en el ámbito temporal, ya que una empresa que haya participado en una infracción de este tipo, mediante comportamientos propios, calificables de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendía contribuir a la realización de la infracción en su conjunto, es también responsable, durante todo el tiempo que dure su participación en dicha infracción, de los comportamientos de otras empresas en el marco de la misma infracción, STJUE Comisión/Anic Partecipazioni, (apartado 83).

Además, permite presumir que la infracción o la participación de una empresa no se ha interrumpido, aunque no se disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto, STG 17 de mayo de 2013, T147/09 y T14 8/09 Trelleborg, (apartado 61). Con la infracción única y continuada se presume que, a pesar de periodos de aparente inactividad o donde no es posible desplegar toda la carga probatoria, la infracción continúe permitiendo la imputación de la responsabilidad por todo ese periodo de latencia.

La falta de prueba sobre la existencia de un acuerdo durante algunos periodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución por una empresa durante un periodo concreto, «[n]o impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en periodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continua [...]», STJUE 11 de enero de 2008, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, (apartados 57, 97 y 98), STJUE de 7 de enero de 2004 Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 52 supra, apartado 260), y STG Trelleborg, (apartado 59).

Esta circunstancia permite la imposición de una multa por la totalidad del periodo de infracción considerado y determina la fecha en la que empieza a correr el plazo de prescripción, a saber, la fecha en la que la infracción continua ha finalizado, STG Trelleborg, (apartado 62).

Las consecuencias son muy relevantes. (i) Permite que la infracción o la participación de una empresa en ella, no se haya interrumpido aunque no disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, siempre apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto; (ii) habilita la imposición de la multa por todo el periodo a cualquiera de los partícipes; (iii) y el plazo de prescripción queda interrumpido por la continuidad en la infracción.

No obstante, para permitir imputar este periodo intermedio de aparente inactividad, de actividad más reducida, o cuando estamos ante actos separados en el tiempo, no basta para poder sancionar la mera «[r]referencia genérica a la distorsión de la competencia [...]» se requiere de indicios objetivos y concordantes de una eventual voluntad persistente de las demandantes de reactivar el cartel o de adherirse a sus objetivos para presumir



válidamente una participación continua, aun pasiva, por parte de las empresas, STG Trelleborg, (apartados 61 y 62).

Por último, el supuesto carácter abusivo del recurso a la teoría de la infracción continuada no puede apreciarse in abstracto y depende en esencia de las circunstancias de cada caso concreto, y en particular de que el órgano sancionador consiga demostrar que se trata de una infracción única durante los diferentes periodos considerados, STG Trelleborg, (apartado 94). No obstante, se debe estar especialmente atento o actuar con la debida cautela puesto que *«la Comisión podría postergar indefinidamente la prescripción y reducirla así a la nada, lo que es contrario al principio de seguridad jurídica.»*, (apartado 93).

En el presente caso, la actora no discute la realidad de los elementos probatorios que obran en el expediente.

Tras su análisis, coincide la Sala con la resolución recurrida, que el objetivo común de las empresas sancionadas era el mantenimiento de las alianzas preexistentes asegurando así la adjudicación de los contratos para repartirse el mercado simulando una competencia que no era real mediante el *modus operandi* antes descrito que implicaba la utilización con aquel objeto de UTES, la subcontratación, la realización de ofertas de cobertura e incluso la cesión de claves de Patrimonio.

Como antes se ha expuesto, la resolución recurrida describe una forma de operar de las empresas sancionadas que se repite en el tiempo en las sucesivas licitaciones de los organismos públicos afectados y que persigue mantener los acuerdos de colaboración entre ellas eliminando la concurrencia competitiva en los procedimientos de contratación.

Esa colaboración se ha llevado a cabo, fundamentalmente, mediante el empleo de la participación en UTE, y a través de la subcontratación que incluye acuerdos de no competencia pues a cambio de no competir por la adjudicación del contrato de que se trate la empresa subcontratada recibe un porcentaje de facturación y unas condiciones mejores que las que obtendría de concurrir con otras empresas subcontratadas.

Es cierto que la Administración introdujo mecanismos para garantizar la concurrencia competitiva, pero ello no fue obstáculo para que las empresas se adaptaran de nuevo a esa situación.

En el Fundamento de Derecho Quinto se ha expuesto como 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).

Asimismo INDRA ha participado en los acuerdos relativos a los concursos de la GISS utilizando el intercambio de información comercial sensible, firmando acuerdos de colaboración con las empresas que venían prestando los servicios con anterioridad y decidiendo la forma de presentarse a los concursos (en UTE, por separado, con subcontrataciones, etc.). De este modo, 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), entre otros.

INDRA también alcanzó acuerdos de carácter anticompetitivo en relación a los expedientes licitados por el SEPE, ya desde el concurso C11/08 que fue adjudicado a la UTE INDRA/ACCENTURE/GESEIN/CORITEL (lote 6) (hechos 181 a 199), entre otros.

Respecto de 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/CP10/2005 y 60/VC-50/10 (continuación del anterior), sin que existiese una justificación objetiva para ello (hechos 263 a 276).

Finalmente, como explica la resolución recurrida, 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).

A juicio de la Sala, queda acreditado por ello la participación de INDRA en una infracción única y continuada de reparto de mercado, fijación de precios u otras condiciones comerciales y el intercambio de información comercial sensible, en las licitaciones públicas de servicios de tecnologías de la información que se han descrito.

DÉCIMO.- INDRA considera que la infracción habría prescrito porque la propia resolución recurrida admite que la conducta colusoria finalizó en 2012 y a partir de ese momento no se puede acreditar la continuidad de la infracción y la supuesta infracción única y continuada hasta el 22 de abril de 2012 habría prescrito porque el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador se dictó el 20 de abril de 2016.

Rechaza la cita de la sentencia del TS de 23 de marzo de 2018, rec.1409/2015, en la que se considera que la existencia de un periodo en el que no se acredite algún acto no impide la continuidad en la infracción si antes

y después de este periodo los actos responden a los mismos parámetros pues a su juicio, el caso enjuiciado por dicha sentencia es diferente porque aquí no es que no haya prueba de la conducta ilícita sino que la propia CNMC ha estimado la existencia de competencia y por rota la concertación hasta el punto de que destaca que los sancionados ofertaron descuentos de más del 30%.

En realidad, la resolución recurrida cuando razona la concurrencia de los factores a considerar para cuantificar la sanción destaca que 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.

Además, olvida INDRA que el resultado de la licitación del 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 NUM001) fue el que motivó el 8 de mayo de 2015, la comunicación de la AEAT a la CNMC de una serie de hechos que dieron lugar, el 12 de mayo de 2015, a que la Dirección de Competencia acordase la apertura de unas diligencias previas de investigación (DP/0077/15), que el 5 de octubre de 2015, la Dirección de Competencia acordase el inicio de un procedimiento de investigación previa bajo la referencia S/DC/0565/15.

Inmediatamente, el 27, 28 y 29 de octubre de 2015, se realizaron las 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. y a la incoación, el 20 de abril de 2016, del expediente sancionador.

Como explica la resolución recurrida, el 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 NUM001) supone la continuación de los contratos de 2007 y 2011 (expedientes NUM008 y NUM010), 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%.

Explica que el 9 de diciembre de 2014, antes de la publicación de la licitación, las empresas SAG, INDRA, CIBERNOS e IBM se reunieron para hablar sobre este concurso (folios 6660, 845 y 846) 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).

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, en el correo interno de 26 de febrero de 2015, duda sobre la conveniencia de ir solo o en UTE:

" Celestina , 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).

Explica INDRA en ese correo que la opción de ir en UTE 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).

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 Dirección de Competencia, 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.

" *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".

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). 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).

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).*

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, de 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.

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.

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.

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.

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 servicios 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 NUM021 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. (

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).

Este contrato, que supone la continuidad de los contratos de 2007 y 2011 (expedientes NUM008 y NUM010) refleja perfectamente la forma de operar de las empresas sancionadas mediante la utilización instrumental de la UTE y la subcontratación con el fin de repartirse las licitaciones.

En el correo interno de INDRA afirma que " *INDRA se presentará en UTE con IBM al lote 2, pero sigue respetando el acuerdo entre los 4 miembros de la actual UTE*"

La UTE con IBM, se repartía, estará repartida con el 57,33% Indra y el 36,58% IBM, pero al propio tiempo reserva el resto (6,09%) a los otros miembros de la otra UTE al respetarse el acuerdo actual de porcentajes.

Sin embargo, INDRA negoció con IBM la posibilidad de que fuera como subcontratada.

Así se acordó que INDRA se presentase sola al lote 2 y subcontratase a IBM. El acuerdo, de 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).



Las actuaciones descritas en relación a este contrato reflejan *el modus operandi* que explica la resolución recurrida y que, en general, utilizaban las empresas sancionadas. Revela que la UTE no responde a una necesidad técnica ni económica y que se utiliza indistintamente esta figura y la subcontratación en función del margen de beneficio que deja una u otra y con la finalidad de repartirse los contratos imponiendo además esta última un pacto de no competencia a cambio.

No existe por ello prescripción, pues no ofrece duda que la conducta colusoria de INDRA se prolongó hasta 2015 y el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador se dictó el 20 de abril de 2016.

DÉCIMOPRIMERO.- Sostiene INDRA que en el Pliego de concreción de hechos no se afirmó ni imputó la existencia de un cartel, figura que aparece en la propuesta de resolución si bien como modalidad HUB&Spoke que no se mantiene en la resolución sancionadora.

Rechaza que se pueda calificar como cartel conductas como las sancionadas pues las administraciones eran conocedoras e incluso propulsoras de las alianzas (UTES y subcontrataciones) establecidas por las empresas para la ejecución de los contratos. Añade que, pese a lo que afirma la CNMC, no ha sido sancionada por ninguna conducta que comporte cesión de claves de patrimonio y aunque existen casos puntuales de ofertas de cobertura la Administración era conocedora de la situación. Menciona así el correo "oferta de acompañamiento PSPÍ" en el que Indra dice "*lo he hablado con el MSPSI y me comentan que necesitan recibir vuestra oferta y no valdría una desestimación*".

Conviene precisar que el art. 33 del reglamento 261/2008, de 22 de febrero, exige que "los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos" de manera que lo relevante en el pliego es la descripción de los hechos sin exigir una calificación jurídica precisa más allá de que estos constituyan una infracción pues en otro caso, conforme al apartado 3, tras las alegaciones y pruebas necesarias "*la Dirección de Investigación procederá al cierre de la fase de instrucción, notificándolo a los interesados, con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio*".

Es la propuesta de resolución la que, conforme indica el art. 34 del reglamento de Defensa de la Competencia "*deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio*". Cuando la Dirección de Investigación considere que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas pondrá de manifiesto dicha circunstancia en su propuesta de resolución".

En el presente caso, la resolución sancionadora mantiene la calificación de cartel que contiene la propuesta de resolución al estimar acreditadas conductas que suponen 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, conductas que la Sala entiende acreditadas y que encajan perfectamente en el concepto de cartel.

El hecho de que INDRA no haya sido sancionada específicamente por ninguna conducta que comporte cesión de claves de patrimonio es irrelevante pues ese es uno de los varios factores que se han puesto de manifiesto para explicar la forma de operar de las empresas sancionadas y que, en conjunto, revela la existencia de un cartel pero su ausencia en el caso de INDRA no elimina el carácter ilícito de su conducta a la vista del resto de la prueba existente.

Tampoco puede negarse el carácter secreto de las prácticas pues se ha acreditado que a la Administración se le ocultaba el alcance real de los acuerdos y que no siempre coinciden con la oferta formal presentada en el procedimiento de licitación.

DÉCILOSEGUNDO.- Rechaza Indra los argumentos de la resolución recurrida para negar la aplicación del principio de confianza legítima porque, en síntesis, su importancia y reputación como empresa no permiten presumir el conocimiento por parte de Indra del carácter ilícito de las conductas por las que ha sido sancionada.

Considera contrario al estándar del derecho de defensa que se utilice un email de la asesoría jurídica de la empresa ATOS (folio 5520) como elemento que revela que conocía la ilegalidad de la conducta puesto que no es destinataria de dicho correo.

Finalmente, que la resolución sancionadora le exige un comportamiento empresarial prácticamente heroico y desigual respecto de las administraciones públicas porque le supone tener que romper alianzas comercialmente rentables y necesarias técnica y jurídicamente para concurrir a las licitaciones públicas.



Conviene recordar la jurisprudencia del TJUE sobre el principio de confianza legítima y así la sentencia del TJUE de 18 de junio de 2013 en el asunto C- 681/11, Schenker advierte que:

"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 de que no dará lugar a la imposición de una multa."

La jurisprudencia del TJUE exige, además que:

"estas garantías deben ser de tal naturaleza que puedan suscitar una esperanza legítima en el ánimo de la persona a la que se dirigen."

En tercer lugar, las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables [véanse las sentencias de 16 de diciembre de 2008, Masdar (UK)/Comisión, C-47/07 P, EU:C:2008:726, apartado 81 y jurisprudencia citada, y de 23 de febrero de 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Comisión, T-282/02, EU:T:2006:64, apartado 77 y jurisprudencia citada], habiéndose precisado además que las garantías ofrecidas sobre el hecho de que no se recuperará una ayuda, que pueden resultar de las garantías ofrecidas sobre la imposibilidad de calificar de ayuda la medida de que se trate, son conformes con el artículo 14 del Reglamento n.º 659/1999 (véase el apartado 44 supra; véase igualmente, en este sentido, la sentencia dictada hoy Banco Santander y Santusa/Comisión, T-399/11 RENV, apartados 272 a 278)." En el mismo sentido, la STJUE T-207/10, de 15 de noviembre de 2018 Deutsche Telekom AG y Comisión Europea que cita la recurrente."

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de diciembre de 2007, rec. 1907/2005 ha indicado que para la aplicación del principio de confianza legítima se exige que la Administración haya dado al particular que la invoca garantías concretas que fundamentalmente le hacen concebir esperanzas fundadas y su admisión debe basarse en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes.

Además, como ha reiterado la jurisprudencia - SSTS de 13 de diciembre de 2021, rec. 371/2021, 28 de diciembre 2012, rec. 273/2009) y 3 de julio 2013 (Rec. 2511/2011), entre otras muchas el principio de confianza legítima "no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico".

En el presente caso, no podemos apreciar confianza legítima alguna generada por la Administración y que legitimase las conductas por las que ha sido sancionada INDRA.

Como se ha expuesto, ha quedado acreditado específicamente para INDRA que el reparto real entre las empresas y el teórico comunicado a la administración no siempre coincidía, revelando así una voluntad específica de ocultar el contenido de unos acuerdos de colaboración que en circunstancias normales debían ser conocidos por la administración contratante.

Esta opacidad también se aprecia en los contratos en los que se divide su objeto en varios lotes, al pretender la Administración fomentar la competencia en la licitación.

En estos casos, las empresas simulan concurrir en competencia pese a que, previamente, y de común acuerdo se han repartido la totalidad del contrato haciendo ilusoria una competencia efectiva.

Por otro lado, tampoco afirma la resolución recurrida que INDRA hubiera tenido conocimiento del correo remitido por ATOS (folio 5520 del expediente) pues no era destinatario del mismo sino que las dudas sobre la legalidad de las conductas que expresaba la asesoría jurídica de ATOS respecto de los acuerdos de esta empresa con SAG y THALES, que podían vulnerar las normas de la competencia y la contratación administrativa podían ser asumidas por otras empresas dada su relevancia y la importancia del contrato. En ese contexto debe entenderse la valoración que hace la resolución recurrida de la presunción de conocimiento de la ilicitud de las conductas si tenemos en cuenta además que el Reglamento 1/2003, del Consejo y la Ley 15/2007 han ampliado el deber de autoevaluación de las empresas respecto de la adecuación de sus conductas a las normas de competencia.

DÉCIMOTERCERO.- Insiste INDRA en que ha demostrado que las UTES y Subcontrataciones por las que ha sido sancionada están justificadas y son necesarias (pag 28 y ss del informe pericial) habiendo acreditado INDRA la necesidad de concurrir a aquellas licitaciones en fórmulas de colaboración empresarial y la imposibilidad de hacerlo en solitario.

Se refiere el informe pericial al conjunto de exigencias de los pliegos relativas al personal incluido en las ofertas que justificaban la necesidad de colaboración



- a) Exigen aportar el curriculum de las personas que en caso de ganar el concurso se ocuparían de dar el servicio.
- b) Obligan a contratar o precontratar el personal en la fase de realización de la oferta
- c) Imponen penalizaciones económicas si se realizan cambios de personal, penalizaciones que pueden consistir en varias semanas de trabajo no facturables.

En segundo lugar, el hecho de que la cuota conjunta de las empresas de la UTE no era elevada (la cuota de mercado conjunta de las empresas de las UTE se sitúa entre el 6 y el 11% salvo en dos ocasiones en que se sitúa entre el 14 y el 15%).

Paralelamente las empresas más pequeñas que integran la UTE tienen una cuota de mercado inferior al 1% por lo que la constitución de UTEs no es una estrategia de las grandes empresas para excluir a las pequeñas.

Concluye el informe, que la formación de UTEs en este expediente ha generado mayor competencia y menores costes para las empresas y la Administración ya que evita la necesidad de contratar más personal con destino incierto dando lugar a ofertas más caras. También ha conseguido mayor calidad en la prestación del servicio porque cada empresa ha cubierto las líneas de actividad en las que tenía más experiencia y personal más cualificado.

Las UTEs no suponen en sí mismas una restricción de la competencia, y pueden, por el contrario, favorecerla especialmente en aquellas licitaciones que, de no acudir a esta forma de colaboración, algunas empresas no podrían participar en ellas.

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

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

Y la explicación que incorpora la propia Comunicación es particularmente esclarecedora al añadir en este mismo apartado que "Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1".

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

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

Razona dicha sentencia, en cuanto a la referida Comunicación, que "... es oportuno reiterar aquí lo señalado por esta Sala en la ya citada sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3º), seguida luego por la sentencia nº 66/2019, de 28 de enero (casación 1396/2017, F.J. 3º), acerca de la eficacia y virtualidad de tales Directrices. Como señalábamos en aquellas ocasiones, las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales. Así lo destacan las STJUE de 14 de junio de 2011, Pfeiderer (C-360/09, Rec. p. I-5161), apartado 21; en un sentido similar también la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p.

I-5425), apartado 209, conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no pueden calificarse de norma jurídica, así como la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Arkema/Comisión (C-520/09 P, Rec. p. I-8901 apartado 88), conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no establecen más que reglas de conducta. Ahora bien, tales directrices, en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia, pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia. Podemos, por tanto, referir que el artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que hemos transcrito con anterioridad (antiguo artículo 81.3 TCE) debe interpretarse en el sentido de que contiene una excepción a lo establecido en los dos apartados anteriores; y sobre el significado y alcance de tal excepción existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial del TJUE de la que hicimos reseña en nuestra sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre (casación 2452/2017, FF.JJ. 8º y 9º) a la que antes nos hemos referido. Siguiendo la línea interpretativa del Tribunal de Justicia, en esa sentencia citada de 17 de septiembre de 2018 señalábamos (F.J. 8º) que, a efectos de determinar la adecuación o disconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia, para que opere la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE, que exime de la prohibición establecida en el artículo 101.1, es necesario que se cumplan acumulativamente los cuatro requisitos anotados, a saber: 1º) que el acuerdo contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2º) que los consumidores participen de forma equitativa en el beneficio resultante; 3º) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, 4º) que no se ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate".

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

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

"78 La Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia aplicó erróneamente la jurisprudencia relativa al reparto de la carga de la prueba y al grado de prueba exigido en el marco del artículo 81 CE, apartado 3. Censura el apartado 242 de la sentencia recurrida, así como los apartados 269 y 303 de dicha sentencia, que remiten a la jurisprudencia, a los criterios y a los principios aplicables al control de las concentraciones. Ahora bien, a su juicio, no existe ninguna analogía entre el examen de los efectos contrarios a la competencia de una concentración y el de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 3.

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

(...)

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

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

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

Y recuerda, en esa misma línea, que la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal señala en su apartado 48 que cuando en un caso concreto se haya demostrado la presencia de una restricción de la competencia a efectos del artículo 101.1 del Tratado, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3, añadiendo la misma Comunicación, con cita del artículo 2 del 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 (hoy artículos 101 y 102 del TFUE), que « (...) la carga de la prueba de los dispuesto en el artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen esta disposición. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es».

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

Por lo tanto, es necesario en cada caso analizar las circunstancias concurrentes, tanto de las empresas que participan en la licitación como de las condiciones de esta en la medida en que puedan determinar la necesidad objetiva o indispensabilidad de concurrir en una UTE.

Pues bien, la resolución recurrida se centra en aquellas UTEs que no persiguen más que el mantenimiento del sistema de alianzas en un determinado organismo puesto que la memoria del concurso en cuestión no presenta ninguna justificación técnica o económica que justifique la presentación en forma de UTE. Por ejemplo, en los exptes NUM026, NUM009 y NUM011, la concurrencia de INDRA en UTE se funda en que " *la experiencia de las cuatro empresas aliadas en este tipo de trabajos aconseja la formación de esta ute*".

Existen pruebas que acreditan que se utiliza indistintamente el recurso a la UTE o a la subcontratación lo que revela que no se persigue satisfacer una necesidad técnica o económica de los pliegos sino mantener ese sistema de alianzas, por ejemplo, cuando INDRA y BABEL, dicen en relación a diversos concursos que " *la idea de la gran UTE puede no tener sentido. En cualquier caso queremos estudiar posibles líneas de colaboración*".

Otro ejemplo lo encontramos en el Expte NUM012, Servicios de desarrollo y Mantenimiento de Sistemas y Aplicaciones de Administración Electrónica en el DIT.

En un correo interno de INDRA de 26 de febrero de 2015 se plantea " *si concurrir solos a este concurso con IBM como subcontratado o por el contrario proponemos ir en UTE (folio 8414). Se analizan las ventajas y desventajas de cada opción pues ir en UTE supondría un margen de 12% y de ir con IBM como subcontratado el margen sería del 9,27%*".

Otro aspecto que refleja el carácter instrumental de algunas UTEs se refiere a la mención a la participación de empresas como UTE en los servicios licitados en ocasiones anteriores o a la necesidad de que formen parte de la UTE algunas empresas para evitar que participen en ofertas alternativas que pudieran concurrir a la misma licitación y de otorgar un porcentaje al mantenimiento de un acuerdo con la misma empresa en otro ámbito.

Por esa razón, los porcentajes de participación de cada empresa en las UTEs no viene determinada por los medios técnicos de que dispone o su capacidad económica, sino que las empresas negocian los porcentajes para conseguir cada una de ellas la mayor proporción posible al menos nominalmente.

DÉCIMOCUARTO. - Se critica en el informe pericial aportado por INDRA la determinación de los efectos que las conductas sancionadas habrían producido en el mercado.

Critica que el análisis que hace la resolución sancionadora mantiene todas las características actuales del mercado que considera contrarias a la competencia, por lo que no puede medir el efecto de prohibirlas. Si la prohibición de las conductas analizadas incrementara la competencia, también aumentaría los costes de la provisión del servicio por lo que, en ausencia de un análisis adecuado, el efecto sobre los precios es incierto. El análisis de la CNMC resulta incompleto porque solo tiene en cuenta los descuentos e ignora la preferencia de los organismos licitantes por "mantener una determinada plantilla". Tras calcular el costo de realizar la actividad con recursos humanos internos como alternativa para alcanzar el objetivo de mantener la plantilla concluye que el coste de subcontratar el servicio externamente mediante las licitaciones resulta inferior al coste interno de provisión del servicio.

Tales razones, a juicio de la Sala, no pueden ser acogidas porque dadas las características de la infracción objeto de sanción que no requiere un análisis individualizado de efectos, los descuentos que ofrecían las empresas sancionadas y que retiraban cuando comprobaban que no tendrían competencia están acreditados y son idóneos para constatar los efectos de las conductas mas allá del alcance que quiera atribuirse a otros factores como la calidad del servicio que pudieran aportar las empresas o el interés de los distintos organismos contratantes de conseguir una plantilla experimentada que no pueden justificar que los descuentos ofertados fueran menores que los que la empresa sancionadas podría presentar en una situación de competencia efectiva.

DECIMOQUINTO.- Denuncia por último la actora la falta de motivación y desproporción de la sanción impuesta y la infracción del principio de legalidad sancionadora.

La resolución recurrida explica los criterios seguidos para fijar la sanción impuesta.

Así, parte de la acreditación de la existencia de una infracción única y continuada, constitutiva de cártel, consistente en un reparto de mercado a través del reparto de 224 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, y que en el caso de INDRA es de 1.833.661.000 euros.

A partir de aquí, toma en consideración los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), aunque el mercado relevante es el de los servicios de tecnologías de la información, la CNMC 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.

Expone la resolución sancionadora que la conducta sancionada ha producido 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, expone la CNMC que 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.

Admite que las administraciones públicas han podido tener cierta incidencia en el mantenimiento de los acuerdos, pero ello no exonera de responsabilidad a las empresas. Fija por ello de acuerdo con esos criterios un tipo sancionador general del 4%.

A partir de aquí, toma en cuenta una serie de elementos para valorar la conducta individual de cada empresa (art. 64.1.a).

En particular, analiza 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. De esta forma, valora la participación de cada una de las empresas en la infracción e individualiza el tipo sancionador que corresponde aplicarles.

Además, advierte la resolución recurrida 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.

En el caso de INDRA, su conducta afecta a cuatro Administraciones, interviene en 19 licitaciones y le son adjudicados 25 lotes y el importe de los lotes adjudicados a las UTE en las que participó INDRA fue de 324.736.332 euros.



Si comparamos estos factores con los de SAG vemos que son muy similares obteniendo esta, tres lotes adjudicados más que INDRA, 28, y siendo el importe de los lotes adjudicados a las UTE en las que participó SAG, de un importe un poco superior, 331.280.304 euros.

Por esa razón, a INDRA se le fija un tipo sancionador del 7,8% sobre su volumen de negocios total y a SAG un tipo sancionador del 8% aunque su sanción es inferior (6.015.852 euros) porque su volumen de negocios total en 2017 es sensiblemente menor que el de INDRA, 75.198.151 euros.

Por esa razón, le fija un tipo sancionador del 7,8% sobre el volumen de negocios total si bien dada su condición de empresa multiproducto le impone finalmente una sanción de 13.500.000 euros.

Sostiene la actora que se ha vulnerado el principio de legalidad porque se le ha aplicado el método de cálculo no aprobado ni conocido en el momento de decidirse la sanción impuesta, esto es, las indicaciones provisionales de la CNMC publicadas el 8 de noviembre de 2018.

A juicio de la Sala, la resolución sancionadora se ajusta a la metodología resultante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación de los criterios contemplados en el art. 64 de la Ley y por esa razón no apreciamos infracción del límite del factor incremental de disuasión al que alude la actora del 4%.

Lo cierto es que la aplicación a INDRA del tipo sancionador del 7,8% al VNT de la empresa daría lugar a una sanción superior a los 143 millones de euros, y de aceptarse la cifra de VNT que propone INDRA de 1.386.700.000 euros que se corresponde con el volumen de negocios de 2017 consignados en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias consolidada del ejercicio 2017, remitido a la CNMC, (folio 28334), la multa sería de 108 millones de euros, de ahí la necesidad del ajuste para no vulnerar el principio de proporcionalidad que se ha aplicado también a otras sancionadas.

De este modo la multa impuesta a INDRA representa un 0,74% de su VNT de 1.833.661.000 euros o del 0,97% si se acepta el de 1.386 millones de euros.

Es un porcentaje inferior al que resulta de la multa impuesta a otras sancionadas BABEL (2,5%), CIBER NOS (4,0%), CONNECTIS (4,5%), GESEIN (3,5%), NEXT (2,3%) y SAG (8,0%).

Tampoco es cierto que la sanción represente un 74,8% del VNMA y no un 15,3% del VNMA. Ese porcentaje lo obtiene de dividir el importe de la sanción (13,5 millones de euros) por el volumen de negocios de INDRA con AEAT, GISS, INSS y SEPE sólo en 2017, y que asciende a 18.055.946 euros de acuerdo con el anexo que aporta (ANEXO BR-42 Correo electrónico de 21 de noviembre de 2018 enviado por INDRA tabla D8).

Lo que sucede es que sólo ha tenido en cuenta las ventas en 2017, cuando debería computarse las ventas afectadas durante toda la duración de la infracción, es decir 132 meses desde 2005 a 2015.

Critica la actora que es necesario excluir del cómputo los beneficios supuestamente calculados de forma especulativa tomando como referencia descuentos que las empresas condicionaban a aumentos de tarifas que luego no se constataban.

Hay que tener en cuenta que al constituir la conducta sancionada una infracción por objeto no es necesario realizar un análisis individualizado de los efectos que la misma genera en el mercado afectado, ni cuantificarlos.

Únicamente toma en consideración la resolución como una forma de aproximación al perjuicio generado por esas conductas los porcentajes que las sancionadas valoraban en sus negociaciones y los finalmente ofertados pues constata, tras analizar la prueba existente que cuando la empresa, en este caso INDRA, tenía la seguridad de resultar adjudicataria del contrato, presentaba la oferta sin descuento o con un descuento inferior al que habría ofertado de existir competencia real con otras empresas. en caso de que hubiesen esperado una mayor competencia por parte de otras empresas

Así, en el caso de los contratos de la AEAT, cuatro de ellos se adjudican sin descuento (C08/06, C 03/07, AV42/10, AV 10/2011) explicando la resolución recurrida con detalle (págs. 155-158) lo sucedido con los descuentos inicialmente hablados y el resultado final. Lo propio sucede con el expediente NUM010 y NUM021 de la AEAT, el expediente NUM003 y NUM013 de la GISS, entre otros en los que intervino INDRA.

A juicio de la Sala, no se puede excluir del cómputo como pretende INDRA los beneficios supuestamente calculados de forma especulativa tomando como referencia descuentos que las empresas condicionaban a aumentos de tarifas que luego no se constataban.

En primer lugar, porque si el incremento de tarifa no se producía ello no respondía a una circunstancia imprevisible pues el descuento finalmente ofertado se eliminaba o reducía en función de la previsibilidad de la adjudicación del contrato, algo que controlaban las empresas sancionadas.



Y en segundo lugar porque el cálculo que reflejan los cuadros (pags 155 y siguientes), parten de los descuentos ofertados cuya veracidad está confirmada por la prueba que obra en el expediente y que, confrontados con los descuentos reales permiten acreditar un perjuicio real.

Entiende por ello la Sala que la resolución sancionadora se ajusta a los criterios contemplados en el art. 64 de la Ley 15/2007 y a la doctrina resultante de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 y que es proporcionada a la infracción objeto de sanción.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

DÉCIMOSEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la parte recurrente, dada la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por la Procuradora Doña Silvia Vázquez Senin en nombre y representación de **INDRA** contra la resolución de 26 de julio de 2018, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se la impone una sanción de 13.500.000 € de multa por la infracción de los artículos 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de una infracción única y continuada de reparto de mercado, fijación de precios u otras condiciones comerciales y el intercambio de información comercial sensible, en diversas licitaciones públicas de servicios de tecnologías de la información en España, resolución que declaramos conforme a derecho.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.