



Roj: **SAN 4641/2023 - ECLI:ES:AN:2023:4641**

Id Cendoj: **28079230062023100615**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/09/2023**

Nº de Recurso: **720/2018**

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: 0000720 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 6838/2018

Demandante: INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES, S.A. ("IBM")

Procurador: D. ANTONIO RAFAEL RODRÍGUEZ MUÑOZ

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. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dieciocho de septiembre de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 720/18 promovido por el Procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, en nombre y representación de **INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES, S.A. ("IBM")** 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 la demandante por una infracción de artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE y se le impone una sanción económica de 940.000 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:

-1. Estime el presente recurso contencioso-administrativo y anule la Resolución de fecha 26 de julio de 2018 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el Expediente S/DC/0565/15 Licitaciones de Aplicaciones, en la se declara que IBM ha sido autora de una infracción del artículo 1 LDC y del artículo 101 TFUE y se impone una multa por importe de 940.000 euros.

-2. Subsidiariamente a la pretensión anterior (pretensión nº 1), estime el presente recurso contencioso-administrativo en el sentido alegado en el Fundamento de Derecho Quinto de esta demanda y declare no ser conforme a Derecho el pronunciamiento por el que se declara que IBM ha participado en una infracción única y continuada.

-3. Subsidiariamente a la pretensión nº 1, estime el presente recurso contencioso administrativo en el sentido alegado en el Fundamento de Derecho Sexto de esta demanda y declare no ser conforme a Derecho el pronunciamiento por el que se declara la responsabilidad de IBM en la comisión de la infracción del artículo 1 LDC y del artículo 101 TFUE y, en consecuencia, exonere a IBM de cualquier clase de responsabilidad en la comisión de dichas infracciones.

-4. Subsidiariamente a las pretensiones anteriores, estime el presente recurso contencioso administrativo en el sentido alegado en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta demanda y declare no ser conforme a Derecho el pronunciamiento por el que se impone una multa a IBM por importe de 940.000 euros, procediéndose a su reducción.

-5. Todo ello con expresa imposición de costas a la Administración demandada, conforme al artículo 139 LJCA.

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 17 de mayo del año en curso, fecha en la que comenzó, finalizando el pasado 7 de septiembre.

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 la demandante por una infracción de artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE y se le impone una sanción económica de 940.000 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 (...) INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES 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:

(...)

-- INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES S.A.: 940.000 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:

"10. INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES, S.A. (IBM) IBM forma parte de un grupo multinacional centrado en servicios de tecnología y consultoría. IBM fabrica y comercializa hardware y software para computadoras,



y ofrece servicios de infraestructura, alojamiento de Internet, y consultoría en una amplia gama de áreas relacionadas con la informática, desde computadoras centrales hasta nanotecnología".

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.

A continuación, 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 relacionaos 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 que 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.

Tras ello, 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 iniciales. Las regularizaciones se fijan con cierta periodicidad y en el momento del cierre de la UTE se hacen los balances entre facturación real y teórica. La compensación está pensada para hacerse a través de la UTE, pero en ocasiones se producen directamente entre las empresas. Los hechos acreditados constatan que las regularizaciones se han llevado a cabo, al menos, en los concursos C 08/06, AV 42/10, PA 20/2014, C 03/07, AV 10/11 de la AEAT y PA 2/2015; 7201/13G de la GISS o PA 7/14 del SEPE. En el caso de los concursos de la AEAT, la continuidad en los servicios que se prestan en uno y otro concurso permite ver que INDRA y SAG prestan 137 Se ha acreditado que se fija el porcentaje de facturación y de este se deriva la participación efectiva en el contrato de que se trate, según el grado de ejecución global del mismo. 138 Así se indica en correo interno de INDRA de 26 de noviembre de 2014: "tenemos unos acuerdos firmados con el compromiso de que ninguna de las empresas llegue a facturar más a la UTE que el porcentaje que tiene asignado, definiendo unos mecanismos de compensación entre empresas, si esto sucede. Este mecanismo implica que la empresa que no llega a su porcentaje factura a la UTE el importe que le ha faltado, pero recibe una factura de la empresa que se ha pasado por ese mismo importe minorado en un porcentaje de beneficio" (Folio 8411). sistemáticamente un porcentaje menor de servicios de los que les correspondería sin que, pese a ello, varíen los porcentajes teóricos a lo largo del tiempo.

(...)

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 IBM en la infracción sancionada, la resolución recoge lo siguiente:

"4.4.10. IBM

IBM ha participado activamente en los acuerdos alcanzados en relación con los concursos de la AEAT relativos al desarrollo de aplicaciones informáticas del Departamento de Informática Tributaria de la AEAT (C03/07 , AV 10/2011 y PA 2/2015). IBM ha desempeñado un papel activo como partícipe en las distintas UTE que han resultado adjudicatarias de dichos concursos, de forma que ha mantenido su porcentaje de participación en los servicios licitados en los mismos (hechos 33 a 73). En el caso del concurso PA 2/2015, IBM no se presentó oficialmente como miembro de la UTE adjudicataria de uno de los dos lotes, pero el acuerdo se implementó mediante la subcontratación a IBM del porcentaje que le correspondía con base en el acuerdo alcanzado entre INDRA, SAG, CIBERNOS e IBM, y que suponía el mantenimiento de los porcentajes de las cuatro empresas, pese a que los servicios licitados se dividieron en dos lotes (hechos 55 a 73). IBM ha participado activamente en las negociaciones e intercambio de información comercial sensible entre las cuatro empresas participantes, en la toma de decisiones en relación con los distintos aspectos relativos a los acuerdos adoptados y en la gestión de las UTE en la implementación de dichos acuerdos".

TERCERO. - Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora opone frente a ella los siguientes motivos de impugnación:

- 1- Anulabilidad por vulneración del principio de tipicidad ex artículo 48 de la ley 39/2015 en relación con el artículo 27 de la ley 40/2015. Indebida aplicación de prueba de presunciones
- 2- Falta de prueba de la imputación. La resolución incurre en un error en la valoración de los hechos bajo derecho de la competencia; infracción de los artículos 1 de la LDC y 101.1 del TFUE. La colaboración en las licitaciones de la AEAT no es restrictiva de la competencia ni por objeto ni por efecto.
- 3- Nulidad por vulneración del artículo 14 de la Constitución y artículo 35.1 c) y g) de la ley 39/2015 al dar un tratamiento diferente a dos supuestos de hecho idénticos sin justificarlo. Aduce que las mismas razones que permiten exonerar a AXPE e IECISA aplican plenamente a IBM.
- 4- Infracción del artículo 1 de la LDC: El supuesto (pero no probado) acuerdo de subcontratación con BABEL no es restrictivo de la competencia ni por objeto ni por efecto.
- 5- Anulabilidad por 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.
- 6- Anulabilidad de la resolución por infracción del artículo 3.1.e) y 28 de la ley 40/2015 y de los artículos 9.3 y 25 de la Constitución española: Falta de responsabilidad. Vulneración del principio de culpabilidad. Vulneración del principio de confianza legítima.
- 7- Anulabilidad de la sanción por infracción del art. 64 LDC.

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- Ad uce la sociedad recurrente que la Administración fundamenta la imposición de la sanción en planteamientos genéricos sin ningún sustento probatorio sobre cómo se origina y quién promueve la colaboración con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Sostiene que la AEAT, siendo la única autoridad competente para decidir qué servicios demandar y cómo hacerlo, decidió seguir con el proyecto de mantenimiento de sistemas y aplicaciones en la DIT y hacerlo bajo un único contrato con los mismos recursos que venían prestándole servicios desde años atrás y, de este modo, solicitó a las empresas que colaborasen



aportando sus recursos y licitando conjuntamente y que así ha quedado acreditado en el Expediente tanto en lo referente a la licitación C 03/2007 como en relación con las posteriores AV 10/2011 y PA 2/2015, si bien lo que sucediera en estas dos licitaciones, que eran continuación de la original, iba a venir predeterminado de forma esencial por lo que ocurrió en la primera licitación, que unió a todas las empresas y recursos en un mismo contrato por primera vez.

Denuncia que la CNMC ignora gran parte de la prueba documental del expediente y basa su tesis en presunciones que no han sido suficientemente sustentadas y argumentadas en la Resolución conforme a Derecho y que entran en contradicción con la prueba y con la explicación plausible de los hechos que ofrece IBM para demostrar que su comportamiento en las licitaciones de aplicaciones informáticas a las que se presentó no se englobaba en ningún plan global y para justificar la necesidad de formar UTEs o de acudir como empresa subcontratada a los concursos de la AEAT en los que participó. A estos efectos afirma que la CNMC no acredita conforme a Derecho que las empresas usaron las UTEs o subcontratación de 2015 para cubrir un acuerdo secreto de reparto entre ellas.

Añade que la resolución recurrida utiliza esencialmente la prueba de presunciones, para declarar probada la existencia de un supuesto cartel en base a la actuación que realizan las otras empresas sancionadas en otros contratos en los que IBM no es parte y sobre los que no ha tenido ningún tipo de conocimiento, eliminando de su valoración cualquier elemento que pueda ser contrario a la tesis de esa práctica concertada.

Opone que la técnica seguida por la CNMC es contraria al mandato constitucional que impone a la Administración el deber de servir con objetividad a los intereses generales ex artículo 103 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 vulnerando el principio de buena administración, el principio de tipicidad y de responsabilidad que toda resolución recaída en un procedimiento sancionador debe respetar en los términos que establece la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas .

Dicho lo anterior recoge la regulación legal de la prueba de presunciones en LEC y la doctrina jurisprudencial sobre su virtualidad para destruir la presunción de inocencia, e insiste en que no fueron son las empresas las que marcaron a la AEAT sino que al contrario, fue claramente la AEAT quien marcó los pasos y fijó los términos de cómo se configuraría la licitación y que es la AEAT quien pidió a las empresas que licitaran conjuntamente y que si se negaban a hacerlo podían sufrir represalias de la AEAT. Añade que los servicios prestados a la AEAT por las empresas antes de 2007 cualifican excepcionalmente a los recursos de las empresas, de modo que la AEAT no los quería perder y por ello diseña una licitación ad hoc para ellos, pidiendo la colaboración de las empresas para que la licitación salga como quiere y poder seguir el proyecto sin interrupciones y que el hecho de que las empresas ayudaran a la AEAT dando los perfiles y curriculum de sus recursos es plenamente consistente con la explicación de los hechos: las empresas actuaban conforme a lo que la AEAT requería. Esta asistencia a la AEAT no acredita en modo alguno que las empresas "participaran" en la configuración de la licitación, cuestión que única y exclusivamente compete a la AEAT.

Y concluye que en ningún caso ha quedado acreditada la existencia de un plan urdido a través de un razonamiento en el que determine un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre el hecho probado/admitido y el presunto, lo que a su vez lleva a la vulneración del principio de tipicidad por falta de prueba de la conducta típica.

QUINTO. - Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados por la recurrente, comenzando por el que denuncia la vulneración del principio de tipicidad y la indebida aplicación de la prueba de presunciones.

Para ello, con carácter previo cumple manifestar que los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan, entre otros, en la fijación de forma directa o indirecta de precios o de otras condiciones comerciales y en el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

Así las cosas, no cabe apreciar que se haya vulnerado el principio de tipicidad, como sostiene la recurrente por cuanto que, las conductas sancionadas, tal y como han sido configuradas por la resolución recurrida, son, en principio, encuadrables en los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE. Cuestión distinta es la atinente a la existencia o no de suficiente prueba de cargo y a la vulneración o no del derecho a la presunción de inocencia, a las que en definitiva vienen referidas las alegaciones de IBM.

SEXTO. - 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 por parte 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 Partecipazioni (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.

SÉPTIMO.- Vistas 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. Y, en este sentido, 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 *"estas 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)".

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

d) Contrato C03/07 .

Servicio para el desarrollo de aplicaciones informáticas del departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente NUM004)

(33) El contrato fue adjudicado, con fecha 13 de marzo de 2007, a la UTE CIBERNOS/INDRA/SAG/IBM (folio 9470). El presupuesto base de licitación fue de 12.979.200 euros y el importe de adjudicación fue exactamente el mismo. La duración del contrato fue de 2 años, si bien se prorrogó por dos años más, hasta el 22 de marzo de 2011 (folios 843, 9694 y 9470).

(34) Unos meses antes de la publicación de la licitación en el DOUE y en el BOE, las empresas SAG, IBM, CIBERNOS e INDRA mantuvieron una serie de comunicaciones y reuniones en relación con un futuro concurso en la AEAT. Así, por ejemplo, el 3 de julio de 2006 SAG envió un correo electrónico a IBM, CIBERNOS e INDRA con el asunto "Reunión AEAT", en que comentan sobre una posible reunión para el 7 de julio de 2006 (folio 9887).

(35) En un correo electrónico de 12 de julio de 2006, CIBERNOS indica a SAG, IBM e INDRA que habían mantenido una reunión con Alberto el 10 de julio de 2006, "según lo acordado, por si tenía datos elaborados respecto al presupuesto y alguna otra información sobre el concurso", aunque la citada trabajadora de la AEAT les indica que no dispone de dichos datos en ese momento (folio 9892).

(36) Asimismo, CIBERNOS propone al resto de empresas que elaboren un cuadro con la situación en ese momento y la propuesta de cada empresa con las categorías y tarifas para el nuevo concurso. En el citado correo CIBERNOS ya presenta su propuesta de tarifa por categoría. Las empresas programan una reunión para el 14 de julio de 2006 con objeto de tratar el asunto (folios 9892 a 9896).

(37) Sin estar todavía publicada la licitación en el BOE, el 18 de octubre de 2006 SAG remitió internamente un Excel con los porcentajes de participación de CIBERNOS, INDRA, SAG e IBM en un concurso no identificado expresamente, en el que se reparten las categorías del mismo (folios 9911 y 9912). Aunque no se identifica el concurso, estos datos serían coincidentes con los del contrato NUM005 .

(38) (...) CIBERNOS envió a SAG, IBM e INDRA el compromiso previo de constitución de la "UTE AEAT-SG APLICACIONES" (folio 9946). El compromiso contiene los porcentajes de participación de las cuatro empresas, coincidentes con los enviados en el documento de octubre de 2006 citado en el párrafo anterior (folios 9947 a 9948).

(39) El anuncio de la licitación del expediente NUM005 de la AEAT se llevó a cabo en el DOUE del 1 de agosto de 2006 y en el BOE de 4 de enero de 2007 (folios 9469 y 9471).



40) A comienzos de febrero de 2007, la matriz de SAG planteó dudas sobre su continuación en el proyecto del concurso (folio 9952). Sin embargo, consta un correo interno de SAG de fecha 1 de febrero de 2007, en el que se puede apreciar la intención de la filial española de convencer a la matriz de que deben presentarse al concurso para no perder su "porción del pastel" frente a sus competidores INDRA, CIBERNOS e IBM, lo que sería negativo para SAG. De cara a reforzar los argumentos, SAG adjunta una tabla Excel con los costes reales que supone el proyecto y los principales argumentos para apoyarlo, señalando lo siguiente: "Imagen en la AEAT y en el Sector Han preparado el concurso para las cuatro empresas de la UTE Reacción negativa de la AEAT Reacción en el mercado de IBM, INDRA y CIBERNOS. (...) Personal con mucha experiencia Difícil colocación en otros Clientes Salida de la Compañía muy costosa para la misma" (folios 13257 y 13258).

(41) (...) la UTE adjudicataria fue la conformada por las empresas CIBERNOS/INDRA/SAG/IBM.

(42) Tras vencer el plazo de duración del contrato, en febrero de 2015, CIBERNOS envió a IBM el acta de cierre de la UTE (folios 837 a 844 y 9707 a 9713).

(43) Al igual que en los casos anteriores, las empresas miembros de la UTE se reparten su participación en el contrato porcentualmente. Estos porcentajes de participación sirven como base para el cálculo de la facturación que teóricamente correspondería a cada empresa en base al acuerdo inicial alcanzado, aunque al existir diferencias con la facturación real de cada empresa, se procedió a la regularización de los importes facturados de modo similar al descrito anteriormente (folios 844 y 9693).

(44) A pesar de que inicialmente las compensaciones entre la facturación de unas y otras empresas en función de su desviación respecto a los porcentajes acordados inicialmente se iban a realizar a través de la UTE, finalmente SAG, INDRA, CIBERNOS e IBM deciden compensarse directamente entre ellas (folio 6636). El acta de la reunión celebrada el 21 de noviembre de 2014 entre IBM, CIBERNOS, INDRA y SAG se refiere al acuerdo adoptado al respecto (folio 9715).

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

(47) Consta, asimismo, el borrador del contrato marco entre la UTE AEAT 03/07 y AXPE, que envía CIBERNOS al resto de miembros de la UTE el 20 de noviembre de 2007, tras realizar las modificaciones sugeridas por INDRA, y con el que el resto de empresas se muestran conformes (folios 10000 a 10002). e) Contrato AV 10/2011. Servicios de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones de administración electrónica en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente NUM006)

e) Contrato AV 10/2011. Servicios de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones de administración electrónica en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente NUM006)

(48) Este contrato es continuación del contrato C03/07 AEAT, al que se ha hecho referencia anteriormente y fue adjudicado a la UTE CIBERNOS/INDRA/SAG/IBM (la misma adjudicataria del contrato de 2007), por un precio de 12.509.369 euros, que coincide con el presupuesto de licitación.

(49) El 4 de marzo de 2011, un mes antes de la publicación de la licitación en el BOE31, CIBERNOS contactó por correo electrónico con SAG, INDRA e IBM, indicando la necesidad de reunirse "para tratar el tema del próximo concurso de la AEAT y de la finalización del actual" (folio 5901).

(50) El 14 de abril de 2011, SAG, INDRA, CIBERNOS e IBM intercambiaron los borradores de compromiso de constitución de la UTE, de acuerdo de colaboración y de proposición económica (folio 5910). En el compromiso de constitución de UTE adjunto a dicho correo electrónico se recoge el porcentaje de participación de cada empresa en la UTE (folio 591232), porcentajes que coinciden exactamente con los establecidos en el contrato C 03/0733 al que el nuevo contrato viene a sustituir.

(51) Como en los contratos anteriores, las empresas también elaboraron un acuerdo de colaboración. Dicho borrador prevé en su punto 5 que "en las nuevas incorporaciones se seguirá el principio de intentar nivelar los porcentajes de participación de ese momento, por lo que será la empresa que esté más alejada de su porcentaje de participación la que tendrá que incorporar al siguiente recurso que se solicite" (folio 5915). El punto séptimo del acuerdo de colaboración señala que las subcontrataciones de personal ya existente en el organismo cuya incorporación proponga la AEAT se realizarán directamente por la UTE y que el beneficio obtenido como consecuencia de dicha subcontratación se repartirá según el porcentaje de cada empresa partícipe (folio 5916).

Por su parte, el punto octavo del acuerdo de colaboración recoge el mismo procedimiento de regularización que el previsto para el contrato C 68/06 (hecho 7) (folio 5916).

(52) La apertura de sobres del concurso fue el 18 de mayo de 2011 y la única oferta presentada fue la de la UTE ganadora. En relación con ello, consta un correo electrónico interno de SAG en el que se informa lo siguiente: "eso sí había espías en la sala para enterarse de las tarifas ofertadas por la UTE. Uno de los espías era ATOS, el otro no lo sabemos" (folio 6018).

(53) La memoria sobre el objeto de la UTE justifica la existencia de ésta en la experiencia de las cuatro empresas para la prestación de los servicios a plena satisfacción de la AEAT (folio 6043).

(54) Finalmente, cabe señalar que en un correo electrónico entre las empresas de fecha 27 de diciembre de 2012, se dice lo siguiente: "Tenemos que hacer las facturas del margen de AXPE de la UTE AEAT 10-2011" (folio 6144). f) Contrato PA 2/2015. Servicios de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones de administración electrónica en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente NUM007)

f) Contrato PA 2/2015. Servicios de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones de administración electrónica en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente NUM007)

(55) Este contrato supone la continuación de los contratos de 2007 y 2011 (expedientes NUM005 y NUM008), y se licitó mediante procedimiento abierto dividiéndose en dos lotes. El lote 1 fue formalmente adjudicado a la UTE SAG/CIBERNOS, con un descuento del 1,04%. El lote 2 fue formalmente adjudicado a la UTE INDRA SISTEMAS/INDRA SOFTWARE LABS con un descuento del 1,06%.

(56) El 9 de diciembre de 2014, fecha anterior a la publicación de licitación³⁴, las empresas SAG, INDRA, CIBERNOS e IBM se reunieron para hablar sobre este concurso (folios 6660, 845 y 846). La reunión se produjo en una ubicación estratégica "por si luego hubiese que ver a Alberto" (trabajador de la AEAT y miembro de la mesa de contratación para estos concursos, antes citado).

(57) El 25 de febrero de 2015, CIBERNOS contactó con SAG, INDRA e IBM, adjuntando los pliegos del nuevo concurso y convocando una reunión para el 2 de marzo de 2015 en la sede de INDRA (folio 6691).

(58) Pese a que el contrato está dividido en dos lotes, SAG, ese mismo día, realiza un ejercicio interno en el que se recoge un "desglose por empresas, más los nuevos recursos y sin tener en cuenta lotes". En un Excel la empresa recoge un cuadro con la participación de las cuatro empresas en que los porcentajes de participación consignados son exactamente los mismos que en la UTE C 03/0735 y en la UTE AV 10/201136, concursos a los que daría continuidad este concurso, si bien dividido en dos lotes. El Excel recoge también el número de trabajadores por categoría que tenían en ese momento las cuatro empresas y AXPE, a quien subcontrataban servicios (folio 6928 y 6929).

(59) Por su parte, INDRA parecía tener dudas sobre la forma de concurrir al contrato, tal como demuestra el correo interno de 26 de febrero de 2015, en el que manifiesta la posibilidad de ir solo o en UTE: "Edurne, debemos decidir si apostamos por concurrir solos a este concurso con IBM como subcontratado o por el contrario proponemos ir en UTE. Te cuento los escenarios económicos y las ventajas y desventajas (...)" (folio 8414) En el citado correo se señala que la opción de ir en UTE se estima que supondría un margen en torno al 12%, mientras que la de ir con IBM como subcontratado supone un margen del 9,27%. También se comenta la existencia de una reunión con IBM al día siguiente. En la contestación dada ese mismo día al correo, se plantea la posibilidad de una UTE de INDRA SISTEMAS e INDRA SOFTWARE LABS, UTE que se presentó finalmente al lote 2 (folios 8414 y 8415).

(60) El 27 de febrero de 2015, INDRA comunicó internamente su informe comercial de mercado de administraciones públicas correspondiente a esa semana. En dicho informe se recoge, en relación con el concurso de 2015, que "Esta oferta da continuidad al contrato actual donde Indra está en UTE con Cibernos, SAG e IBM. La AEAT ha decidido que se parta en dos lotes para fomentar la competencia, y que cada empresa licite su lote. Ha sugerido que se desdoble en CIBERNOS-SAG (lote 1) e INDRA- IBM (lote 2)" (folios 9167 y 9168).

(61) Nuevamente SAG realizó un ejercicio interno en relación con el concurso, contemplando dos supuestos: calcular los porcentajes de participación en la UTE según los técnicos que tiene cada empresa en ese momento o calcular el porcentaje extrapolando los porcentajes acordados en la UTE vigente solo a CIBERNOS y SAG. En ese ejercicio se vuelven a utilizar los precios por categoría ofertados en el pliego de 2014 como referencia. En la pestaña "lote 1" aparece también AXPE, a la cual corresponderían dos Analistas de Programación, que se le mantendrían (folio 6936 y 6937). (62) Consta asimismo en la documentación obtenida por la DC, cómo el 3 de marzo de 2015, pese a que el contrato se divide en dos lotes, INDRA se comunicó con SAG, CIBERNOS e IBM (folios 6938 y 6939 y 852 y 853), exponiendo una simulación de descuentos en el que aplica el 1,05% de descuento total sobre el precio conjunto de licitación durante los cuatro años que esperan que dure el contrato (los dos de vigencia más las prórrogas). Los porcentajes de cada empresa utilizados para los cálculos coinciden



exactamente con los del UTE 03/07 AEAT y la UTE AV 10/2011. Y el porcentaje de descuento coincide con los descuentos presentados por las empresas en sus ofertas económicas a los dos lotes (folios 6940 y 854).

(63) En un correo electrónico remitido ese mismo día por INDRA a SAG, CIBERNOS e IBM se resumen los compromisos adoptados en una reunión que se había celebrado ese mismo día 3 de marzo entre los distintos participantes. Destaca que para las empresas es indiferente que el contrato esté dividido en dos lotes, ya que acuerdan mantener los porcentajes de negocio aunque se presenten en UTE separadas (folio 6942 y 856). "Hola, os remito el resumen de la reunión de hoy y las tareas que hemos quedado en realizar: 1.- Se acuerda articular de alguna manera que se mantengan o se tiendan a mantener los porcentajes de negocio actuales aunque tengamos UTEs separadas. 2.- Se acuerda una propuesta de descuento conjunto para ambas ofertas. 3.- Se acuerda no preguntar, ni aportar certificaciones de los recursos que actualmente no están prestando servicio en la AEAT. 4.- Quedamos en pasarnos las ofertas técnicas, para no presentar ofertas técnicas muy diferentes. 5.- Cada una de las UTEs se encarga de aportar los curriculum de los perfiles que tiene en su lote y de los adicionales de su lote. 6.- Enviar propuesta de descuento rondando el 1,05% 7.- En el caso de INDRA/IBM si modelo es finalmente Subcontratación hay que ir a explicárselo a Alberto /AEAT".

(64) Ese mismo día, SAG y CIBERNOS realizaron el reparto de los nuevos recursos que les corresponderían a cada uno en el lote 1. En el Excel adjunto al correo electrónico se consigna el presupuesto correspondiente a dos recursos de AXPE y se presenta en unos cuadros cómo el reparto decidido corresponde al mantenimiento de los porcentajes de cada empresa en el concurso anterior (AV 2011) (folio 6944 y 6945).

(65) También el 3 de marzo de 2015, SAG comunicó internamente por correo electrónico el acuerdo de compromiso y el acuerdo de UTE con CIBERNOS para el lote 1, así como el Project calculation (folio 6946). (66) Los acuerdos alcanzados entre las empresas se vuelven a poner de manifiesto en un correo electrónico interno de INDRA de 9 de marzo de 2015, que señala que: "INDRA se presentará en UTE con IBM al lote 2, pero sigue respetando el acuerdo entre los 4 miembros de la actual UTE. El negocio se incrementa en torno al 30% [...]" "El planteamiento es realizar una baja simbólica (1,05%) e incrementar el margen hasta el 12,86% en la operación" También indica que se encuentra "en negociaciones con IBM para estudiar la posibilidad de que vayan como subcontratados" (folio 9357). Dicho correo electrónico adjunta un documento que recoge la estrategia comercial a seguir, indicando: "En los anteriores concursos no se presentó ninguna oferta a excepción de la nuestra. Hemos elaborado los perfiles junto con el cliente y en el pliego han puesto exactamente los modelos que nosotros les enviamos. Indra se presentará en UTE con IBM al lote 2, pero se sigue respetando el acuerdo entre los cuatro miembros de la actual UTE. La UTE con IBM, en negociación, estará repartida con 57,33% Indra/36,58% IBM, el resto (6,09%) les corresponde a los otros miembros de la otra UTE al respetarse el acuerdo actual de porcentajes. Estos números pueden variar en función del reparto de los 15 nuevos perfiles (1 Analista 4 AP y 10 PS). Indra pone 1 Analista, 2 AP y 7 PS e IBM pone 2AP y 3 PS. Ambas empresas incrementan su negocio entorno al 30% [...] Estamos negociando con IBM varias líneas de trabajo, estudiando la posibilidad de que vayan como subcontratados. Se debe cerrar también con el cliente" (folios 9359 a 9367).

(67) Las negociaciones con IBM concluyeron con la decisión de que INDRA se presentase sola al lote 2 y subcontratase a IBM. Así se demuestra con base en la oferta presentada y el acuerdo de colaboración entre INDRA e IBM (folios 8435 a 8445 y 8448 a 8457). El acuerdo, fechado el 17 de marzo de 2015, prevé una cláusula por la cual las partes se comprometen a colaborar en régimen de exclusividad y no participar directa o indirectamente en ofertas alternativas que puedan competir directa o indirectamente con el objeto de dicho acuerdo, ni tampoco presentarán ofertas independientes por sí solos al proyecto (folio 8440 y 8452). El importe a percibir por IBM por cada categoría de trabajadores subcontratada es un 3,5% menor que el importe ofertado por INDRA al lote 2 (folios 8444 y 8456).

(68) El 28 de abril de 2015 se publicó la adjudicación de ambos lotes en la Plataforma de Contratación del Estado.

(69) El 12 de mayo de 2015, CIBERNOS se comunicó con INDRA en un correo electrónico, para ver cómo coordinarse para concretar si determinados empleados corresponden a la UTE directamente o a las empresas y se subcontratan por la UTE. En el citado correo se indica que "Habría que distinguir Lote 1 y Lote 2" (folio 888). Es decir, el funcionamiento de ambos lotes, aunque se hayan licitado separadamente, sigue coordinándose por las empresas responsables.

(70) El 3 de junio de 2015, las cuatro empresas contactaron vía correo electrónico para reunirse con objeto de "tratar el inicio de la gestión del Nuevo concurso, con las 2 UTEs" (folio 890). Según consta en el expediente, la reunión se celebró el 15 de junio de 2015, acordándose en ella tanto una reunión de las cuatro empresas (INDRA, SAG, IBM y CIBERNOS) con el empleado de la AEAT anteriormente citado, como unos nuevos porcentajes para INDRA e IBM "para el conjunto de los lotes 1+2" (folio 7157).

En el Excel adjunto al correo, en la pestaña de "estructura lotes actual" (folio 5504), puede observarse cómo se tienen en cuenta los perfiles de las empresas en ambos lotes de cara al cómputo de porcentajes del acuerdo



global. Asimismo, el Excel contiene los nombres y apellidos de los diferentes trabajadores de las distintas empresas, así como la categoría profesional de cada uno (datos que las empresas han considerado un secreto comercial en sus solicitudes de información y que se encuentran censurados en los folios 5502 y 5505).

(71) El 11 de junio de 2015, CIBERNOS solicitó a SAG que le validase las tarifas para incluir en el acuerdo con AXPE (folios 9732 y 9733). Las tarifas que se pide que validen son un 0,9% inferiores respecto a las tarifas UTE.

(72) El 17 de septiembre de 2015, CIBERNOS envió a INDRA, mediante correo electrónico (folio 896), un borrador de acuerdo por el que SAG y CIBERNOS se comprometen a prestar servicios a INDRA en el contrato del lote 2 (folios 897 a 910). Tal y como se indica en el Anexo al acuerdo el objeto del contrato "es amparar la aportación de recursos por parte de la prestadora de servicios 38 cuando así lo demande la UTE, para un Servicio de Asistencia Técnica para la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, amparado en el concurso público Expediente NUM009 LOTE 2" (folio 908). Los importes a facturar por cada hora pagada por el cliente se consignan en el borrador de acuerdo y, para cada categoría, corresponden exactamente con aquellos que recibe INDRA de la AEAT en base a su oferta económica (folio 909). Es decir, no habría margen de beneficio por la aportación de estos recursos por CIBERNOS y SAG.

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

A la vista de los anteriores hechos, la CNMC considera acreditado que:

1-En relación con el concurso C03/07, las empresas negociaron entre ellas antes de reunirse con la AEAT y, aún sin disponer de datos sobre el futuro concurso, comenzaron a elaborar cuadros con la situación preexistente y diseñaron sus propuestas, que coincidieron con las finalmente ofertadas en el procedimiento de licitación.

Que las empresas que conformaron la UTE en los primeros concursos mantuvieron contactos entre ellas primero y entre estas y la AEAT después y los términos negociados entre las empresas miembros de la UTE coincidieron con los de la convocatoria de licitación, lo que constituye un indicio claro de la participación de CIBERNOS, SAG, INDRA e IBM en la configuración de la licitación C03/07.

2-En relación con el concurso AV 10/11, que las empresas disponían ya de información en junio de 2010 y que los contactos directos acreditados entre las empresas se produjeron varios días antes del correo citado por IBM, lo que demuestra la participación de las empresas en el reparto de los concursos previamente a su convocatoria y a los contactos que pudiera iniciar la administración. Que el diseño de la convocatoria no permitió a las empresas mantener directamente la configuración de los equipos existentes "debido a los requerimientos del pliego no podemos trasladar el equipo real actual, por cada una de las empresas" pese a lo cual, las empresas negociaron para tratar de realizar un reparto que mantuviera en lo posible la situación preexistente (folio 5910) y que porcentaje del total de los recursos que se presentaron por la UTE en la oferta del concurso, señalado por IBM, permitía un margen de maniobra para que las empresas se hubieran planteado alianzas u opciones alternativas al mantenimiento de la UTE previamente adjudicataria o variaciones en los porcentajes de participación de los miembros de la UTE, sin que se haya presentado ninguna evidencia de la existencia, siquiera, de negociaciones en tal sentido. Que el mantenimiento de los porcentajes no respondía a criterios puramente técnicos, como alega IBM y, por tanto, existían otras motivaciones que conllevaron el mantenimiento del statu quo anterior como resultado de las negociaciones entre las cuatro empresas miembros de la UTE. Que, en el caso de la AEAT, ha quedado acreditada la concertación de IBM con INDRA, CIBERNOS y SAG para mantener la participación de las empresas, aun cuando se dividieron los servicios licitados en 2015 (hechos 55 a 73).

3-En relación con la subcontratación de IBM por INDRA para el lote 2 del concurso PA 2/2015, que todas las empresas del acuerdo, incluida IBM, mantuvieron negociaciones para configurar las ofertas posteriormente al anuncio de licitación. Que las cuatro empresas decidieron conjuntamente los precios ofertados por cada categoría de trabajador, pese a que IBM no acudiese a la licitación como parte de la UTE, sino como subcontratada preferente por INDRA y que el propio acuerdo de subcontratación de IBM preveía una cláusula de exclusividad limitativa de la competencia y que IBM participó en las reuniones de gestión conjunta de ambos lotes después de la adjudicación y, por tanto, en los acuerdos de gestión cruzada de lotes independientes.

Añade la resolución sancionadora que, en los contratos de la AEAT, las alianzas entre las empresas reflejan un patrón de comportamiento que afecta a los contratos licitados desde el año 2006 en relación con este mercado. Que las empresas SAG, INDRA y CIBERNOS mantienen una alianza permanente que alcanza a todos los contratos analizados y que GESEIN e IBM participan cada una en tres de los contratos, los cuales se suceden en el tiempo. En relación con las UTE conformadas por SAG, INDRA, CIBERNOS e IBM, destaca que en el año 2015 se produce una modificación de la estructura del contrato que pasa a dividirse en dos lotes (los



dos anteriores que le preceden son de objeto único). Que el motivo de esta separación en lotes por parte de la administración era el de fomentar la concurrencia en la licitación pero que este hecho no altera los porcentajes de participación de las empresas en el acuerdo que arrastran desde el contrato C03/07, ya que las cuatro empresas pactan una estrategia de presentación conjunta a los dos lotes. Que por un lado, CIBERNOS y SAG se presentan al lote 1, y por otro lado, INDRA SISTEMAS e INDRA LABS se presentan al lote 2, subcontratando a IBM. Es decir, pese a que se presentan por separado a los dos lotes, en realidad las cuatro empresas actúan como una unidad de decisión y se reparten el contrato (hechos 55 a 73). Que los compromisos adoptados por las cuatro empresas en relación con este contrato muestran claramente la intención de preservar la posición de las mismas en el "negocio" con independencia de la configuración del contrato en cuestión (hecho 63). Que así resulta de un correo electrónico remitido por INDRA a SAG, CIBERNOS e IBM en el que se resumen los compromisos adoptados en una reunión que se había celebrado ese mismo día 3 de marzo entre los distintos participantes, cuyo contenido se recoge en el hecho 63 antes transcrito.:

NOVENO. - La representación procesal de IBM, sin negar la veracidad de los hechos recogidos en la resolución sancionadora que hemos transcrito, discrepa de la valoración y de las consecuencias que de ellos extrae la CNMC.

Sostiene que su imputación no tiene respaldo en los hechos expuestos y que no puede asumirse que hayan existido negociaciones previas a las convocatorias de licitación.

Argumenta que fue la AEAT, y no las empresas, quien diseñó de tal modo las licitaciones para que las empresas licitaran conjuntamente y así poder mantener los mismos recursos, primero en 2007, y posteriormente en 2011 y 2015, porque era lo que más le convenía a la AEAT. Que fue la AEAT quien originó la colaboración entre las empresas con requerimientos formales e informales que constan probados en el Expediente. Que las empresas se prestaron a licitar conjuntamente porque la AEAT era un cliente relevante con quien no querían enemistarse y porque, de hecho, querían poder competir en futuros concursos de este mismo organismo, posibilidad que peligraría de no acudir a las licitaciones en los términos señalados por la AEAT. Que la AEAT logró, con este contrato único en el que aunaba todos los recursos de las cuatro empresas, la continuidad en el Departamento de Informática Tributaria de la AEAT ("DIT") de los recursos que habían venido prestando servicios al departamento en el pasado, así como una mejor gestión de los recursos, con un solo interlocutor ante la AEAT, y lo que es más importante si cabe, un precio sensiblemente más bajo que el que venía pagando a las empresas con sus contratos individuales. Que los pliegos de las licitaciones C 03/2007, AV 10/2011 y PA 2/2015 contenían tales requerimientos técnicos y de número de recursos (siempre por encima del centenar) que era de todo punto imposible que ninguna empresa pudiera licitar individualmente, y que, de hecho, la única forma de licitar válidamente (no ya con posibilidades de éxito, sino con posibilidad de pasar el análisis técnico) era hacerlo mediante la colaboración de las 4 empresas, aportando cada una los recursos que tenía contratados y cuyos perfiles eran los que se exigían en los pliegos. Que, por ello, la colaboración entre las empresas no podía restringir la competencia puesto que las empresas no eran competidoras en el contexto de estas licitaciones. Y concluye que la colaboración viene requerida ab initio por la AEAT e insiste en que la prueba no acredita que las empresas originaran la colaboración con el fin de repartirse los servicios ante la DIT y que tampoco es plausible la tesis del cártel en vista del reducido precio (y al menos en el caso de IBM, el reducido margen) logrado por las empresas en estos contratos.

Añade que la Resolución tampoco desacredita la explicación dada por las empresas de que las colaboraciones eran necesarias por motivos técnicos, ni responde al contenido del informe técnico de Deloitte de análisis de los pliegos. Que no cabe que se impute a las empresas una conducta restrictiva de la competencia puesto que en el marco de estas licitaciones estas empresas no eran competidoras porque cada una de ellas tenía los recursos esenciales para poder conformar la oferta global necesaria para licitar ya que los pliegos requerían esos recursos específicos, y, por tanto, era imprescindible el acuerdo de las cuatro. Que tampoco era posible que ninguna otra empresa pudiera competir con una oferta válida, puesto que ninguna otra empresa tenía los recursos que se demandaban en las licitaciones (como de hecho ocurrió en 2015 cuando la mesa de contratación excluyó a la única empresa competidora por no presentar los perfiles requeridos) y que, en este contexto, el hecho de si las empresas llegaran a acuerdos privados para regular su relación en el seno de la Unión Temporal de Empresas ("UTE") (acuerdos de no competencia o acuerdos de regularización), y cómo son esos acuerdos, es una cuestión secundaria; y que, en cualquier caso IBM los acuerdos alcanzados en el seno de las UTEs/subcontratación, no fueron más allá de lo estrictamente necesario para llevar a cabo la colaboración.

Explica que las reuniones entre las empresas tendentes a preparar su oferta en UTE/subcontratación, y a revisar los perfiles de sus recursos, no son conductas restrictivas de la competencia. Que el hecho de que las empresas se reunieran y acordaran ofrecer un cierto descuento, tampoco es restrictivo de la competencia pues ha quedado acreditado que la AEAT había dividido los lotes en atención a los recursos de las empresas, de tal forma que los recursos de IBM e Indra se requerían en el Lote 2, por lo que estas empresas no habrían

podido hacer oferta al Lote 1, y los recursos de Cibernos y Software AG se requerían en el Lote 1, por lo que esas empresas no habrían podido hacer oferta al Lote 2. Que, en definitiva, IBM e Indra no podían competir con Cibernos y Software AG, y viceversa, en el marco de esta licitación. Que se reunieran entre sí para discutir las ofertas no las convierte en competidoras en esta licitación.

Así las cosas concluye la recurrente que si la colaboración de las empresas en las licitaciones ante la AEAT está justificada y es legítima, no cabe que se impute a IBM su participación en ninguna infracción.

DÉCIMO. - Pues bien, recordemos de nuevo que la Disposición Adicional Cuarta de la LDC, apartado 2, vigente en el momento de los hechos, 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.

Así las cosas, en el ejercicio de la libre valoración de la prueba, debemos concluir que nos encontramos ante una conducta constitutiva de cártel por cuanto que ha quedado acreditada la existencia de acuerdos entre competidores, principalmente tendentes al reparto de contratos, y en los que se aprecia una intención manifiesta de ocultar parte de esos acuerdos a la administración contratante y al mercado en general. El carácter secreto de los acuerdos queda evidenciado por el hecho de las negociaciones entre las empresas suelen dar lugar a la firma de un acuerdo de colaboración que no es de carácter público y en el que se refleja el alcance real de los acuerdos y que no siempre coinciden con la oferta formal presentada en el procedimiento de licitación.

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.

Convine 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. - 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.

A tal efecto aduce la representación procesal de la recurrente que, aun en el supuesto de que IBM fuera considerada responsable de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE por su conducta en relación con los tres contratos licitados por la AEAT, quod non, no podría ser considerada responsable de la comisión de una infracción única y continuada en relación con la totalidad de los contratos analizados por la CNMC en el marco del presente expediente, dado que ni participó en ni era consciente de la supuesta existencia de prácticas anticompetitivas en relación con la totalidad de estos contratos. Que no existe prueba alguna que demuestre la existencia de un plan global y preconcebido para restringir la competencia, y aunque hubiera existido un acuerdo que pudiera calificarse de plan global, no obran pruebas ni indicios que demuestren que IBM habría participado en ese plan anticompetitivo, ni que hubiera tenido conocimiento del mismo y que las únicas pruebas tangibles que obran en el Expediente acreditan que IBM actuó en todo momento de forma independiente en el mercado, y compitió con intensidad con el resto de las empresas investigadas.

Pues bien, en el presente caso, los hechos acreditados que se recogen en la resolución recurrida evidencian que la conducta de IBM se ajustó al plan común que se describe en ella y que hemos transcrito en el primer fundamento de la presente Sentencia y que fue seguido por las restantes empresas sancionadas en sus distintas variantes. Así, consta probado que CIBERNOS, SAG, INDRA e IBM negociaron entre ellas antes de reunirse con la AEAT y, aún sin disponer de datos sobre el futuro concurso, comenzaron a elaborar cuadros con la situación preexistente y diseñaron sus propuestas, que coincidieron con las finalmente ofertadas en el procedimiento de licitación. Que las empresas que conformaron la UTE en los primeros concursos mantuvieron contactos entre ellas primero y entre estas y la AEAT después y los términos negociados entre las empresas miembros de la UTE coincidieron con los de la convocatoria de licitación; su concertación con INDRA, CIBERNOS y SAG para mantener la participación de las empresas y que, aun cuando se dividieron los servicios licitados con la subcontratación de IBM por INDRA, las empresas del acuerdo, incluida IBM, mantuvieron negociaciones para configurar las ofertas posteriormente al anuncio de licitación; que las cuatro empresas decidieron conjuntamente los precios ofertados por cada categoría de trabajador, pese a que IBM no acudiese a la licitación como parte de la UTE, sino como subcontratada preferente por INDRA y que el propio acuerdo de subcontratación de IBM preveía una cláusula de exclusividad limitativa de la competencia. Consta también probado que IBM participó en las reuniones de gestión conjunta de lotes después de la adjudicación y, por tanto, en los acuerdos de gestión cruzada de lotes independientes.

Ha quedado también acreditada la instrumentalización de figuras contractuales como son las UTE y la subcontratación para el mantenimiento del status quo preexistente, en este caso, obtenido en las licitaciones de la AEAT.

Concurren, por tanto, los presupuestos exigidos para afirmar la existencia de una infracción única y continuada, resultando intrascendente que no conociera la totalidad de las conductas desplegadas por las restantes empresas sancionadas. A estos efectos cumple manifestar que, como se recoge en la resolución sancionadora, se le imputa la responsabilidad por los comportamientos en los que ha participado directamente, o hayan conocido o podido razonablemente conocer, y no por aquellos acuerdos en los que no hayan participado, ni hayan tenido, ni podido tener, conocimiento.

Tampoco queda desvirtuada la conclusión que alcanzamos por el hecho de que la aquí recurrente solo hubiese participado en las licitaciones de la AEAT. Recordemos que la resolución sancionadora aborda el estudio de las diferentes licitaciones distinguiendo, a efectos meramente expositivos, la Administración contratante.

DÉCIMOTERCERO. - Dicho 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 disconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia, para que opere la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE, que exime de la prohibición establecida en el artículo 101.1 , es necesario que se cumplan acumulativamente los cuatro requisitos anotados, a saber: 1º) que el acuerdo contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2º) que los consumidores participen de forma equitativa en el beneficio resultante; 3º) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, 4º) que no se ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate".*

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

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



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-WerkeyFord of Europe/Comisión (25/84y26/84, Rec. p. 2725).

(...)

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

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

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

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.

DÉCIMOCUARTO.- Di cho lo anterior, 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 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. Como ejemplo, recoge la resolución las manifestaciones de INDRA en relación con concursos de la AEAT, en las que indica que " Edurne, debemos decidir si apostamos por concurrir solos a este concurso con IBM como subcontratado o por el contrario proponemos ir en UTE. te cuento los escenarios económicos y las ventajas y desventajas (...)" (hecho 59).

Recoge la CNMC que es frecuente también que la fórmula utilizada en las distintas memorias de cara a justificar la UTE coincida literalmente en los casos analizados, que 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 que, 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).

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 " *El informe presentado por IBM asegura también que no les resultaba rentable destinar trabajadores propios a los concursos de la AEAT, ni tampoco tenían capacidad de contratación de empleados adicionales ni de subcontratación. Esto, sin embargo, no hace sino señalar que, en su caso, los empleados propios disponibles no indicaban la capacidad real de la empresa para presentarse a los concursos, ya que además la propia empresa señala que alrededor de un 70% de los empleados por los que facturó tenían experiencia previa en la AEAT, por lo que existía cierto margen para contratar otros. Incluso existiendo un límite de subcontratación, IBM tendría margen para, al menos, no intentar mantener siempre el mismo porcentaje de participación en las UTE, independientemente de si era un miembro de estas o una empresa subcontratada y podría haber recurrido a otras alianzas o negociado una posición diferente. Además, la propia IBM ha reconocido en el informe que el margen obtenido por los contratos de las administraciones públicas no determinaba su decisión de concurrir a estos, de lo que se puede deducir que tenían especial interés en mantenerlos. El informe considera además que, en un escenario en el que IBM no hubiera podido concurrir en UTE o como empresa subcontratada, IBM no habría participado, por lo que las ventajas o eficiencias deben analizarse en un marco en que IBM sí participa. No se pueden aceptar estas alegaciones de IBM porque, como se ha visto anteriormente en el caso, por ejemplo, de los concursos AV10/2011 y PA 2/2015 de la AEAT, IBM sí habría tenido margen de negociar otros acuerdos que no implicaran el mantenimiento injustificado del statu quo, por lo que sí habría podido participar*".

Añade que " *En cuanto a la comparación que realiza IBM de las tarifas máximas con el coste de sus empleados (coste ITR), si bien las tarifas percibidas por IBM por los contratos resultantes de las licitaciones de la AEAT de 2007, 2011 y 2015 se encontraban, supuestamente, muy por debajo del coste de los trabajadores propios que IBM asignó a dichos contratos, hay que resaltar que el propio informe recoge que la mayor parte de los recursos que asignaba no eran parte de su personal propio, y esto era así tanto cuando formaba parte de la UTE como cuando IBM intervenía como subcontratada por las empresas de la UTE adjudicataria. Aunque sea cierto que las tarifas han disminuido en el tiempo y esto ha hecho que los descuentos también hayan seguido esta evolución (en cualquiera de las categorías de trabajadores requeridas en las licitaciones de la AEAT), esto no excluye, en cualquier caso, que los descuentos hayan sido menores de lo que podrían haber sido, como ha quedado acreditado en el expediente. De hecho, los contratos de 2004 y 2006 con los que se realiza la comparación no se asignaban de la misma manera, por lo que las tarifas pueden no ser comparables. No se puede aceptar tampoco que las tarifas percibidas eran competitivas porque no tenían margen para fijar precios excesivos, ya que se ha comprobado que sí lo tenían, como se puede ver en el caso del concurso AV 42/10*".

DÉCIMOQUINTO.- Co nvieni 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 currículums 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 status 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 IBM por la que ha sido sancionada.

DÉCIMOSEXTO. - Opone a parte recurrente la vulneración del artículo 14 de la Constitución y artículo 35.1 c) y g) de la ley 39/2015 al dar un tratamiento diferente a dos supuestos de hecho idénticos sin justificarlo y que las mismas razones que permiten exonerar a AXPE e IECISA aplican plenamente a IBM.

También este motivo de impugnación ha de ser desestimado. Recordemos que conforme a la doctrina constitucional consolidada para apreciar la concurrencia de una vulneración del principio de igualdad han de concurrir los siguientes presupuestos: 1) aportación de un término idóneo de comparación demostrativa de la identidad sustancial de las situaciones jurídicas que han recibido trato diferente, 2) que el trato desigual no esté fundado en razones objetivas que lo justifiquen, y 3) que el juicio comparativo se desarrolle en el marco de la legalidad, pues no cabe invocar el principio de igualdad en la ilegalidad para perpetuar situaciones contrarias a lo previsto por el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, resultando contrarias al derecho de la competencia la conducta por la que ha sido sancionada la recurrente, no puede eximir su responsabilidad en el hecho de que otras empresas no hayan resultado finalmente sancionadas.

DECIMOSÉPTIMO.- Por cuanto se refiere al motivo de impugnación que sostiene que el acuerdo de subcontratación con BABEL no es restrictivo de la competencia ni por objeto ni por efecto, cumple manifestar que, si bien es cierto que se recoge en la resolución alguna referencia al mismo, también lo es que no aparece incluido en su apartado 4.4.10, en el que se individualiza y concreta la participación de IBM en la infracción sancionada, por lo que, sin necesidad de proceder a su examen, no puede ser tenida en consideración a los efectos de integrar la conducta sancionada.

DECIMOCTAVO. -Siguiendo con el examen de los motivos de impugnación articulados en la demanda, opone la representación procesal de IBM la infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE como consecuencia de la intervención en los hechos sancionados de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Se argumenta que, dado el objeto de la conducta perseguida, la intervención y responsabilidad de la Administración Pública competente en la materia - tiene virtualidad para excluir la imputación por la realización de dichas conductas sancionadas, por cuanto esa intervención y responsabilidad pública hace desaparecer la culpabilidad de la conducta necesaria para que la infracción sea perseguible y sancionable .

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.

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. 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 AEAT.

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.

No apreciamos, por lo expuesto, la vulneración denunciada del principio de confianza legítima.

DECIMONOVENO.- Por cuanto se refiere a la vulneración del principio de culpabilidad, aduce la representación procesal de IBM que no ha quedado acreditado que IBM tuviera conocimiento del carácter antijurídico de su actuación, que quisiera realizar un hecho ilícito y si concurrió el elemento de culpa en su actuación.

Argumenta que, por el contrario, se encuentra probado en el expediente, e incluso ha sido reconocido por la CNMC, que el organismo competente para definir la licitación y los pliegos fue quien fijó las condiciones de las licitaciones y quien requirió a las empresas que ofertasen en UTE sin que en ningún momento expresara reservas acerca de la licitud de la colaboración y que en estas circunstancias, sancionar a IBM es equivalente a establecer una responsabilidad objetiva que no se encuentra admitida en nuestro ordenamiento jurídico.

Pues bien, en la medida que las alegaciones de la recurrente pretenden excluir su responsabilidad y la culpabilidad de su proceder en la actuación de la Administración, nos remitimos a lo ya manifestado respecto a la inexistente vulneración del principio de confianza legítima.

Por lo demás, las propias manifestaciones de la recurrente en su demanda cuando explica que fue la AEAT, y no las empresas, quien diseñó de tal modo las licitaciones para que las empresas licitaran conjuntamente y así poder mantener los mismos recursos, primero en 2007, y posteriormente en 2011 y 2015, porque era lo que más le convenía a la AEAT, pone de manifiesto que conocía el fin anticompetitiva de su conducta y 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.

VIGÉSIMO.- Para terminar se denuncia en la demanda la anulabilidad de la sanción por infracción del art. 64 LDC porque: i) incurre en errores aritméticos en el número de licitaciones que considera afectadas y por tanto en el cálculo de la sanción; ii) no aplica atenuantes y, iii) vulnera el principio de proporcionalidad ex artículo 48 de la ley 39/2015 en relación con el artículo 29 de la ley 40/2015.

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

Insta la recurrente la rectificación de los errores apreciados con la consiguiente reducción del importe de la sanción impuesta. Se explica que uno que tiene que ver con los lotes adjudicados a IBM (tres, en lugar de cuatro) y otro, consecuencia del anterior, que se refiere al total de lotes correspondientes a IBM -adjudicados o no-, que se vieron afectados por la conducta ilícita.



Pues bien, argumenta el Abogado del Estado, aun cuando la corrección de estos dos errores hubiera podido determinar una sanción algo inferior, lo cierto es que la multa inicialmente fijada resultó finalmente reducida de forma drástica tras realizar el ajuste de proporcionalidad, por lo que los errores detectados no proyectan la consecuencias pretendidos por la actora.

Por las mismas razones, tampoco proyecta consecuencias en la determinación de la sanción, el hecho de que el acuerdo de subcontratación con BABEL no haya sido recogido en el apartado de la resolución sancionadora en el que se concreta la participación de IBM en la infracción.

Por lo que se refiere a la concurrencia de circunstancias atenuantes, en concreto como consecuencia del papel absolutamente esencial de la Administración en la infracción y por la ausencia de culpa o dolo por parte de IBM, nos remitimos a lo ya resuelto sobre la pretendida vulneración de los principios de confianza legítima y de culpabilidad.

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 .

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Antonio Rafael Rodríguez de Miguel, en nombre y representación de **INTERNATIONAL BUSSINESS MACHINES SA.(IBM)**, 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 la demandante por una infracción de artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE y se le impone una sanción económica de 940.000 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.