

Resolución 6/2022 – Sistema eFidelius

En Pleno:

D. Ignacio López-Chaves Castro, presidente

D. Daniel Neira Barral, secretario/vocal

D^a. María Teresa Cancelo Márquez, vocal

Santiago de Compostela, 27 de diciembre de 2022

La Comisión Gallega de la Competencia (CGC) con la composición arriba indicada y siendo ponente D^a. María Teresa Cancelo Márquez, dicta la presente Resolución en relación con el Expediente Sancionador *S 3/2022 sobre el procedimiento de contratación pública 2017/PA/0041 Servicio Evolución Funcional "Sistema eFidelius"*, cuyo objeto es proporcionar el servicio de evolución, mantenimiento y soporte especializado del sistema de grabación de vistas orales eFidelius.

Con fecha 10.02.2022, la Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia (en adelante, «AMTEGA»), remitió a la Comisión Gallega de la Competencia (CGC), siguiendo la recomendación de la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Galicia, una

denuncia sobre la posible existencia de prácticas anticompetitivas, junto con la copia del expediente de contratación pública, identificado como «Expediente 2017/PA/0041 Servicio Evolución Funcional «Sistema eFidelius», por la posible existencia de indicios de una conducta colusoria prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), por parte de las mercantiles CORE GRID, SL. (NIF. B87709341) y VITEL, SA. (NIF. A28872133).

1. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - La Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia (AMTEGA), convocó el expediente de contratación pública "Expediente 2017/PA/0041 Servicio Evolución Funcional Sistema eFidelius", que se publicó en el *Diario Oficial de Galicia* (DOG) y en los correspondientes diarios oficiales mediante la Resolución de AMTEGA, de 5 de junio de 2017, por la que se anuncia la licitación, sujeta a regulación armonizada, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria del servicio de evolución, mantenimiento y soporte especializado del sistema de grabación de vistas orales eFidelius, cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del programa operativo Feder Galicia 2014-2020 (expediente 2017/PA/0041) cuyo objeto era el servicio de evolución, mantenimiento y soporte especializado del sistema de registro de eFidelius.

Segundo. - La licitación se rigió por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y siendo la AMTEGA el Poder adjudicador.

Tercero. - A esta licitación pública se presentaron las empresas CORE GRID, S.L. (NIF. B87709341) y VITEL, S.A. (NIF. A28872133).

Cuarto. - Por Resolución del 18.10.2017 de la AMTEGA le adjudicó la realización del contrato del citado servicio de evolución, mantenimiento y soporte especializado del sistema de grabación de vistas orales eFidelius, a la empresa CORE GRID, S.L.

Quinto. – La intervención General de la Comunidad Autónoma de Galicia, en su INFORME DEFINITIVO AUDITORÍA DE OPERACIONES, FEDER_2021_12, alerta de la posible existencia de indicios de una conducta colusoria prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) por parte de las mercantiles CORE GRID, S.L. y VITEL, S.A., en las páginas 12 y 13:

“La adjudicación del contrato se ha realizado conforme a lo previsto en la normativa contractual, si bien, debemos señalar que tras el análisis del informe de valoración fechado el 28.08.2017, hemos constatado que las dos empresas licitadoras obtienen una puntuación idéntica en su oferta técnica (valoración de criterios no evaluables mediante fórmulas matemáticas); en concreto 22,75 puntos se otorgan tanto a CORE GRID SL como a VITEL SA. Esta circunstancia parece compatible con la existencia de prácticas colusorias que tienen por objeto impedir, falsear o restringir la competencia. Esta constatación viene reforzada por la comprobación de la existencia de un vínculo empresarial entre las dos empresas licitadoras (Core Grid SL y Vintel SA) que se puede verificar en la aplicación Arachne (Orbis).”

Sexto.– La AMTEGA, con fecha 10.02.2022, remite a la Subdirección de la Comisión Galega da Competencia (CGC), una denuncia junto con la copia del expediente de contratación pública, identificado como «Expediente 2017/PA/0041 Servizo Evolución Funcional «Sistema eFidelius», siguiendo la recomendación de la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Galicia, por la posible existencia de indicios de una conducta colusoria prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Séptimo.– Con fecha 18.03.2022, se resuelve el trámite de asignación previsto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, confirmando la competencia para conocer de la denuncia referida a la Comisión Gallega de la Competencia, conforme a los criterios de asignación recogidos en la misma, al considerar que los hechos denunciados alterarían la competencia únicamente en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, sin que afecte a un ámbito superior al de esta Comunidad Autónoma ni al conjunto del territorio nacional. Asignada la competencia a la Comisión Gallega de la Competencia, la Subdirección de Investigación (SUBDIC) inició, al



amparo del artículo 49.2 LDC, una información reservada, identificada con la referencia IR 3/2022, Sistema eFidelius.

Octavo.- En el marco de la referida Información reservada, la SUBDIC remitió diversos requerimientos de información a las empresas investigadas (CORE GRID, SL y VITEL, SA), así como a AMTEGA, al objeto de conocer con precisión los hechos denunciados, su veracidad y circunstancias, complementando así la información que ya había sido aportada con la denuncia por la AMTEGA y el contenido del Informe emitido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Galicia al auditar el expediente de referencia.

Noveno. - En fecha 03.05.2022, la SUBDIC acordó incoar el presente expediente sancionador, identificado como S 3/2022, Sistema eFidelius, contra las mercantiles CORE GRID, SL. (NIF. B87709341) y VITEL, SA. (NIF. A28872133), al apreciar indicios racionales de prácticas prohibidas por los artículos 1 y 3 LDC, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 49.1 LDC y 28 RLDC, en virtud de las atribuciones que se confiere a esta SUBDIC por el artículo 36.2.a) de los Estatutos del Instituto Gallego de Consumo y de la Competencia (EIGCC).

Décimo. - En el curso de la instrucción, con fecha 18.05.2022, la SUBDIC requirió a AMTEGA, para que aportara la siguiente información y documentación:

- Las vicisitudes en las que se desarrolló la ejecución del contrato de referencia, especificando, su fecha de terminación y, en su caso, prórrogas, suspensiones, modificaciones y demás.
- Relación de contratos a los que concurrieron ambas empresas individualmente las dos o en UTE, y si resultaron adjudicatarias cualesquiera de ellas o, en su caso, la UTE formada por las mismas.

Undécimo. - Con fecha 01.06.2022, AMTEGA remitió a la SUBDIC la información solicitada, que fue incorporada al presente expediente administrativo sancionador.



Duodécimo. - En fecha 19.11.2022 fue notificada a los interesados la PROPUESTA DE PRESCRIPCIÓN RESOLUCIÓN DE LA PR EFIDELIUS, sin remitir ninguna notificación a la SUBDIC.

Decimotercero. - Con fecha 27.12.2022 el Pleno de la CGC se reunió para deliberar y aprobar esta Resolución.

Decimocuarto. - Son partes interesadas en el expediente:

- La Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia (AMTEGA)
- Las mercantiles CORE GRID, S.L. y VITEL, S.A.
- La Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

2. LAS PARTES

2.1.- Denunciante

La Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia (AMTEGA), adscrita a la Presidencia de la Xunta de Galicia, creada por el Decreto 252/2011 de 15 de diciembre, que desarrolla la autorización recogida en la disposición adicional tercera de la Ley 16/2010, del 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia.

2.2.- Denunciadas

El presente expediente se instruye contra las empresas CORE GRID S.L. y VITEL, S.A., que participaron en el Expediente de contratación pública "Expediente 2017/PA/0041 Servicio Evolución Funcional Sistema eFidelius".

- CORE GRID, S.L. (NIF. B87709341) con domicilio social en Calle Fratua, 9, Móstoles (Madrid).
- VITEL, S.A. (NIF. A28872133) con domicilio social en Calle Fernando Rey,1, Pozuelo de Alarcón (Madrid).

2.3.- Interesados en el procedimiento

La Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC). La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, estipula en su artículo 25.1. a) que la Dirección de Competencia de dicho organismo (DC) ejercerá las funciones de instrucción de los expedientes tramitados por conductas anticompetitivas. Dicha DC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, al objeto de procurar la aplicación uniforme de la LDC, podrá comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas.

3. HECHOS PROBADOS

Se consideran acreditados y relevantes para la resolución de este expediente los siguientes hechos:

Primero. - La Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia (AMTEGA), convocó el expediente de contratación pública identificado como «Expediente 2017/PA/0041 Servizo Evolución Funcional Sistema eFidelius», que se publicó en el Diario Oficial de Galicia (DOG) y en los correspondientes diarios oficiales mediante la Resolución del AMTEGA, de 05.06.2017, por la que se anuncia la licitación, sujeta a regulación armonizada, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del servicio de evolución, mantenimiento y soporte especializado del sistema de grabación de vistas orales eFidelius cofinanciado por

el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del programa operativo Feder Galicia 2014-2020 (expediente 2017/PA/0041) : Su objeto era el servicio de evolución, mantenimiento y soporte especializado del sistema de registro de eFidelius.

Segundo. - Esta licitación se rigió por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), siendo la Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia (AMTEGA), a los efectos de dicha ley, el Poder adjudicador.

Tercero. - A esta licitación pública sólo se presentaron las empresas CORE-GRID, SL. (NIF. B87709341) y VITEL, SA. (NIF. A28872133).

Cuarto. - Que las solicitudes de participación en dicha licitación pública presentadas por ambas empresas, que lo hicieron como empresas separadas e independientes entre sí, se presentaron de forma sucesiva en el tiempo, de forma tan inmediata que, de hecho, son correlativos sus números de registro de entrada.

Quinto. - CORE GRID, SL. (NIF. B87709341) y VITEL, SA. (NIF. A28872133), que fueron las únicas que se presentaron a la licitación, tienen vínculos entre ellas, como participaciones minoritarias recíprocas; si bien, son empresas independientes y diferenciadas y como tales concurren a la licitación en la que se produjeron los hechos objeto del presente expediente sancionador.

Sexto. - Como se constata en el informe emitido por la mesa de contratación, la puntuación obtenida tras el examen de la documentación presentada por ambas empresas como sobres B fue idéntica.

Séptimo. - El examen comparado de la documentación presentada por ambas empresas como sobres B, revela que son sustancialmente idénticas y que no es casual que ambas ofertas tuvieran la misma puntuación, siendo la única explicación verosímil que fueron elaborados con ese propósito. Así se puede inferir también de lo manifestado por CORE GRID, SL en la respuesta remitida a requerimiento de la SUBDIC, de fecha 10.03.2022, que transcribimos de forma literal:

“El tipo de relación con VITELSA no ha cambiado desde el origen de la compañía hasta la actualidad y se resume en una relación estándar fabricante-integrador.

ACLARACIÓN PUNTO 2º

La oferta técnica fue redactada por CoreGrid, como es natural, al tratarse de un proyecto relacionado con nuestros desarrollos de software.

A petición de VITELSA (uno de nuestros integradores) y en consideración a su interés en licitar, ya que tenía experiencia previa en el cliente y en la implantación de sistemas para Justicia, desde Coregrid se le ofertó nuestra solución técnica. No obstante, VITELSA fue advertida de que este concurso SÍ era del interés de Core-grid y que nosotros nos íbamos a presentar en directo con mejor precio y que, por tanto, salvo que el cliente apreciase otras bondades en su oferta difícilmente sería considerada respecto a la nuestra en los términos del pliego.

Por tanto, es lógico que la puntuación de 22,75 puntos fuera la misma, salvo que VITEL, SA hubiera añadido mejoras a nuestra oferta técnica.”

Por su parte, en el sobre B de esta licitación, VITEL, SA se pronuncia alegando en el punto 1.1 del mismo:

“La presente Memoria Técnica tiene por objetivo proporcionar a AMTEGA la información más clara posible de la oferta técnica de VITEL S.A., en respuesta al Pliego de Prescripciones Técnicas del Expte. 02/2014.

Hacemos constar explícitamente que Vitel S.A. contará con el apoyo de la empresa COREGRID para la ejecución del proyecto.”

Octavo.- Por Resolución de 18.10.2017 de la Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia (AMTEGA) le adjudicó la realización del contrato del citado servicio de evolución, mantenimiento y soporte especializado del sistema de grabación de vistas orales eFidelius, a la empresa Core Grid, S.L., por el importe de su propuesta económica: 304.560,00 € más IVA, precio en el que deben entenderse incluidos todos los conceptos, incluidos los impuestos, tasas y arbitrios de cualquier esfera fiscal, y beneficios.

Noveno. - Con fecha 12.12.2017 se formalizó el correspondiente contrato entre AMTEGA y la empresa CORE GRID, SL (NIF B87709341). El contrato tenía un plazo de ejecución de 19 meses, prorrogable por mutuo acuerdo por un período máximo al inicialmente previsto.

Décimo. - El referido contrato entre AMTEGA y CORE GRID, S.L. se formalizó con los siguientes datos básicos (texto traducido del original, que estaba firmado en gallego):

"CLÁUSULA SEGUNDA: El importe de este contrato es de 304.560,00€, más 63.957,60€, que corresponde a IVA (21%), lo que supone un total de 368.517,60 € (trescientos sesenta y ocho mil quinientos diecisiete miles de euros con sesenta céntimos), que se distribuye en las siguientes anualidades:

- 2017: 16.920,00 € + 3.553,20 € (IVA 21%) = 20.473,20 €
- 2018: 203.040,00€ + 42.638,40€ (IVA 21%) = 245.678,40€
- 2019: 84.600,00 € + 17.766,00 € (IVA 21%) = 102.366,00 €

El pago se realizará al final de cada calendario dos meses después de la presentación por parte del adjudicatario facturas correspondientes, previo cumplimiento y certificación por parte del órgano de contratación conforme a lo establecido en las cláusulas administrativas y requisitos técnicos que rigen este contrato, así como las condiciones descritas en la propuesta presentado por el adjudicatario.

CLÁUSULA TERCERA: El plazo de ejecución de la prestación del servicio objeto del presente contrato será de 18 meses desde la fecha de formalización del contrato. Antes de la terminación, este contrato puede ser rescindido prorrogarse de común



acuerdo entre las partes por un plazo igual o inferior al originalmente fijado, en parte correspondiente al servicio de evolución continua, mantenimiento y soporte técnico especializado.

De conformidad con lo dispuesto en la cláusula 27 del pliego de cláusulas administrativas particulares, el contrato puede ser modificado. Se entenderá que existen razones de interés público en el caso de que las modificaciones tienen por objeto reducir el volumen de las obligaciones contraídas o ampliar el plazo siempre que su finalidad sea la consecución de los objetivos de estabilidad sostenibilidad presupuestaria y financiera.”

Undécimo- Con fecha 03.06.2019, AMTEGA y CORE GRID, S.L: formalizaron la prórroga del contrato de referencia conforme a lo previsto en el contrato inicial, de acuerdo con las siguientes condiciones:

- *“El contrato se prorrogará por un período de 6 meses, sin exceder la duración del contrato inicial, del 12 de junio de 2019 al 11 de diciembre de 2019.”*
- *“El importe total de la ampliación prevista será de 113.840,00 € + IVA (21%, 23.906,40 €) = 137.746,40 €, que representa el 37,38% del importe de la adjudicación, con cargo a la aplicación de presupuesto [...]”.*

Duodécimo. - La Intervención General de la Comunidad Autónoma de Galicia, en su INFORME DEFINITIVO AUDITORÍA DE OPERACIONES, FEDER_2021_12, recomendó remitir a la Autoridad de competencia el examen de dicha licitación al apreciar, como se recoge en dicha auditoria que señala expresamente (páginas 12 y 13) que:

“La adjudicación del contrato se ha realizado conforme lo a lo previsto en la normativa contractual, si bien, debemos señalar que tras el análisis del informe de valoración fechado el 28/08/2017, hemos constatado que las dos empresas licitadoras obtienen una puntuación idéntica en su oferta técnica (valoración de criterios no evaluables mediante fórmulas matemáticas); en concreto 22,75 puntos se otorgan tanto a CORE GRID SL como a VITEL SA. Esta circunstancia parece compatible con la existencia de prácticas colusorias



que tienen por objeto impedir, falsear o restringir la competencia. Esta constatación viene reforzada por la comprobación de la existencia de un vínculo empresarial entre las dos empresas licitadoras (Co-re Grid SL y Vitel SA) que se puede verificar en la aplicación Arachne (Orbis)."

4. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

Es preciso señalar, con carácter previo que aunque, como suelen destacar las Autoridades de competencia, la delimitación del mercado relevante no resulta necesaria cuando el caso objeto de resolución gira en torno a una infracción del art. 1 y del art. 3 de la LDC, dado que dicho extremo, a diferencia de las conductas tipificadas en el art. 2 de la LDC, no constituye un elemento del tipo del injusto tipificado en dichos preceptos y, en consecuencia, la conducta presuntamente infractora, a los puros efectos de una mayor claridad expositiva, pero también para enmarcarla en su contexto real, por lo que procedemos a hacer una somera referencia al mismo.

En efecto, la definición de mercado permite determinar el marco de la competencia entre las empresas. Su principal objetivo es el de establecer de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La noción de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe identificar a aquellos rivales que pueden limitar el comportamiento de aquellas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión competitiva.

Conforme a lo dispuesto en el apartado 9 de la Comunicación 97/C 372/03, "el mercado de referencia en el marco del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico".

Anticipando el resultado del estudio hecho en los epígrafes siguientes, cabe concluir que el mercado relevante es el definido por el propio objeto de la licitación pública en la que se produce la presunta práctica prohibida: la licitación, sujeta a regulación armonizada, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del servicio de evolución,

mantenimiento y soporte especializado del sistema de grabación de vistas orales eFidelius cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del programa operativo Feder Galicia 2014-2020 (expediente 2017/PA/0041).

4.1. Mercado relevante de producto

El mercado relevante de producto se delimita en sentido restringido, por la concreta licitación en la que se suscitó la práctica investigada, relacionada con el sistema informático para la grabación en los órganos judiciales de Galicia y la tecnología desarrollada a tal objeto, como se infiere de la propia convocatoria del ya citado concurso público: a licitación, sujeta a regulación armonizada, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del servicio de evolución, mantenimiento y soporte especializado del sistema de grabación de vistas orales eFidelius cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del programa operativo Feder Galicia 2014-2020 (expediente 2017/PA/0041).

4.2. Mercado geográfico

El mercado geográfico se delimita en sentido restringido, por la concreta licitación en la que se suscitó la práctica investigada, es decir, el expediente identificado como expediente de contratación pública, identificado como «Expediente 2017/PA/0041 Servicio Evolución Funcional Sistema eFidelius», contratado por el AMTEGA para los órganos judiciales establecidos en la Comunidad Autónoma de Galicia.

5.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1.- Objeto de la resolución

Primero. - La presente resolución tiene por objeto determinar la existencia o no de conductas colusorias ante la presencia de indicios de prácticas prohibidas por la LDC en

las ofertas presentadas por las empresas CORE GRID, S.L. y VITEL, S.A. en el expediente de contratación pública «Expediente 2017/PA/0041 Servizo Evolución Funcional «Sistema eFidelius».

Segundo.- La licitación pública en la que se producen los hechos, se tramitó conforme a las previsiones del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), puesto que todavía no había entrado en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante LCSP); ante esta circunstancia, por lo que se aplica dicha norma salvo que de la aplicación de la segunda resulte un trato más beneficioso para los interesados.

Tercero - Al amparo de dicha normativa, las prácticas denunciadas se habrían producido en el marco de un expediente de contratación pública tramitado por parte de una administración pública, la Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia (AMTEGA). A este respecto, la Resolución de la AMTEGA, de 5 de junio de 2017, por la que se anuncia la licitación, sujeta a regulación armonizada, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del servicio de evolución, mantenimiento y soporte especializado del sistema de grabación de vistas orales eFidelius cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del programa operativo Feder Galicia 2014-2020 (expediente 2017/PA/0041), dispone las condiciones de la contratación.

5.2.- Competencia para resolver

Primero.- Asignado el caso a la Comisión Gallega de la Competencia, en cumplimiento del trámite previsto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de Defensa de la Competencia (en adelante, "Ley 1/2002"), al considerarse que en la práctica denunciada concurrían las condiciones previstas en su artículo 1, párrafo tercero, de la Ley 1/2002,

para atribuir su conocimiento a la Comisión Gallega de la Competencia, ya que sus posibles efectos se circunscribirían, caso de acreditarse la existencia de conducta prohibida, exclusivamente al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Segundo.- Conforme al artículo 26.2 i) de los estatutos del Instituto Gallego del Consumo y de la Competencia (Decreto 118/2016, do 4 de agosto, polo que se crea el Instituto Gallego del Consumo y de la Competencia y se aprueban sus estatutos), le corresponde a la Comisión imponer multas sancionadoras y coercitivas y adoptar otras medidas de ejecución forzosa previstas en la normativa vigente y en los términos previstos de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), artículos 1, 2 e 3.

5.3. Legislación aplicable

Primero. - En lo que se refiere a la normativa substantiva que debe tenerse en cuenta además de la de contratación pública, la norma de referencia es la LDC y el RLDC. Respecto de las conductas cuya prohibición se habría eludido por parte de las empresas objeto del presente expediente sancionador son, como ya se ha indicado, el artículo 1 y el artículo 3, ambos de la LDC.

De este modo, conforme al 1.1, bajo la rúbrica de "Conductas colusorias" que:

"1. Se prohíbe 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 en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

[...].”

Subsidiariamente, el artículo 3 LDC tipifica el “falseamiento de la libre competencia por actos desleales” en los siguientes términos:

“La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las comunidades autónomas conocerán, en los términos que esta ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.”

Segundo. - Asimismo, es preciso recordar que la Disposición adicional cuarta de la misma LDC, en su párrafo 2 bajo la rúbrica “Definiciones” dispone:

“2. A efectos de lo dispuesto en esta ley, entenderá por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia.”

Tercero. - El 14.01.2021, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha resuelto la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo Finlandés (TSF), de 13.06.2019, en el asunto C-450/19 – Kilpailu- ja kuluttajavirasto por el cual se dicta Sentencia en el que el TJUE aclara cuándo finaliza la participación en una infracción por Bid-Rigging (manipulación de ofertas), concluyendo que:

“...El artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que, cuando una empresa que supuestamente ha participado en una infracción única y continuada de esa disposición, cuyo último elemento constitutivo consistió en la presentación de una oferta

concertada con sus competidores en una licitación para la adjudicación de un contrato público de obras, resulta adjudicataria y celebra con el poder adjudicador un contrato de obras que fija las características esenciales de dicho contrato y, en particular, el precio global que debe pagarse como contrapartida por las citadas obras, cuya ejecución y pago del precio se escalonan en el tiempo, el período de infracción corresponde a aquel que va hasta la fecha de la firma del contrato celebrado entre la citada empresa y el poder adjudicador sobre la base de la oferta concertada que esta ha presentado. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar la fecha en la que se determinaron definitivamente las características esenciales del contrato en cuestión y, en particular, el precio global que debía pagarse como contrapartida por las obras.”

5.4. Infracción de la LDC en materia de contratación pública

Primero.- Esta Comisión considera que hay que garantizar la competencia efectiva en la contratación pública, por lo que compartimos lo manifestado por el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia (TCDC), en el Fundamento Jurídico Tercero de su Resolución de 23.12.2019, en el Expediente 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña, es preciso coincidir en que garantizar la concurrencia y la competencia en los procesos de compra pública y, en general en las licitaciones públicas, constituye una de las principales preocupaciones de toda autoridad de competencia, tanto desde una vertiente jurídica-formal para dar cumplimiento a las exigencias legales que imponen el artículo 119 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los artículos 31 y 38 de la Constitución Española y el artículo 1 de la 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 2014/224/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), como desde una vertiente económica, pues la competencia favorece la eficiencia y la racionalidad económica en la provisión pública de bienes y servicios.

Como igualmente se recoge de manera expresa en la citada Resolución del TCDC:



“La alteración de la competencia por parte de los operadores económicos que toman parte en las licitaciones públicas es una conducta objetivamente contraria a la competencia, pues anula el comportamiento autónomo e independiente de las empresas y reduce la incertidumbre en relación al comportamiento del resto de licitadores. Este tipo de actuación restrictiva de la competencia, como la que se analiza en el caso que nos ocupa, elimina los beneficios que aporta la libre competencia en detrimento del interés general y favorece exclusivamente a las empresas que forman parte del acuerdo. Son consecuencias directas de la falta de una auténtica competencia en la contratación pública tanto sobre los costes en el aprovisionamiento público (precio en el competitivo, escasa calidad en los bienes y servicios adquiridos, falta de innovación, etc.) cómo el fraude y la corrupción. ”

Segundo. - Fruto de esta preocupación de las autoridades de competencia es el hecho de que son muy numerosos los precedentes existentes de infracción de la LDC por conductas colusorias en el ámbito de la contratación pública, siendo, precisamente esa lucha, una de las preocupaciones principales de la Comisión Gallega de la Competencia que dictó muchas de sus resoluciones precisamente en este ámbito, incluso aplicando el artículo 3 LDC, en materia de contratación pública. En este sentido, como referencia, citar su Resolución R 3/2019. Licitación Salvamento y Socorrismo en las playas de A Coruña, de 27 de junio de 2019 (confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de marzo de 2021), en cuyo Fundamento Jurídico Segundo se puede leer lo siguiente:

“Segundo: La aplicación de la normativa de defensa de la competencia en el ámbito de la contratación pública: la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia La realización de prácticas anticompetitivas entre licitadores en la contratación pública, especialmente la colusión es una práctica que cada año tiene un elevado coste para las arcas públicas. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y organizaciones supranacionales como la OCDE han puesto de manifiesto en diversos informes la necesidad de que las autoridades de competencia luchan para erradicar estas prácticas en la medida del posible. Los acuerdos entre licitadores para repartirse concursos públicos constituyen una de





las conductas típicas en este campo que es contraria al artículo primero de la Ley de defensa de la competencia.

La normativa que regula contratación pública reconoce la necesidad de garantizar la libre competencia entre las empresas que participan en licitaciones para proveer de bienes o prestar servicios a la Administración. Así lo reconoce, entre otros, el artículo 1 de la Ley de contratos del sector público (LCSP), cuando establece que “la presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria el control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de definición previa de las necesidades para satisfacer, salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

De la misma manera la Resolución 3/2020 – ARRIVA NOROESTE S.L. (En la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL) de 8 de julio de 2020 se declara que:

Desde hace años la política legislativa trató de introducir la aplicación de los principios de competencia en la esfera de la contratación pública y trató de evitar cualquier tipo de actuación que, en este ámbito, pueda suponer una restricción de la misma en daño de los consumidores y del interés público. Especialmente tiene interés a aplicación de una política procompetitiva cuando se trata de actuar en sectores de la actividad económica pública (como en Galicia en el ámbito de los contratos de gestión de los servicios públicos de transporte regular) donde, por diversas razones, se limitó, se restringió o no funcionó correctamente la apertura del mercado a todas las empresas y la posibilidad de aplicar, en ese sector, los principios de libre competencia. Las actuaciones de las empresas que tratan de alterar el juego de la contratación pública para que todo permanezca sin cambios y,





de esta manera, mantener su posición de poder pervirtiendo la finalidad de la contratación pública, están afectando al interés público.

La normativa que regula la contratación pública reconoce la necesidad de garantizar la libre competencia entre las empresas que participan en licitaciones para proveer de bienes o prestar servicios a la Administración. Lo declaraba el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, vigente en el momento de la licitación, que decía:

“La presente Ley tiene por objeto regular a contratación del sector público, el fin de garantizar que a misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria, el control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de definición previa de las necesidades para satisfacer, salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente mas ventajosa”.

Texto que se mantiene en el artículo 1 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público (LCSP). Como señala la Autoridad Catalana de la Competencia en la Resolución 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña,

“La alteración de la competencia por parte de las empresas que participan en las licitaciones públicas es una conducta objetivamente contraria a la competencia(...)” y “por eso es un objetivo público prioritario conseguir una contratación pública que provoque verdaderas tensiones competitivas entre las empresas licitadoras, de manera que promueva la eficacia económica, la calidad y la innovación que, de forma agregada, constituya un factor clave para fomentar la productividad y el crecimiento económico del país”.



Lo que se quiere es que a través de la competencia tanto las Administraciones Públicas como los usuarios se beneficien de las mejores ofertas de bienes y servicios. La mejor garantía para lograrlo es a través del cumplimiento de la normativa en materia de contratación.

6. CONCLUSIONES

Primero.- La valoración jurídica que se efectúa en el presente expediente sancionador debe partir del hecho de que la práctica que se enjuicia se produce en el marco de una licitación pública.

Segundo.- Con relación a la posible existencia de prescripción de la infracción, la CNMC ha dictado numerosas resoluciones en las que se considera que finalizan con la adjudicación de la última licitación afectada, pero subraya siempre la persistencia de efectos hasta la finalización de la ejecución del contrato (a modo de ejemplo, las resoluciones de los expedientes S/0226/10, Licitaciones de carreteras, S/0453/12, Rodamientos Ferroviarios y S/0481/13, Construcciones modulares). Lo mismo ha resuelto la Autoridad Catalana de la Competencia, en la resolución del expediente 68/2015, Alumbrado público 2, afirmó inequívocamente que, a efectos de la prescripción, la duración de las infracciones no finaliza con la adjudicación o formalización del contrato, sino que debe tenerse en cuenta el período de ejecución del contrato licitado, en el que perdurarían los efectos de cierre de mercado provocados por la colusión.

Tercero. - Sin embargo, el pronunciamiento del TJUE sobre esta cuestión arrojó luz sobre esta cuestión en el asunto C-450/19 y, siguiendo la línea apuntada por el Abogado General Giovanni Pitruzzella en sus conclusiones, dictaminó que los efectos que producen este tipo de prácticas desaparecen, en principio, en el momento de la celebración del contrato entre el adjudicatario y el órgano de contratación.

Cuarto.- A pesar de las resoluciones dictadas por diversos organismos (como las señaladas de la CNMC) sobre los plazos de prescripción de una infracción, estas se dictaron antes de la sentencia ya señalada del TJUE, la cual limitará la aplicación de la LDC a las licitaciones públicas, por lo que resulta fundamental que haya una mayor agilidad (y mayor celo) en la actuación de las mesas de contratación en la detección y denuncia de actuaciones que puedan ser constitutivas de infracciones anticompetitivas en las licitaciones públicas, para evitar futuras prescripciones en supuestos de infracción de la LDC.

Quinto.- Esta CGC considera que los hechos se entienden acreditados, ya que apuntan de modo inequívoco a la posible comisión de una infracción tipificada por el artículo 1 de la LDC, pero la potestad sancionadora de la Administración no es absoluta ni ilimitada y tiene que ajustarse a los requisitos formales, como el hecho de que la presunta infracción examinada no haya prescrito, pues esta circunstancia hace decaer la capacidad del órgano administrativo para sancionar en aras de la imprescindible seguridad jurídica cuya salvaguardia le está igualmente encomendada, como ocurre en este caso, aplicando la sentencia, ya indicada, del TJUE.

Sexto. - En este sentido, se ha constatado que la fecha en que se ha formalizado el contrato entre la AMTEGA y la empresa CORE GRID, S.L. es el 12.12.2017. Dado que, desde esa fecha, a la de denuncia (10.02.2022) y al propio inicio del expediente sancionador (03.05.2022) han transcurrido más de cuatro años (plazo máximo que prescribe el artículo 68.1 DLC, para las infracciones muy graves), y aplicando la sentencia del Tribunal Europeo, se entiende que hay prescripción de la infracción cometida.

En virtud de todo lo anterior, el Pleno del CGC con la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

RESUELVE

Primero. - En virtud de lo dispuesto en el artículo 50.4 LDC, declarar la prescripción de la presunta infracción objeto del presente expediente sancionador y, en consecuencia, el archivo del mismo.

Segundo.- Comuníquese esta resolución a la Subdirección de Investigación y a los interesados en expediente, haciendo saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el plazo de dos meses a contar desde la notificación.