



Roj: **SAN 4639/2023 - ECLI:ES:AN:2023:4639**

Id Cendoj: **28079230062023100613**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/09/2023**

Nº de Recurso: **756/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000756 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 7077/2018

Demandante: Atos Spain, S.A.

Procurador: D. VICTORIO VENTURINI MEDINA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de septiembre de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 756/18 promovido por el Procurador D. Victorio Venturini Medina, en nombre y representación de **Atos Spain, S.A.**, contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 26 de julio de 2018, dictada en el Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, por la que se sanciona a las demandantes por una infracción de artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE y se les impone conjuntamente una sanción económica de 5.000.000 euros. Ha 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 se dictase sentencia por la que:

"(i) Se declare la disconformidad a derecho y se anule la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 26 de julio de 2018, dictada en el Expte. S/DC/0565/15, LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS; y en consecuencia (ii) Se anule la intimación a ATOS para que en el futuro se abstenga de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la Resolución recurrida. (iii) Se anule la sanción de 5.000.000 euros impuesta".

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO. - Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones conclusas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 24 de mayo del año en curso, fecha en la que comenzó, finalizando el 7 de septiembre pasado.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 26 de julio de 2018, dictada en el Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, por la que se sanciona a las demandantes por una infracción de artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE y se les impone conjuntamente una sanción económica de 5.000.000 euros.

La parte dispositiva de dicha resolución 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 (...ATOS SPAIN 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:

(...)

- ATOS SPAIN S.A.: 5.000.000 euros.

(...).

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".

SEGUNDO. - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

"3. ATOS SPAIN, S.A.

(ATOS) ATOS SPAIN forma parte del grupo ATOS, una multinacional de servicios de tecnologías de la información, cuya matriz cotiza en la bolsa de Francia. El grupo ATOS desarrolla sus actividades bajo las marcas Atos, Atos Consulting, Atos Worldgrid, Bull, Canopy, Unify y Worldline. En España, ATOS es fruto de la integración sucesiva de diferentes empresas, tiene su sede central en Madrid, y cuenta con delegaciones en Barcelona, Sevilla, León, Valladolid, Vigo, Zaragoza, Santander, Bilbao, Las Palmas y Tenerife. ATOS trabaja con clientes de diversos sectores, entre otros: Defensa, servicios financieros, salud, manufacturas, sector público, distribución, energía, telecomunicaciones y transporte. ATOS presta diversos servicios destinados a la integración del negocio con la tecnología como son los servicios de consultoría (a través de Atos Consulting), integración de sistemas de tecnologías de la información con infraestructuras ya existentes y outsourcing (servicio por el que ATOS se responsabiliza de todas las funciones de los sistemas tecnológicos y de soporte al negocio de sus clientes, gestionando las infraestructuras esenciales de tecnologías de la información, incluyendo data centers, desktop y sistemas de redes de comunicación)".

Recoge la resolución sancionadora que las conductas analizadas se han desarrollado en el sector de servicios de informática y servicios conexos, especialmente en relación con las actividades de desarrollo y



mantenimiento de sistemas y aplicaciones y precisa que, en el presente caso, las conductas objeto de análisis en el expediente de referencia afectan especialmente a las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones y, más concretamente, a los servicios de desarrollo y mantenimiento de software (pertenecientes a su vez a la categoría general de "servicios de tecnologías de la información"), que son demandados por grandes entidades, tanto públicas como privadas y considera que el mercado de producto relevante afectado por las conductas investigadas es el de servicios de tecnologías de la información (también denominado desarrollo y mantenimiento de software), sin que sea necesario cerrar de forma exacta la delimitación del mismo a los efectos del presente expediente, en la medida en que no afecta a las conclusiones del análisis.

Añade que, a los efectos del presente expediente, en consonancia con la Dirección de Competencia, el mercado de tecnologías de la información (también denominado mercado de desarrollo y mantenimiento de software) tiene un ámbito geográfico relevante nacional, que abarca a toda España, pero precisa que si bien el mercado relevante es el de servicios de tecnologías de la información de alcance nacional, en cambio el mercado afectado debe limitarse al mercado de tecnologías de la información en el ámbito de las administraciones públicas afectadas, tanto de ámbito nacional como autonómicas. A estos efectos explica que el sector de servicios de informática y otros servicios conexos (tecnologías de la información) ha experimentado un rápido crecimiento en las últimas décadas, entre otras razones por la creciente introducción de las tecnologías de la información en casi todas las actividades económicas y que, a medida que el sector ha madurado, algunos de sus segmentos han mostrado una tendencia a la concentración en grandes empresas. Que en los últimos años destaca el aumento del uso de los servicios de integración de sistemas, así como el frecuente recurso a los servicios de consultores para facilitar la adopción de nuevas tecnologías por parte de grandes empresas y que el empleo de "outsourcing" o subcontratación se ha convertido en un elemento habitual de las nuevas estrategias empresariales debido a la prioridad concedida al control de los costes. Que, de este modo, en la actualidad, casi todas las empresas tienden a hacer uso de las tecnologías de la información, si bien el acceso a los servicios ligados a estas difiere según se trate de grandes clientes (grandes empresas privadas y administraciones públicas) o de pequeñas y medianas empresas. Que la diferencia fundamental estriba en que los grandes clientes tienden a externalizar o subcontratar todos los servicios, mientras que las pequeñas empresas externalizarían sólo parte de los servicios de tecnologías de la información, debido a consideraciones de tipo económico. Destaca también que la contratación de los grandes clientes se suele producir a través de concursos. Y que, en estos casos, uno de los principales componentes del precio deriva de los recursos humanos empleados para prestar los servicios, si bien las licencias por el uso y mantenimiento de software y hardware también pueden implicar costes muy significativos. Que en el caso particular de los servicios de desarrollo y mantenimiento de aplicaciones y sistemas informáticos (tecnologías de la información o desarrollo y mantenimiento de software), estos son demandados por una amplia variedad de empresas e instituciones, pertenecientes tanto al sector público como al privado y puntualiza que los servicios de desarrollo y mantenimiento de aplicaciones y sistemas informáticos (desarrollo y mantenimiento de software) son una demanda recurrente de todas las administraciones públicas en el proceso de modernización y automatización de sus procedimientos y sistemas y que el sistema internacional de clasificación CPV distingue una "categoría general de servicios de tratamiento de información (TI): consultoría, desarrollo de software, internet y apoyo" dentro de la cual se incluyen los servicios de programación de software y consultoría relacionada, que a su vez incluye el desarrollo del software.

Por lo demás recoge que el conjunto de empresas incoadas ha ostentado, al menos en los años examinados, una cuota de mercado en España superior al 40% en la prestación de servicios de tecnología de la información.

Aborda la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos acreditados y dado que se refieren a varios procedimientos de contratación sobre aplicaciones informáticas celebrados en distintos organismos públicos, procede, a efectos de sistematización, a su análisis por separado en atención al organismo afectado en cada caso y al concurso o licitación correspondiente, distinguiendo a tal efecto los siguientes:

- (I) Licitaciones de concursos relacionados con el desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones informáticas de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT).
- (II) Licitaciones de servicios informáticos por parte de la GERENCIA Informática de la Seguridad Social (GISS).
- (III) Licitaciones de servicios informáticos por parte del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE).
- (IV) Alianzas en el entorno de SAP Sistemas, Aplicaciones y Productos en procesamiento de datos, para Administraciones autonómicas y locales.
- (V) Licitaciones convocadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).
- (VI) Licitaciones en relación con el Instituto Cervantes.



(VII) Ofertas de Cobertura y otros acuerdos entre empresas en varios organismos públicos).

Recoge la resolución sancionadora que los hechos acreditados ponen de manifiesto un modus operandi entre las empresas que se repite en los distintos contratos y se extiende a todos los organismos públicos analizados. Que este modus operandi generalizado permite el mantenimiento de las alianzas entre las sancionadas.

A continuación, analiza los aspectos más relevantes de este modus operandi entre las empresas en los siguientes términos:

"i) Los acuerdos entre las empresas se producen en muchas ocasiones con anterioridad al anuncio de licitación del contrato. En gran parte de los procedimientos de contratación analizados se puede observar cómo las empresas tienen conocimiento de la futura licitación con anterioridad a la publicación de la misma. Ello se consigue gracias a los contactos que las empresas mantienen dentro de la administración contratante. En este sentido, los hechos ponen de manifiesto como SAG e INDRA son las empresas que suelen obtener esta información de primera mano y luego la trasladan al resto de empresas que conforman el acuerdo de colaboración. En otras ocasiones, estos acuerdos se llevan a cabo sin conocer, siquiera, las condiciones de los nuevos pliegos (a modo de ejemplo, hechos 11, 25, 34, 56, 70, 96, 109, 182, 270). Se puede observar, incluso, que en algunas licitaciones las propias empresas que participan de los acuerdos han incidido directamente en la elaboración de los pliegos que deben regir el contrato al que posteriormente licitan (por ejemplo, hechos 28 y 272).

ii) Formalización de los acuerdos de colaboración y los compromisos de constitución de UTE. Las negociaciones entre las empresas suelen dar lugar a la firma de un acuerdo de colaboración que no es de carácter público y en el cual se refleja el alcance real de los acuerdos adoptados. Entre otros aspectos, en el mismo se suele hacer referencia a los porcentajes de reparto reales (que no siempre coinciden con los notificados a la administración), a si el acuerdo conlleva la presentación en UTE o la subcontratación de un determinado porcentaje de la facturación esperada, o al compromiso de no participar en ofertas alternativas que puedan generar competencia en el contrato licitado o a la exclusividad de la colaboración. Tanto la exclusividad como las subcontrataciones están dirigidas a evitar la competencia, como llegan a señalar las propias empresas (por ejemplo, hechos 3, 29, 50, 67, 113, 152, 175, 187, 194, 211, 230, 291 y 302). Los acuerdos de colaboración reflejan la forma de funcionamiento de la UTE o la subcontratación y establecen cómo repartir las incorporaciones de personal que se produzcan durante la vigencia del contrato o cómo repartir las subcontrataciones ordinarias que sean necesarias para la prestación de los servicios contratados. Asimismo, estos acuerdos suelen hacer referencia a las fórmulas de regularización destinadas a evitar desviaciones respecto a los porcentajes de reparto acordados. Además del acuerdo de colaboración, suele firmarse un compromiso de UTE, un acuerdo de constitución de UTE y una memoria de UTE. Los dos últimos son de carácter público, se notifican a la administración y pueden presentar porcentajes distintos a los acordados en el pacto privado, que es el que prima, por lo que la administración contratante no es oficialmente conocedora de la existencia de pactos que alteran la composición de las ofertas presentadas por las empresas licitantes. Es importante destacar que la redacción de los documentos a los que se acaba de aludir suele ser muy similar y, en bastantes ocasiones, idéntica en los distintos organismos públicos de continua referencia. De hecho, se ha constatado el uso de documentos relativos a acuerdos anteriores como plantilla o base, aunque se refieran a otros organismos y existan variaciones entre las empresas participantes. Es frecuente también que la fórmula utilizada en las distintas memorias de cara a justificar la UTE coincida literalmente en los casos analizados. La justificación de la formación de UTE radicaría en la experiencia de las empresas miembros y en la utilidad de la UTE para permitir la prestación de los servicios a plena satisfacción del organismo licitante. Pero las memorias de los concursos investigados incorporadas al expediente de referencia no contienen motivaciones técnicas o económicas que justifiquen la formación de las diversas UTE (por ejemplo, hechos 7, 19 y 32). Los porcentajes de participación de las distintas empresas en las UTE no vienen principalmente determinados por los medios técnicos de que disponga cada una de ellas o por su capacidad económica. Si bien es cierto que en ocasiones la necesidad de contar con unos perfiles concretos lleva a que empresas grandes acepten en la UTE a empresas más pequeñas o les garanticen un porcentaje de facturación en forma de subcontratación preferente, se ha acreditado que las empresas negocian los porcentajes intentando asumir cada una la mayor proporción posible, al menos en lo que a los porcentajes nominales se refiere. Además, también se han acreditado casos en los que se cede un determinado porcentaje a otra empresa "porque sí" (ver INDRA y SAG en el caso del INSS, (hecho 267) o como compensación porque otras tengan un mayor porcentaje en otros contratos (entre otros ver el caso del acuerdo de INDRA y SAG respecto al SAP en que se fijan aumentos y decrementos correlativos de participación en ofertas para ir equilibrando la participación global de ambas).

iii) El sistema de regularizaciones.

Como ya se ha señalado, dentro de los compromisos adquiridos por las empresas para la constitución de las UTE, se encuentra el sistema de regularizaciones (por ejemplo, hechos 6, 21, 29, 45, 80, 101, 153, 189, 199, 212). Este sistema persigue que cada empresa facture el porcentaje pactado inicialmente a través de un



mecanismo de compensaciones. Cuando se producen desequilibrios en los porcentajes de facturación porque una de las empresas del acuerdo factura un porcentaje superior o inferior al pactado inicialmente, entra en marcha el mecanismo de compensación, que implica que las empresas que han facturado por encima de su porcentaje pactado deben compensar a las empresas que no han alcanzado los porcentajes iniciales¹³⁸. Las regularizaciones se fijan con cierta periodicidad y en el momento del cierre de la UTE se hacen los balances entre facturación real y teórica. La compensación está pensada para hacerse a través de la UTE, pero en ocasiones se producen directamente entre las empresas. Los hechos acreditados constatan que las regularizaciones se han llevado a cabo, al menos, en los concursos C 08/06, AV 42/10, PA 20/2014, C 03/07, AV 10/11 de la AEAT y PA 2/2015; 7201/13G de la GISS o PA 7/14 del SEPE. En el caso de los concursos de la AEAT, la continuidad en los servicios que se prestan en uno y otro concurso permite ver que INDRA y SAG prestan¹³⁷ Se ha acreditado que se fija el porcentaje de facturación y de este se deriva la participación efectiva en el contrato de que se trate, según el grado de ejecución global del mismo. ¹³⁸ así se indica en correo interno de INDRA de 26 de noviembre de 2014: "tenemos unos acuerdos firmados con el compromiso de que ninguna de las empresas llegue a facturar más a la UTE que el porcentaje que tiene asignado, definiendo unos mecanismos de compensación entre empresas, si esto sucede. Este mecanismo implica que la empresa que no llega a su porcentaje factura a la UTE el importe que le ha faltado, pero recibe una factura de la empresa que se ha pasado por ese mismo importe minorado en un porcentaje de beneficio" (Folio 8411). sistemáticamente un porcentaje menor de servicios de los que les correspondería sin que, pese a ello, varíen los porcentajes teóricos a lo largo del tiempo.

(...)

iv) El uso de subcontrataciones preferentes en los acuerdos de colaboración. Otro patrón de comportamiento observado en los hechos se refiere al uso habitual por las empresas de la figura de la subcontratación preferente. Estas subcontrataciones preferentes tienen la particularidad de que exigen exclusividad al subcontratado, de tal forma que éste no puede participar en el contrato en competencia con la UTE (por ejemplo, hechos 67, 97, 124 a 137, 149, 162 a 180, 187, 229, 239). Ejemplos acreditados de este extremo son la subcontratación de IBM por la UTE INDRA/SAG/CIBERNOS en 2015 al salir IBM de la UTE preexistente, a la que perteneció en contratos anteriores de la AEAT. O la subcontratación de SAG por la UTE INDRA/CONNECTIS/ATOS en el lote 12 del expediente NUM000 de la GISS. También son ejemplos acreditados las subcontrataciones de ATOS, CONNECTIS y CIBERNOS en el expediente NUM001 de la GISS y de ATOS, CONNECTIS y GESEIN en el expediente NUM002 o las subcontrataciones a ATOS en distintos lotes del expediente NUM003 del SEPE. En algunos casos, estas subcontrataciones son instrumentos que posibilitan a las empresas subcontratadas mantener su posición en los acuerdos, cuando en un determinado contrato las empresas, por motivos estratégicos, deciden cambiar la configuración de la colaboración. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en la sucesión de contratos de la AEAT, en los que se puede observar cómo, ante la necesidad de cambiar la configuración de la estrategia de colaboración, las partes deciden acudir al contrato en dos UTE y subcontratar a IBM, que logra así, mantener su porcentaje de participación en el contrato (hechos 55 a 73). En otros casos, se puede observar cómo la subcontratación obedece simplemente a la necesidad de captar a una empresa en la UTE para que no compita en el contrato (por ejemplo, hechos 114 y 146). La contrapartida es la obligación de no competencia con la UTE que asume la empresa subcontratada.

v) El intercambio de información entre las empresas colaboradoras.

La relación de colaboración permanente entre algunas empresas se sustenta, en cierta medida, gracias a la confianza mutua existente entre ellas. Una muestra de esta confianza es el intercambio de información entre empresas de los datos personales de trabajadores y su categoría profesional, cuya relevancia es innegable, si tenemos en cuenta que estamos ante un sector de una considerable especialidad técnica por lo que el personal de las empresas es uno de los grandes activos que genera valor a las empresas y les permite diferenciarse del resto.

. 4.1.3. Otro tipo de colaboraciones entre las empresas.

Los hechos ponen de manifiesto otro tipo de colaboraciones entre algunas de las empresas incoadas como son las ofertas de cobertura para simular la competencia competitiva en algunos contratos en las que habrían participado las empresas SAG, ATOS, INDRA, CIBERNOS, IECISA y BABEL, así como la cesión de claves de Patrimonio entre las empresas SAG y ATOS para poder acudir a la contratación centralizada de la administración pública (hechos 331 a 350). Con el objetivo de facilitar y agilizar la contratación de productos y servicios con características homogéneas para los diferentes organismos y órganos de la administración, puede acordarse su contratación centralizada, a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado. Tal es el caso de determinados servicios de desarrollo y mantenimiento de aplicaciones que fueron contratados a través del procedimiento denominado AM 26/11. En la primera fase de este procedimiento, las empresas ofertan sus productos o servicios, siendo aceptados aquellos que cumplan los requisitos establecidos en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas, e incorporados en un catálogo (de ahí las referencias de



las empresas al catálogo 26 de Patrimonio). Cada empresa adjudicataria recibirá unas claves (las denominadas claves de Patrimonio, de gran valor e interés para las empresas) que facilitarán su participación en la segunda fase del procedimiento. En una segunda fase, se convoca una nueva licitación entre las empresas capaces de realizar la prestación concreta solicitada por un órgano u organismo determinado.

(...)"

Dicho lo anterior y por lo que se refiere a la participación de la recurrente en la infracción sancionada, la resolución consigna lo siguiente:

"4.4.3. ATOS

ATOS participó en los repartos acordados en relación con todos los expedientes de servicios y aplicaciones informáticos de la GISS. En el caso de los concursos 7202/06G, 7201/10G y 7201/14G, en los que, a pesar de la variación del número de lotes y la agrupación y separación de determinados servicios en función del año, ATOS participó activamente en las negociaciones que le permitían mantener su porcentaje de participación en la prestación de determinados servicios, bien como partícipe de una UTE o bien garantizándose la subcontratación preferente de determinados servicios a ATOS. Así, en el concurso 7202/06G, ATOS intercambió información comercial sensible, repartió perfiles y llegó a acuerdos de colaboración con las empresas INDRA, SAG y CONNECTIS, que conllevaron su presencia en las UTE adjudicatarias de los lotes 11 y 12 y como subcontratada preferente del lote 10 por las citadas empresas (hechos 74 a 90). En el concurso 7201/10G, ATOS participó en el reparto de los lotes 6, 8 y 9 (que dan continuidad a los lotes 10,11 y 12 de 2006) con las empresas INDRA, SAG y CONNECTIS, incluso antes del anuncio del concurso (hechos 91 a 106). En el concurso 7201/14G, que da continuidad a los servicios del concurso 7201/10G, ATOS negoció su participación en los lotes 1, 2 y 3 como subcontratada preferente, como forma de mantener su cuota de participación en los servicios que tenía asignados anteriormente, ya que estos tres lotes son equivalentes a la suma de varios lotes del concurso de 2010, entre los cuales figuraba ATOS como adjudicatario (hechos 138 a 180). En el concurso 7201/13G, ATOS negoció con la UTE ganadora INDRA/SAG un acuerdo que le garantizase un porcentaje de participación como subcontratada preferente. Su objetivo era mantener el 10% de la globalidad de los contratos en materia informática que en ese momento tenía la GISS. Esta subcontratación preferente se otorgó a cambio de que no se presentase con otras ofertas que pudieran competir con la citada UTE y fue un modo de mantener el statu quo, ya que el concurso 7201/13G renovaba un concurso anterior en que estaban en UTE INDRA/SAG/ATOS/CONNECTIS (hechos 107 a 137). Por otra parte, ATOS participó y alcanzó acuerdos en relación con los concursos del SEPE. Concretamente, en relación con los expedientes NUM004 y NUM005, ATOS mantuvo reuniones, alcanzó compromisos, intercambió información comercial sensible, repartió perfiles y participaciones en los lotes 3 del C10/08 y 6 del C11/08 con las empresas SAG, NEXT, CONNECTIS y EVERIS. Los acuerdos alcanzados contemplaban distintos escenarios en relación con ambos lotes conjuntamente, aunque perteneciesen a concursos distintos. ATOS se presentó en UTE con SAG, NEXT, CONNECTIS y EVERIS al lote 3 del concurso C10/08, resultando adjudicataria. En el caso del lote 6 del C11/08, ATOS se presentó en UTE con SAG, NEXT y CONNECTIS, y se comprometió a subcontratar a EVERIS con carácter preferente de cara a garantizarle un porcentaje de participación, aunque finalmente no resultó adjudicataria de estos servicios. La propia asesoría jurídica de ATOS había advertido durante las negociaciones que los acuerdos que se estaban alcanzando suponían un reparto de mercado que contravenía la legislación en materia de competencia (hechos 181 a 199). En relación con el expediente NUM003, que da continuidad a los servicios de los expedientes NUM004 y NUM005, ATOS alcanzó un acuerdo con SAG, NEXT y CONNECTIS para su presentación a los lotes 7 y 8, resultando adjudicatarias del lote 7 (hechos 200 a 221). En la licitación de la continuación de estos servicios en el SEPE (PA 7/14), ATOS acordó su subcontratación preferente por la UTE formada por SAG, NEXT y AXPE (en este caso, AXPE sustituyó a CONNECTIS, al no lograr alcanzar un acuerdo con ella SAG y NEXT) en los lotes 1 y 2, aunque al resultar la UTE adjudicataria únicamente del lote 2, el acuerdo solo desplegó sus efectos en relación con el mismo (hechos 222 a 246). ATOS también alcanzó acuerdos de cara al mantenimiento de su participación en los servicios informáticos de ADABAS/NATURAL del INSS, formando parte de una UTE con SAG, INDRA y CIBERNOS, que fue adjudicataria, al menos, de los concursos 392/CP-40/05 y 60/VC-28/10, en los que fue la única oferta presentada. A pesar de ello, luego la UTE necesitó recurrir a numerosas subcontrataciones de cara a la prestación de los servicios que le fueron adjudicados. Fruto de su acuerdo, las cuatro empresas mantuvieron sus porcentajes de participación en la UTE, contribuyendo así al mantenimiento del statu quo existente en el organismo. Existen, además, indicios de que los acuerdos entre las cuatro empresas se remontaban al menos a nueve años atrás (hechos 288 a 307). Por último, ATOS ha participado en otras prácticas tendentes a falsear y limitar la competencia en el mercado analizado, como la formulación de solicitudes de ofertas de cobertura a SAG en contratos del Ministerio del Interior, que se recogen en los hechos acreditados (hechos 331 a 333), o el acuerdo global firmado por ATOS con SAG, por el cual el primero le cede sus claves de Patrimonio, para que SAG pueda presentarse a determinados concursos y la subsiguiente subcontratación ficticia de SAG por parte de ATOS, para que la primera efectivamente preste los servicios para cuyo concurso ha utilizado la identidad de



ATOS, algo especialmente llamativo en relación con los contratos de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones informáticos de la Subsecretaría del MECD (hechos 343 y ss.). Además, existen indicios de que ATOS pudo presentar una oferta de cobertura en favor de SAG en octubre de 2014 en relación con un contrato del MECD (hecho 335")

TERCERO. - Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora opone frente a ella los siguientes motivos de impugnación: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia. La conducta de ATOS en lo relativo a UTEs y subcontrataciones fue plenamente compatible con los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

1- La conducta de ATOS, en lo relativo a los concursos del SEPE C 10 / 08 - lote 3 y c 11/08 - lote 6, en particular, también fue plenamente compatible con los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

2- La conducta de ATOS en lo relativo al borrador de acuerdo sobre claves de patrimonio con SAG, también fue plenamente compatible con los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

3- La conducta de ATOS, en cuanto ejecuta un mandato del cliente (la Administración) no pueda incardinarse en la prohibición de los artículos 1 y 101 TFUE. Ausencia de culpabilidad por la intervención de la Administración.

4- Las conductas entre ATOS y SAG no constituyen una infracción única y continuada incardinada en las demás conductas examinadas en este expediente, por las siguientes razones:

No hay ninguna referencia en los correos electrónicos de septiembre de 2010 y febrero de 2011 a otras licitaciones, ni a otras administraciones.

Las empresas involucradas en las UTEs y subcontrataciones examinadas no son las mismas. En las UTE y subcontrataciones investigadas, ATOS no colaboró en todas ellas con SAG y además involucraron a otras muchas empresas (Indra, Cibernos etc.) que no son mencionadas en los e-mails de ATOS y SAG de septiembre de 2010 y febrero de 2011.

Las demás conductas examinadas se refieren a otros órganos licitantes (AEAT, GISSTGSS, SEPE, etc.) diferentes del Ministerio del Interior.

El importe de las demás licitaciones examinadas en este expediente es sensiblemente superior a la de estas dos licitaciones del Ministerio del Interior.

5- De considerarse, quod non, que las conductas entre ATOS y SAG constituyen una infracción, estarían prescritas puesto que las pruebas citadas en la Resolución datan de septiembre de 2010 y febrero de 2011.

6- Ausencia de prueba de cargo contra ATOS, en relación con la denominada "oferta de cobertura" entre SAG Y CIBERNOS sobre un contrato menor del MECD de octubre de 2014

7- La resolución recurrida es nula, en cuanto agravó la calificación de la infracción respecto de ATOS, sin ofrecérsele la posibilidad de formular alegaciones sobre la nueva calificación.

8- Caducidad del expediente sancionador.

9- Ausencia del elemento subjetivo de la responsabilidad en relación con la supuesta infracción cometida por ATOS.

El Abogado del Estado, por su parte, se opone a la demanda e interesa su desestimación, por los propios fundamentos de la resolución impugnada.

CUARTO- Ex puestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados por la recurrente, comenzando por los que denuncian irregularidades de carácter procedimental.

La Recurrente alega que el procedimiento administrativo sancionado habría caducado en la fecha de notificación de la Resolución a ATOS (esto es, el 31 de julio de 2018).

Refiere que, como se recoge en la Resolución, el procedimiento se ha suspendido en cuatro ocasiones, por: (i) el recurso de INDRA contra el acuerdo de la CNMC de denegación de confidencialidad, (ii) el recurso de SAG contra otro acuerdo de denegación de confidencialidad, (iii) la petición de opinión a la Comisión Europea sobre la propuesta de resolución y (iv) el requerimiento de información a las empresas con respecto al volumen de mercado afectado y volumen de negocio total de empresas.

Dicho lo anterior, argumenta la caducidad del expediente sancionador, manifestando lo que sigue:

1. Recurso de INDRA contra el acuerdo de denegación de confidencialidad. El 14 de noviembre de 2016 tuvo entrada en la CNMC un escrito de INDRA en el que indicaba que tenía la intención de recurrir ante la AN la Resolución del Consejo de 3 de noviembre de 2016, relativa a la denegación del tratamiento confidencial



de cierta documentación presentada por INDRA. Que la DC acordó suspender el plazo de resolución del procedimiento desde el día 14 de noviembre de 2016, según lo previsto en el artículo 37.1. d) de la LDC, 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."* Que la DC dispuso que el plazo de suspensión se reanudaría el 18 de abril de 2017, día siguiente a la recepción de la notificación del Auto de la AN denegando las medidas cautelares solicitadas por INDRA.

Pues bien, sostiene la recurrente que la reanudación del del plazo de resolución del expediente la fecha de reanudación debe ser, por tanto, la del propio Auto de la AN denegando las medidas cautelares y no la fecha en la que la DC recibió dicho Auto del Abogado del Estado, por lo que, este primer periodo de suspensión comprende desde el 14 de noviembre de 2016 al 30 de marzo de 2017, es decir, un total de 136 días naturales.

2. Recurso de SAG contra el acuerdo de denegación de confidencialidad. Este segundo periodo de suspensión se produce tras la entrada del recurso administrativo de SAG en la CNMC contra el acuerdo de la DC de denegación de tratamiento confidencial de cierta información aportada por SAG. El recurso fue presentado el día 27 de julio de 2017. La suspensión se levantó el 26 de octubre de 2017, 317 con efectos el 27 de octubre de 2017. La DC se equivocó al fijar el día inicial de cómputo de plazo de suspensión. Su Resolución de suspensión indica que el plazo se suspende "con fecha 28 de julio de 2017". La DC computó los días de suspensión como si se hubiera suspendido el 27 de julio de 2017, cuando en realidad se suspendió un día más tarde: el 28 de julio de 2017. Es por esto que la fecha de inicio del segundo periodo de suspensión es el día 28 de julio de 2017 y no el 27 de julio de 2017. 247. Este segundo periodo de suspensión comprende desde el día 28 de julio de 2017 hasta el 26 de octubre de 2017, resultando suspendido el procedimiento un total de 90 días en vez de 91 que establece la resolución.

3. Petición de opinión a la Comisión Europea. 248. La Resolución señala que, 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) nº 1/2003 del Consejo. Como consecuencia, acordó suspender el plazo para resolver. Durante este periodo de suspensión, la Resolución pone de manifiesto que, con fecha 10 de mayo de 2018, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la celebración de vista. Este acuerdo lo toma mientras corría el plazo para que la Comisión Europea diera su opinión sobre la posición de la CNMC relativa a este expediente. No obstante, la CNMC no se podía haber formado una opinión sobre el caso, en la medida en que aún no se había celebrado la vista. El acuerdo de celebración de la vista debía haber desencadenado la retirada de la petición de opinión a la Comisión Europea. Ello porque la CNMC solo podría haberse formado una opinión sobre el caso después de la vista. Y es esta opinión la que debería haber trasladado la CNMC a la Comisión Europea, siempre tras la vista. Por tanto, el 10 de mayo de 2018 (fecha del acuerdo de celebración de la vista) es el día en el que debió empezar a correr de nuevo el plazo de resolución (tras una suspensión del plazo de 21 días). En definitiva, la suspensión debió ser levantada el día de la decisión de celebración del trámite a la vista: el día 10 de mayo de 2018. Consecuentemente, el plazo de resolución del procedimiento se ve acortado 8 días. La nueva fecha de vencimiento del plazo de resolución pasa a ser el 24 de junio de 2018.

4. Requerimiento de información a las empresas sobre sus volúmenes de negocio. Con fecha 26 de junio de 2018, la Sala de Competencia adopta el acuerdo de requerimiento de información a las empresas pidiendo su volumen de negocios en el mercado afectado y su volumen de negocios total. Con ello, suspende el plazo de resolución. La CNMC acordó el 2 de julio de 2018 la ampliación del plazo para contestar al requerimiento. Se extiende con ello también la suspensión del plazo de resolución. La suspensión se levanta el 14 de julio de 2018. En consecuencia, según la Resolución recurrida, el plazo máximo para resolver habría finalizado el 8 de agosto de 2018. Sostiene la recurrente que la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC nunca debió haber acordado esta cuarta suspensión del plazo para resolver porque la Resolución no incluyó la información recabada sobre la facturación de las empresas en 2017 que fue requerida por la Sala y que dio lugar a la suspensión del procedimiento. Como consecuencia, este requerimiento y la ampliación del plazo para su contestación no debió haber desencadenado la suspensión del plazo para resolver. Añade que este requerimiento podría haberse formulado simultáneamente con la petición de opinión a la Comisión Europea y que los principios de buena regulación administrativa recogidos en el art. 129 apartado 1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común establecen que "las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia". Esto es, el requerimiento de información a las empresas infractoras (suspensión cuarta) debió haberse formulado a la vez que se le pedía la opinión a la Comisión Europea (suspensión tercera), para cumplir con los principios citados y el principio de simplificación administrativa. Que esta petición simultánea de información a las empresas y de opinión a la Comisión Europea hubiera conllevado una única suspensión del plazo para resolver. En vez de dos, como quiere la Resolución recurrida.



Por todo lo dicho expone que el total de días de suspensión de este procedimiento administrativo sancionador asciende a 247, y que, teniendo en cuenta que el expediente se incoó el 20 de abril de 2016, el plazo máximo para resolver y notificar la Resolución final vencía -inicialmente- el 20 de octubre de 2017- el nuevo plazo de resolución y notificación venció el 24 de junio de 2018. Por lo que el expediente estaba caducado en la fecha en que se notificó a ATOS la resolución sancionadora.

Pues bien, aun compartiendo la Sala el error sufrido en el inicio del cómputo del plazo de la segunda suspensión, podemos adelantar que el motivo de impugnación que examinamos ha de ser desestimada por las razones que pasamos a exponer.

Por lo que se refiere a la primera suspensión, es evidente que el plazo computa desde que la Administración tiene constancia de la resolución judicial de que se trate y que ello es conforme con lo dispuesto en el artículo 22.1 g) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las AAPP, que resulta de aplicación supletoria a la LDC.

Con relación a la tercera suspensión debemos manifestar que, como explica el Abogado del Estado, la regulación de la celebración de la vista se establece en el artículo 51 LDC y en el artículo 19 del Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia ("RDC"). Señala el punto 1 del citado precepto que "[e]l Consejo de la [CNMC] podrá acordar la celebración de vista, previa solicitud de los interesados o cuando la considere adecuada para el examen y enjuiciamiento del objeto del expediente" (énfasis añadido). Así, estamos ante un trámite totalmente facultativo, sin que la normativa citada señale que el acuerdo de la celebración de una vista deba adoptarse con carácter anterior a la petición de opinión a la Comisión Europea. Por lo demás, el artículo 11.4 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 señala que las autoridades competentes de los Estados miembros proporcionarán a la Comisión Europea "una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión prevista o, en ausencia de ésta, cualquier otro documento en el que se indique la línea de acción propuesta". Se desprende de esta exigencia en cuanto al contenido de esta comunicación que no requiere una explicación excesivamente detallada y exhaustiva sobre la infracción en cuestión.

Respecto a la cuarta suspensión, aduce la recurrente que no debería haberse acordado porque la información que se requirió sobre volumen de negocio de 2017 no fue incluida en la Resolución. Pues bien, aun cuando dicha información no fuera tenida en cuenta para determinar la sanción no determina la improcedencia de la suspensión acordada, por cuanto se trataba de información necesaria, sin perjuicio de las consecuencias que dicha omisión pudiera proyectar sobre la cuantificación de la sanción de la recurrente.

Por lo demás, debemos recordar la STS, Contencioso sección 3 del 15 de febrero de 2021 (ROJ: STS 546/2021 - ECLI:ES:TS:2021:546) que fija la siguiente doctrina jurisprudencial:

"(...) dando respuesta a la primera de las cuestiones que presentaban interés casación ha de afirmarse, reiterando la STS nº 929/2020, de 6 de julio (rec. 3721/2019), que la posibilidad de suspender el plazo para resolver el expediente, prevista en el art. 37.1.a) de la LDC ("Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios [...]"), procede cuando se precise la aportación de documentos y otros elementos de juicio que resulten "necesarios" para dictar la resolución oportuna. Lo determinante no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes sino que la información solicitada sea necesaria para dictar la resolución de fondo, y que la Administración no haya provocado esta situación de forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo.

Respecto a la segunda de las cuestiones, consistente en precisar la jurisprudencia de esta Sala acerca del cómputo del plazo de la suspensión acordada en procedimientos únicos con múltiples interesados, a efectos de su eventual caducidad, debe concluirse que cuando se tramita un único procedimiento con una pluralidad de implicados, y se acuerda una suspensión que afecta a todos, tanto el inicio del plazo de suspensión, su ampliación y la finalización del mismo opera para todos por igual, al margen de las vicisitudes individuales respecto al cumplimiento del requerimiento acordado".

De acuerdo con esta doctrina, debemos concluir que en el caso examinado, la documentación solicitada resultaba "esencial" para dictar la resolución y que no ha acreditado la actora que la Administración haya provocado el requerimiento de la información solicitada de forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria.

QUINTO. - Si guiendo con el examen de los vicios procedimentales alegados en la demanda, opone la recurrente la nulidad de la Resolución recurrida por haber agravado la calificación de la infracción, respecto de



la calificación previa de la Propuesta de Resolución, sin ofrecer a ATOS la posibilidad de formular alegaciones sobre la nueva calificación que:

1-La Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia reconocía que el equipo de negocio de ATOS había seguido las instrucciones de la asesoría jurídica de ATOS en julio de 2008, negándose a firmar el acuerdo de gestión conjunta de los concursos del SEPE C 10 / 08 - Lote 3 y C 11 / 08 - negándose a firmar el acuerdo de gestión conjunta de los dos lotes, acatando la recomendación de su asesoría jurídica. Sin embargo, en el párrafo 193 de la Resolución, 280 que es el equivalente al párrafo 519 de la Propuesta de Resolución, se ha eliminado este hecho. Que la Propuesta de Resolución señalaba que el 14 de julio de 2008 ATOS no había firmado el acuerdo de colaboración y que, sin embargo, en el relato equivalente de estos hechos de la Resolución recurrida (párrafos 191 y 192)282 ésta omite señalar que el 14 de julio de 2008 el acuerdo de gestión conjunta de los dos lotes se encontraba "a la espera de la firma por ATOS".

La Propuesta de Resolución señalaba en su párrafo 1329 relativo a la Responsabilidad de las Partes, que "en relación con las licitaciones del SEPE, esta DC concluye que la importancia relativa de ATOS en los acuerdos y prácticas concertadas alcanzados es menor que la de otras empresas partícipes en los mismos" ya que ATOS no firmó el acuerdo de gestión conjunta de los dos lotes, a diferencia del resto de miembros de la UTE y que en el apartado equivalente de la Resolución (Autoría y Responsabilidad) se ha eliminado esa declaración de que la responsabilidad de ATOS es menor en ese episodio.

Explica que la razón de este agravamiento de la calificación de la conducta de ATOS es que la Resolución - a diferencia de la Propuesta de Resolución- considera que el equipo de negocio de ATOS se negó a seguir las recomendaciones de la asesoría jurídica de ATOS, al supuestamente llegar a firmar el acuerdo de gestión conjunta de los dos lotes.285 203.

2. La Propuesta de Resolución fundamentaba reiteradamente la infracción cometida por las empresas investigadas en un esquema hub & spoke, en el que INDRA y SAG jugaban el papel de hub (nexo común) y el resto de las empresas de spoke (radios que parten del nexo común), y que, sin embargo, no hay una sola mención al esquema de hub & spoke en la Resolución, modificando la fundamentación jurídica de la propuesta.

3. Agravamiento de la calificación de la infracción, en relación con el papel desempeñado por la Administración en las conductas investigadas. La Propuesta de Resolución subraya el papel clave de la Administración en las conductas investigadas, pues (i) fue la precursora de las conductas cuestionadas; (ii) participó en ellas; (iii) desarrolló un papel de cómplice en las mismas; (iv) es responsable del determinismo del pliego hacia la oferta ganadora; y (v) solicitó la ayuda de las empresas para preparar los pliegos, concluyendo que la actuación de la Administración fue contraria a la libre competencia. Ninguna de estas afirmaciones se contiene ya en la Resolución, en la que se sostiene que la actuación de la Administración buscaba fomentar la competencia. Este cambio de calificación sobre el papel de la Administración, entre la Propuesta de Resolución y la Resolución agravo la calificación jurídica de la infracción.

4. La Propuesta de Resolución sugería la aplicación, en el cálculo de la multa, a las empresas investigadas de la siguiente circunstancia atenuante: *"Debe tenerse en cuenta como circunstancia atenuante para todas las empresas el hecho de que los acuerdos y prácticas concertadas señalados en este expediente fueron parcialmente impulsados o facilitados por las Administraciones Públicas afectadas"*. Sin embargo, la Resolución decide no aplicarles la circunstancia atenuante por la facilitación por la Administración de las conductas, sugerida en la Propuesta de Resolución.

5. El párrafo 1454 de la Propuesta de Resolución indicaba que existían tres grados de responsabilidad de las conductas investigadas, situando a ATOS en el nivel intermedio de la responsabilidad. En cambio, la Resolución únicamente establece dos grados de responsabilidad, entremezclando en el segundo grado a las empresas que la Propuesta de Resolución situaba en el nivel intermedio y en el nivel bajo.

Añade que la omisión del trámite de alegaciones del artículo 51.4 LDC sobre la nueva calificación ha conculcado su derecho constitucional a la defensa; ha determinado la imposición de una multa superior; y ha intensificado la gravedad de las conductas imputadas a ATOS.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación debemos recoger que la doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación del artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, contenida en STS, sección 3 del 21 de enero de 2019 (ROJ: STS 252/2019 - ECLI:ES:TS:2019:252), siguiendo los criterios expuestos en la sentencia de 30 de enero de 2012, (RC 5106/2009), y de 15 de octubre de 2018 (RC 1840/17) viene afirmando que el artículo 51.4 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia -como el 43.1 de la anterior Ley - debe interpretarse en el sentido de otorgar un trámite de audiencia a los sujetos sometidos a un expediente sancionador en el supuesto de que se plantee modificar la calificación de la conducta investigada



en la resolución sancionadora respecto a la formulada durante la instrucción y sobre la que se ha trabado el debate en vía administrativa.

La previsión de dicho trámite tiene pleno sentido pues si el legislador ha previsto que los sujetos expedientados conozcan y puedan alegar sobre la propuesta de resolución es porque entiende que dicha posibilidad constituye una exigencia del principio de defensa. Consiguientemente, si antes de que dictar resolución el órgano sancionador prevé separarse de dicha propuesta de manera relevante, como sin duda lo es una modificación de la calificación, aunque no conlleve un cambio respecto a los hechos, es natural que dicha modificación sea sometida de nuevo a los sujetos afectados para que puedan alegar lo que tengan por conveniente.

Aparte de la conocida conclusión de que los principios esenciales del artículo 24 de la Constitución son trasladables al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, pero con ciertos matices, (derivados sobre todo del hecho de que el procedimiento sancionador administrativo no conoce una diferenciación tajante entre instrucción, acusación y decisión), se deduce de esa doctrina constitucional que, sin previa audiencia sobre la cuestión, no puede producirse sanción por hechos o perspectivas jurídicas que de hecho no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas, lo que significa:

1º.- Que la resolución sancionadora no puede alterar, sin previa audiencia del expedientado, el relato fáctico contenido en la propuesta de resolución.

2º.- Que tampoco puede alterarse en la resolución sancionadora, sin previa audiencia, la calificación jurídica de la infracción.

3º.- Que no es incompatible con el derecho de defensa la imposición de una sanción, sin previa audiencia, distinta de la contemplada en la propuesta de resolución.

Como se resuelve en sentencias de 30 de noviembre de 2018 (rec. 5329/2017) y 3 de diciembre de 2018 (rec. 6196/2017), no cabe duda de que la omisión de dicho trámite constituye una infracción procedimental contraria a derecho.

Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia referida, tal infracción no conlleva la nulidad de la resolución sancionadora en el caso de que resulte indubitado que el cambio de calificación efectuado respecto a la propuesta de resolución no ha causado una efectiva indefensión material a los sujetos expedientados.

Pues bien, en el caso examinado las modificaciones que se detallan en la demanda no han ocasionado a la recurrente indefensión material por cuanto que no han determinado ninguna modificación en la calificación jurídica en la Resolución sancionadora respecto de la contenida en la propuesta de resolución.

SEXTO. - Di cho lo anterior, seguiremos examinando los motivos de impugnación articulados en la demanda.

Denuncia la recurrente que la resolución sancionadora ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia. Que la conducta de ATOS en lo relativo a UTES y subcontrataciones fue plenamente compatible con los artículos 1 LDC y 101 TFUE y no puede calificarse de cártel. Que ATOS, individualmente considerado, no era un competidor, ni real ni potencial, en las licitaciones investigadas. Que la Resolución atribuye a ATOS la responsabilidad de conductas realizadas por INDRA y SAG. Que ATOS carecía de medios individuales suficientes para presentar una oferta autónoma en los concursos investigados. Que ATOS sigue una estrategia procompetitiva en la selección de los concursos a los que se presenta mediante UTE/subcontratación. Que las UTEs investigadas con las que ATOS ha colaborado no han generado efectos restrictivos de la competencia. Que la conducta de ATOS, en lo relativo a los concursos del SEPE C 10 / 08 - lote 3 y c 11/08 - lote 6 en particular, también fue plenamente compatible con los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

Añade que la conducta de ATOS en lo relativo al borrador de acuerdo sobre claves de patrimonio con SAG, también fue plenamente compatible con los artículos 1 LDC y 101 TFUE y que las conductas entre ATOS Y SAG relativas a dos licitaciones, de limitado importe, del Ministerio del Interior, de considerarse, quod non, una infracción, estarían prescritas.

SÉPTIMO.- Recordemos que la recurrente ha sido sancionada por la comisión de una infracción única y continuada, constitutiva de cártel, consistente en un reparto de mercado a través del reparto de licitaciones públicas con el objetivo de mantener la cuota de mercado de cada empresa.

A estos efectos debemos recordar la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, contenida 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 Participazioni (C- 49/92 P, Rec. p. I-4125), apartado 82, sobre el concepto de infracción única y continuada en la que 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)"*.

Así pues, 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.

OCTAVO.- Vi stas las diferentes posturas que mantienen ambas partes, debemos, examinar si efectivamente existen pruebas que permitan dar por acreditada la participación de la recurrente en la infracción única y continuada imputada.

A estos efectos conviene recordar que ya en la sentencia dictada en fecha 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, respecto de la prueba de las infracciones en materia de competencia, decíamos que: *"En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1988, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración"*. Consideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, decíamos: *"(...) es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998/7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999/274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados -cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación*



alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".

Ya desde la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso núm. 373/93, el Tribunal Supremo viene declarando al referirse a la prueba de presunciones que *"es tas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda".*

Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de setiembre de 2006 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), (asuntos acumulados T-44/02 OP, T-54/02 OPM, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP), que, en cuanto a la prueba de presunciones en materia de Derecho de la Competencia, señala que: *"Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 55 a 57)".*

También el Tribunal General en la sentencia de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T-110/07 al referirse a la carga de la prueba declara lo siguiente:

"(46) ... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión), apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999, Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Rec. p. II-93).

(47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)".

Y, en cuanto a la posición del Tribunal Supremo, podemos destacar, entre otras, la sentencia dictada en fecha 19 de junio de 2015, recurso 649/13, que se pronuncia sobre el alcance de esta clase de prueba en los siguientes términos:

" Al respecto, cabe recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996, 28 de enero de 1999, 6 de marzo de 2000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. En la sentencia constitucional 172/2005, se afirma que por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye

cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales , al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril ,F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho - se continúa afirmando la mencionada Sentencia- que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4)".

NOVENO-. Pu es bien, como ya hemos recogido, la resolución recurrida afirma que ATOS ha participado activamente en los acuerdos alcanzados en relación con los concursos de la AEAT relativos al desarrollo de aplicaciones informáticas del Departamento de Informática Tributaria de la AEAT (C03/07, AV 10/2011 y PA 2/2015) a partir de los siguientes hechos acreditados:

"1-EN RELACIÓN CON TODOS LOS EXPEDIENTES DE SERVICIOS Y APLICACIONES INFORMÁTICOS DE LA GISS.

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

(74) La licitación de este expediente mediante procedimiento abierto se publicó en el BOE de 11 de agosto de 200639.

(75) El presupuesto base de licitación fue de 118.950.435,69 euros. El concurso se dividió en 14 lotes (...)

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

Este reparto hipotético en el que aparece SAG coincide con el fijado en el acuerdo de colaboración firmado entre las cuatro empresas el 28 de agosto de 2006 (folio 5850). El contenido del acuerdo coincide con el de los firmados para los contratos con la AEAT, si bien en este caso la compensación entre empresas que hayan incurrido en un exceso en el periodo correspondiente es del 7%, en lugar del 5%.

(77) El 10 de julio de 2006, antes siquiera de que se hubiera enviado el anuncio de la licitación del concurso 7202/06G al DOUE (lo que se produjo el 1 de agosto de 2006)42, THALES (CONNECTIS) envió un correo electrónico a ATOS, SAG e INDRA, adjuntando el reparto de perfiles de los lotes 10, 11 y 12 (folios 9888 y 12345 a 12349), lo que evidencia que disponían de información sobre el concurso y su división en lotes y recursos necesarios antes de que dicha información hubiese sido publicada.

(79) El 28 de agosto de 2006, se firmaron los acuerdos de colaboración entre INDRA, SAG, ATOS y THALES (CONNECTIS) para la realización de los servicios informáticos necesarios en la GISS de los lotes 1043 y 1244 del expediente NUM000 (folios 5850 a 5856 y 5857 a 5863). Los acuerdos hacen referencia a los porcentajes de participación de las cuatro empresas, el número de técnicos por cada categoría que corresponde a cada empresa y el importe/hora de cada categoría por el que facturará cada empresa a la UTE por los técnicos aportados al proyecto (folios 5850, 5851, 5857 y 5858).

(80) La redacción de los acuerdos en relación con la responsabilidad de las empresas, nivelación de porcentajes, subcontratación de personal ya existente en el organismo, regularizaciones, prórroga, etc., es idéntica a la citada en el caso de la AEAT, aunque en este supuesto la compensación entre empresas que hayan incurrido en un exceso en el periodo correspondiente es del 7%.

(82) En relación con el lote 11, el 23 de noviembre de 2006, INDRA envió a SAG, ATOS y THALES (CONNECTIS) una hoja de cálculo para llevar el control de la UTE para el citado lote. En el correo se indica lo siguiente: "Como podréis comprobar, con el equipo inicial que nos piden, ya nos estamos desviando (en algún caso) bastante del



porcentaje de la UTE: INDRA: 37,29 SAG: 18,04 THALES: 24,66 ATOS: 20,01 ¿Qué significa esto? Pues que, si seguimos lo acordado, ni Indra, ni Thales, ni Atos, podríamos meter a NADIE MÁS (de momento) hasta que SAG no alcance su 25%. Por lo tanto, las personas propuestas por la TGSS, deberían estar con SAG" (folio 9939). En el Excel aparecen los trabajadores de cada empresa con sus nombres y apellidos, la empresa a la que pertenecen, su categoría profesional y la tarifa que corresponde a cada uno (datos que, como se ha indicado anteriormente, han sido calificados de secreto comercial por las empresas) (folio 12357 a 12377).

(83) El 1 de diciembre de 2006 entraron en vigor los contratos correspondientes a los distintos lotes del expediente (folios 9930, 9932, 9934, 9936 y 9938).

(84) En noviembre de 2007, ATOS, THALES (CONNECTIS), INDRA y SAG intercambiaron correos electrónicos con propuestas de descuento de las tarifas de las distintas categorías de trabajadores para la GISS (folios 9998 y 9999).

(85) El 14 de diciembre de 2007, INDRA remitió un correo electrónico a SAG, THALES (CONNECTIS) y ATOS, que contiene una hoja resumen con los descuentos con los que se sentiría cómoda cada empresa para cada categoría y, a partir de los cuales, elabora dos propuestas (folios 10004 y 10005). ATOS propone reducir el descuento de una de las categorías del 10% al 5%.

(86) En diciembre de 2008 se prorrogaron los contratos por dos años más (folio 5849). (87) En relación con el lote 12, el 17 de mayo de 2010, INDRA escribió a SAG (pese a que esta no participó formalmente en la UTE del lote 12), THALES (CONNECTIS) y ATOS un correo electrónico con asunto "Los tres escenarios del lote 12", en el que se recoge una tabla en la que las cuatro empresas aparecen en las filas y en las columnas aparecen "objetivo" y tres escenarios, A, B y C. La tabla consigna porcentajes. Los porcentajes de la columna de objetivos coinciden con los del reparto consignado en el folio 5850 (folio 10863).

(88) A finales de agosto de 2010, INDRA, SAG, THALES (CONNECTIS) y ATOS se encontraban regularizando los importes correspondientes a la prórroga del contrato del lote 10 del expediente NUM000 (folio 5866).

(89) En un correo de 4 de enero de 2011, constan adjuntos varios documentos que reflejan el cierre de los lotes 10 y 12 y la distribución de facturas con los proyectos correspondientes (folio 5848). En ambos lotes tanto INDRA como THALES (CONNECTIS) habrían tenido una participación real inferior al reparto inicial pactado, mientras que ATOS habría tenido una participación real superior. SAG habría tenido una participación real superior en el lote 10 e inferior en el lote 12 (folio 5864 y 5865).

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

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

(92) Este expediente supone la continuación de los servicios licitados en el expediente NUM000 a la finalización de la prórroga de los mismos, aunque a diferencia del concurso de 2006, la contratación de estos servicios se dividió en 11 lotes, en lugar de los 14 en que se había dividido el concurso de 2006, aunque los servicios licitados eran equivalentes (folio 5770).

(93) Las empresas adjudicatarias en los lotes del presente contrato coinciden con las empresas adjudicatarias de los lotes equivalentes del contrato de 2006.

(94) La equivalencia de lotes entre ambos contratos y las empresas adjudicatarias es la siguiente (folios 740 y 5770): (...)

(95) Las adjudicaciones de los once lotes se publicaron en el BOE número 11 de fecha 13 de enero de 2011, por un importe total de 106.342.691,48 euros (IVA incluido), lo que supone un descuento sobre el presupuesto licitado del 8,37%.

(96) Previamente al anuncio de la licitación en el BOE, 9 de junio de 2010, ATOS comunicó a INDRA, SAG y THALES (CONNECTIS) que la "licitación de este concurso pasó por Consejo de Ministros el 4 de junio de 2010" (según nos adelantó Esmeralda), con lo que parece que se pueden cumplir plazos, y en julio tendremos que presentar las ofertas", asimismo propone que se vean "para hablar de los lotes 6 (GISS), 8 (TGSS) y 9 (INSS), repartos, acuerdos, etc...y poder clarificar todo para poder avanzar en las ofertas" (folio 5659). Los lotes de los que habla son todos lotes del expediente NUM006

(100) El 22 de julio de 2010 se produjo la reunión y SAG informa internamente por correo electrónico de que han decidido que el descuento al lote 6 sea del 8,1662, al lote 8 del 7,8998 y al lote 9 del 7,01. Además, se reporta que THALES (CONNECTIS) y ATOS querían hacer menos descuento y que el 8,5% era un objetivo inalcanzable



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

(101) El 25 de julio de 2010, INDRA envió otro correo electrónico a SAG, THALES (CONNECTIS) y ATOS, adjuntando el acuerdo (folios 5690 a 5696) y el Compromiso de UTE para el lote 8 (folios 5697 a 5699). En el acuerdo, las cuatro empresas se comprometen "a colaborar con carácter de exclusividad" y establecen su porcentaje de participación. Asimismo, en este documento se recoge la existencia de regularizaciones y el modo en que se efectuarán, de forma idéntica al funcionamiento anteriormente descrito para la AEAT (folios 5692 y 5693). También se recoge el mantenimiento de las condiciones en caso de prórroga del contrato (folio 5693).

(102) El 25 de julio de 2010, ATOS escribió un correo electrónico a INDRA y SAG en el que adjunta el archivo "Lote 9-Preacuerdo de subcontratación INDRASAG" (folio 5675). Ese preacuerdo de subcontratación, fechado el 28 de julio de 2010, señala que "INDRA a través de una UTE, presentará una oferta para la adjudicación por PROCEDIMIENTO ABIERTO del contrato de los "SERVICIOS DE CARÁCTER INFORMÁTICO NECESARIOS EN LA GERENCIA INFORMÁTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL" (Expediente NUM006 - Lote 9: Desarrollo de aplicaciones INSS)" y que en el "Pliego de Cláusulas Administrativas de la citada licitación se exige que, en el caso de que el oferente presente CV de personal ajeno a su plantilla deberá presentar un preacuerdo de subcontratación de los servicios a prestar por los citados perfiles aportados. Puesto que la UTE a formar por INDRA ha aportado CV de perfiles de plantilla de SOFTWARE AG, se disponen a fijar mediante el presente documento, los términos básicos del preacuerdo de subcontratación", refiriéndose a perfiles técnicos para el lote 9 del expediente NUM006 (folios 5676 y 5677).

(103) Para el lote 9, consta igualmente un acuerdo y compromiso de UTE entre las empresas INDRA, SAG, THALES (CONNECTIS) y ATOS (folios 5701 a 5709). Aunque el acuerdo recoge los porcentajes de participación de las cuatro empresas el compromiso de UTE sólo se refiere a las empresas INDRA, THALES (CONNECTIS) y ATOS (folio 5709), lo que muestra que el acuerdo y reparto interno de los servicios del lote 9 no coincide con el oficialmente comunicado en la presentación de ofertas a la licitación. En el acuerdo las cuatro empresas se comprometen "a colaborar con carácter de exclusividad". Las cláusulas en relación con compensaciones por incorporación de personal, subcontrataciones de personal propuesto por la GISS, regularizaciones, prórroga, etc., son exactamente iguales a las descritas para el lote 8.

(104) El 20 de agosto de 2010, SAG envió un correo electrónico en el que adjunta un Excel que contiene las equivalencias de los lotes entre los contratos de 2006 y 2010 y, en caso de ser una UTE de la que forma parte SAG, el porcentaje de participación de cada empresa de la UTE. La comparativa permite constatar que las empresas que tenían adjudicados determinados servicios en 2006 mantienen su adjudicación en 2010, pese a los cambios en número de lotes. Ello se logra agrupándose en UTE aquellas que no lo estaban y cuyos servicios se fusionan en un mismo lote⁴⁹ o manteniendo los acuerdos existentes en caso de que los servicios sigan correspondiendo a un lote.

(105) Existe, por tanto, una equivalencia en lotes y en empresas adjudicatarias de los mismos, de tal manera que las empresas que son adjudicatarias de los lotes del 2006, lo son también de sus lotes equivalentes en 2010.

(106) El contrato 7201/10G se prorrogó a su finalización al menos hasta el 31 de octubre de 2014 (folios 6178 y 6179).

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

(107) La licitación del expediente NUM001, que viene a continuar los servicios de diversos concursos previos, algunos de 2010 (folios 9563 y 9564), se realizó mediante procedimiento abierto. El anuncio de la licitación se envió al DOUE el 12 de junio de 2013, aunque no se publicó hasta el 14 de junio de 2013 (folios 11134 a 11137). Asimismo, se publicó en el BOE número 155 de 29 de junio de 2013.

(108) Este concurso no se dividió en lotes (folio 740) y se adjudicó el 11 de octubre de 2013 a la UTE SAG/INDRA, con un descuento ofertado del 30,01% sobre precios unitarios, según la información aportada por la GISS (folio 740). No obstante, la adjudicación del contrato se hizo por el mismo importe que el presupuesto base de la licitación, que era de 33.438.111,09 euros (IVA excluido)⁵⁰. 49 por ejemplo, el lote 4 de 2006 se adjudicó a la UTE GESEIN-UNYSIS, el lote 13 de 2006 a la UTE INDRA-GESEIN, el lote 10 de 2010, que equivale a los servicios de los lotes 4 y 13 de 2006, se adjudicó a la UTE INDRA-UNISYS-GESEIN.

(109) El 24 de enero de 2013, en un correo electrónico interno de INDRA, se indica que una empleada de la citada empresa ha hablado con el GISS y que "como acaban a final de año los actuales contratos de INSS e IMS quieren ya enfocar esos concursos a AM (pero sólo la parte de desarrollo no el análisis). Desde la GISS quieren



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

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

(111) De hecho, en un correo electrónico interno de 3 de abril de 2013, INDRA comenta que no le interesa hacer el reparto considerando las personas porque saldrían "palmando". Además, se señala, en referencia a SAG, lo siguiente: "desde que ha salido el anuncio previo, ya les están llamando algunas empresas para ver cómo se van a presentar. Quieren que veamos hasta que parte del pastel estamos dispuestos a ceder, con tal de que no se presenten haciéndonos la competencia. Y, sobre todo, mantener un mensaje común y alineado si también nos llaman a nosotros" (folio 7600). El correo electrónico interno adjunta la versión del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y del pliego de prescripciones técnicas (PPT) (folios 7602 a 7700) que no fueron públicos hasta el 14 de junio de 2013, dos meses después, cuando se publicaron en la Plataforma de Contratación del Estado.

(112) En el mes abril de 2013, INDRA en relación con este mismo contrato manifiesta en un correo electrónico interno que: "SAG quiere seguir avanzando en el reparto y los otros socios, le he pedido a Esmeralda cómo estamos ahora porque sé que tenemos menos % y que Candido quiere hacerlo en función de los recursos, mi idea es proponerle que esta es una oportunidad de iguales al 50% de UTE y ya veremos si tenemos que compensar asumiendo más cantidad de gente de terceras empresas... Ya hablaremos de la Gerencia de la UTE y Dirección técnica,...según los números que salgan" (folio 7704).

(113) El habitual acuerdo de colaboración para presentarse en UTE consta en un correo electrónico interno de INDRA de 10 de mayo de 2013. En este acuerdo se fija una participación para INDRA de un 49% y para SAG de un 51%. Las partes se comprometen a colaborar con carácter de exclusividad. El contenido del acuerdo es análogo al descrito en otros acuerdos de colaboración de los citados anteriormente (folios 9563, 9565 a 9569). En este acuerdo INDRA y SAG también convienen que la UTE subcontratará a ATOS y CONNECTIS un determinado porcentaje de los servicios, cuya cuantía aún no se concreta (folio 9565).

(114) En relación con la subcontratación de terceras empresas, esta posibilidad ya consta en el reporte de INDRA correspondiente a la semana 15 al 19 de abril de 2013, en el que se expresa la intención de realizar colaboraciones con ATOS, CONNECTIS y CIBERNOS para evitar que estas colaboren con la competencia: "Estamos en un proceso de negociación con SAG sobre las participaciones, además de la participación de las actuales empresas colaboradoras (Atos, Connectis y Cibernos) con el objeto de que participen como subcontratadas para que no colaboren con CVs y conocimiento con la competencia" (folio 8692). Por tanto, con las subcontrataciones se mantiene un statu quo y se cumple el objetivo antes citado de evitar la colaboración de estas empresas con la competencia. Por ello, se justifica que en el mismo borrador se contemple también en la estipulación tercera que "Esta subcontratación preferente implica que la tasa a la que la UTE pagará cada una de las diferentes categorías contempladas en el contrato y subcontratadas a CIBERNOS será superior a la que pagará a otros subcontratistas hasta cubrir la cantidad garantizada por la UTE en el presente acuerdo" "Todos aquellos perfiles adicionales subcontratados que hagan incrementar la cantidad inicialmente garantizada tendrán una tasa equivalente a la del resto de subcontratistas con los que la UTE trabaje, teniendo CIBERNOS preferencia para su incorporación" (folio 7894).

(115) En el reporte comercial de INDRA de 24 de junio a 28 de junio de 2013, se habla de la situación en ese momento respecto al concurso 7201/13G indicando: "Existe un grupo de trabajo formado por Indra y SAG que ha colaborado con la GISS en la redacción de la memoria y posterior pliego, y que continuará en para la gestión de la oportunidad y desarrollo de la oferta. La memoria está pasando por las comisiones de la GISS y del MEySS para que sea aceptada y actualmente está en un ciclo de presentación, se espera que se aprueba en Consejo de Ministros en el mes de abril. El principal problema es que finalmente el Ministerio ha exigido que el peso del importe sea de un 60%, un criterio muy agresivo que reparte los puntos comparando directamente los descuentos. Se ha puesto una solvencia técnica importante, pero cumplible por las empresas principales de la competencia, pero solicita más de 100 CVs con experiencia y exigen un mínimo de puntuación técnica para pasar a la lectura de la propuesta económica. Estamos en proceso de negociación con SAG sobre las participaciones, además de la participación de las actuales empresas colaboradoras (ATOS, Connectis y

Cibernos) con el objeto de que participen como subcontratadas para que no colaboren con CVs y conocimiento con la competencia" (folios 8751 y 8752).

(116) El 18 de julio de 2013, INDRA y SAG se enviaron por correo electrónico el acuerdo definitivo de colaboración, conforme a los cambios que habían realizado ese mismo día. Las tarifas de referencia y número de trabajadores de cada categoría que corresponden a cada empresa se recogen en el folio 8073. La compensación entre empresas en las regularizaciones finalmente se deja en el 5% (folios 8070 a 8079).

(117) En el reporte comercial de INDRA de 22 a 26 de julio de 2013, en relación con este concurso, se actualiza el estado de negociaciones y se señala que "se han cerrado acuerdos con las actuales empresas colaboradores (ATOS, Connectis y Cibernos) con el objeto de que participen como subcontratadas para que no colaboren con CVS y conocimiento con la competencia". Además, se indica que los competidores en este caso son IECISA, IBM, ACCENTURE, EVERIS, etc. (folio 8824).

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

(129) Con respecto a la subcontratación de ATOS, el 10 de mayo de 2013 INDRA y SAG se remitieron el acuerdo de subcontratación con la citada empresa (folios 6186 a 6195). El acuerdo fija que, aunque todas las partes colaboran en la participación de las ofertas, la UTE INDRA/SAG actuará como contratista principal y ATOS como subcontratista (folio 6188). El acuerdo también establece que es una subcontratación preferente y con carácter de exclusividad.

(130) Este documento del acuerdo hace referencia a ATOS, pese a aparecer CONNECTIS también en la carátula. No obstante, en la copia de dicho acuerdo incorporada de la documentación de INDRA sí que aparece en la cláusula tercera que CONNECTIS se compromete al igual que ATOS a prestar los servicios bajo los mismos términos y condiciones exigidos a la UTE y se incluye a CONNECTIS en los términos de contratación preferencial (folios 9553 a 9562).

(131) El 14 de mayo de 2013, ATOS comunicó a INDRA y SAG los cálculos de su participación en el contrato 7201/13G, conforme a los cuales concluye que deberían incluir en el contrato de subcontratación preferente un 10% del crecimiento previsto en el INSS, además de "2.230 K€", al tratarse de un concurso de 35 millones de euros (folios 8740 a 8742). INDRA y SAG comentaron entre ellas estas peticiones, señalando que se trata de mantener su estatus del 10% que tiene en la globalidad de los contratos actuales (folio 8740). Las peticiones de ATOS se consideran inviables por INDRA, quien señala que "está bien pedir, pero también deben ser prudentes y reconocer su posición, lo que conlleva ir, o no, con esta UTE ahora y en el futuro [...]" (folio 8738). Además, INDRA manifiesta su preocupación por que "nuestros socios hagan un frente común hablando entre ellos. Creo que sería bueno tratar de cerrar acuerdos cuanto antes con el que podamos. Habrá que ver, si luego las condiciones con otro socio son diferentes, como lo solucionamos, pero tratar de evitar la posibilidad de un frente común..." (folio 8738).

(132) Finalmente, en el contrato con ATOS (folios 11199 a 11212), la UTE contrata a ATOS para la prestación de determinados servicios correspondientes al 4,8% del total facturado (IVA excluido) del contrato correspondiente al concurso 7201/13G. En el contrato se determina que la UTE considera a ATOS "subcontratista preferente". Los precios por categoría consignados son inferiores a aquellos adjudicados a la UTE en el concurso.

(149) En las propuestas barajadas por INDRA y SAG aparecen CONNECTIS, ATOS, ALDEBARAN y GESEIN, bien como partícipes en la UTE o bien como subcontratados (folio 8291).

(150) En las proyecciones que INDRA envía por correo electrónico a SAG a mediados de junio de 2014 (folio 8289 y 8291) aparece el lote 1 de desarrollo de aplicaciones TGSS, para el cual se toma como base el lote 8 de 2010 (expediente NUM006), también correspondiente al desarrollo de esas aplicaciones y se mantiene la UTE de INDRA/SAG/THALES/ATOS. Se calculan los porcentajes que corresponderían en caso de mantener los importes económicos de 2010 en 2014 y el porcentaje que la suma de todos ellos supone respecto al total que se licita en 2014, viéndose un aumento del presupuesto que equivaldría a un 21,95% del presupuestado en 2010. Además, se reparten la subcontratación entre INDRA y SAG.

(151) En las mismas proyecciones (folio 8291) también se recoge el lote 3 del GISS57, para el cual aparecen las empresas SAG, INDRA, ALDEBARAN, CONNECTIS, ATOS y BABEL y los porcentajes que corresponden a cada una de ellas. Las subcontrataciones se reparten entre INDRA, SAG y ALDEBARAN.

(152) El acuerdo de colaboración entre INDRA y SAG para el lote 1 "Desarrollo aplicaciones TGSS" del expediente NUM002, supone que las partes colaboren en exclusiva en relación con el objeto del acuerdo (folios 6357 a 6365). Mediante subcontrataciones ATOS y CONNECTIS participan en la ejecución del proyecto (ATOS 13,9% y CONNECTIS 21,2%). INDRA sería el responsable del 60% de dicha subcontratación y SAG del 40% restante. El acuerdo también hace referencia al importe a facturar a la UTE para cada categoría de trabajadores, así como al número de trabajadores de cada categoría del equipo básico que corresponde a INDRA y SAG (folio 6359).



(153) El acuerdo de colaboración entre INDRA y SAG también contiene cláusulas sobre nivelación de porcentajes de nuevas incorporaciones, regularizaciones, prórroga, responsabilidad de las empresas, etc., análogos a los anteriormente descritos para otras licitaciones. De hecho, el borrador del acuerdo está fechado el 19 de julio de 2013, seguramente por haberse tomado como base algún acuerdo preexistente. Este acuerdo de colaboración entre INDRA y SAG es un acuerdo interno (folio 6389), distinto al acuerdo de constitución de UTE (folios 6391 y 6392). En la pestaña de recursos se recoge la equivalencia entre el lote 3 de 2014 con los lotes 6 y 7 de 2010. El lote 6 en 2010 correspondería a la UTE SAG/INDRA/THALES/BABEL y aparece también la empresa ATOS. El lote 7 de 2010 correspondía a la UTE ALDEBARAN/NEXT/NESPRO en el cual se reflejan los mismos porcentajes para INDRA y SAG, pero no se hace ninguna referencia a las subcontrataciones.

(154) El 27 de junio de 2014 SAG remitió por correo electrónico a INDRA el compromiso y acuerdo de constitución de la UTE SAG-INDRACONNECTIS para el lote 2. En el acuerdo de constitución de UTE (folios 6406 y 6407) se indica que la UTE estará formada por SAG (41%), INDRA (39%) y CONNECTIS (20%).

(156) El 1 de julio de 2014, en un correo electrónico interno de SAG titulado "Solo Para tu información. Así vamos en los 3 lotes de desarrollo" se hace referencia al reparto de los tres lotes de desarrollo gestionado, indicando el porcentaje de facturación que corresponde a cada empresa y el porcentaje en las UTE (folio 11705). Los porcentajes a que se hace referencia serían: % FACTURACIÓN % UTE INDRA 30 46 SAG 31 45 CONNECTIS 18 4 ATOS 11 0 ALDEBARAN 6 6 BABEL 2 0 GESEIN 3 0 Fuente: Elaboración propia con datos folio 11705. En dicho correo electrónico interno de SAG también se indica que "La subcontratación debe dejar un 4% neto, ATOS y CONECTIC, un 5% las de BABEL y GESEIN" (folio 11705).

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

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

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

(163) La participación de ATOS en el proyecto se pactó que fuera del 13,9% (folio 6359). La adjudicación del lote 2 se produjo el 8 de octubre de 2014 (folio 740). La adjudicación del lote 1 se produjo el 14 de octubre de 2014 (folio 740). La adjudicación del lote 3 se produjo el 20 de octubre de 2014 (folio 740).

(164) El acuerdo de subcontratación de INDRA y SAG con ATOS62 recoge las condiciones antes mencionadas, así como la cláusula de exclusividad de la colaboración de estas empresas con la UTE que rige las relaciones de subcontratación preferente (folios 6366 a 6375).

(165) El 27 de junio de 2014, SAG remitió por correo electrónico a INDRA el acuerdo de subcontratación con ATOS (folio 6405). El acuerdo recoge que la participación de ATOS tiene que alcanzar un porcentaje de subcontratación global comprometido del 6,51% (folios 6408 a 6418).

(166) El 3 de julio de 2014, INDRA remitió a ATOS y SAG los acuerdos definitivos para la subcontratación de ATOS para los lotes 1, 2 y 3 (folio 6452). ATOS dio su visto bueno, salvo un par de cambios menores (folios 6452 a 6488).

(167) El 27 de marzo de 2015, SAG envió a INDRA los contratos relativos al lote 1 que se iban a pasar a ATOS y CONNECTIS, dando INDRA el visto bueno (folio 11987). Ese mismo día SAG envió a ATOS el contrato de subcontratación preferente del 8,4% del importe total facturado del contrato principal (folios 11989 a 12005) y también envió a CONNECTIS el contrato de subcontratación preferente del 12,7% del importe total facturado del contrato principal (folios 12006 a 12022).

(168) El borrador de la subcontratación de ATOS para el lote 2 aparece con fecha de 24 de julio de 2015, y sería una réplica del borrador del lote 1 (folios 7084 a 7099), cuyos efectos se aplican retroactivamente desde el 1 de diciembre de 2014 (folio 7089). En este caso la cantidad subcontratada supone el 3,2% del importe total a facturar del contrato principal (mark-up 4% Asistencia Técnica y 5% Desarrollo Gestionado). Tras diversos cambios, se remitió el contrato a las partes el 23 de septiembre de 2015 (folios 7100 a 7125), fechado el 17 de septiembre



de 2015, sin mayores cambios que el porcentaje asignado a ATOS que es del 3,31% del importe total facturado del contrato principal (folio 7122)

(169) También el 17 de septiembre de 2015 se fecha el contrato con ATOS para el lote 2 (folios 7133 a 7153), cuya vigencia se retrotrae al 22 de noviembre de 2014 (folio 7148) y los servicios subcontratados comprometidos son un 8,4% del importe total facturado del contrato principal (folio 7150).

(170) La participación de CONNECTIS para el proyecto se pactó que fuera del 21,2% (folio 6359). (171) El acuerdo de subcontratación de INDRA y SAG con CONNECTIS (folios 6376 a 6385) recoge, al igual que con ATOS, una cláusula de exclusividad de la colaboración de esta empresa con la UTE que rige las relaciones de subcontratación preferente. El borrador de CONNECTIS también tiene fecha de un año antes, el 22 de julio de 2013, ya que se habría tomado un 62 Este acuerdo se envía a ATOS el 30 de junio de 2014 (folios 6440 a 6449) y recoge que el porcentaje de subcontratación global comprometido es del 14% (folio 6444).

(172) CONNECTIS había pedido ir en la UTE del lote 3 y, si bien SAG no tenía inconveniente, INDRA se negó por considerar que dar entrada a la citada empresa acabaría "estropeando la estrategia" y la negociación resultaría desfavorable con ATOS cuando pretendían buscar una solución coherente con todos (folio 6386).

2-EN RELACIÓN CON LOS CONCURSOS DEL SEPE.

3. SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SEPE) En relación con las licitaciones de servicios informáticos por parte del SEPE63 y tras el análisis de la documentación obrante en el expediente de referencia, se han considerado de interés desde el punto de vista del objeto del expediente de referencia los contratos: NUM004 , NUM005 , NUM003 , NUM007 y NUM008 , todos ellos relativos al mantenimiento de los sistemas y aplicaciones informáticos de este organismo.

a) Contratos NUM004 "Servicios de carácter informático necesarios para la administración electrónica en el SEPE" y NUM005 "Servicios de carácter informático necesarios para el SEPE "

(181) El anuncio de la licitación de ambos expedientes se publicó en el BOE de 28 de febrero de 200864. El expediente NUM004 se dividió en cinco lotes, mientras que el expediente NUM005 se dividió en seis lotes. El presupuesto base de licitación conjunto del expediente NUM004 fue de 28.021.512 euros, IVA incluido, mientras que el del expediente NUM005 fue de 33.697.400 euros, IVA incluido.

(182) En una comunicación interna de NEXT previa a la publicación de la licitación se comentó la intención de acudir en UTE a los dos concursos: "El pasado 6 de febrero, la UTE mantuvo una reunión con la Subdirección del INEM quien nos adelantó algunos datos sobre los nuevos concursos, siendo el más destacado que saldrán 2 concursos, con un total de 11 Lotes (folio 10009). (...) La intención de NEXT y THALES es conformar una nueva UTE para estos concursos, sin dejar de contemplar la posibilidad de alcanzar compromisos con otras empresas, presentes actualmente en el INEM y que permitirían configurar UTE's más fuertes".

(183) Tras la publicación del anuncio de licitación, el 3 de marzo de 2008 THALES (CONNECTIS) se comunicó con ATOS, SAG y NEXT, para empezar a diseñar las ofertas a presentar por la UTE, en concreto a los lotes 3 del contrato NUM004 y 6 del contrato NUM005 : "Fruto de las reuniones mantenidas entre los diferentes responsables de nuestras empresas en relación a la presentación de la oferta para el INEM del concurso de sistemas tradicionales: LOTE 6 y, con el fin de empezar a diseñar el orden y los puntos de la oferta, al tiempo que establecer un calendario de entrega de documentación, os convoco para el próximo viernes.

(184) Las empresas se remitieron el 6 de marzo de 2008 el compromiso de la UTE 11/08 para el lote 6 (folio 10020).

(185) Unos días más tarde, el 10 de marzo de 2008, THALES (CONNECTIS) envió a SAG, ATOS y NEXT un fichero con las personas que trabajaban en ese momento en el INEM, en las categorías del pliego (folio 10025). En el fichero se consignan con nombres y apellidos los trabajadores pertenecientes a distintas empresas, su categoría y la tarifa por hora que corresponde percibir del SEPE por sus servicios (folios 12432 y 12433).

(186) El 13 de marzo de 2008 SAG envió a NEXT, ATOS y THALES (CONNECTIS) la propuesta de acuerdo de la UTE del lote 6 del expediente NUM005 (folio 10127) y la propuesta de acuerdo de colaboración (folios 10128 a 10134). Esta última propuesta contiene unos porcentajes de participación de las cuatro de empresas diferentes a los del compromiso de UTE y a los consignados en el listado de reparto que THALES (CONNECTIS) les había enviado el día anterior (folio 10126), en el que aparecían los datos calificados como "reales". La propuesta de acuerdo de colaboración está incompleta y refleja datos de un concurso de la GISS, aunque en el correo al que se adjunta deja claro que es para el lote 6 11/08 del INEM. El 14 de marzo de 2008, ATOS envió a SAG, NEXT y THALES (CONNECTIS) el acuerdo de constitución de la UTE y el compromiso de constitución de la UTE (folio 10135). En el acuerdo de constitución de la UTE aparecen los porcentajes de participación de las empresas (folio 10136) y en el compromiso de constitución de la UTE, que tiene fecha de 31 de marzo de 2008, las partes,

entre otros aspectos, se comprometen a mantener la confidencialidad sobre la existencia de dicho acuerdo y "a no iniciar negociaciones con otras empresas o personas físicas con el objeto de colaborar, prestar servicios o mantener relaciones relacionadas con los trabajos del objeto del lote 6 de este concurso" (folio 10140).

(187) El 16 de junio de 2008 EVERIS escribió a THALES (CONNECTIS), SAG, ATOS y NEXT65, con objeto de terminar de consensuar un acuerdo de 65 En el caso de NEXT, el correo electrónico va dirigido a Casiano, si bien se entiende que su participación en el mismo se produce en su condición de asesor de NEXT, dadas las circunstancias en las que se producen estas comunicaciones.(...) Con el acuerdo, las partes se comprometen a facilitar los servicios y prestaciones en el ámbito de la UTE y a firmar un acuerdo de subcontratación en "condiciones preferenciales" entendiéndose tal preferencia "no sólo en la oferta de unas condiciones competitivas, sino también en considerar a las restantes partes como la única opción para concurrir a las licitaciones y subcontratar en las mismas, en el caso de Everis Spain. S.L. para el lote 6 [...]". Además, "todas las partes se comprometen a no concurrir individual o conjuntamente con otras empresas que no formen parte de este Acuerdo en estos lotes" (folio 10470).

(188) Este acuerdo establece que para el lote 6 del concurso C.11/08 se presentarán THALES (CONNECTIS), NEXT, SAG y ATOS y subcontratarán a EVERIS, mientras que para el lote 3 del concurso C.10/08 se presentan las cinco conjuntamente (incluyendo a EVERIS) (folio 10471). Los porcentajes y distribución de ingresos se recogen en el Anexo 1 del acuerdo (folios 10478 a 10483). La subcontratación de EVERIS para el lote 6 se pacta para el 16,94% de los ingresos percibidos por la UTE, sin la aplicación de ningún margen sobre las tarifas resultantes de la adjudicación. Además, se contemplan varios escenarios. Si resultan adjudicatarias de un solo lote, los porcentajes de distribución de ingresos de cada empresa serían los mismos independientemente del lote de que se trate, pero si resultan adjudicatarias de ambos lotes, los porcentajes de distribución de los ingresos varían, compensándose los porcentajes correspondientes a cada empresa en cada lote (aumentan en el lote 6 para los miembros de la UTE y EVERIS no tendría porcentaje de participación, mientras que el porcentaje de EVERIS se doblaría en el caso del lote 3 y bajarían los del resto de empresas).

(189) El Anexo 1 de este acuerdo recoge la participación de THALES (CONNECTIS), NEXT, SAG, ATOS y EVERIS en las distintas categorías de perfiles exigidos en el PPT. En función de esta distribución "real" de recursos, se calcula su equivalencia con el porcentaje de ingresos que correspondería a cada empresa, así como la desviación que dicho porcentaje supone respecto a los porcentajes de reparto acordados teóricamente (folios 10479 y 10480). La existencia de desviaciones implica la previsión de una regularización de la facturación "con objeto de que cada empresa facture el porcentaje de lo que la UTE facture al SPEE, que se pactó inicialmente [...] se procederá anualmente a realizar una regularización [...]" (folio 10481). A la hora de regularizar se aplica una compensación entre empresas del 10% del exceso incurrido en el periodo correspondiente. contrato de prestación de servicios de asesoramiento, consultoría y asistencia técnica para la ejecución en el marco de los concursos públicos, entre NEXT y la empresa Aldebarán Soluciones, S.L. (folio 12711).

(190) El 2 de julio de 2008 ATOS envió un correo a THALES (CONNECTIS) remitiendo la opinión de su asesoría jurídica en relación con los acuerdos de UTE que se estaban negociando para dos lotes que convocaba el INEM (folios 5519 y 5520). La propia asesoría de ATOS muestra su preocupación por considerar que la estrategia seguida por las empresas podría conducir a un reparto del mercado contrario a las normas de competencia y que con ello se estarían vulnerando las normas de la finalidad que justifica la constitución de la UTE: "Hasta donde sabemos se ha acordado dos acuerdos de UTE distintos para dos Lotes diferentes que son totalmente independientes y así se ha presentado al INEM con cada Oferta. Según me han informado Violeta y Eduardo, desde el primer momento os hemos propuesto firmar un acuerdo privado para cada uno de los lotes y que para el caso de la subcontratación se firme un compromiso de subcontratación, en caso de que la UTE resulte adjudicataria. Este compromiso de subcontratación debe además de ser firmado por el miembro de la UTE cuyo porcentaje vaya a ser subcontratado. Lo planteado ahora en este acuerdo a firmar por todos los miembros de las dos UTEs (que no son los mismos en las dos UTEs) determina como se va a dividir el porcentaje de participación de cada miembro y los pactos entre las partes en caso de resultar adjudicatarios de uno u otro lote o de los dos. El problema que vemos es que esto implica un reparto de mercado, ya que está supeditando la participación de los miembros de las UTEs en los distintos Lotes a la adjudicación de uno u otro lote, en cuyo caso se subcontratará una parte del proyecto a las empresas que no hayan resultado adjudicatarias. Esto es contrario a la Legislación de Defensa de la Competencia". También señala que "Esto vulnera además las normas de la finalidad que justifica la constitución de una UTE, ya que puede considerarse que se están constituyendo en orden a que las empresas que firman este acuerdo ejecuten parte del proyecto, ya directamente como miembro de la UTE, ya a través de subcontratación, según la adjudicación que decida la Administración" (folios 5519 y 5520).

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

(192) Las adjudicaciones de los lotes a los que se ha venido haciendo referencia, lote 3 del expediente NUM004 y lote 6 del expediente NUM005, se realizaron por 16.477.944,42 euros y por 15.242.832 euros, IVA incluido, respectivamente (folios 772 y 779). En el caso del lote 3 del expediente NUM004 existieron otras tres ofertas económicas a un precio menor y aun así se adjudicó a la UTE ATOS/SAG/NEXT/THALES/EVERIS con un descuento del 2%66. En el caso del lote 6 del expediente NUM005 se adjudicó a la UTE conformada por las empresas INDRA/ACCENTURE/ CORITEL/GESEIN quien presentó un descuento superior al de la UTE ATOS/SAG/NEXT/THALES, la otra oferta presentada (10% frente al 2%).

(193) Tras la adjudicación de los lotes siguieron las negociaciones entre los miembros de la UTE adjudicataria del lote 3 (C10/08), ya que al haber planteado ATOS la posibilidad de que los acuerdos alcanzados y su formalización no fuesen acordes con la legalidad vigente, ATOS había enviado un nuevo borrador al resto de miembros de la UTE con el que se sentiría más cómoda. Ello dio lugar a que el 24 de julio de 2008 SAG escribiese a ATOS, THALES (CONNECTIS), EVERIS y NEXT68, indicando que no estaba conforme con el borrador de acuerdo privado de UTE que había remitido ATOS el día anterior, por encontrarse a medio camino entre un acuerdo de colaboración y unos estatutos (folio 10525). EVERIS manifestó su acuerdo con SAG (folio 10527). El desacuerdo de SAG se encontraba en que consideraba que el acuerdo de colaboración para ambos lotes al que se ha hecho referencia previamente y que contaba con la firma de todas las empresas, a excepción de ATOS, "valía en todo aquello que hacía referencia exclusivamente al lote 3", por lo que habían acordado eliminar todo lo que implicase hacer suposiciones sobre ganar en combinación con otros lotes, pero el acuerdo enviado por ATOS se apartaba de esta línea (folio 10529). En relación a ello, ATOS indica que "no se deben mezclar problemas legales a la hora de consensuar el contenido de un documento jurídico, con el negocio en el que estamos involucrados, negocio en el que las cinco empresas estamos absolutamente implicados y de acuerdo" (folio 10577).

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

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

(196) El 30 de julio de 2008 EVERIS, SAG, NEXT, THALES (CONNECTIS) y ATOS se encontraban tramitando la documentación para poder constituir la UTE (folio 10606). Los modelos son conocidos por las empresas por haberse utilizado en todas las UTE de la GISS (folio 10608): "En primer lugar aclararos que todavía no se han distribuido los estatutos. Atos hace referencia a los estatutos de una UTE que tenemos en vigor en el INSS, y que dado los problemas que tenemos con sus legales sugerí que fueran viendo para ganar tiempo. Dichos estatutos los conoce Thales también dado que se han utilizado en todas las UTEs de la GISS. Estoy convencido que a Everis también les sonaran dado que creo que fueron utilizados en alguna UTE anterior con INDRA".

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

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

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

(201) El contrato, con un valor estimado de 27.032.453,90 euros⁷¹ se dividió en doce lotes. La duración del contrato, conforme a lo anunciado en el BOE, estaba prevista hasta el 30 de septiembre de 2013, aunque se admitía la posibilidad de prórroga.

(202) Tres meses antes del anuncio oficial de la licitación, el 9 de marzo de 2012, en un correo electrónico interno de INDRA, se comenta la idea de continuar con las alianzas vigentes aunque sea a través de presentarse en dos UTE y luego cruzar subcontrataciones: "hay de nuevo cambios, S. Graña ha separado de nuevo los lotes de mantenimiento, de todas formas creo que debemos seguir manteniendo una alianza los 5 clave, aunque sea



- con una estrategia de presentarse en dos UTEs distintas y luego cruzar subcontrataciones. En cualquier caso, aunque SAG juega un papel importante es Thales la que tenemos que "fidelizar" (folio 7367).
- (203) Ese mismo día se remite internamente el reporte comercial de INDRA de esa semana (folios 7337 a 7366), en el que se indica que las empresas mejor posicionadas para el concurso son THALES (CONNECTIS), NEXT, GESEIN, SAG, ACCENTURE, EVERIS y ATOS y que los lotes más importantes se encuentran en manos de la UTE INDRA-GESEIN-ACCENTURE y EVERIS-THALES-SAG-ATOS-NEXT, que saldrán agrupados, señalando que "Se ha comenzado a tener reuniones para conformar posibles UTEs" (folio 7339, 8543, 8574 y 8575).
- (206) Una semana antes del anuncio de licitación, el 5 de junio de 2012, SAG se comunicó con THALES (CONNECTIS), ATOS y NEXT, indicando que ese día estaban convocados a una reunión con la subdirectora adjunta de tecnologías de la información del SEPE, para empezar a alinear los equipos con el nuevo concurso, por lo que propone reunirse con ella al día siguiente como UTE. Estas empresas quedan en reunirse antes para ver qué plantean al SEPE (folio 10985 y 10986).
- (208) El 20 de junio de 2012, SAG se reunió con THALES (CONNECTIS) y NEXT en la sede de THALES (CONNECTIS), para tratar el tema de los recursos en el concurso del SEPE (folio 6092).
- (209) Previamente a la reunión, ese mismo día, SAG remitió por correo electrónico a NEXT72 y THALES (CONNECTIS) los acuerdos de base que tenían sobre la estrategia a seguir:
- 1º.- Las empresas Thales, Next y SAG, juntas, realizaran oferta a los lotes 7 y 8 del Concurso recientemente convocado por el SEPE.
- 2º.- Las tres empresas comparten que la base de descuento en estas ofertas debe ser "importante", mencionándose como elemento de partida para la discusión en torno al 25%.
- 3º.- Los Responsables de las 3 empresas han fijado un "reparto" en porcentajes de dichos lotes, en los que se encuentran razonablemente cómodos, que será la base para que se realice el ajuste final en % de recursos y facturación.
- 4º.- Incorporar a ATOS al acuerdo" (folio 6097).
- (210) Las estrategias de INDRA para este contrato constan en un correo interno de 11 de julio de 2012 al que adjunta un excel.
- (211) Como era habitual, el 12 de julio de 2012 SAG remitió a ATOS, CONNECTIS y NEXT los acuerdos de colaboración y compromiso de constitución de UTE. ATOS y NEXT dieron su conformidad (folio 11035).
- (212) Estos documentos recogen la colaboración entre las empresas en relación con el lote 7 del PA 11/12 del SEPE "Mantenimiento y desarrollo de aplicaciones de prestaciones" (folios 6098 a 6107). El acuerdo de colaboración se firmó entre SAG, ATOS, CONNECTIS y NEXT, repartiendo el número de empleados de categoría que corresponden a cada una de ellas y los principios que se han enumerado anteriormente para este tipo de acuerdos en relación con la responsabilidad de las partes, regularizaciones, etc. El compromiso de UTE recoge los porcentajes de participación de cada una de ellas en la misma (folio 6106).
- (217) Conforme a la información que manejan ambas empresas, INDRA habría resultado adjudicataria de los lotes 8 (en UTE con ACCENTURE y GESEIN con un 28,14% de descuento⁷⁶) y 11 (en UTE con UNISYS con un 27,04% de descuento⁷⁷). Mientras, la UTE formada por SAG/CONNECTIS/NEXT/ATOS resultó adjudicataria del lote 7, con un 27% de descuento. (218) El 6 de septiembre de 2012, SAG remitió internamente los Estatutos y la memoria de la UTE del concurso PA 11/12, lote 7, del SEPE (folio 11047) y luego dio traslado de los mismos a CONNECTIS, ATOS y NEXT. La firma de escritura de constitución de la UTE se preveía inicialmente para el 10 de septiembre de 2012 (folio 11061).
- (219) El 3 de octubre de 2012 se adjudican oficialmente los 12 lotes del concurso PA 11/12 del SEPE (folios 786 a 798).
- (220) El 30 de septiembre de 2013 estaba prevista la finalización del contrato, conforme al PCAP, aunque se preveía la posibilidad de prórroga por mutuo acuerdo de las partes por un periodo máximo de un año a partir de la formalización del contrato.
- (221) En junio de 2015, los miembros de la UTE PA 11/12, lote 7, del SEPE (SAG, CONNECTIS, ATOS y NEXT) comenzaron a tramitar su cierre, 75 Lote 3 C 10/08 (folio 773) y lote 6 C 11/08 (folio 779) aunque éste se prorrogó al menos hasta septiembre de 2015 (folios 12123 y 12124).
- c) Contrato PA 7/14, "Servicios para el desarrollo y evolución de aplicaciones informáticas" y PA 8/14 "Servicios para el soporte y evolución de las Infraestructuras y sistemas informáticos"



- (222) El 13 de mayo de 2014, se publicaron los concursos PA 7/14 y PA 8/14 del SEPE, que suponen la continuación de los servicios licitados en el expediente NUM003 .
- (223) Al dividir los servicios licitados en dos concursos, el SEPE agrupa los 12 lotes del año 2012 en 2 lotes para desarrollo en el expediente NUM007 y en 4 lotes para sistemas en el expediente NUM008 (folios 9003 y 9004).
- (224) Las convocatorias de la licitación, por procedimiento abierto, de ambos expedientes se publicaron en el BOE de 15 de mayo de 2014 y en el DOUE de 16 de mayo de 201479. La publicación en la Plataforma de Contratación del Estado, que incluía los pliegos, se produjo el 13 de mayo de 2014.
- (225) Los dos lotes del expediente NUM007 tenían un valor estimado conjunto de 22.655.309,60 euros⁸² y los cuatro lotes licitados del expediente NUM008 tenían un valor estimado conjunto de 14.263.636,30 euros⁸³ .
- (226) El 21 de noviembre de 2013, en un correo electrónico interno de SAG con el asunto "SEPE-Confidencial", se dice que disponen de "los borradores de los pliegos que está manejando el SEPE y que deberían publicarse en los próximos meses. Si salen en la línea que se establece en estos pliegos soy tan pesimista que hasta dudo de que nos debamos presentar" (folio 11193).
- (236) Respecto a ATOS, en dichos correos electrónicos entre SAG, NEXT y AXPE se menciona que en ese momento ATOS tiene 3 recursos en el área de prestaciones y 1 en el área de empleo, por lo que consideran "conveniente atraerle hacia el grupo, preferentemente en calidad de subcontratado, aunque las tarifas deberían ser elevadas" (folio 12132).
- ### 3. INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS)
- (288) El anuncio de la licitación mediante procedimiento abierto del expediente 392/CP-40/05, relativo a la contratación de los servicios de carácter informático para tareas de mantenimiento y desarrollo del entorno Natural Adabas, Olap y Servicios Electrónicos, se publicó el 24 de junio de 2005 en el BOE número 150.
- (289) La duración prevista del contrato era de 24 meses y no se dividió en lotes.
- (290) El presupuesto licitado fue de 10.168.510,40 euros¹¹¹ y se adjudicó el 28 de noviembre de 2005¹¹² a la UTE formada por las empresas. Aunque la publicación de la adjudicación en el BOE no se produjo hasta el 19 de diciembre de 2005 por 8.643.224 euros¹¹³, es decir, con un 15% de descuento sobre el importe licitado.
- (291) En relación con este concurso, el 11 de julio de 2005 ATOS envió a INDRA y SAG el acuerdo previo de constitución de UTE para el concurso del INSS (folio 9819).
- (292) Asimismo, el 2 de septiembre de 2005 se firmó el acuerdo de colaboración entre SAG, CIBERNOS, ATOS e INDRA (folio 9871).
- (293) Los estatutos de la UTE constan en un correo electrónico de 23 de noviembre de 2005 que SAG remitió internamente (folio 9820). Los porcentajes de participación de las empresas en la UTE habrían sido: SAG 51%, ATOS 19%, INDRA 15% y CIBERNOS 15% (folios 9825 y 9830).
- (294) La adjudicación a la UTE formada por SAG, INDRA, CIBERNOS y ATOS se produjo el 28 de noviembre de 2005 y se publicó en el BOE el 19 de diciembre de 2005.
- (295) El 12 de diciembre de 2005 se firmó el acuerdo de constitución de UTE ante notario (folio 9873).
- (296) A finales de 2007 finalizaban los 24 meses de duración teórica del contrato NUM009 . No obstante, la DC considera acreditado que se produjo una prórroga del contrato (folio 7193).
- (297) La continuación del expediente NUM009 fue el concurso 60/VC-28/10 "Servicios de carácter informático necesarios para la realización de tareas de mantenimiento y desarrollo en los proyectos y aplicaciones de la Entidad". El 13 de agosto de 2009, se publicó el anuncio de la licitación en el BOE y en el DOUE¹¹⁵.
- (298) El plazo de ejecución previsto era de 24 meses prorrogables. El presupuesto base de licitación fue de 11.781.143,56 euros (IVA incluido) y se adjudicó a la misma UTE que el expediente anterior (SAG/INDRA/ATOS/CIBERNOS) por 10.601.338,46 euros, es decir, con un 10% de descuento sobre el importe total licitado. La adjudicación se publicó el 19 de diciembre de 2009.
- (299) La UTE SAG/INDRA/ATOS/CIBERNOS fue la única en presentar oferta al concurso 60/VC-28/10 (folio 4423).
- (300) En relación con este contrato, el 2 de septiembre de 2009, SAG convocó a ATOS, CIBERNOS e INDRA a una reunión para el 8 de septiembre de 2009 para la presentación de la oferta. Tal y como se señala en el correo, "el objetivo de la reunión es fijar el descuento a realizar por parte de la UTE y así cerrar el acuerdo de colaboración entre las empresas participantes" (folios 5612 y 5613).



(301) El 3 de septiembre de 2009, en un correo electrónico interno de INDRA, se comenta que en el caso del concurso del INSS "por expresa indicación del cliente, se va a plantear una UTE de continuidad con SAG, ATOS, INDRA y CIBERNOS. Se ha decidido no prescindir de ATOS ya que el cliente ha sugerido la continuidad de forma muy clara. Por tanto, nuestra participación se mantiene en el 15%117 y los ingresos esperados estarán alrededor de 1.2 M€ en dos años. El margen es todavía una incógnita ya que tal y como ha salido el concurso el precio va a ser determinante. Este martes mantendremos una reunión para fijar el precio" (folio 9539).

(302) Consta en los hechos el habitual acuerdo de colaboración entre SAG, ATOS, INDRA y CIBERNOS y el compromiso de constitución de la UTE en caso de adjudicación (folios 5616 a 5629). El acuerdo recoge los porcentajes de participación que se mantienen respecto al concurso al que dan continuidad (folios 6621 y 7194).

(303) El 14 de septiembre de 2009, INDRA comunicó a SAG su conformidad con la oferta económica y consideró que debían dejar dos juegos completos firmados, uno con un descuento del 13% y otro con uno del 10% y decidir cuándo tuvieran toda la información (folio 10814). Como se ha indicado antes, el descuento ofertado por la UTE fue finalmente del 10%. (folio 5644). ATOS confirmó en su respuesta los datos sobre ENTEL y comentó que OESIA tampoco se presentaba (folio 5644).

(305) En relación con este concurso (ADABAS/NATURAL), en un correo electrónico interno de INDRA de 18 de septiembre de 2009, se informa de que mantienen la configuración de UTE con SAG, ATOS y CIBERNOS "por expresa indicación del cliente" (folio 7194).

(306) El acuerdo entre SAG, ATOS, INDRA y CIBERNOS para este concurso suponía la continuación de las cuatro empresas en el mismo procedimiento durante 9 años, según indica SAG en un correo electrónico interno de 9 de febrero de 2011 (folio 5897). (...)

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

c) Otros productos y servicios informáticos para el INSS

(308) Como se ha señalado antes, tanto en el ámbito del Proyecto ATRIUM como de ADABAS/NATURAL, dada la duración de los contratos y sus sucesivas prórrogas, no constan convocatorias de concursos desde 2005 hasta 2009. (309) No obstante, en el periodo intermedio entre los concursos citados se produjeron contrataciones de otros servicios y productos informáticos por parte del INSS sobre los que también constan acuerdos entre determinadas empresas.

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

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

(313) En esos planteamientos internos SAG tiene en cuenta quiénes son los adjudicatarios en ese momento y las compensaciones de unos lotes por otros. Así, por ejemplo, en el caso del lote 2, del cual el adjudicatario era ATOS, se afirma internamente que SAG debería "negociar que si presentamos oferta en otros lotes también participemos en este, aunque fuera un % menor (P. ej 75/25)" ya que SAG considera que es un lote con proyección futura en el que ATOS sería adjudicatario "con una oferta correcta" (folios 9968 y 9969).

(314) El 18 de septiembre de 2007, se produjo una reunión entre SAG, INDRA, ATOS y THALES (CONNECTIS) (folio 9974). Al día siguiente, SAG contactó con ATOS para, tal y como hablaron en la reunión del día anterior, quedar para "intentar una posible estrategia conjunta en el concurso del INSS", quedando en reunirse el 26 de septiembre de 2007 (folio 9977).

(315) El 16 de enero de 2008, se convocó en el BOE número 14 el concurso 60/CP-29/08 cuyo objeto era la contratación de los servicios de carácter informático referidos al mantenimiento y desarrollo de los proyectos y aplicaciones del INSS.

(316) La duración prevista del contrato era de 24 meses, se dividía en cinco lotes119, el presupuesto de licitación era de 9.878.880 euros120 y las ofertas se podían presentar hasta el 15 de febrero de 2008.

(317) La adjudicación se produjo el 14 de abril de 2008 (folio 4422).

(318) SAG resultó adjudicataria del lote 2, con un 25% de descuento, aunque finalmente no se presentó en UTE con ATOS, como indicaba en su planteamiento estratégico, sino con NEORIS. Sin embargo, ATOS aparece como única empresa subcontratada de dicho lote (folio 4422). ATOS había presentado una oferta independiente por importe superior al presentado por SAG (otras empresas como INDRA, GESEIN, CGI o EVERIS también presentaron oferta).

4-OFERTAS DE COBERTURA Y OTROS ACUERDOS ENTRE EMPRESAS EN VARIOS ORGANISMOS PÚBLICOS

(331) El 14 de septiembre de 2010, ATOS solicitó por correo electrónico a SAG una oferta de cobertura para el concurso del contrato 25/2002 de los servicios de desarrollo del Ministerio del Interior. ATOS señala que ha "confirmado con el cliente que necesitan que presentéis una oferta por el importe máximo de licitación" y se ofrece a completar la oferta en nombre de SAG para minimizarles el esfuerzo (folios 5778 a 5791). SAG aceptó el ofrecimiento de ATOS (folio 5792). El cliente, es decir, el Ministerio del Interior, "necesita que las empresas presenten la oferta para evitar problemas con la intervención" (folio 5792).

(332) La información suministrada por el Ministerio del Interior confirma que en septiembre de 2010 se presentaban las ofertas de los contratos de "Adaptación de la aplicación de gestor de contenidos del Ministerio del Interior" y de "Adaptación y modificación de la aplicación de gestión integral de quejas y sugerencias del Ministerio del Interior". Ambos contratos fueron adjudicados a ATOS, con ofertas de 21.194,69 euros en cada uno y en ambos presentaron ofertas superiores IECISA y SAG, aparte de ATOS (folio 4420), siendo el presupuesto máximo de licitación de 25.000 euros¹²³ cada uno.

(333) En febrero de 2011, ATOS pidió por correo electrónico una nueva oferta de cobertura a SAG para el Ministerio del Interior. El mecanismo era el mismo, SAG oferta el precio máximo de licitación para asegurarse de que así no pueda ganar el concurso (folios 5895 y 5896). Conforme a la información aportada por el Ministerio del Interior, en febrero de 2011 se presentaron las ofertas para el contrato M-11-015 "Adaptación de la aplicación de formularios de registro de documentos de las secretarías del Ministerio del Interior", concurso adjudicado a ATOS (con una oferta de 133.574,94 euros¹²⁴) y al que también presentaron oferta SAG e IECISA (folio 4442). El presupuesto máximo de licitación era de 135.000 euros.

(340) Aparte de las mencionadas ofertas de cobertura, en el expediente de referencia se ha acreditado que determinadas empresas se hacen otro tipo de favores en casos de procedimientos de adquisición centralizada, como la utilización de las claves de Patrimonio y el nombre de otras empresas de cara a presentar ofertas para aquellos casos en los que no podrían por no disponer de esas claves. La empresa que presenta la oferta oficialmente no es la que ejecuta el contrato, sino aquella que le ha pedido prestadas las claves.

(341) Conviene aclarar que la adquisición centralizada de bienes y servicios se realiza a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado por el procedimiento de Acuerdos Marco para cada tipo de bien o servicio. En la primera fase de este procedimiento, las empresas ofertan sus productos o servicios, siendo aceptados aquellos que cumplan los requisitos establecidos en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas, e incorporados en un catálogo. Cada empresa adjudicataria recibe unas claves (las denominadas claves de Patrimonio, de gran valor e interés para las empresas) que facilitan su participación en la segunda fase del procedimiento, consistente en una nueva licitación entre las empresas capaces de realizar la prestación concreta solicitada por un órgano u organismo determinado. Para determinados servicios de desarrollo y mantenimiento de aplicaciones, se tramitó el procedimiento AM 26/11, de ahí las referencias de las empresas al catálogo 26 de Patrimonio.

(342) Con la documentación obrante en el expediente de referencia se han acreditado diversas conductas que encajan con la práctica de "pedir prestadas" las claves de Patrimonio de otras empresas.

(343) Entre ellas se encontraría los correos electrónicos internos de SAG de 28 y 29 de enero de 2013, donde se habla de un acuerdo global mediante el cual SAG toma prestadas (compra) de ATOS sus claves de Patrimonio. Para SAG la mejor opción es "actuar como subcontratistas de un proyecto adjudicado a otro", aunque se plantean el problema de que la subcontratación esté expresamente excluida de los contratos por Patrimonio, si bien indican que es precisamente lo que van a hacer "ellos serán los firmantes, pero toda o parte de la prestación la haremos nosotros" (folios 6147 a 6149)

(344) En un correo electrónico interno de SAG de 11 de febrero de 2013 se adjunta un borrador de acuerdo mediante el cual ATOS figurará como contratista principal en los expedientes que vayan surgiendo, subcontratando a SAG los trabajos adjudicados a ATOS. En el acuerdo aparece una cláusula de exclusividad con duración de un año prorrogable por acuerdo entre las partes y el compromiso de que no divulgarán a terceros la existencia de esta colaboración (folios 6150 a 6161).



(345) Por otra parte, en un correo electrónico interno de SAG de 24 de julio 2013 se trata el tema de los acuerdos de SAG con ATOS para Catálogo 26 (AM 26/11 de Patrimonio), señalándose que se han barajado diversas opciones de documentos para plasmar el acuerdo y que los cambios de modelo han sido a propuesta de ATOS. Según se recoge en el correo electrónico interno, SAG y ATOS se reunieron el 20 de marzo. SAG se mostró molesta porque ATOS no quería firmar contratos de subcontratación posteriores en caso de firmar el acuerdo de colaboración y para SAG "el espíritu del documento que estábamos tratando no es el de regular la contratación sino la base de, en caso de resultar adjudicatarios, como nos relacionaríamos", indicando que la firma de un contrato de subcontratación posterior es lo que venimos haciendo para administración pública siempre y con ellos mismos" (folios 6246 y 6247).

(346) En este contexto, resulta llamativo que en prácticamente la totalidad (a excepción de uno) de contratos de desarrollo y mantenimiento de sistemas de aplicaciones informáticas tramitados por la Subsecretaría del MECD, contratados mediante adquisición centralizada bajo el Acuerdo Marco 26/2011 de la Subdirección General de Patrimonio del Estado, que fueron adjudicados a ATOS desde 2013, se subcontratara a SAG para la realización de los servicios (folios 4431 a 4438)".

DÉCIMO.- Pu es bien, a la vista del acervo probatorio recogido en la resolución sancionadora, debemos concluir que ha quedado acreditada la existencia de un cártel por cuanto que ha quedado evidenciada la existencia de acuerdos entre empresas competidoras en el mercado afectado, que se ajustan a un patrón de comportamiento, generalizado que consiste en crear un apariencia de normalidad competitiva en las licitaciones públicas ya sea a través del uso de instrumentos jurídicos normalmente admitidos, ya sea a través de la simulación de ofertas, o a través del uso de claves prestadas que persiguen un único objetivo: alterar el contexto competitivo en las licitaciones en beneficio de las empresas que forman parte del acuerdo, 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.

El carácter secreto de las negociaciones entre las empresas ha dado lugar a la firma de acuerdos de colaboración que no son de carácter público y en el que se refleja el alcance real de los acuerdos y que no siempre coinciden con la oferta formal presentada en el procedimiento de licitación. Esta discrepancia entre los acuerdos reales y teóricos se pone de manifiesto, entre otros casos, en el hecho 195, antes transcritos, que se refiere a un correo electrónico entre THALES, SAG, EVERIS, ATOS y NEXT. También en los acuerdos de cobertura y de cesión de claves de Patrimonio que se realizan con el desconocimiento de la administración contratante, del propio mercado o, como sucede en el caso del contrato 25/2002 de los servicios de desarrollo del Ministerio del Interior, con el desconocimiento de los órganos de intervención de la administración pública (hecho 331).

Por lo expuesto, queda evidenciado que las conductas sancionadas encajan en la definición de cártel contenida la disposición adicional cuarta de la LDC en su versión anterior a la reforma introducida con fecha 25 de mayo de 2017 que define la conducta de cártel como todo "acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones".

UNDÉCIMO. - Afirmada que la conducta por la que ha sido sancionada la recurrente, se integra en la prohibición del artículo 1 de la LDC, ha de calificarse como infracción por el objeto y no por sus efectos.

Conviene recordar que la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29).

No es ocioso citar en este punto la doctrina contenida en la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 (EDJ 2009/91757) T-Mobile, que reitera la doctrina anterior, y que en los apartados 27 a 30 alude al tratamiento jurisprudencial de la distinción entre infracciones por objeto y por efecto, subrayando que la infracción lo será por su objeto cuando la conducta, por su propia naturaleza, sea perjudicial para el buen funcionamiento de la libre competencia. El TJUE se pronuncia en estos términos:

"28. En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo

de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia *Beef Industry Development Society y Barry Brothers*, antes citada, apartado 15).

29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión*, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión*, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y *Beef Industry Development Society y Barry Brothers*, antes citada, apartado 16). La distinción entre " infracciones por objeto" e " infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia *Beef Industry Development Society y Barry Brothers*, antes citada, apartado 17).

DUODÉCIMO.- Dicho lo anterior, examinaremos a continuación, el motivo de impugnación que denuncia la incorrecta aplicación de la doctrina de la infracción única y continuada, ex artículo 48 de la ley 39/2015 en relación con el artículo 29.6 de la ley 40/2015.

Pues bien, en el presente caso, los hechos acreditados que se recogen en la resolución recurrida y que hemos transcrito por lo que afectan a ATOS, acreditan que la conducta de la aquí recurrente se ajustó al plan común que se describe en ella, en sus distintas modalidades, y que hemos transcrito en el primer fundamento de la presente Sentencia.

Así, consta probada su participación en acuerdos de colaboración, de carácter no público, en los que se refleja el alcance real de los acuerdos adoptados; en los compromisos de constitución de UTE, en la fijación de los porcentajes de reparto reales (que no siempre coinciden con los notificados a la administración), y en la utilización de subcontrataciones preferentes en los acuerdos de colaboración; en el intercambio de información entre las empresas colaboradoras.

Aun cuando hemos de convenir con la recurrente en que no hay prueba que acredite que Atos presentara ofertas de cobertura, con precios superiores a SAG, como se recoge en el hecho 335 de la resolución sancionadora, si ha quedado acreditada que solicitó y obtuvo de a SAG la presentación de ofertas de cobertura, como se constata en los hechos 331 a 333 de la resolución.

También ha quedado acreditado su participación en la cesión de claves de patrimonio (hechos 340 a 345 de la resolución) como medio para garantizar un determinado resultado en las licitaciones, coadyubando con ello a la consecución del objetivo buscado con el plan común.

En los contratos del GISS ha quedado constatada una reiterada coincidencia de varias empresas en los distintos acuerdos de colaboración: SAG, INDRA, THALES/CONNECTIS, ATOS y BABEL. En los contratos del SEPE vuelven a repetirse alianzas en las que participan las empresas SAG, INDRA, GESEIN, ATOS y THALES/CONNECTIS. En los contratos del INSS consta acreditada la existencia de alianzas entre las empresas SAG, INDRA, ATOS y CIBERNOS.

Ha quedado también probado que ATOS conocía el plan común o modus operandi era seguido en los contratos con otras Administraciones y prueba de ello son las frecuentes referencias a la utilización de formularios empleados por las mismas u otras empresas en los contratos con otras entidades públicas, así como su carácter anticompetitivo.

A estos efectos cumple manifestar que, como se recoge en las actuaciones, la propia Asesoría Jurídica de ATOS advirtió a la empresa de que los acuerdos a los que estaba llegando ATOS con SAG y THALES, podían estar conculcando las normas de defensa de la competencia y de contratación administrativa y que ATOS trasladó esas advertencias al resto de empresas conformantes de estos acuerdos, SAG y THALES (hechos 190 y 191, antes transcritos), pese a lo cual, Atos, si bien presentó respecto un concreto acuerdo una redacción alternativa, lo cierto es que no se apartó de las prácticas anticompetitivas e incluso manifestó " *no se deben mezclar problemas legales a la hora de consensuar el contenido de un documento jurídico, con el negocio en el que estamos involucrados, negocio en el que las cinco empresas estamos absolutamente implicados y de acuerdo*" (hecho 193). Todo ello evidencia que, como se recoge en la resolución sancionadora, las reticencias de ATOS serían así puramente formales, estando, como ella misma reconoce, "absolutamente implicada y de



acuerdo". De esta manera, pese a advertir expresamente que los porcentajes teóricos de constitución de la UTE no coinciden con los porcentajes reales de facturación y de funcionamiento de la UTE, ATOS no se apartó de forma expresa del plan común y continuó participando en los acuerdos cruzados relativos a los lotes de los concursos NUM004 y NUM005, tanto en su negociación como en la conformación respecto del lote que les fue adjudicado.

Por lo demás, los hechos que recoge la resolución sancionadora ponen de manifiesto la instrumentalización de figuras contractuales como son las UTE y la subcontratación para el mantenimiento del status quo preexistente de cada una de las empresas participantes en los distintos acuerdos.

Esta Sala, por tanto, concluye que la recurrente si conocía la existencia de un plan común, que ajustó su conducta al mismo y que, en consecuencia, las pruebas obtenidas en torno a la intervención de la entidad recurrente en el cártel constituidas, por un lado, por la evidencia de la existencia del cártel mismo y, por otro, por la intervención de la sancionada, permiten a esta Sala, en el ejercicio de sus facultades sobre libre valoración de la prueba, concluir que existen indicios suficientes de la responsabilidad de la entidad actora en la infracción única y continuada que se le imputa prevista tanto en el artículo 1 de la LDC como en el artículo 101 del TFUE.

DÉCIMOTERCERO. - Af irmado lo anterior, a juicio de la Sala no resultan plausibles las justificaciones alternativas ofrecidas por la recurrente para defender la inexistencia de la infracción por la que se le ha sancionado.

Por cuanto se refiere a las UTES, recordemos que se rigen por la ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional, cuyo artículo 2 revela ya la preocupación del legislador por la incidencia que la actividad de estas formas organizativas puede tener en materia fiscal y de defensa de la competencia, por lo que previene que tanto las UTEs como las Agrupaciones de Empresas deben estar sometidas a vigilancia permanente por parte de las autoridades de ambos ámbitos: *"Las actividades y repercusiones económicas de las Agrupaciones de Empresas y Uniones Temporales de Empresas serán objeto de especial vigilancia por el Ministerio de Hacienda, para constatar si su actividad se ha dedicado exclusivamente al cumplimiento del objeto para el que fueran constituidas. El cumplimiento de esta función se realizará por la Inspección Financiera Tributaria, sin perjuicio, y con independencia de la aplicación por los Organismos o Tribunales correspondientes de las medidas ordinarias o especiales establecidas o que se establezcan para evitar actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia"*.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, es ejemplo también de dicha prevención frente a la posible utilización de la UTE para encubrir prácticas anticompetitivas, y así establece en su artículo 69.2 que *"Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas. Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos"*.

De acuerdo con esta caracterización, hemos recordado en Sentencia de 30 de julio de 2018, recurso núm. 566/016, 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 (...)"*.



El 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 *"... 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 pero que, en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia, pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia. (...) y siguiendo la línea interpretativa del Tribunal de Justicia, en la sentencia citada de 17 de septiembre de 2018, a efectos de determinar la adecuación o desconformidad 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:

"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): *"Com pete 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)".*



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)*".

Todo lo cual evidencia, en definitiva, la necesidad de realizar un análisis en cada supuesto que tenga en cuenta las circunstancias concurrentes, no solo de las empresas que participan en la licitación, sino de las condiciones de esta en la medida en que puedan determinar la necesidad objetiva o indispensabilidad de concurrir en una UT.

DÉCIMO CUARTO.- A la vista de lo expuesto, convenimos con la Administración en que, en el caso examinado, los hechos acreditados han puesto de manifiesto la instrumentalización interesada de la figura de la UTE que ha servido de excusa a las empresas, entre ellas, a ATOS, para simular una situación de normalidad competitiva en los procedimientos de licitación pública y enmascarar así una serie de acuerdos para repartirse los contratos con el propósito de mantener inalteradas y permanentes sus alianzas a lo largo de un considerable periodo de tiempo y para impedir la configuración de ofertas alternativas que pudieran estar encabezadas por los miembros no principales de las UTE.

Como explica la resolución recurrida, la justificación de la conformación de UTE, en los contratos examinados, responde a planteamientos estratégicos de las empresas que, en gran medida, están orientados al mantenimiento de un statu quo, toda vez que aquellas empresas que venían prestando un servicio a un determinado organismo se aseguran, cuando el acuerdo logra su objetivo, perpetuar su posición en los contratos sucesivos y que el análisis de las licitaciones evidencia que la opción de buscar alianzas alternativas existía en gran parte de las licitaciones.

La conclusión que mantenemos no resulta desvirtuada por los informes periciales aportados por la recurrente por cuanto que no acreditan la necesidad objetiva o la indispensabilidad de concurrir en una UT.

A estos efectos, hacemos nuestra la respuesta dada en la resolución recurrida cuando expone que " no se pone en duda que las empresas tuvieran que presentarse en UTE a las licitaciones, sino el uso instrumental de estas, así como de otros mecanismos complementarios que les permitía mantener el "statu quo" y que " *Si bien es cierto que los contratos de las administraciones públicas se han concentrado y han aumentado de tamaño y, por tanto, ATOS no podía atender por sí misma licitaciones de un tamaño mucho mayor y era lógico que buscara empleados con perfiles complementarios de otras empresas, no se puede admitir que el papel de las administraciones públicas haya determinado su conducta ni que su falta de capacidad justifique las conductas acreditadas en este expediente. En el caso de ATOS ha quedado acreditado que participaba activamente en las negociaciones a pesar de que su propia asesoría jurídica le advirtió de que estas incumplían la legislación de competencia. Además, entre las conductas acreditadas se puede señalar, por ejemplo, el caso de los acuerdos alcanzados en los lotes 3 del C10/08 y 6 del C11/08 , en los que se contemplaban distintos escenarios en relación con ambos lotes conjuntamente, aunque perteneciesen a concursos distintos. Esto evidencia que, pese a la falta de capacidad de ATOS para presentarse individualmente a los concursos (como indica en su informe, solía aportar menos del 20% de los empleados de las UTE), su objetivo era mantener el statu quo. Además, que compita activamente con las empresas con las que forma UTE no excluye que, en los contratos analizados en este expediente, buscara mantener las UTE establecidas, así como los porcentajes de participación dentro de estas*"

DÉCIMO QUINTO.- Conviene también esta Sala con la resolución recurrida en que, si bien, son necesarios y frecuentes los contactos y las negociaciones previas entre las empresas para la configuración de ofertas conjuntas competitivas, en el caso ahora examinado, mediante su participación en UTEs o mediante la figura de la subcontratación, en el caso examinado, nos encontramos ante un patrón inusual y extendido de comportamiento, arraigado en el tiempo que ha permitido a las empresas repartirse un gran número de contratos públicos en lugar de competir por ellos con la ventaja que eso hubiese supuesto para la competencia, para la administración y para la sociedad. Y que, en concreto, los hechos acreditados ponen de manifiesto que, mediante la utilización de la figura de la subcontratación de empresas, acompañada con pactos de no competencia, se han buscado alternativas aparentemente lícitas para seguir manteniendo las alianzas entre las empresas con fines anticompetitivos y que con ello se pretendía bloquear la posibilidad de que operadores de pequeñas dimensiones pudieran crear una alianza alternativa a la pretendida por lo que se negocia con ellos condiciones contractuales (como la subcontratación preferente) para impedir que puedan prestar su personal o sus conocimientos a otras entidades no participes en la prestación previa de los servicios, o incluso, la posibilidad de presentar una oferta alternativa al margen del status quo preexistente. Además, que, con esta



fórmula, los operadores de menor dimensión se aseguraban mantener su participación en los servicios y, por tanto, su status quo preexistente ya que si se pudieran generar ofertas alternativas, las empresas líderes (SAG e INDRA) podrán tener capacidad para captar a sus trabajadores o bien expulsarlas de la prestación de servicios para un contrato determinado.

A todo ello cabe añadir que resulta atípico compartir información sobre curriculums personales de los profesionales que en cada momento estaban a disposición de las empresas participes en los acuerdos sobre perfiles personales de los profesionales al servicio de las empresas participes en los acuerdos, por ser una información esencial para la estrategia y capacidad competitiva de cada empresa, por lo que compartirla con tanta anticipación y detalle solo se explica en un contexto de acuerdos anticompetitivos con el objetivo de mantener el statu quo preexistente, en cuanto permitía a las empresas diseñar pliegos ad hoc, bloquear la presentación de ofertas al conocer cuál era la capacidad máxima de elementos técnicos con los que las empresas contaban para configurar una oferta alternativa a la preexistente.

Por todo lo expuesto, debemos concluir que no ha quedado acreditado el carácter pro-competitivo de la conducta de ATOS por la que ha sido sancionada.

DECIMOSEXTO.- Por cuanto se refiere a la prescripción que se invoca en la demanda, recordemos que el hecho de que sea calificada una infracción como infracción única y continuada tiene importantes consecuencias en la imputación de la conducta en el ámbito temporal y 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. 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).

Así las cosas, las distintas pruebas recabadas no pueden ser examinadas de forma aislada e independiente para cada una de las conductas desplegadas respecto de cada Administración contratante, sino en su conjunto y hecho así, no observamos ningún periodo de inactividad, que por su duración, deba ser tomado en consideración a los efectos de apreciar ruptura en la continuidad de la infracción.

DECIMOSÉPTIMO. - Siguiendo con el examen de los motivos de impugnación articulados en la demanda, opone la representación procesal de ATOS que la autoridad de defensa de la competencia española tiene declarado que, cuando dos competidores cooperan, a petición del propio cliente, dicha conducta no constituye una infracción de la normativa de defensa de la competencia. Así las cosas, continúa argumentando que es evidente que la conducta de ATOS, en cuanto ejecuta un mandato del cliente (la administración) no pueda incardinarse en la prohibición de los artículos 1 y 101 TFUE.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación acudimos a la sentencia del tribunal supremo de 26 de junio de 2017, rec. 2468/2015, que recoge la jurisprudencia del tribunal general de la unión europea, recogida, entre otras, en las sentencias de 18 de junio de 2010 (asunto t549/08, apartado 71), 16 de septiembre de 2013 (asunto t-3/07, apartado 53) y 18 de junio de 2014 (asunto t-260/, apartado 84), y del tribunal de justicia de la unión europea, expresada en las sentencias de 18 de julio de 2007 (asunto C213/06, apartado 33) y 26 de enero de 2017 (asunto c-611/13, apartado 44). sentencias en las que se declara que el derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima exige que concurren tres requisitos acumulativos:

1. La administración debe haber dado al interesado garantías precisas, incondicionales y coherentes que emanen de fuentes autorizadas y fiables.
2. Estas garantías deben poder suscitar una esperanza legítima en el ánimo de aquel a quien se dirigen.
3. Las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables.

El Tribunal Supremo, que ha aplicado el principio de confianza legítima al derecho de la competencia, ha señalado que dicho principio debe ser interpretado de forma restrictiva y siempre en el ámbito de la legalidad. No basta con su alegación respecto de cualquier actuación de la administración que induzca a error, siendo necesario examinar las circunstancias de cada caso. y así ha señalado de forma reiterada que la aplicación del principio de confianza legítima en el ámbito de la potestad sancionadora en el ámbito de la competencia exige la concurrencia de dos presupuestos básicos: (i) la existencia de signos externos producidos por la administración lo suficientemente concluyentes y que (ii) dichos signos induzcan razonablemente al particular a confiar en la legalidad de la actuación administrativa de tal manera que las situaciones de confusión normativa e incertidumbre jurídica pueden generar legítimamente en las empresas confianza en la legalidad de las conductas, excluyendo el elemento de intencionalidad, negligencia o culpa que exige el artículo 63.1 de



LDC para que la autoridad de la competencia pueda sancionar con multa a los operadores económicos que infrinjan lo dispuesto en la ley.

A lo dicho cabe añadir que el principio de protección de la confianza legítima no puede invocarse por un operador económico para justificar la falta de culpabilidad en la comisión de una infracción del Derecho de la Competencia, cuando pudo prever que la participación de instituciones públicas en la adopción de los acuerdos anticompetitivos no privaba a éstos de su antijuricidad e ilicitud por cuanto que la recurrente tiene la capacidad y asesoramiento jurídico como para valorar la trascendencia jurídica de sus actuaciones, y no puede alegar como exculpatoria una circunstancia que por sí sola en modo alguno puede calificarse como determinante de la licitud o ilicitud de una conducta, como así sucedió en el caso examinado, por cuanto que la asesoría jurídica de Atos advirtió del carácter anticompetitivo de las conductas sancionadas.

En el presente caso, con independencia de cual haya sido la actuación de las distintas administraciones licitadoras, ninguna norma de rango legal ampara las prácticas objeto de investigación ni las exime de la aplicación de la LDC. Como ha afirmado el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de diciembre de 2017 *"no podían desconocer, por tanto, empresas importantes del sector como lo eran las sancionadas, las exigencias del derecho de la competencia, ni ser llamadas a engaño por una actuación de la administración más o menos equívoca en cuanto a la admisibilidad del comportamiento de las empresas sancionadas"*. Pues bien, en el presente caso es evidente que las prácticas realizadas no eran conformes con las normas de competencia, aun cuando contaran con la participación de la Administración. Así las cosas, aunque en ocasiones los pliegos hayan podido tener alguna incidencia de cara al mantenimiento de las UTE, ello no excluye la responsabilidad de las empresas y, en cualquier caso, es importante precisar que la sala examina la conformidad a derecho de la resolución sancionadora impugnada, quedando fuera del ámbito de su enjuiciamiento la decisión de la CNMC de no sancionar a la administración pública por su posible participación en las conductas sancionadas.

DÉCIMOCTAVO. - Ligado a lo anterior, opone la recurrente que se ha vulnerado el principio de culpabilidad.

El motivo ha de ser desestimado por las razones que pasamos a exponer.

Como ya hemos recogido y retiramos ahora, consta acreditado en las actuaciones que la propia Asesoría Jurídica de ATOS advirtió a la empresa de que los acuerdos a los que estaba llegando ATOS con SAG y THALES, podían estar conculcando las normas de defensa de la competencia y de contratación administrativa y que ATOS trasladó esas advertencias al resto de empresas conformantes de estos acuerdos, SAG y THALES (hechos 190 y 191, antes transcritos), pese a lo cual, Atos, si bien presentó respecto un concreto acuerdo una redacción alternativa, lo cierto es que no se apartó de las prácticas anticompetitivas e incluso manifestó *"no se deben mezclar problemas legales a la hora de consensuar el contenido de un documento jurídico, con el negocio en el que estamos involucrados, negocio en el que las cinco empresas estamos absolutamente implicados y de acuerdo"* (hecho 193). Todo ello evidencia que conocía el plan común y su fin anticompetitivo, que iba orientada al mantenimiento del status quo preexistente y que por ello, su actuación no resulta acorde con las más elementales normas de comportamiento empresarial en mercados competitivos.

DÉCIMONOVENO- Por lo que refiera la sanción, se denuncia en la demanda que la CNMC ha cometido varios errores al calcular la multa impuesta a ATOS, que, por ello, ha resultado desproporcionada porque:

(i) Mide de modo incorrecto el importe total de los lotes adjudicados a las UTEs en las que participó ATOS, al no excluir el IVA en todos los lotes adjudicados,

(ii) Calcula incorrectamente el volumen de negocios del mercado afectado ("VNMA") correspondiente a cada empresa.

(iii) Confunde el mercado de producto afectado con el mercado de producto relevante: Explica que en la página 20 de la Resolución, la CNMC deja claro que *"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."* Y que, *sin embargo, la página 211 de la Resolución, en la sección sobre cálculo de la multa, considera que el mercado afectado es el de la prestación de servicios de tecnologías de la información prestados a todas las Administraciones Públicas. Argumenta que, como consecuencia de ello, para el cálculo de la multa la CNMC ha escogido una cifra de facturación de ATOS (prestación de servicios de tecnologías de la información prestados a todas las Administraciones Públicas) muy superior a la que realmente tendría que haber tomado en consideración (prestación de esos servicios para las concretas Administraciones cuyos concursos fueron investigados)."*

(iv) La multa de ATOS es desproporcionada, en comparación con las de otras empresas con un grado de participación mayor en las conductas. Explica que pese a que el papel de ATOS, por un lado, y el de SAG e INDRA de otro, fue nítidamente diferente, la multa impuesta a SAG (6 millones de euros) es del mismo nivel que la impuesta a ATOS (5 millones de euros).



(v) Que tanto a INDRA como a ATOS se les ha calculado la multa tras un "ajuste de proporcionalidad" que toma en consideración el supuesto beneficio ilícito obtenido. Que este ajuste provocó que la multa de Indra se redujera desde el 7,8 % de su facturación anual a sólo el 0,74% y que, en cambio, la reducción de ATOS ha sido mucho más limitada (del 5% al 1,73%).

(vi) Que la multa de ATOS es igualmente desproporcionada, en comparación con el beneficio ilícito supuestamente percibido por ATOS, cuando se pone en relación con el importe del supuesto perjuicio causado al GISS (1.671.905 euros) en tanto (i) ATOS no participó en la UTE ganadora del concurso del que supuestamente se derivó un perjuicio (7201/13 G); (ii) sólo INDRA y SAG constituyeron dicha UTE; y (iii) ATOS (como CIBERNOS y CONECTIS) sólo fue subcontratada por esa UTE.

VIGÉSIMO.- El motivo ha de ser desestimado por las razones que pasamos a exponer:

(i) Como explica el Abogado del Estado, la Resolución impugnada considera que cuando no se especifica la inclusión del IVA en el presupuesto de licitación, el criterio utilizado es que no está incluido y por tanto, asume que los importes adjudicados en los dos concursos que menciona la recurrente son sin IVA, y si fuera cierto que el IVA estaba incorrectamente incluido, y por tanto hubiera que minorar el importe total de los lotes adjudicados, como alega ATOS (de 240.378.659 a 229.594.056 euros), esta reducción supondría una reducción del tipo sancionador total de 5,0% a 4,9%, por lo que la multa inicialmente propuesta pasaría de 14.428.200 euros a 14.139.636 euros, pero dado que la multa finalmente impuesta, tras el ajuste de proporcionalidad, fue redondeada hacia abajo del valor de referencia de proporcionalidad estimado y se fijó en 5.000.000 euros, no procedería realizar una reducción adicional de la sanción.

(ii) El importe de 240.378.659 euros es el importe total de adjudicación de los lotes que fueron adjudicados a las UTE en las que participó la empresa, no la cantidad que corresponde en concreto a ATOS y es la cifra utilizada para ponderar la importancia del número de lotes adjudicados a cada UTE, y no debe confundirse con una estimación de los posibles ingresos de ATOS por haber participado en esas UTE. No es correcta la suposición de la Recurrente de que se ha utilizado el presupuesto máximo de la licitación ya que en todos los casos se ha utilizado el importe de adjudicación.

(iii) Por lo que se refiere al volumen de negocio considerado, cumple recordar la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2018 (ROJ: STS 1405/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1405), a cuyo tenor:

"La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total". Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción".

Así las cosas, el apartado c) del artículo 63.1 de la LDC señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Y, como ya hemos dicho, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013), dicho porcentaje ha de aplicarse sobre el volumen total de negocio de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción, debiendo graduarse las multas conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la LDC y atendiendo a su finalidad disuasoria y al principio de proporcionalidad. Por ello, la CNMC ha determinado de forma correcta la cuantía de la sanción por cuanto que ha aplicado el tipo sancionador al volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa tal como así dispone en artículo 63.1.c) de la LDC, precepto que persigue que la sanción tenga efecto disuasorio lo que no se obtendría si se admitiera la interpretación de la actora que indica que el tipo sancionador debería aplicarse sobre el volumen total de negocios de la empresa, pero únicamente en el afectado por la conducta sancionada.

Que ello sea así no implica, sin embargo, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva resulte irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el derecho sancionador. Lo es, y de modo destacado, pero en el momento ulterior de individualización de la multa, no para el cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (de las hipótesis posibles, podría llegarse para el sancionado.



Por lo expuesto, carecen de trascendencia, a efectos de determinar la sanción, las alegaciones que realiza la recurrente sobre el mercado afectado.

(iv) Por cuanto se refiere al carácter desproporcionado de la sanción impuesta a Atos, cumple manifestar que, para valorar la efectiva dimensión de la conducta de cada empresa (art. 64.1.a), se ha recogido 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. Con estos datos se ha valorado la participación de cada una de las empresas en la infracción y se ha individualizado el tipo sancionador que corresponde aplicarles.

Como recoge la resolución recurrida, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente -gravedad de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, ámbito geográfico de la conducta, duración y participación de las infractoras en la conducta- ha permitido concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de las empresas y se ha fijado el tipo sancionador que corresponde aplicar a cada empresa infractora, en el caso de ATOS, del 5%.

Añade que, aunque el tipo sancionador sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de una empresa en la infracción, si se aplica al volumen de negocios total de empresas multiproducto -es decir empresas que presentan una elevada proporción de su actividad fuera del mercado afectado- podría resultar una sanción desproporcionada. Que para valorar el elemento proporcionalidad de las sanciones es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la empresa infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes y aplicarle un factor incremental de disuasión y que por estas razones, y de acuerdo con las estimaciones realizadas, en el caso de ATOS, no se aplica el tipo sancionador del 5,0% que le correspondería, sino una sanción considerada proporcional y suficientemente disuasoria de 5.000.000 euros.

Por cuanto se refiere a la estimación del beneficio ilícito que la empresa infractora podría haber obtenido precisa que *"estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, como el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como la de las ratios sectoriales de sociedades no financieras del Banco de España"*

Dicho lo anterior, el tipo sancionador fijado para ATOS fue inferior al de INDRA y SAG y la sanción impuesta, antes del ajuste de proporcionalidad ascendía a 14.428.200 euros, que era inferior a las de ACCENTURE, EVERIS, IBM e INDRA, si bien, tras realizar el ajuste de proporcionalidad, la multa impuesta a ATOS (5.000.000 de euros) representa un porcentaje, respecto de su volumen de negocios total, inferior al promedio de todas las infractoras (2,5%), y concretamente se encuentra por debajo de la de SAG (8%), CONNECTIS (4,5%), CIBERNOS (4%), GESEIN (3,5%) y NEXT (2,3%). No apreciamos por lo expuesto que la multa impuesta a ATOS sea desproporcionada, en comparación con las de otras empresas con un grado de participación mayor en las conductas. No olvidemos que la multa impuesta a INDRA ascendió a 13.500.000 euros y la de SAG a 6.015.852 euros.

(v) Por lo demás, no podemos compartir la afirmación de la recurrente respecto de que la sanción que le ha sido impuesta supera el daño causado, limitando éste únicamente a algunos concursos de GISS que asciende a 1.671.905 euros. Como argumenta el Abogado del Estado, la recurrente no ha tenido en cuenta que participó en los repartos acordados en todos los expedientes de servicios y aplicaciones informáticas de GISS, participó y alcanzó acuerdos en relación con los concursos del SEPE e INSS, y realizó otras prácticas como ofertas de cobertura en contratos del Ministerio del Interior o Subsecretaría del MECD tal y como aparece en el apartado 4.4.3. de la Resolución (pp. 135 y 136), y por tanto, si se aceptara la tesis de la recurrente se estaría infravalorando el perjuicio causado por sus conducta ilícita.

VIGÉSIMOPRIMERO.- Pr ocede, en atención a cuanto hemos razonado, la desestimación del recurso, lo que determina la imposición de las costas de esta instancia a la entidad recurrente en aplicación de lo prevenido en el artículo el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VI STOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS



DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Victorio Venturini Medina , en nombre y representación de **Atos Spain, S.A.**, contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 26 de julio de 2018, dictada en el Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, por la que se sanciona a las demandantes por una infracción de artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE y se les impone conjuntamente una sanción económica de 5.000.000 euros, con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ