

# LA PERSECUCIÓN INSTITUCIONAL DEL *BID RIGGING* EN ESPAÑA: ACTUACIONES RECIENTES DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA\*

Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE

Doctora en Derecho. Subdirectora Adjunta de Industria y Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Sergio SINOVAS CABALLERO

*Magister Legum.* Subdirector Adjunto de Cárteles y Clemencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN

La eficiencia del gasto público se ha convertido en los últimos años, por razones evidentes, en un objetivo prioritario para cualquier economía de la zona euro. La contratación pública, como actividad económica fundamental del Estado, constituye una pieza clave en el uso eficiente de los fondos públicos. Por ello, tanto instituciones nacionales e internacionales, como, por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>1</sup>, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)<sup>2</sup> y la Comisión Europea (CE)<sup>3</sup>, están focalizando sus esfuerzos en promover, revisar y modernizar los sistemas de contratación pública, por su relevante impacto en el crecimiento económico del país y en el bienestar general de la sociedad.

Asimismo, se ha ido poniendo también de manifiesto con especial énfasis la estrecha relación entre contratación pública y competencia<sup>4</sup>. En tal

---

\* Las opiniones, interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo son las de sus autores y no representan necesariamente las opiniones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>1</sup> Véase Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre Contratación Pública, [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/rev-gpr-94\\_01\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.htm).

<sup>2</sup> Véase Recomendación del Consejo sobre contratación pública, <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recommendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>.

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:ES:PDF>.

<sup>4</sup> Véase A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, 2.ª ed., 2015 y bibliografía allí citada.

sentido, por ejemplo, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública<sup>5</sup>, después de conminar a los Estados miembros a «elaborar disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que [...] la contratación pública se abra a la competencia»<sup>6</sup>, proclama como principio rector que debe regir en la adjudicación de los contratos, que la misma «debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa»<sup>7</sup>.

Se reconocen, de este modo, las dos vertientes de la relación contratación pública-competencia. Por una parte, la competencia en las licitaciones públicas promueve la eficiencia, ayudando a garantizar que los bienes y servicios ofrecidos a las entidades públicas se ajusten al máximo a sus preferencias, y generando ventajas como precios más bajos, mejor calidad, un incremento en la innovación y mayor productividad, en beneficio de los consumidores y usuarios finales y los contribuyentes<sup>8</sup>. De otra parte, el diseño de la normativa de contratación pública puede incrementar las probabilidades de disfunciones en la competencia, incrementando la transparencia del mercado y facilitando la colusión entre licitadores a través de la reiterada interacción de los mismos<sup>9</sup>.

Sin despreciar la relevancia de este último aspecto, en el presente artículo nos fijaremos especialmente en la primera de las vertientes mencionadas, esto es, el funcionamiento competitivo de la licitación que legitimará la decisión de compra, al culminar con la adjudicación del contrato a la empresa más eficiente. Ahora bien, los beneficios anteriormente mencionados únicamente se consiguen cuando el proceso competitivo se desarrolla de forma genuina y las empresas compiten libremente, es decir, fijan sus precios de

<sup>5</sup> Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, <https://www.boe.es/doue/2014/094/L00065-00242.pdf>.

<sup>6</sup> Considerando 1 de la Directiva.

<sup>7</sup> Considerando 90.

<sup>8</sup> Recomendación del Consejo para combatir la colusión en la contratación pública 2012 y Directrices 2009, <http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf> y <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf>.

Sobre este aspecto se ha hecho mucho énfasis en la doctrina, tanto en lo que se refiere a las consecuencias de una política efectiva de competencia en relación a cualquier tipo de cártel como específicamente a dichos efectos en el marco de las licitaciones públicas. En este último sentido, véase L. BRINKER, «Introducing new weapons in the fight against bid rigging to achieve a more competitive U.S. procurement market», *Public Contract Law Journal*, 2014, vol. 43 (3), pp. 549-550.

<sup>9</sup> A. SÁNCHEZ GRAELLS, «Prevention and deterrence of bid rigging: a look from the new EU Directive on public procurement», en G. RACCA y C. YUKINS (ed.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles, 2014, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2053414> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2053414>, p. 3.

En este sentido, véase *Guía sobre contratación pública y competencia*, aprobado en 2011 por la extinta Comisión Nacional de la Competencia y el Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 5 de febrero de 2015, *Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*. Ambos disponibles en <https://www.cnm.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/estudios>.

manera honesta e independiente. Cuando las empresas manipulan el resultado de la licitación, eliminando la tensión competitiva e incertidumbre entre ellas y determinando de antemano la oferta ganadora<sup>10</sup>, los resultados inmediatos serán el incremento de los importes finales de adjudicación, la extracción indebida de recursos de las Administraciones públicas —y, en último término, de los contribuyentes—, y, en general, la destrucción de los beneficios económicos de un mercado competitivo.

Teniendo en cuenta que, en términos cuantitativos, la contratación pública en los países desarrollados constituye entre el 15 y el 20 por 100 del PIB<sup>11</sup> y que algunos de los casos resueltos por la autoridad española de la competencia demuestran, como veremos más adelante, que el incremento artificial de los importes de adjudicación pueden llegar a ser notables<sup>12</sup>, puede fácilmente concluirse que el coste social de estas prácticas y, en definitiva, la pérdida de bienestar general y de recursos públicos pueden llegar a ser muy considerables<sup>13</sup>.

De acuerdo con la OCDE, en este ámbito las empresas implementan generalmente alguna de las siguientes estrategias de manipulación de las licitaciones públicas<sup>14</sup>:

«Ofertas de resguardo. Las ofertas de resguardo (también llamadas complementarias, de cortesía o simbólicas) son la manera más frecuente de implementar esquemas de manipulación de licitaciones. Las ofertas de resguardo se presentan cuando personas o empresas acuerdan presentar ofertas que contemplan por lo menos un elemento de entre los siguientes: (1) un competidor acepta presentar una oferta más alta que la del ganador designado; (2) un competidor presenta una oferta que se sabe demasiado alta para ser aceptada; o (3) un competidor presenta una oferta que contiene términos especiales que se sabe son inaceptables para el comprador. La presentación de ofertas de resguardo está diseñada para aparentar una competencia genuina.

Supresión de ofertas. El esquema de supresión de ofertas involucra el establecimiento de acuerdos entre competidores en los que una o más compañías aceptan abstenerse o retirar una oferta presentada con anterioridad de manera que se adjudique la licitación al ganador designado. En pocas palabras, la supresión de ofertas significa que una compañía no presenta una oferta para su consideración definitiva.

<sup>10</sup> Como resumen R. MARSHALL y L. MARX, *The Economics of collusion: cartels and bidding rings*, Cambridge, 2012, p. 175: «*Colluding bidders suppress their rivalry through the elimination of meaningful bids by all colluding bidders except for the ring bidder with the highest value. All other details and logistics of bidder collusion flow from this foundational principle of the ring*».

<sup>11</sup> En España concretamente supone el 18,5 por 100 del PIB, alrededor de 194.000 millones de euros anuales o más de 4.100 euros anuales per cápita, según el Informe de la CNMC, de 5 de febrero de 2015, *op. cit. supra* nota 9.

<sup>12</sup> Véase por ejemplo *infra*, expte. S/0316/10 *Sobres de Papel*.

<sup>13</sup> M. MACÍ, «*Bid rigging in the EU public-procurement markets: some history and developments*», *European Competition Law Review*, 2011, p. 406, indica que la práctica de *bid rigging* es considerada el tipo de cártel más dañino en términos de incremento de los precios. El Informe de la CNMC de 5 de febrero de 2015, *op. cit. supra* nota 9, estima, por lo que se refiere a España, que estas prácticas generarían un sobrecoste al sistema de 47.500 millones de euros anuales (4,6 por 100 del PIB).

<sup>14</sup> Recomendación del Consejo para combatir la colusión en la contratación pública 2012, véase *supra* nota 8, p. 6.

Rotación de ofertas. En los esquemas de rotación de ofertas las empresas coludidas siguen licitando, pero acuerdan tomar turnos para ganar (es decir, ser el oferente que califique con precio más bajo). La forma en que la rotación de ofertas se implementa puede variar. Por ejemplo, los conspiradores podrían decidir asignar a cada empresa valores monetarios aproximadamente iguales para un cierto tipo de contratos o asignar los volúmenes que correspondan al tamaño de cada compañía.

Asignación de mercado. Los competidores se reparten el mercado o ciertas zonas geográficas y acuerdan asignarse ciertos clientes. Por ejemplo, las empresas competidoras asignan clientes o tipos de clientes específicos a diferentes empresas, de manera que los competidores no hagan ofertas (o solo presenten una oferta de resguardo) en contratos que ofrezca un tipo de cliente potencial asignado a una empresa en particular. A cambio de esto, el competidor en cuestión no presentará ofertas competitivas para un grupo designado de clientes que corresponde a otras empresas según el acuerdo».

Por otra parte, hay que tener en cuenta que este comportamiento fraudulento referente a licitaciones públicas es ciertamente difícil de detectar, incluso más que cualquier otro cártel. En primer lugar, ya que al contrario de lo que sucede en otros mercados, los cárteles en el ámbito de la contratación pública tienden a ser más estables<sup>15</sup>. A ello hay que añadir las considerables reticencias que tienen los funcionarios encargados de la gestión de los procedimientos de contratación pública, que son los mejor situados para detectar estas prácticas, a poner en conocimiento de las autoridades de competencia los posibles indicios por temor a los eventuales efectos en la provisión de los bienes o servicios<sup>16</sup> y la dificultad de dichas autoridades para tener acceso a indicios concluyentes al respecto que permitan ordenar una inspección. En este sentido, estos acuerdos anticompetitivos resultan difícilmente detectables con indicios de una sola licitación, puesto que, como se ha visto, las estrategias utilizadas por los licitadores simulan, al menos formalmente, un marco competitivo, por lo que suele ser necesario un esfuerzo adicional en la recolección de datos e información referentes a diversas licitaciones. Por último, la gran cantidad y variedad de productos y servicios que son objeto de licitación pública en un Estado descentralizado

---

<sup>15</sup> En tal sentido, explica A. HEIMLER, «Cartels in public procurement», *Journal of Competition Law & Economics*, 2012, 8 (4), p. 855, que mientras que en el resto de mercados, las cantidades y precios se fijan simultáneamente, en los mercados de contratación pública, las cantidades son establecidas por el órgano contratante y la licitación solamente se utiliza para determinar el precio más bajo. Por ello, los licitadores saben que aunque reduzcan sus precios, no conseguirán vender más cantidades del producto correspondiente y que solo incrementarán sus ganancias a costa de los otros competidores y únicamente con respecto a una licitación en particular. Además, si uno de ellos rompe el acuerdo, este sabe que, debido a la transparencia de los procedimientos de contratación pública, será descubierto y que la lucha competitiva prevalecerá en las siguientes licitaciones. Como consecuencia de todo ello, los incentivos para romper el cártel en licitaciones públicas son, por lo general, mucho menores que en resto de mercados. Ahora bien, como señala S. E. WEISHAAR, *Cartels, Competition and Public Procurement, Law and economics approaches to bid rigging*, Glos-Massachusetts, 2013, pp. 55-56, estas conclusiones sobre la estabilidad de los cárteles en este ámbito solamente sirven para las subastas abiertas de precio ascendente pero no para las subastas en las que las pujas se realizan en sobre cerrado sin interacción repetida.

<sup>16</sup> Como indica A. HEIMLER, *op. cit.*, p. 860, los funcionarios de los órganos de contratación no son evaluados por el número de cárteles que descubren, sino por su capacidad para establecer y llevar a término los procedimientos y la rapidez del suministro de los productos o servicios involucrados.

como el nuestro, con más de 7.000 órganos de contratación, hace que una monitorización exhaustiva de todos ellos sea una tarea extraordinariamente ardua y difícil de llevar a cabo<sup>17</sup>.

Pues bien, considerando todo lo anterior, no resulta extraño que tanto instituciones supranacionales como la mayoría de las autoridades nacionales encargadas de garantizar y preservar la competencia hayan focalizado sus esfuerzos en ampliar y reforzar los instrumentos de detección y disuasión de este tipo de prácticas<sup>18</sup>.

En España, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), reconoce dentro del concepto de cártel las pujas fraudulentas<sup>19</sup>. Aparte de esa mención, no hay otra referencia legal explícita en nuestra legislación de competencia a la manipulación anticompetitiva de las licitaciones, como sucede en otros países<sup>20</sup>. No obstante, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) está llevando a cabo actuaciones relevantes con el objeto de impulsar la lucha en este ámbito, tal y como se refleja en los últimos Planes de Actuación de la CNMC de 2015 y 2016, donde claramente una de las prioridades viene constituida por la lucha contra las actuaciones contrarias a la competencia en licitaciones públicas. En particular, en el Plan de Actuación 2016 este refuerzo viene enfocado, principalmente, en dos áreas: de una parte, la creación sistemas de detección automática de indicios de infracción, o *screening*, que permitan identificar las posibles licitaciones fraudulentas y, de otra, la colaboración con las Administraciones públicas más activas en la convocatoria de licitaciones, impartiendo formación para que sean capaces de detectar pujas fraudulentas.

En el presente artículo se expondrá, en primer lugar, la abundante práctica decisoria de la autoridad española de la competencia en casos de *bid rigging*, signo de la creciente atención que han recibido este tipo de conductas por parte de esta autoridad en los últimos años (apartado II). En segundo lugar, se explicarán las actuaciones más recientes puestas en marcha por la autoridad para detectar más eficazmente este tipo de ilícitos por parte de las empresas licitadoras (apartado III). Por último, se esbozarán algunas consideraciones respecto de otras medidas cuya implementación resulta necesaria en este proceso de aplicación prioritaria de la normativa de competencia a los acuerdos entre licitadores y que requerirá, asimismo, la implicación activa de otras Administraciones públicas (apartado IV).

<sup>17</sup> L. BRINKER, *op. cit.*, p. 553.

<sup>18</sup> Véanse por ejemplo las experiencias expuestas sobre Dinamarca, Rusia y Corea, en L. BRINKER, *op. cit.*, pp. 57-62.

<sup>19</sup> Disposición Adicional cuarta de la LDC: «2. A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel 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».

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, en Estados Unidos, la Sección 3 de la *Federal Acquisition Regulation* (FAR); o la Sección 47 de la Ley de Competencia de Canadá (*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34).

## 2. PRÁCTICA DECISORIA DE LA AUTORIDAD ESPAÑOLA DE LA COMPETENCIA

### A. EXPTE. VACUNAS VETERINARIAS

El 12 de julio de 1990 el Pleno del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) dictó una de las primeras Resoluciones existentes, acreditando la existencia de una práctica contraria al Derecho de defensa de la libre competencia (Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia), consistente en una manipulación de los concursos convocados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA) para el suministro de vacunas de utilización veterinaria durante los años 1997, 1998 y 1999.

El expediente fue iniciado de oficio tras recibir un escrito del MAPA, a través de su Junta Central de Compras y Suministros, en el que manifestaban la existencia de ofertas económicas idénticas de ocho laboratorios farmacéuticos para el suministro de vacunas de utilización veterinaria. En esta Resolución, el TDC consideró que la presentación de ofertas a un concurso en sobre cerrado tiene como finalidad que ni la Administración convocante ni los demás concursantes puedan conocer el precio de la oferta, por lo que la única posibilidad de que las ofertas sean idénticas es que haya habido concertación.

Tras el análisis de los indicios recibidos, su contexto y las explicaciones alternativas presentadas por las partes, el TDC consideró acreditada la existencia de una práctica prohibida por el art. 1 de la Ley 110/1963. El TDC argumentó que era imposible que, dadas las diferencias de organización de sus sistemas de producción, así como de sus estructuras de costes directos e indirectos, fijos y variables, la coincidencia reiterada en las ofertas económicas por ellas presentadas, en al menos 13 ocasiones, durante los años 1987, 1988 y 1989, pudiera deberse a otra razón que no sea la previa concertación entre todas ellas para pujar fraudulentamente.

### B. EXPTE. 395/97 VACUNAS ANTIGRIPALES

El 30 de septiembre de 1998, el Pleno del TDC dictó Resolución sobre manipulación de las licitaciones públicas correspondiente, en este caso, con los concursos públicos para el suministro de la vacuna antigripal al Servicio Andaluz de la Salud.

El expediente se inició de oficio, tras recibir un escrito con indicios de manipulación de la licitación por parte del Servicio Andaluz de la Salud, en el que se ponían de manifiesto una serie de comportamientos por parte de unos laboratorios farmacéuticos para manipular los concursos para el suministro de las vacunas antigripales en dicho territorio. Las prácticas se referían a la identidad de las ofertas económicas presentadas por distintos

laboratorios en cada una de las licitaciones correspondientes a los años 1992, 1993, 1994 y 1995. En dichas licitaciones el precio representaba el 40 por 100 de los criterios de adjudicación, las características técnicas de las vacunas un 25 por 100, la calidad de la ejecución el 20 por 100, y las ofertas complementarias que supongan una mejora del PVA el 15 por 100.

El TDC, para confirmar la ilicitud de dichas prácticas, aplicó la doctrina de la prueba de presunciones: que los hechos básicos o indicios estén plenamente demostrados, que exista una relación de causalidad y que la posibilidad de concertación se convierta en seguridad plenamente demostrada, analizando las alegaciones de las partes. Finalmente llegó al convencimiento de que la única explicación razonable de la igualdad de ofertas económicas era la concertación previa entre los licitadores, máxime cuando los costes de cada una de las empresas eran diferentes.

Asimismo, el TDC consideró estas prácticas de especial gravedad, teniendo en cuenta que la sustitución de la competencia se realizaba en un terreno en el que la afectación del interés público resultaba especialmente relevante dado que este resultaba dañado doblemente. Por un lado, se distorsionaba el funcionamiento del mercado, al igual que en cualquier otra conducta colusoria y, por otro, se evitaba el ahorro público perseguido por la convocatoria del concurso, al impedir ofertas más bajas de las convenidas entre las empresas autoras de la manipulación.

El TDC sancionó a siete laboratorios farmacéuticos con importes de entre 10 millones de pesetas a más de 37 millones de pesetas.

### C. EXPTEs. 476/99 Y SNC/DC/007/16 AGENCIAS DE VIAJES

El TDC, en su Resolución de 25 de octubre de 2000, consideró acreditada la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 1 de la Ley 16/1989, por parte de diversas agencias de viajes, consistentes en acordar, mediante la creación de la Agrupación de Interés Económico Mundosocial, la absoluta identidad de las ofertas presentadas al Concurso público núm. 19/95 correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del «Programa de vacaciones para personas de la tercera edad» durante la temporada 1995/1996, así como la realización de una ejecución conjunta cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación. También consideró acreditada la realización de otra práctica prohibida por el art. 1 de la Ley 16/1989, por parte de otras 13 agencias de viaje diferentes, consistente en el compromiso adquirido por parte de dichas agencias de no presentarse al concurso convocado por el Imserso anteriormente mencionado.

Hay que destacar que el origen de este expediente fue la información trasladada por el presidente del Tribunal de Cuentas al extinto Servicio de Defensa de la Competencia.

Según el Tribunal, esta forma de proceder desvirtuó todo el proceso de contratación, que quedó convertido en mera ficción desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la Agrupación de Interés Económico, cuando teniendo en cuenta la entidad, profesionalización y experiencia de cada uno de los cuatro grupos que se unieron, resultaba lógico pensar que cada una de ellas fuese capaz de acceder de forma independiente y con plena autonomía al Programa, y habían pactado la ejecución conjunta del programa. El presupuesto de los contratos adjudicados mediante concurso público ascendía a más de seis millones de pesetas y tenían por objeto la financiación parcial de un Programa de Vacaciones de carácter social, destinado a 360.000 personas de la Tercera Edad.

Se impusieron multas solamente a las cinco entidades que habían concurrido a la licitación de forma conjunta, por más de cuatro millones de euros.

Muy estrechamente relacionada, pues deriva de la propia vigilancia del expediente al que acabamos de referirnos, merece ser mencionada, asimismo, la reciente Resolución de la CNMC de 29 de septiembre de 2016 (SNC/DC/007/16 *Agencias de Viajes*), en la que se ha declarado acreditado el incumplimiento por parte de Viajes Halcón, S. A. y Viajes Barceló, S. L. de lo dispuesto en el mencionado expediente sancionador 476/99.

Así, la actual Resolución considera probada la continuación de la conducta declarada prohibida en su momento por el TDC, ahora mediante la constitución de la UTE Mundosenior entre Viajes Halcón y Viajes Barceló. En este caso, la Sala de Competencia de la CNMC ha corroborado la misma conducta sancionada (acordar realizar la ejecución conjunta del programa del Imsero), a través de la constitución sucesiva de la Unión Temporal de Empresas (UTE) Mundosenior, al objeto de participar en los concursos convocados por el Imsero para la gestión del programa de vacaciones para la tercera edad, sustituyendo la presentación de ofertas idénticas con la presentación de una única oferta a través de la UTE, con el objetivo idéntico de eliminar toda competencia entre las empresas.

La Sala de Competencia de la CNMC ha impuesto, nuevamente, sanciones económicas a sendas agencias de viajes, por valor de casi dos millones de euros conjuntamente.

#### D. EXPTE. S/0014/07 GESTIÓN DE RESIDUOS SANITARIOS

Con fecha 18 de enero de 2010, el extinto Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) impuso a cuatro empresas operativas en el mercado de la gestión de residuos peligrosos de origen hospitalario (Cespa Gestión de Residuos, S. A.; Consenur, S. A.; Interlun, S. L. y Sistemas Integrales Sanitarios) multas por valor superior a siete millones de euros, por considerar probada la infracción del art. 1.1.c) de la Ley 16/1989, consistente en un acuerdo para repartirse los clientes públicos.

En este caso, la estrategia desarrollada consistió fundamentalmente en la creación de UTE durante el periodo 2000-2007, sin que estuviera acreditada la falta de capacidad individual de las empresas para concurrir en solitario. Asimismo, fue probado un reparto de mercado a través de ofertas encubiertas realizadas por Interlun y Consenur para los concursos de Extremadura desde 2000 hasta 2007. Por parte de las empresas Cespa y Consenur, se declaró acreditada el mantenimiento de una práctica concertada continuada en el mercado nacional de gestión de residuos sanitarios instrumentada mediante una frecuente comunicación estratégica y el intercambio de información sensible, y materializada en:

- Un reparto de los clientes en la Comunidad de Cataluña.
- La restricción consciente de la competencia entre ambas, absteniéndose Consenur de actuar en las Comunidades Autónomas de Andalucía y La Rioja, y Cespa en Galicia, Castilla y León, País Vasco, Aragón, Murcia, Baleares, Canarias y Extremadura.
- El reparto de los lotes de los concursos de la Comunidad de Madrid en los años 2003 y 2007.

Si bien el caso fue anulado por la Audiencia Nacional en lo que a la participación de SIS en el reparto de mercado se refería (Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2013); en cuanto al fondo de la cuestión, la práctica acreditada ha sido confirmada por el Tribunal Supremo (TS) tanto para Consenur (Sentencia de 11 de septiembre de 2015); Cespa (Auto de 10 de octubre de 2013) e Interlun (Sentencia de 6 de julio de 2015), anulando, sin embargo, el importe de las sanciones impuestas a cada una de ellas.

#### E. S/0192/09 ASFALTOS

El 26 de octubre de 2011 el Consejo de la extinta CNC consideró acreditada la existencia de una infracción única y continuada, contraria a los arts. 1 de la Ley 16/1989 y de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, (LDC) por parte de 12 empresas constructoras consistente, entre otros, en un acuerdo para la manipulación de las licitaciones públicas para las obras de pavimentación convocadas por diversos Organismos Públicos estatales, autonómicos y locales entre febrero 2007 y octubre 2009 en los territorios de Burgos, León y el País Vasco.

El expediente se inició por la presentación, ante la entonces Dirección de Investigación, de un escrito por parte de un antiguo trabajador de una de las empresas participantes en la manipulación de las licitaciones.

La sistemática del acuerdo consistía en la atribución previa entre las empresas constructoras de las obras que preveían que iban a ser licitadas o que ya lo habían sido por parte de las Administraciones Públicas. Posteriormente decidían si dichas obras iban a ser realizadas por las constructoras que habían ganado la licitación pública o por las subcontratas de dichas constructoras, de forma que cuando cada una de las empresas de asfalto

recibían la solicitud de ofertas por parte de dichas constructoras, sabían el precio al que debían ofertar para no competir entre sí, y que se cumpliera lo acordado y se adjudicase el contrato a la empresa previamente designada.

No obstante, en la revisión judicial, la STS de 16 de febrero de 2015, anuló dicha Resolución sancionadora de 26 de octubre de 2011, al declarar nula a todos los efectos la inspección realizada, dado que esta se realizó sin el adecuado amparo judicial, puesto que la entrada y registro realizados no se atuvo a los términos específicos del Auto judicial, teniendo en cuenta que, por un error material contenido en la Fundamentación Jurídica del mismo, este estaba limitado al mercado de los ascensores y escaleras mecánicas.

#### F. S/0226/10 LICITACIONES DE CARRETERAS

El 19 de octubre de 2011, el Consejo de la CNC consideró acreditada la existencia de una infracción única y continuada, contraria al art. 1 de la LDC, por parte de 47 empresas de la construcción, consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas y, en particular, el importe de las bajas presentadas a dichas licitaciones.

El expediente comenzó por la presentación de una denuncia por parte de un particular contra una serie de empresas constructoras, entre otras cuestiones, por la celebración de una serie de reuniones y acuerdos de modificación de ofertas de cara a una licitación pública convocada por Promoción de Viviendas, Infraestructuras y Logística, S. A. (Provilsa, empresa pública de la Junta de Castilla y León) para la pavimentación de una carretera.

El Consejo de la CNC consideró que el mayor precio pagado por la Administración por la ejecución de las obras licitadas tenía un impacto presupuestario que afectaba a todos los contribuyentes, y que en ese supuesto se pudo constatar que en solo ocho de las catorce subastas restringidas para la rehabilitación de carreteras, la conducta había ocasionado un perjuicio al erario y, en definitiva, a los contribuyentes de más de 14 millones de euros.

La extensa revisión judicial de dicha Resolución finalizó con las sentencias del Tribunal Supremo entre enero de 2015 y marzo de 2016 en las que el Alto Tribunal, confirmando la existencia de las infracciones del art. 1 de la LDC, admitió parcialmente los recursos de casación presentados en lo referente al importe de las multas impuestas en la Resolución, ordenando un recálculo de las mismas.

#### G. S/0316/10 SOBRES DE PAPEL

El Consejo de la CNC, en su Resolución de 25 de marzo de 2013, consideró acreditada la existencia de una infracción única y continuada cons-

titutiva de cártel, consistente, entre otros, en un acuerdo entre 15 empresas fabricantes de sobres de papel para la manipulación y el reparto de las licitaciones públicas y privadas organizadas, por hasta 250 clientes, para el suministro de sobres preimpresos entre los años 1977 y 2010.

Este expediente sancionador fue iniciado con motivo de la presentación de una solicitud de exención del pago de la multa por parte de una de las empresas miembro del cártel ante la entonces Dirección de Investigación de la CNC.

Entre las licitaciones afectadas por dicha manipulación y reparto figuraban las correspondientes a los sobres electorales adquiridos para los primeros comicios democráticos del país en 1977, repitiéndose en las elecciones generales convocadas en 1982, 1986, 1989, 1993, 1996, 2000, 2004 y 2008; las municipales de 1983, 1987, 1991, 1999, 2003 y 2007, y al Parlamento Europeo en 1987, 1989, 1994, 1999, 2004 y 2009. También en las elecciones autonómicas de 1987, 1991 y 1999 y las respectivas de Andalucía (1982, 1986 y 1996), País Vasco (1984 y 1990), Galicia (1985 y 2001), Cataluña (1988, 1999, 2003, 2006 y 2010) y Madrid (2003), así como los referendos de la OTAN de 1986 y sobre la Constitución Europea de 2005; es decir, prácticamente la totalidad de las licitaciones para el suministro de sobres en los procesos electorales celebrados en España desde 1977 a 2010.

Los miembros del cártel implantaron un mecanismo de reparto y manipulación de las licitaciones mediante el cual, la empresa adjudicataria, previa manipulación de las ofertas económicas presentadas por el resto de licitadores, repartía la ejecución del contrato mediante una subcontratación encubierta al resto de fabricantes en proporción a determinados porcentajes relacionados con su cuota histórica de mercado.

La Dirección de Investigación de la CNC pudo acreditar que, finalizado el cártel en el año 2011, con motivo de las licitaciones convocadas por la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior para el suministro de los sobres electorales de las Elecciones a Cortes Generales de noviembre de 2011, las empresas participantes en dicha licitación presentaron ofertas económicas con bajas del 21 por 100, del 35 por 100 y hasta del 40 por 100, cuando las bajas al presupuesto máximo de licitación durante la vida del cártel eran, con carácter general y conforme a lo pactado, siempre inferiores al 10 por 100, siendo en algunos casos puramente testimonial, entre el 1 y el 4 por 100.

La reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de diciembre de 2016, resolviendo el recurso planteado por SOBRINSA frente a la Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013, ha confirmado el fondo del asunto y la existencia de una infracción muy grave constitutiva de cártel, admitiendo parcialmente dicho recurso únicamente en lo relativo al cálculo de la multa.

#### H. S/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA

El 8 de marzo de 2013, el Consejo de la CNC dictó Resolución sancionadora, considerando acreditada la existencia de una infracción del art. 1 de la LDC, consistente en un acuerdo entre 11 empresas localizadas en Cantabria para el reparto y la manipulación de las licitaciones públicas y privadas, para la realización del asfaltado de obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.), organizadas en la Comunidad Autónoma de Cantabria desde 1998 hasta 2011.

El expediente sancionador se inició con la presentación de una denuncia anónima el 29 de noviembre de 2010 ante la Dirección de Investigación de la CNC.

La manipulación y el reparto de las licitaciones se implantó mediante acuerdos bilaterales entre el conjunto de empresas imputadas para acudir a las licitaciones de contratos menores o negociados de las distintas Administraciones Públicas cántabras, mediante la elaboración y presentación de ofertas de acompañamiento o ficticias. El reparto y manipulación de las obras licitadas también afectaba a los procedimientos abiertos (antiguos concursos y subastas), licitados por clientes de naturaleza pública y privada entre las seis empresas que formaba el grupo que se denominaba G-5, y que por sus mayores dimensiones, cumplían con los criterios de solvencia económica y técnica exigidos por los organismos públicos y clientes privados para participar en dichas licitaciones.

La revisión judicial firme de dicha Resolución administrativa ha confirmado el fondo del asunto, admitiendo parcialmente los recursos presentados por las partes en lo relativo a las sanciones económicas impuestas, ordenando un recálculo de las mismas en determinados casos.

#### I. EXPTE. S/0432/12 MUNTERS

El 26 de diciembre de 2013, la Sala de Competencia de la CNMC declaró acreditada la existencia de una infracción del art. 1 de la LDC, consistente en los acuerdos entre Munters Spain, S. A. U. y Manufacturas Metálicas Madrileñas, S. L. al objeto de limitar la competencia de cara a las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa español para la compra de calentadores móviles de tiendas de campaña del Ejército de Tierra. En concreto, el acuerdo se materializaba en los certificados emitidos por Munters Spain en los años 2010, 2011 y 2012, en los que autorizaba a Manufacturas Metálicas Madrileñas la distribución y venta en exclusiva de determinados calentadores móviles de tiendas de campaña al Ministerio de Defensa español.

La Sala de Competencia de la CNMC confirmó el carácter restrictivo de la conducta con base en los siguientes argumentos: en primer lugar, en

la medida que el acuerdo se produjo entre empresas competidoras en la comercialización de calentadores móviles en España. En segundo lugar, el acuerdo no era en la práctica un acuerdo de distribución, en la medida que se refería a un producto concreto para un cliente determinado, el Ministerio de Defensa, y era inconsistente con los canales no exclusivos que Munters Spain utilizaba para comercializar sus productos en España. Además, al excluir de las licitaciones del Ministerio de Defensa tanto a Munters Spain como a terceros que fueran a las mismas sobre la base de productos de Munters Spain, el acuerdo equivalía a un pacto de no competencia entre competidores que distorsionaba los resultados de las licitaciones del Ministerio de Defensa.

Por ello, se concluyó que la conducta había tenido efectos restrictivos, en particular en relación con la licitación del año 2011. En esta licitación Supeim resultó, en primer término, adjudicataria del contrato a un precio mucho más competitivo que el ofertado por MMM (que era el adjudicatario propuesto por la Mesa de contratación). Sin embargo, MMM y Munters Spain se valieron de su acuerdo para que Munters Belgium dejara de suministrar los calentadores móviles a Supeim, y de esta manera forzar a Supeim a renunciar a la formalización de la adjudicación.

En definitiva, se consideró que el Ministerio de Defensa habría visto imposibilitada la adquisición de los calentadores móviles a los precios más competitivos ofertados por Supeim, lo que habría dañado al interés público derivado de que las contrataciones del Ministerio de Defensa se produzcan en condiciones competitivas, calculando el beneficio ilícito obtenido a causa de la infracción en 270.424 euros<sup>21</sup>.

#### J. S/0453/12 RODAMIENTOS INDUSTRIALES PARA VEHÍCULOS FERROVIARIOS

El 4 de diciembre de 2014, la Sala de Competencia de la CNMC dictó Resolución sancionadora, considerando acreditada la existencia de una infracción única y continuada constitutiva de cártel por parte de tres empresas filiales y sus empresas matrices, fabricantes de rodamientos industriales, contraria al art. 1 de la Ley 16/1989, en el art. 1 de la LDC y en el art. 101 del TFUE.

El expediente sancionador comenzó con la presentación de una solicitud abreviada de exención del pago de la multa por una de las empresas participantes en el cártel, que posteriormente fue completada ante la Dirección de Competencia de la CNMC.

Dicha infracción consistió en la adopción de una serie de acuerdos para la manipulación y el reparto de las licitaciones convocadas por Renfe en 2004, 2007 y 2011 para el suministro de los rodamientos industriales ne-

<sup>21</sup> Resolución de Vigilancia (Expte. VS/0423/12 *Munters*).

cesarios para el mantenimiento de sus vehículos ferroviarios, mediante la suscripción de un Acuerdo Marco con un número máximo de licitadores, para posteriormente realizar adjudicaciones basadas en dicho Acuerdo.

Los contactos entre las empresas sancionadas se realizaban cada tres o cuatro años, con motivo de las licitaciones plurianuales que convocaban dichos Organismos públicos. Tras el anuncio de las licitaciones por parte de Renfe y Renfe Operadora, directivos de las empresas contactaban, bien directamente en reuniones o telefónicamente, para acordar las ofertas a presentar y repartirse así las licitaciones, en función de la cuota de rodamientos que históricamente habían sido suministradas a Renfe por cada una de dichas empresas.

Dichos contactos puntuales en el tiempo no impidieron a la Sala de Competencia de la CNMC considerar dichas prácticas como una infracción única y continua, ni rechazar la prescripción de las últimas prácticas relativas al año 2011, teniendo en cuenta que los efectos de dicha última licitación estarían aún vigentes, dado que la duración y plazo de ejecución de dicha licitación era de cuatro años.

#### K. EXPTE. S/0429/12 RESIDUOS

El 8 de enero de 2015, la Sala de Competencia de la CNMC consideró acreditada la comisión, por parte de 44 empresas, de una infracción única y continuada del art. 1 de la LDC, en el sector de gestión de residuos, recuperación de papel y cartón y saneamiento urbano a lo largo de todo el territorio nacional, desde el año 2000 hasta el 2013.

La conducta global se habría implementado a través diversas manifestaciones en las diferentes actividades del sector, entre las que se encontraba el reparto de las licitaciones, tanto públicas como privadas, mediante la presentación de ofertas conjuntas o la no concurrencia de una parte a cambio de la posterior participación en las actividades objeto de licitación.

Aunque la resolución no cuantificaba, para cada una de estas licitaciones y contratos de clientes privados y públicos, los efectos específicos que cada acuerdo o actuación concertada global de reparto de mercado habría tenido sobre los precios pagados por el cliente por las actividades contratadas, ni tampoco su efecto concreto sobre lo ingresado por el cliente por la valorización de los residuos generados, sí ponía de manifiesto el objeto y efecto claramente restrictivo de la competencia de la práctica, al limitar indebidamente la competencia estática y dinámica entre los partícipes en el mismo en el sector de gestión de residuos y de saneamiento urbano en España. De esta manera, la existencia de la conducta global en España no solamente habría distorsionado los precios de mercado de las distintas actividades de gestión de residuos y de saneamiento urbano, sino que también habría perjudicado significativamente la dinámica competitiva en dicho mercado, compartimentando por actividades y ámbitos geográficos la actuación de los

distintos oferentes, e impidiendo que muchos de los operadores imputados entraran en escalones de la cadena de valor o en ámbitos geográficos donde potencialmente podrían competir para captar nuevos clientes.

#### L. EXPTE. S/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN

El Consejo de la CNMC, en su Resolución de 15 de enero de 2015, declaró acreditada la comisión por parte de varias empresas fabricantes de hormigón y productos derivados de una infracción del art. 1 de la LDC, a través de la realización de varias conductas en el mercado de fabricación y venta de prefabricados de hormigón compuesta por varias prácticas. En particular, se consideró probado el acuerdo de reparto de las subastas convocadas por empresas privadas de telefonía y electricidad, tales como Telefónica, Unión Fenosa, Iberdrola e Hidroeléctrica del Cantábrico, de los productos de postes, tapas y arquetas de hormigón desde, al menos, 1993, y hasta julio de 2013.

El *modus operandi* diseñado por los participantes del cártel comprendía desde acuerdos detallados sobre los precios a los que las empresas debían pujar y el orden en que debían hacerlo, hasta la formación de una UTE con el mismo objetivo de fijar precios y acudir conjuntamente a determinadas subastas.

#### M. EXPTE. S/0415/12 CONSTRUCCIONES MODULARES

El 13 de diciembre de 2015, la Sala de Competencia de la CNMC dictó Resolución sancionadora considerando acreditado la existencia de una infracción única y continuada constitutiva de cártel consistente en varios acuerdos entre once empresas proveedoras de construcciones modulares para manipular y repartirse las licitaciones organizadas por clientes públicos y privados entre los años 2008 y 2013.

El expediente sancionador comenzó con la presentación de una solicitud de exención del pago de la multa por parte de una de las empresas participante en las conductas ante la Dirección de Competencia de la CNMC.

Las licitaciones manipuladas y repartidas entre las once empresas sancionadas incluían las organizadas por las empresas públicas en la Comunidad Autónoma de Valencia, Murcia, Castilla-La Mancha, Aragón, Galicia y Andalucía para el suministro de construcciones modulares con finalidades educativas, así como las organizadas por clientes privados en la Comunidad Autónoma de Murcia y Andalucía. Como novedad en dicho expediente, a diferencia de los anteriormente sancionados por la autoridad española de la competencia, constan las licitaciones para la firma de un Acuerdo Marco suscrito previamente con aquellas empresas que hubiesen cumplido los criterios de selección previamente establecidos. En ese momento las empresas iniciaban sus contactos para presentar sus ofertas económicas

con unos descuentos máximos y evitar una guerra de precios entre ellas a la hora de ser seleccionados como firmantes de dicho Acuerdo Marco. En algunas ocasiones, alguna de las empresas seleccionadas como firmantes de los Acuerdos Marcos, no habían tenido contactos previos con sus competidores, lo que provocaba que estos se pusieran en contacto con dichas empresas para hacerlas partícipes del acuerdo.

Posteriormente, en las licitaciones basadas en dichos Acuerdos Marcos para el suministro y/o alquiler de construcciones modulares en diversos colegios y centros educativos de las CCAA de Valencia y Murcia, las empresas se volvían a preadjudicar dichas licitaciones, así como a fijar los porcentajes de baja e importes de las ofertas económicas a presentar por cada uno de los firmantes, para poder hacer rentable los montajes de dichas licitaciones y simular la existencia de concurrencia competitiva en las mismas.

#### N. S/DC/0504/14 AIO

El 26 de mayo de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC dictó Resolución sancionadora por la que consideró acreditada la existencia de una infracción única, continuada y muy grave constitutiva de cártel, por parte de 15 empresas fabricantes de productos absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos (AIO), así como a la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), dos directivos de las empresas y dos directivos de dicha Federación contrarias al art. 1 de la Ley 16/1989, y al art. 1 de la LDC.

El expediente sancionador comenzó con la presentación de una solicitud de exención del pago de la multa por parte de una de las empresas participante en las conductas ante la Dirección de Competencia de la CNMC.

Las empresas participantes en el cártel, tras la fijación del precio de venta de laboratorio (PVL) de los AIO financiados por el SNS destinados a pacientes no hospitalizados (muy superior al que hubiera derivado de una licitación competitiva), adoptaron una serie de acuerdos para evitar el suministro de dichos productos AIO demandados por la Administración Sanitaria mediante los oportunos procesos de licitación, promovándose y garantizándose el mantenimiento de la dispensación de los AIO a través del canal farmacéutico en condiciones mucho más onerosas para las Administraciones Públicas sanitarias, nacional y autonómica.

Asimismo, las empresas fabricantes de los AIO miembros del cártel concertaron los términos de las negociaciones con el resto de agentes de la cadena de distribución y la línea a seguir respecto a las licitaciones públicas convocadas por las diferentes Administraciones sanitarias para la adquisición y posterior suministro de los AIO a pacientes no hospitalizados. Y acordaron la presentación de recursos administrativos contra las licitaciones públicas convocadas a partir de los años noventa, primero por el INSALUD

y posteriormente por las Administraciones sanitarias autonómicas, con la intención de frenar, suspender o al menos demorar dichos expedientes de licitación pública para suministro de los AIO a residencias, centros de salud y ambulatorios.

#### O. S/DC/0509/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS

El 30 de junio de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC dictó Resolución en la que consideró acreditada la existencia de una infracción de los arts. 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistente en acuerdos o prácticas concertadas para el reparto de mercado, la fijación de precios e intercambio de información para la manipulación de las licitaciones del Gestor de infraestructuras ferroviarias (GIF) y posteriormente del Administrador de infraestructuras ferroviarias (ADIF) para el suministro de desvíos ferroviarios.

El expediente sancionador se inició con la presentación de un escrito por parte de ADIF el 29 de mayo de 2014, solicitando informe a la CNMC acerca de los procedimientos de contratación hasta entonces empleados y poniendo de manifiesto una serie de indicios de infracción en alguna de sus licitaciones públicas

Las prácticas fueron imputadas a cuatro empresas fabricantes de desvíos ferroviarios de ámbito nacional, así como a nueve de los principales directivos implicados en las mismas. Sancionándose con multas por un total de 5,64 millones de euros.

Las principales empresas fabricantes de desvíos ferroviarios en nuestro país, acordaron la manipulación de las licitaciones convocadas por el GIF/ADIF mediante la constitución de UTE, desde julio de 1999 hasta octubre de 2014, con el objetivo de concurrir conjuntamente a dichas licitaciones, presentar una única oferta económica adjudicataria, sin apenas baja con respecto al presupuesto máximo de licitación, y posteriormente repartirse la ejecución del contrato entre todas ellas a partes prácticamente iguales.

La Sala de Competencia de la CNMC consideró acreditado que dichas empresas conocían perfectamente que el uso recurrente de la UTE era una actuación ilícita, y no imprescindible para concurrir a dicha licitación, pues a partir de 2014 las empresas concurren a dicha licitud de manera independiente. No obstante lo anterior, en las escasas licitaciones en las que las empresas concurren sin la constitución de una UTE, las empresas manipularon dichas licitaciones mediante un acuerdo previo en el que fijaron las condiciones de participación en dicha licitación y el posterior reparto entre ellas.

La Sala de Competencia recordó, en relación con las manipulaciones de las licitaciones públicas, que dichos procedimientos de contratación pública se rigen, entre otros, por los principios de concurrencia, confidencialidad e igualdad de trato a todos los licitadores, y esta es una circunstancia que se

traduce necesariamente en la necesidad de establecer un procedimiento formalista de obligado cumplimiento por las partes. Estos principios exigen, entre otros aspectos, que las proposiciones presentadas por las partes deben ser secretas, arbitrándose los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, entre los que se encuentra la presentación de las distintas ofertas económicas de los diversos licitadores en «sobre cerrado» que no podrá abrirse hasta el acto público previsto al efecto.

Finalmente, en dicha Resolución de junio de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC, sin considerar que el principio de confianza legítimo fuese aplicable a las prácticas realizadas, sí consideró que el grado de protagonismo que tuvieron las entidades gestoras de las infraestructuras ferroviarias mediante el conocimiento de las mismas, mereció cuando menos su reprobación desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

#### P. S/DC/0544/14 MUDANZAS INTERNACIONALES

El 6 de septiembre de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC ha considerado acreditada la comisión de una infracción del art. 1 de la LDC por parte de diversas empresas que manipularon y se repartieron las licitaciones convocadas por diversos órganos de contratación, en este caso para proveer el servicio de mudanzas internacionales de los funcionarios y empleados destinados en el exterior.

De acuerdo con dicha Resolución, dieciséis empresas prestadoras de servicios de mudanzas internacionales cometieron una infracción única y continuada del art. 1 de la LDC y de la Ley 16/1989, así como del art. 101 del TFUE, constitutiva de cártel, basada, entre otras conductas, en un reparto del mercado de servicios de mudanzas internacionales mediante el establecimiento de cuotas, el respeto de traslados y clientes y el intercambio de información sensible para la manipulación del proceso de presentación de ofertas de dichas mudanzas entre los años 1997 y 2014.

El reparto del mercado acordado entre las empresas se ejecutó mediante diferentes pactos para respetarse las licitaciones convocadas por distintos órganos de contratación de la Administración General del Estado, al menos desde 1999 y hasta noviembre de 2014, en función de las afinidades entre las empresas participantes, o como reacción a los requisitos que las Administraciones Públicas iban exigiendo a las empresas de mudanzas con las que habitualmente trabajaban, para incrementar la inexistente competencia en dichas licitaciones públicas (como solicitar un cuarto presupuesto en los contratos menores a una empresa de manera aleatoria).

Asimismo, el reparto del mercado de mudanzas internacionales entre las empresas partícipes se llevó a cabo mediante la manipulación de los contratos menores para respetarse mutuamente ciertos clientes, como en los supuestos en los que: i) un determinado cliente había realizado una mudanza anterior con una empresa, o ii) si una empresa había presupuestado

inicialmente uno de los tres presupuestos aportados por el cliente, o iii) un interesado en un traslado manifestaba interés por realizarlo con una empresa de mudanzas, en cuyo caso esa empresa lo comunicaba directamente al resto, las cuales realizaban las comprobaciones oportunas para verificarlo. En dichas ocasiones, y al tratarse de contratos menores de servicios, las empresas de mudanzas se limitaban a «acompañar» a la empresa previamente adjudicada mediante presupuestos ficticios y sin ánimo competitivo, con importes mayores para no resultar adjudicatarias.

#### Q. S/0555/15 PROSEGUR-LOOMIS

Finalmente, el 10 de noviembre de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC ha dictado la resolución más reciente en este ámbito, declarando acreditada la existencia de una infracción única y continuada de lo dispuesto en el art. 1 de la LDC y el art. 101 del TFUE, consistente en acuerdos y prácticas concertadas entre las empresas Prosegur Compañía de Seguridad, S. A. y su filial Prosegur Servicios de Efectivo España, S. L., por una parte, y Loomis Spain, S. A., por otra, para el reparto del mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España, desde, al menos, el año 2008 y hasta, al menos, el año 2015.

En particular, dichas prácticas se habrían manifestado, por un lado, mediante una manipulación y reparto de las licitaciones para la provisión de servicios a clientes estratégicos, tanto públicos como privados, mediante el reparto de los lotes en los que se dividían las licitaciones a través de una coordinación de su estrategia en la licitación. Esta coordinación de ofertas entre Loomis y Prosegur en los procedimientos de licitación se ha llevado a cabo, habitualmente, a través de la presentación de ofertas o posturas encubiertas, así como mediante la no presentación de ofertas a determinadas licitaciones.

Por otro lado, las anteriores empresas han llevado a cabo un reparto de clientes a través de la preservación y reparto de los servicios a favor de una de las empresas. Así, ambas empresas boicoteaban, no presentando ninguna oferta, a sus clientes, consiguiendo con ello mantener estables dichas cuotas de mercado desde el año 2008.

Cabe destacar que la Resolución subraya que estas prácticas habían conseguido arraigar de tal manera que para llevar a cabo determinadas actuaciones, las empresas ni siquiera necesitaban de acuerdos previos, toda vez que simplemente se limitaban a mantener su cuota de participación preexistente al nuevo contrato que era conocida y respetada por el competidor.

Asimismo, por lo que se refiere a clientes dedicados al comercio minorista y cuya preferencia es la de contratar una única empresa para los servicios de transporte de fondos, las partes se han repartido el cliente a través del uso abusivo e injustificado de la figura de la subcontratación.

Las multas impuestas a las empresas por la realización de las anteriores conductas superan los cuarenta millones de euros, conjuntamente. Además, en esta resolución se han impuesto multas personales a dos directivos de sendas compañías, de conformidad con el art. 63.2 de la LDC.

### 3. ACTUACIONES RECIENTES EN LA PERSECUCIÓN DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como se acaba de exponer, la autoridad española de la competencia lleva más de tres décadas persiguiendo las infracciones del Derecho de la competencia que afectan a licitaciones públicas llevadas a cabo, en todos los sectores de la economía, por parte de las Administraciones Públicas. Además, como también se ha demostrado en el apartado anterior, resulta evidente que en los últimos años se han incrementado los esfuerzos en la persecución y sanción de este tipo de prácticas tan dañinas para la economía, los ciudadanos y el bienestar general, lo que vendría corroborado por los expedientes actualmente abiertos<sup>22</sup> y las investigaciones en curso.

La experiencia adquirida al respecto apunta a que este tipo de colusión suele ser más frecuente en mercados con determinadas características: por ejemplo, cuando los productos o servicios son relativamente homogéneos y no cuentan con sustitutivos, cuando en el mismo hay un número reducido de empresas, cuando el mercado puede considerarse estable porque existen barreras de entrada que impiden o dificultan la entrada de nuevos competidores y no hay fluctuaciones importantes de la demanda, cuando están sometidos a pocos cambios tecnológicos, o cuando existen vínculos contractuales o estructurales entre las empresas que lo forman<sup>23</sup>.

No obstante, la especial dificultad que presentan estas prácticas en cuanto a su detección y a la recolección de material probatorio suficiente para su acreditación, hace imprescindible la adopción de un enfoque proactivo

---

<sup>22</sup> S/DC/0512/14 *Transporte Balear de Viajeros*, expediente incoado con fecha 26 de agosto de 2015 y pendiente de resolución de la Sala de Competencia por presuntas infracciones del art. 1 de la LDC consistentes, entre otras, en el presunto reparto y manipulación de las licitaciones públicas convocadas por la Conserjería de Educación del Govern Balear para el servicio de transporte regular escolar de los centros públicos en dicho territorio entre 2005 y 2013; S/DC/0561/15 *Gases Medicinales*, incoado con fecha 13 de enero de 2016, por supuestas infracciones del art. 1 de la LDC consistente en acuerdos de reparto del mercado de licitaciones públicas y privadas para el suministro de gases medicinales, tanto de uso hospitalario como de uso domiciliario; S/0565/15 *Licitaciones Aplicaciones Informáticas*, expediente incoado con fecha de 20 de abril de 2016, por presuntas infracciones del art. 1 de la LDC consistentes entre otros en acuerdos para el reparto de las licitaciones en el mercado de servicios de informática y servicios conexos, especialmente en relación con las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones informáticas; S/0584/16 *Agencias de Medios*, expediente incoado el 2 de septiembre de 2016, por presuntos acuerdos contrarios al art. 1 de la LDC consistentes en un acuerdo para la manipulación y reparto de un Acuerdo Marco para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado.

<sup>23</sup> Véase al respecto, G. L. ALBANO, P. BUCCIROSSI, G. SPAGNOLO y M. ZANZA, «Preventing collusion in procurement», en N. DIMITRI, G. PIGA y G. SPAGNOLO (ed.), *Handbook of Procurement*, Cambridge, 2006, pp. 347 y ss.

por parte de la autoridad encargada de la preservación de la competencia en los mercados<sup>24</sup>, con el objetivo de incrementar tanto su capacidad de obtener información útil sobre estas infracciones, así como el conocimiento y capacidad de detección de las mismas por parte de otras Administraciones Públicas. Como se hizo alusión anteriormente, el Plan de Actuación publicado por la CNMC para el año 2016 contempla dos objetivos claros a este respecto: la colaboración con las Administraciones contratantes y la creación de sistemas de detección automática de indicios de infracción o *screening*.

En este sentido, la autoridad española de la competencia, desde el año 2015, ha llevado a cabo numerosas charlas formativas destinadas a diversos órganos contratantes de la Administración General del Estado y Comunidades Autónomas, como el Ministerio del Interior, Ministerio de Defensa, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Ministerio de Sanidad y Consumo, Ministerio de Administraciones Públicas y Hacienda, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y Ministerio de Agricultura y Medio Ambiente. Estas acciones han alcanzado, a finales de 2016, a más de 800 funcionarios responsables de la gestión económica y contratación de dichos organismos públicos.

Como se ha indicado, los funcionarios públicos responsables de la contratación son, de forma evidente, los mejor situados para detectar posibles indicios de manipulación<sup>25</sup>. En España, aunque legalmente<sup>26</sup> los órganos de contratación están conminados a notificar a la autoridad de competencia los hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, que puedan constituir una infracción de la legislación de defensa de la competencia, lo cierto es que la simple inclusión de esta previsión legal se ha mostrado insuficiente para alcanzar los resultados esperados. Ello demuestra que la mera existencia de una obligación legal no resulta suficiente para lograr que los funcionarios encargados de velar por el aprovisionamiento eficaz de la Administración denuncien ante los órganos de competencia posibles indicios de colusión, sin antes haber recibido una formación adecuada que les permita conocer, entre otros, a quién acudir, cómo identificar situaciones que puedan constituir una infracción de la legislación de defensa de la competencia o cuáles serán las consecuencias de dicha actuación sobre el procedimiento del que son responsables.

Para atender esta necesidad y a la vez aumentar las posibilidades de detección de este tipo de ilícitos anticompetitivos, la CNMC inició a finales de 2015 un programa de formación con dos objetivos específicos<sup>27</sup>. De una

<sup>24</sup> K. HÜSCHEL RATH, «Economic approaches to fight bid rigging», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, vol. 4, núm. 2, pp. 186 y ss.

<sup>25</sup> L. BRINKER, *op. cit.*, p. 553.

<sup>26</sup> Disposición Adicional vigesimoséptima en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, confirmada posteriormente por la Disposición Adicional vigésimo tercera del Real Decreto Legislativo 3/2011.

<sup>27</sup> Asimismo, el Proyecto de Ley 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, contempla, en su art. 148, la posibilidad de exclusión de una

parte, instruir a los funcionarios de las entidades contratantes sobre cómo analizar las licitaciones desde una perspectiva competitiva. Esto es, explicar tanto las condiciones de mercado que son favorables para la colusión como los posibles comportamientos sospechosos referentes a precios, presentación de ofertas, concurrencia de licitadores, relación de empresas ganadoras en el medio-largo plazo, etc., que pueden ser indicios de colusión.

De otra parte, esta colaboración institucional tiene como objetivo el ayudar a superar la reticencia o el desinterés que puedan tener estos funcionarios, más centrados en la consecución rápida y eficiente de los procedimientos de licitación de los que son responsables, a comunicar a la autoridad de competencia comportamientos sospechosos de infracción de la LDC. Así, con el fin de incentivarlos adecuadamente para focalizar su atención en este crucial aspecto de las licitaciones, desde la CNMC se está intentando realizar un gran esfuerzo de concienciación sobre la importancia de atajar este tipo de prácticas fraudulentas, sobre los significativos beneficios que su detección tiene para el Estado y los ciudadanos y sobre el relevante rol que, por su privilegiada posición, juegan para conseguir dichos fines. En este sentido, durante el año 2017, la CNMC prevé continuar con dichas actividades formativas dirigidas a diversas unidades gestoras y supervisoras de la contratación pública a nivel estatal, autonómico y local.

Asimismo, con referencia al segundo de los objetivos esbozados en el Plan 2016, hay que observar, primeramente, que se ha podido tener acceso telemático a la información pública sobre licitaciones obrante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, dependiente del Ministerio de Hacienda y Función Pública. En este ámbito, se están además propiciando contactos con otros organismos públicos para posibilitar un mayor acceso a las bases de contratación pública autonómica.

Más significativamente, la CNMC está empezando a hacer uso de una herramienta electrónica (*software*) que permite la visualización estructurada de dichos datos y el análisis de los mismos de acuerdo con determinados indicadores cuantitativos que puedan reflejar la existencia de indicios de algún tipo de colusión en las licitaciones públicas. Ello salvaría el importante escollo que supone el examen manual de la gran cantidad de información que es necesaria para poder probar una conducta de este tipo y permitiría

---

empresa de un procedimiento de contratación, con efectos suspensivos en este, en caso de que existieran indicios fundados de infracción de la LDC:

«Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato.

1. [...]

Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el art. 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato 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 a través de un procedimiento sumarisimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo».

acelerar la detección de las mismas, con el considerable ahorro que ello significaría para el presupuesto público.

A este respecto, resulta crucial reforzar las relaciones con autoridades de competencia de otras jurisdicciones, tanto de dentro como fuera de la Unión Europea, con más experiencia en la detección de oficio de estas prácticas mediante la utilización de programas electrónicos. En tal sentido, hasta el momento, se han demostrado especialmente exitosas las experiencias de algunas autoridades internacionales de competencia como la *Korean Fair Trade Commission* de Corea del Sur, con la implantación de un sistema automatizado de detección de indicios de manipulación en las licitaciones públicas (*Bid Rigging Indicator Analysis System*, BRIAS) desde el año 1997.

#### 4. ¿UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS COMPETITIVA TODAVÍA?

Como se ha subrayado desde un principio, tanto el legislador nacional como el comunitario han seguido introduciendo mecanismos y herramientas que permitan ahondar en la consecución de una contratación pública inspirada en los principios de publicidad, transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y la eficiente utilización de los recursos públicos mediante, entre otros, la salvaguarda de la libre competencia a lo largo de la licitación pública.

A este respecto, merece ser destacada la Disposición Final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector público, mediante la cual se modificaron, entre otros, los arts. 60 y 61 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre<sup>28</sup>. En virtud de dichas disposiciones normativas, no podrán contratar con los entes, organismos o entidades del Sector Público, «las personas sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de [...] falseamiento de la competencia».

En este caso deberá ser la resolución administrativa sancionadora de la autoridad española de la competencia la que se pronuncie expresamente sobre su alcance y duración. Y, en su defecto, la competencia para fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar corresponderá al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, o de los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

A este respecto, aunque, en principio, es el órgano contratante el competente para apreciar la prohibición de contratar, es obvio el especial protagonismo que tiene la autoridad de competencia en cuanto a la determi-

<sup>28</sup> Como consecuencia de la incorporación a nuestro Derecho de las disposiciones contempladas en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

nación de su alcance y duración, aspectos fundamentales que incidirán en la aplicación práctica de la prohibición. En todo caso, será necesaria una aplicación proporcionada de la misma, para evitar tanto que dicha medida pueda generar efectos contraproducentes en la consecución, bajo determinados supuestos, de una contratación pública con menores niveles de concurrencia competitiva ante la escasez de empresas licitadoras, como que pueda afectar negativamente a otros instrumentos imprescindibles en la detección de los cárteles, como el programa de clemencia.

Asimismo, merece ser destacada también, la posibilidad, ya prevista en la Directiva comunitaria e incorporada al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público<sup>29</sup>, de exclusión inmediata durante el procedimiento de contratación, en caso de indicios fundados de infracción de la LDC. Esta facultad, que se ventilará con base en el pronunciamiento de la autoridad de competencia a través de un procedimiento sumarísimo, producirá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación pública. Resulta manifiesto que el texto legal se refiere exclusivamente a conductas colusorias, prohibidas por el art. 1 de la LDC, por lo que quedarían excluidas de la aplicación de esta suerte de «medida cautelar» las infracciones realizadas en el ámbito de la contratación pública que pudieran encajar en los arts. 2 y 3 de la LDC.

Para su aplicación, será necesario que el procedimiento a que se refiere el Proyecto de ley, que concluirá con la exclusión del competidor, se desarrolle reglamentariamente. No obstante, entendemos que dicho procedimiento, sin incumplir, por supuesto, las garantías legales de todo procedimiento administrativo, debería ser lo suficientemente rápido y ágil, para evitar desincentivar el uso del mismo por parte de los funcionarios de los órganos de contratación.

Por otro lado, la Directiva de Daños<sup>30</sup> prevé una homologación de las legislaciones de los Estados miembros con el fin de facilitar las reclamaciones de las víctimas de las prácticas anticompetitivas<sup>31</sup>.

De acuerdo con el primer borrador publicado de la Propuesta de ley para la transposición de dicha Directiva en el Ordenamiento jurídico español<sup>32</sup>, se prevé que «cualquier persona física o jurídica que haya sufrido

<sup>29</sup> Véase *supra* nota 27.

<sup>30</sup> Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión.

<sup>31</sup> Sobre este extremo, y por lo que se refiere a la práctica española, véase F. MARCOS, «La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles», en *Información Comercial Española*, núm. 876, 2014, pp. 133 y ss.; y «Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)», *Global Competition Law Review*, vol. 182 (4), 2013, pp. 167 y ss.

<sup>32</sup> Propuesta de ley de la Sección Especial para la trasposición de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea, en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427769696?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Conten>. El pasado 21 de diciembre de 2016 el Ministerio de Justicia sometió a consulta pública, de conformidad

un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria» (art. 72.1). No existe, por tanto, ninguna limitación o restricción de carácter subjetivo para ejercitar la acción de reclamación.

En este sentido, es de esperar que, a partir de ahora, los organismos y entidades del sector público víctimas de una infracción de la LDC mediante la manipulación de sus licitaciones públicas, se comprometan verdaderamente con la utilización de este importante instrumento con vistas a reclamar, a las empresas infractoras, el pleno resarcimiento patrimonial de los daños y perjuicios causados. Más que de una posibilidad, debiera tratarse de una obligación por parte de la Administración Pública, considerando que en estos casos el daño se produce al patrimonio público y, en definitiva, al dinero de todos los contribuyentes. Ello resulta aún más necesario y exigible en tiempos, como los actuales, de austeridad y control presupuestario en cumplimiento con nuestras obligaciones fiscales como consecuencia de la pertenencia a la Unión Económica y Monetaria Europea.

## 5. CONCLUSIONES

A lo largo de las anteriores páginas se ha intentado poner de manifiesto la trascendental función que las autoridades de competencia desempeñan en la consecución de un sistema de contratación pública fiable y eficiente, en favor de las Administraciones contratantes, el erario y todos los ciudadanos.

En dicho sentido se ha subrayado la creciente labor de persecución y sanción que la autoridad española de la competencia ha llevado a cabo en lo referente a prácticas anticompetitivas de este tipo, lo que resulta especialmente apreciable en los últimos años.

Sin embargo, la especial dificultad de detección de estas prácticas, por las razones expuestas, exige un enfoque todavía más proactivo de las autoridades de competencia. Por lo que a la autoridad española concierne, esta orientación proactiva gravita hasta el momento, como se ha relatado, básicamente en torno a la puesta en marcha de dos acciones concretas. Una intensa acción externa de concienciación e instrucción de las entidades contratantes y otra, puramente interna, de desarrollo de programas tecnológicos avanzados que faciliten la detección de indicadores de colusión en este ámbito.

Por último, también se han apuntado los importantes pasos que aún quedan por dar para poder avanzar de forma más eficaz no solamente en la

---

con lo previsto en el art. 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el art. 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, la transposición de la Directiva 2014/104/UE.

Al respecto, véase C. HERRERO, «La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de ley de transposición de la Directiva», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2016), vol. 8, núm. 1, pp. 150-183.

detección sino también en la disuasión de estos ilícitos. Así, será decisiva la aplicación de la prohibición de contratar cuya implementación requerirá, como se ha apuntado, de una actuación proporcionada por parte de la autoridad de la competencia y coordinada con los organismos contratantes. Y, a nuestro juicio, resulta también esencial al respecto el compromiso firme de las Administraciones contratantes con el objetivo de solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, una vez se demuestre que han sido víctimas de estas nocivas prácticas.

En definitiva, entendemos que para que los ciudadanos y las arcas públicas se puedan beneficiar de la existencia de un sistema de contratación pública verdaderamente competitivo y eficiente, debe existir, no solamente desde la autoridad de la competencia, sino desde toda la Administración Pública, un verdadero compromiso de avanzar eficazmente en la erradicación de dichas prácticas ilícitas. Ello requerirá la adecuada incorporación en nuestro sistema legal de las medidas mencionadas, la continuidad en el enfoque proactivo puesto en marcha por la autoridad española de la competencia y una aplicación rigurosa, coherente y coordinada de todos los instrumentos existentes por parte de todas las entidades públicas involucradas.