

Resolución 6/2022 – Sistema eFidelius

En Pleno:

D. Ignacio López-Chaves Castro, presidente

D. Daniel Neira Barral, secretario/vogal

D^a. María Teresa Cancelo Márquez, vogal

Santiago de Compostela, 27 de decembro de 2022

A Comisión Galega da Competencia (CGC) coa composición arriba indicada e sendo relatora D^a. María Teresa Cancelo Márquez, dita a presente Resolución en relación co Expediente Sancionador *S 3/2022 sobre o procedemento de contratación pública 2017/PA/0041 Servizo Evolución Funcional "Sistema eFidelius"*, cuxo obxecto é proporcionar o servizo de evolución, mantemento e soporte especializado do sistema de gravación de vistas orais eFidelius.

O día 10.02.2022, a Axencia para a Modernización Tecnolóxica de Galicia (en diante, «AMTEGA»), remitiu á Comisión Galega da Competencia (CGC), seguindo a recomendación da Intervención Xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, unha denuncia sobre a posible existencia de prácticas anticompetitivas, xunto coa copia do expediente de contratación pública, identificado como «Expediente 2017/PA/0041 Servizo Evolución Funcional

«Sistema eFidelius», pola posible existencia de indicios dunha conduta colusoria prohibida pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC), por parte das mercantís CORE GRID, SL. (NIF. B87709341) e VITEL, SA. (NIF. A28872133).

1. ANTECEDENTES DE FEITO.

Primeiro. - A Axencia para a Modernización Tecnolóxica de Galicia (AMTEGA), convocou o expediente de contratación pública "Expediente 2017/PA/0041 Servizo Evolución Funcional Sistema eFidelius", que se publicou no *Diario Oficial de Galicia* (DOG) e nos correspondentes diarios oficiais mediante a Resolución de AMTEGA, do 5 de xuño de 2017, pola que se anuncia a licitación, suxeita a regulación harmonizada, polo procedemento aberto e tramitación ordinaria do servizo de evolución, mantemento e soporte especializado do sistema de gravación de vistas orais eFidelius, cofinanciado polo Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional no marco do programa operativo Feder Galicia 2014-2020 (expediente 2017/PA/0041) cuxo obxecto era o servizo de evolución, mantemento e soporte especializado do sistema de rexistro de eFidelius.

Segundo. - A licitación rexeuse polo Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobada polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, do 14 de novembro e sendo a AMTEGA o Poder adxudicador.

Terceiro. - A esta licitación pública presentáronse as empresas CORE GRID, S.L. (NIF. B87709341) e VITEL, S.A. (NIF. A28872133).

Cuarto. - Por Resolución do 18.10.2017 da AMTEGA adxudicoulle a realización do contrato do citado servizo de evolución, mantemento e soporte especializado do sistema de gravación de vistas orais eFidelius, á empresa CORE GRID, S.L.

Quinto. - A intervención Xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, no seu INFORME DEFINITIVO AUDITORÍA DE OPERACIÓNS, FEDER_2021_12, alerta da posible existencia de indicios dunha conduta colusoria prohibida pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da

Competencia (LDC) por parte das mercantís CORE GRID, S.L. e VITEL, S.A., nas páxinas 12 e 13:

“A adxudicación do contrato realizouse conforme ao previsto na normativa contractual, aínda que, debemos sinalar que tras a análise do informe de valoración datado o 28.08.2017, constatamos que as dúas empresas licitadoras obteñen unha puntuación idéntica na súa oferta técnica (valoración de criterios non avaliábles mediante fórmulas matemáticas); en concreto 22,75 puntos outórganse tanto a CORE GRID SL como a VITEL SA. Esta circunstancia parece compatible coa existencia de prácticas colusorias que teñen por obxecto impedir, falsear ou restrinxir a competencia. Esta constatación vén reforzada pola comprobación da existencia dun vínculo empresarial entre as dúas empresas licitadoras (Core Grid SL e Vintel SA) que se pode verificar na aplicación Arachne (Orbis).”

Sexto.- A AMTEGA, con data 10.02.2022, remite á Subdirección da Comisión Galega da Competencia (CGC), unha denuncia xunto coa copia do expediente de contratación pública, identificado como «Expediente 2017/PA/0041 Servizo Evolución Funcional «Sistema eFidelius», seguindo a recomendación da Intervención Xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, pola posible existencia de indicios dunha conduta colusoria prohibida pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC).

Sétimo.- O día 18.03.2022, resólvese o trámite de asignación previsto na Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de Coordinación das Competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de Defensa da Competencia, confirmando a competencia para coñecer da denuncia referida á Comisión Galega da Competencia, conforme aos criterios de asignación recollidos na mesma, ao considerar que os feitos denunciados alterarían a competencia unicamente no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, sen que afecte a un ámbito superior ao desta Comunidade Autónoma nin ao conxunto do territorio nacional. Asignada a competencia á Comisión Galega da Competencia, a Subdirección de Investigación (SUBDIC) iniciou, ao amparo do artigo 49.2 LDC, unha información reservada, identificada coa referencia IR 3/2022, Sistema eFidelius.

Oitavo.- No marco da referida Información reservada, a SUBDIC remitiu diversos requirimentos de información ás empresas investigadas (CORE GRID, SL e VITEL, SA), así como a AMTEGA, ao obxecto de coñecer con precisión os feitos denunciados, a súa veracidade e circunstancias, complementando así a información que xa fora achegada coa denuncia pola AMTEGA e o contido do Informe emitido pola Intervención Xeral da Comunidade Autónoma de Galicia ao auditar o expediente de referencia.

Noveno. - O día 03.05.2022, a SUBDIC acordou incoar o presente expediente sancionador, identificado como S 3/2022, Sistema eFidelius, contra as mercantís CORE GRID, SL. (NIF. B87709341) e VITEL, SA. (NIF. A28872133), ao apreciar indicios racionais de prácticas prohibidas polos artigos 1 e 3 LDC, de acordo có disposto no seu artigo 49.1 LDC e 28 RLDC, en virtude das atribucións que se confire a esta SUBDIC polo artigo 36.2.a) dos Estatutos do Instituto Galego do Consumo e da Competencia (EIGCC).

Décimo. - No curso da instrución, con data 18.05.2022, a SUBDIC requiriu a AMTEGA, para que achegase a seguinte información e documentación:

- As vicisitudes nas que desenvolveuse a execución do contrato de referencia, especificando, a súa data de terminación e, no seu caso, prórrogas, suspensións, modificacións e demais.
- Relación de contratos aos que concorreron ambas empresas individualmente as dúas ou en UTE, e se resultaron adxudicatarias calquera delas ou, no seu caso, a UTE formada polas mesmas.

Undécimo. - O día 01.06.2022, AMTEGA remitiu á SUBDIC a información solicitada, que foi incorporada ao presente expediente administrativo sancionador.

Duodécimo. - O día 19.11.2022 foi notificada aos interesados a PROPOSTA DE PRESCRICIÓN RESOLUCIÓN DA PR EFIDELIUS, sen remitir ningunha notificación á SUBDIC.

Décimo terceiro. - O día 27.12.2022 o Pleno da CGC reuniuse para deliberar e aprobar esta Resolución.

Décimo cuarto. - Son partes interesadas no expediente:

- A Axencia para a Modernización Tecnolóxica de Galicia (AMTEGA)
- As mercantís CORE GRID, S.L. e VITEL, S.A.
- A Dirección de Competencia da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (CNMC).

2. AS PARTES

2.1.- Denunciante

A Axencia para a Modernización Tecnolóxica de Galicia (AMTEGA), adscrita á Presidencia da Xunta de Galicia, creada polo Decreto 252/2011 do 15 de decembro, que desenvolve a autorización recollida na disposición adicional terceira da Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia.

2.2.- Denunciadas

O presente expediente instrúese contra as empresas CORE GRID S.L. e VITEL, S.A., que participaron no Expediente de contratación pública "Expediente 2017/PA/0041 Servizo Evolución Funcional Sistema eFidelius".

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

2.3.- Interesados no procedemento

A Dirección de Competencia da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia (CNMC). A Lei 3/2013, do 4 de xuño, de creación da CNMC, estipula no seu artigo 25.1. a) que a Dirección de Competencia do devandito organismo (DC) exercerá as funcións de instrución dos expedientes tramitados por condutas anticompetitivas. Dita DC, de conformidade co disposto no artigo 5.3 da Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de Coordinación das Competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de Defensa da Competencia, ao obxecto de procurar a aplicación uniforme da LDC, poderá comparecer, en calidade de interesado, nos procedementos administrativos tramitados polos órganos de defensa da competencia das Comunidades Autónomas.

3. FEITOS PROBADOS

Considéranse acreditados e relevantes para a resolución deste expediente os seguintes feitos:

Primeiro. - A Axencia para a Modernización Tecnolóxica de Galicia (AMTEGA), convocou o expediente de contratación pública identificado como «Expediente 2017/PA/0041 Servizo Evolución Funcional Sistema eFidelius», que se publicou no Diario Oficial de Galicia (DOG) e nos correspondentes diarios oficiais mediante a Resolución do AMTEGA, de 05.06.2017, pola que se anuncia a licitación, suxeita a regulación harmonizada, polo procedemento aberto e tramitación ordinaria, do servizo de evolución, mantemento e soporte especializado do sistema de gravación de vistas orais eFidelius cofinanciado polo Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional no marco do programa operativo Feder Galicia 2014-2020 (expediente 2017/PA/0041) : O seu obxecto era o servizo de evolución, mantemento e soporte especializado do sistema de rexistro de eFidelius.

Segundo. - Esta licitación rexeuse polo Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público (aprobado por Real Decreto Lexislativo 3/2011, do 14 de novembro), sendo a

Axencia para a Modernización Tecnolóxica de Galicia (AMTEGA), para os efectos da devandita lei, o Poder adxudicador.

Terceiro. - A esta licitación pública só se presentaron as empresas CORE-GRID, SL. (NIF. B87709341) e VITEL, SA. (NIF. A28872133).

Cuarto. - Que as solicitudes de participación na devandita licitación pública presentadas por ambas empresas, que o fixeron como empresas separadas e independentes entre si, presentáronse de forma sucesiva no tempo, de forma tan inmediata que, de feito, son correlativos os seus números de rexistro de entrada.

Quinto. - CORE GRID, SL. (NIF. B87709341) e VITEL, SA. (NIF. A28872133), que foron as únicas que se presentaron á licitación, teñen vínculos entre elas, como participacións minoritarias recíprocas; aínda que, son empresas independentes e diferenciadas e como tales concorreron á licitación na que se produciron o feitos obxecto do presente expediente sancionador.

Sexto. - Como se constata no informe emitido pola mesa de contratación, a puntuación obtida tras o exame da documentación presentada por ambas empresas como sobres B foi idéntica.

Sétimo. - O exame comparado da documentación presentada por ambas empresas como sobres B, revela que son substancialmente idénticas e que non é casual que ambas ofertas tivesen a mesma puntuación, sendo a única explicación verosímil que foron elaborados con ese propósito. Así se pode inferir tamén do manifestado por CORE GRID, SL na resposta remitida a requirimento da SUBDIC, de data 10.03.2022, que transcribimos de forma literal:

"O tipo de relación con VITELSA non cambiou desde a orixe da compañía ata a actualidade e resúmese nunha relación estándar fabricante-integrador.

ACLARACIÓN PUNTO 2º

A oferta técnica foi redactada por CoreGrid, como é natural, ao tratarse dun proxecto relacionado cos nosos desenvolvementos de software.

A pedimento de VITELSA (un dos nosos integradores) e en consideración ao seu interese en licitar, xa que tiña experiencia previa no cliente e na implantación de sistemas para Xustiza, desde Coregrid ofertóuselle a nosa solución técnica. Con todo, VITELSA foi advertida de que este concurso SI era do interese de Core-grid e que nós nos íamos a presentar en directo con mellor prezo e que, por tanto, salvo que o cliente apreciase outras bondades na súa oferta dificilmente sería considerada respecto á nosa nos termos do prego.

Por tanto, é lóxico que a puntuación de 22,75 puntos fose a mesma, salvo que VITEL, SA engadise melloras á nosa oferta técnica."

Pola súa banda, no sobre B desta licitación, VITEL, SA pronúnciase alegando no punto 1.1 do mesmo:

"A presente Memoria Técnica ten por obxectivo proporcionar a AMTEGA a información máis clara posible da oferta técnica de VITEL S.A., en resposta ao Prego de Prescricións Técnicas do Expte. 02/2014.

Facemos constar explicitamente que Vitel S.A. contará co apoio da empresa COREGRID para a execución do proxecto."

Oitavo.- Por Resolución de 18.10.2017 da Axencia para a Modernización Tecnolóxica de Galicia (AMTEGA) adxudicoulle a realización do contrato do citado servizo de evolución, mantemento e soporte especializado do sistema de gravación de vistas orais eFidelius, á empresa Core Grid, S.L., polo importe da súa proposta económica: 304.560,00 € máis IVE, prezo no que deben entenderse incluídos todos os conceptos, incluídos os impostos, taxas e arbitrios de calquera esfera fiscal, e beneficios.



Noveno. - Con data 12.12.2017 formalizouse o correspondente contrato entre AMTEGA e a empresa CORE GRID, SL (NIF B87709341). O contrato tiña un prazo de execución de 19 meses, prorrogable por mutuo acordo por un período máximo ao inicialmente previsto.

Décimo. - O referido contrato entre AMTEGA e CORE GRID, S.L. formalizouse cos seguintes datos básicos:

"CLÁUSULA SEGUNDA: O importe deste contrato é de 304.560,00€, máis 63.957,60€, que corresponde a IVE (21%), o que supón un total de 368.517,60 € (trescentos sesenta e oito mil cincocentos dezasete miles de euros con sesenta céntimos), que se distribúe nas seguintes anualidades:

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

O pago realizarase ao final de cada calendario dous meses despois da presentación por parte das adjudicatario facturas correspondentes, previo cumprimento e certificación por parte do órgano de contratación conforme ao establecido nas cláusulas administrativas e requisitos técnicos que rexen este contrato, así como as condicións descritas na proposta presentado polo adjudicatario.

CLÁUSULA TERCEIRA: O prazo de execución da prestación do servizo obxecto do presente contrato será de 18 meses desde a data de formalización do contrato. Antes da terminación, este contrato pode ser rescindido prorrogarse de común acordo entre as partes por un prazo igual ou inferior ao orixinalmente fixado, en parte correspondente ao servizo de evolución continua, mantemento e soporte técnico especializado.

De conformidade co disposto na cláusula 27 do prego de cláusulas administrativas particulares, o contrato pode ser modificado. Entenderase que existen razóns de interese público no caso de que as modificacións teñen por obxecto reducir o volume





das obrigacións contraídas ou ampliar o prazo sempre que a súa finalidade sexa a consecución dos obxectivos de estabilidade sustentabilidade orzamentaria e financeira.”

Undécimo- Con data 03.06.2019, AMTEGA e CORE GRID, S.L: formalizaron a prórroga do contrato de referencia conforme ao previsto no contrato inicial, de acordo con as seguintes condicións:

- *“O contrato prorrogarase por un período de 6 meses, sen exceder a duración do contrato inicial, do 12 de xuño de 2019 ao 11 de decembro de 2019.”*
- *“O importe total da ampliación prevista será de 113.840,00 € + IVE (21%, 23.906,40 €) = 137.746,40 €, que representa o 37,38% do importe de adxudicación, con cargo á aplicación de orzamento [...]”.*

Duodécimo. - A Intervención Xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, no seu INFORME DEFINITIVO AUDITORÍA DE OPERACIÓNS, FEDER_2021_12, recomendou remitir á Autoridade de competencia o exame da devandita licitación ao apreciar, como se recolle en dita auditoría que sinala expresamente (páxinas 12 e 13) que:

“A adxudicación do contrato realizouse conforme o ao previsto na normativa contractual, aínda que, debemos sinalar que tras a análise do informe de valoración datado o 28/08/2017, constatamos que as dúas empresas licitadoras obteñen unha puntuación idéntica na súa oferta técnica (valoración de criterios non avaliábles mediante fórmulas matemáticas); en concreto 22,75 puntos outórganse tanto a CORE GRID SL como a VITEL SA. Esta circunstancia parece compatible coa existencia de prácticas colusorias que teñen por obxecto impedir, falsear ou restrinxir a competencia. Esta constatación vén reforzada pola comprobación da existencia dun vínculo empresarial entre as dúas empresas licitadoras (Co-re Grid SL e Vitel SA) que se pode verificar na aplicación Arachne (Orbis).”



4. CARACTERIZACIÓN DO MERCADO

É preciso sinalar, con carácter previo que aínda que, como adoitan destacar as Autoridades de competencia, a delimitación do mercado relevante non resulta necesaria cando o caso obxecto de resolución vira ao redor dunha infracción do art. 1 e do art. 3 da LDC, dado que devandito extremo, a diferenza das condutas tipificadas no art. 2 da LDC, non constitúe un elemento do tipo do inxusto tipificado nos devanditos preceptos e, en consecuencia, a conduta presuntamente infractora, aos puros efectos dunha maior claridade expositiva, pero tamén para enmarcala no seu contexto real, polo que procedemos a facer unha superficial referencia ao mesmo.

En efecto, a definición de mercado permite determinar o marco da competencia entre as empresas. O seu principal obxectivo é o de establecer de forma sistemática as limitacións que afrontan as empresas afectadas desde o punto de vista da competencia. A noción de mercado tanto desde o punto de vista do produto como da súa dimensión xeográfica debe identificar a aqueles rivais que poden limitar o comportamento daquelas ou impedirles actuar con independencia de calquera presión competitiva.

Conforme ao disposto no apartado 9 da Comunicación 97/C 372/03, "o mercado de referencia no marco do cal se examina unha cuestión de competencia determínase combinando o mercado de produto e o mercado xeográfico".

Anticipando o resultado do estudo feito nos epígrafes seguintes, cabe concluír que o mercado relevante é o definido polo propio obxecto da licitación pública na que se produce a presunta práctica prohibida: a licitación, suxeita a regulación harmonizada, polo procedemento aberto e tramitación ordinaria, do servizo de evolución, mantemento e soporte especializado do sistema de gravación de vistas orais eFidelius cofinanciado polo Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional no marco do programa operativo Feder Galicia 2014-2020 (expediente 2017/PA/0041).

4.1. Mercado relevante de produto

O mercado relevante de produto delimitase en sentido restrinxido, pola concreta licitación na que se suscitou a práctica investigada, relacionada co sistema informático para a gravación nos órganos xudiciais de Galicia e a tecnoloxía desenvolta a tal obxecto, como se infere da propia convocatoria do xa citado concurso público: a licitación, suxeita a regulación harmonizada, polo procedemento aberto e tramitación ordinaria, do servizo de evolución, mantemento e soporte especializado do sistema de gravación de vistas orais eFidelius cofinanciado polo Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional no marco do programa operativo Feder Galicia 2014-2020 (expediente 2017/PA/0041).

4.2. Mercado xeográfico

O mercado xeográfico delimitase en sentido restrinxido, pola concreta licitación na que se suscitou a práctica investigada, é dicir, o expediente identificado como expediente de contratación pública, identificado como «Expediente 2017/PA/0041 Servizo Evolución Funcional Sistema eFidelius», contratado polo AMTEGA para os órganos xudiciais establecidos na Comunidade Autónoma de Galicia.

5.- FUNDAMENTOS DE DEREITO

5.1.- obxecto da resolución

Primeiro. - A presente resolución ten por obxecto determinar a existencia ou non de condutas colusorias ante a presenza de indicios de prácticas prohibidas pola LDC nas ofertas presentadas polas empresas CORE GRID, S.L. e VITEL, S.A. no expediente de contratación pública «Expediente 2017/PA/0041 Servizo Evolución Funcional «Sistema eFidelius»».

Segundo.- A licitación pública na que se producen os feitos, tramitouse conforme ás previsións do Real Decreto Lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público (en diante, TRLCSP), debido a que aínda non entrara en vigor a Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante LCSP); ante esta circunstancia, polo que se aplica dita norma salvo que da aplicación da segunda resulte un trato máis beneficioso para os interesados.

Terceiro - Ao amparo de dita normativa, as prácticas denunciadas producíronse no marco dun expediente de contratación pública tramitado por parte dunha administración pública, a Axencia para a Modernización Tecnolóxica de Galicia (AMTEGA). A este respecto, a Resolución da AMTEGA, do 5 de xuño de 2017, pola que se anuncia a licitación, suxeita a regulación harmonizada, polo procedemento aberto e tramitación ordinaria, do servizo de evolución, mantemento e soporte especializado do sistema de gravación de vistas orais eFidelius cofinanciado polo Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional no marco do programa operativo Feder Galicia 2014-2020 (expediente 2017/PA/0041), dispón as condicións da contratación.

5.2.- Competencia para resolver

Primeiro.- Asignado o caso á Comisión Galega da Competencia, en cumprimento do trámite previsto na Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de Coordinación das Competencias do Estado e as comunidades autónomas en materia de Defensa da Competencia (en diante, "Lei 1/2002"), ao considerarse que na práctica denunciada concurrían as condicións previstas no seu artigo 1, parágrafo terceiro, da Lei 1/2002, para atribuír o seu coñecemento á Comisión Gallega da Competencia, xa que os seus posibles efectos circunscribíranse , caso de acreditarse a existencia de conduta prohibida, exclusivamente ao ámbito territorial da Comunidade Autónoma de Galicia.

Segundo.- Conforme ao artigo 26.2 i) dos estatutos do Instituto Galego do Consumo e da Competencia (Decreto 118/2016, do 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e aprobanse os seus estatutos), correspóndelle á Comisión imponer multas sancionadoras e coercitivas e adoptar outras medidas de execución forzosa previstas na normativa vixente e nos termos previstos da Lei 15/2007 do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC), artigos 1, 2 e 3.

5.3. Lexislación aplicable

Primeiro. - No que se refire á normativa substantiva que debe terse en conta ademais da de contratación pública, a norma de referencia é a LDC e o RLDC. Respecto das condutas cuxa prohibición eludíuse por parte das empresas obxecto do presente expediente sancionador son, como xa se indicou, o artigo 1 e o artigo 3, ambos da LDC.

Deste xeito, conforme ao 1.1, baixo a rúbrica de "Conduas colusorias" que:

"1. Prohíbese todo acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela, que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia en todo ou parte do mercado nacional e, en particular, os que consistan en:

a) A fixación, de forma directa ou indirecta, de prezos ou doutras condicións comerciais ou de servizo.

b) A limitación ou o control da produción, a distribución, o desenvolvemento técnico ou os investimentos.

c) A repartición do mercado ou das fontes de aprovisionamento.

[...]."

Subsidiariamente, o artigo 3 LDC tipifica o "falseamento da libre competencia por actos desleais" nos seguintes termos:

"A Comisión Nacional da Competencia ou os órganos competentes das comunidades autónomas coñecerán, nos termos que esta lei establece para as condutas

prohibidas, dos actos de competencia desleal que por falsear a libre competencia afecten o interese público.”

Segundo. - Así mesmo, é preciso lembrar que a Disposición adicional cuarta da mesma LDC, no seu parágrafo 2 baixo a rúbrica “Definicións” dispón:

“2. A efectos do disposto nesta lei, entendese por cártel todo acordo ou práctica concertada entre dúas ou máis competidores cuxo obxectivo consista en coordinar o seu comportamento competitivo no mercado ou influír nos parámetros da competencia mediante prácticas tales como, entre outras, a fixación ou a coordinación de prezos de compra ou de venda ou outras condicións comerciais, mesmo en relación cos dereitos da propiedade intelectual e industrial; a asignación de cotas de produción ou de venda; a repartición de mercados e clientes, incluídas as colusiones en licitacións, as restricións das importacións ou exportacións ou as medidas contra outros competidores contrarias á competencia.”

Terceiro. - O 14.01.2021, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TJUE) resolveu a cuestión prexudicial exposta polo Tribunal Supremo do Contencioso-Administrativo Finlandés (TSF), de 13.06.2019, no asunto C-450/19 – Kilpailu- ja kuluttajavirasto polo cal se dita Sentenza no que o TJUE aclara cando finaliza a participación nunha infracción por Bid-Rigging (manipulación de ofertas), concluíndo que:

“...O artigo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse no sentido de que, cando unha empresa que supostamente participou nunha infracción única e continuada desa disposición, cuxo último elemento constitutivo consistiu na presentación dunha oferta concertada cos seus competidores nunha licitación para a adxudicación dun contrato público de obras, resulta adxudicataria e celebra co poder adxudicador un contrato de obras que fixa as características esenciais do devandito contrato e, en particular, o prezo global que debe pagarse como contrapartida polas citadas obras, cuxa execución e pago do prezo gradúanse no tempo, o período de infracción corresponde a aquel que vai ata a

data da firma do contrato celebrado entre a citada empresa e o poder adxudicador sobre a base da oferta concertada que esta presentou. Incumbe ao órgano xurisdiccional remitente comprobar a data na que se determinaron definitivamente as características esenciais do contrato en cuestión e, en particular, o prezo global que debía pagarse como contrapartida polas obras.”

5.4. Infracción da LDC en materia de contratación pública

Primeiro.- Esta Comisión considera que hai que garantir a competencia efectiva na contratación pública, polo que compartimos o manifestado polo Tribunal Catalán de Defensa da Competencia (TCDC), no Fundamento Xurídico Terceiro da súa Resolución de 23.12.2019, no Expediente 94/2018, Licitacións Servizo Meteorolóxico de Cataluña, é preciso coincidir en que garantir a concorrência e a competencia nos procesos de compra pública e, en xeral nas licitacións públicas, constitúe unha das principais preocupacións de toda autoridade de competencia, tanto desde unha vertente xurídica-formal para dar cumprimento ás esixencias legais que impoñen o artigo 119 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE), os artigos 31 e 38 da Constitución Española e o artigo 1 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/224/UE, do 26 de febreiro de 2014 (LCSP), como desde unha vertente económica, pois a competencia favorece a eficiencia e a racionalidade económica na provisión pública de bens e servizos.

Como igualmente recóllese de maneira expresa na citada Resolución do TCDC:

“A alteración da competencia por parte dos operadores económicos que toman parte nas licitacións públicas é unha conduta obxectivamente contraria á competencia, pois anula o comportamento autónomo e independente das empresas e reduce a incerteza en relación ao comportamento do resto de licitadores. Este tipo de actuación restritiva da competencia, como a que se analiza no caso que nos ocupa, elimina os beneficios que achega a libre competencia en detrimento do



interese xeral e favorece exclusivamente ás empresas que forman parte do acordo. Son consecuencias directas da falta dunha auténtica competencia na contratación pública tanto sobre os custos no aprovisionamento público (prezo non competitivo, escasa calidade nos bens e servizos adquiridos, falta de innovación, etc.) como a fraude e a corrupción. ”

Segundo. - Froito desta preocupación das autoridades de competencia é o feito de que son moi numerosos os precedentes existentes de infracción da LDC por condutas colusorias no ámbito da contratación pública, sendo, precisamente esa loita, unha das preocupacións principais da Comisión Galega da Competencia que ditou moitas das súas resolucións precisamente neste ámbito, incluso aplicando o artigo 3 LDC, en materia de contratación pública. Neste sentido, como referencia, citar a súa Resolución R 3/2019. Licitación Salvamento e Socorrismo nas praias da Coruña, do 27 de xuño de 2019 (confirmada pola sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 26 de marzo de 2021), en cuxo Fundamento Xurídico Segundo pódese ler o seguinte:

”Segundo: A aplicación da normativa de defensa da competencia no ámbito da contratación pública: a prohibición dos acordos restritivos da competencia A realización de prácticas anticompetitivas entre licitadores na contratación pública, especialmente a colusión é unha práctica que cada ano ten un elevado custo para as arcas públicas. A Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia e organizacións supranacionais como a OCDE/OCDE puxeron de manifesto en diversos informes a necesidade de que as autoridades de competencia loiten para erradicar estas prácticas na medida do posible. Os acordos entre licitadores para repartirse concursos públicos constitúen unha das condutas típicas neste campo que é contraria ao artigo primeiro da Lei de defensa da competencia.

A normativa que regula contratación pública reconece a necesidade de garantir a libre competencia entre as empresas que participan en licitacións para prover de bens ou prestar servizos á Administración. Así o reconece, entre outros, o artigo 1 da Lei de contratos do sector público (LCSP), cando establece que “a presente Lei ten por obxecto regular a contratación do sector público, a fin de garantir que a





mesma se axusta aos principios de liberdade de acceso ás licitacións, publicidade e transparencia dos procedementos, e non discriminación e igualdade de trato entre os candidatos, e de asegurar, en conexión co obxectivo de estabilidade orzamentaria o control do gasto, unha eficiente utilización dos fondos destinados á realización de obras, a adquisición de bens e a contratación de servizos mediante a esixencia de definición previa das necesidades para satisfacer, salvagarda da libre competencia e a selección da oferta economicamente máis vantaxosa”.

Da mesma maneira a Resolución 3/2020 – ARRIVA NOROESTE S.L. (Na actualidade, ARRIVA GALICIA, SL) do 8 de xullo de 2020 declárase que:

Desde hai anos a política lexislativa tratou de introducir a aplicación dos principios de competencia na esfera da contratación pública e tratou de evitar calquera tipo de actuación que, neste ámbito, poida supoñer unha restrición da mesma en dano dos consumidores e do interese público. Especialmente ten interese a aplicación dunha política procompetitiva cando se trata de actuar en sectores da actividade económica pública (como en Galicia no ámbito dos contratos de xestión dos servizos públicos de transporte regular) onde, por diversas razóns, limitouse, restrinxíuse ou non funcionou correctamente a apertura do mercado a todas as empresas e a posibilidade de aplicar, nese sector, os principios de libre competencia. As actuacións das empresas que tratan de alterar o xogo da contratación pública para que todo permaneza sen cambios e, desta maneira, manter a súa posición de poder pervertendo a finalidade da contratación pública, están a afectar ao interese público.

A normativa que regula a contratación pública recoñece a necesidade de garantir a libre competencia entre as empresas que participan en licitacións para prover de bens ou prestar servizos á Administración. Declaráboo o artigo 1 do Real Decreto Lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público, vixente no momento da licitación, que dicía:

“A presente Lei ten por obxecto regular a contratación do sector público, o fin de garantir que a mesma axústase aos principios de liberdade de acceso





ás licitacións, publicidade e transparencia dos procedementos, e non discriminación e igualdade de trato entre os candidatos, e de asegurar, en conexión co obxectivo de estabilidade orzamentaria, o control do gasto, unha eficiente utilización dos fondos destinados á realización de obras, a adquisición de bens e a contratación de servizos mediante a esixencia de definición previa das necesidades para satisfacer, salvagarda da libre competencia e a selección da oferta economicamente mais vantaxosa”.

Texto que se mantén no artigo 1 da vixente Lei de Contratos do Sector Público (LCSP). Como sinala a Autoridade Catalá da Competencia na Resolución 94/2018, Licitacións Servizo Meteorolóxico de Cataluña,

“A alteración da competencia por parte das empresas que participan nas licitacións públicas é unha conduta obxectivamente contraria á competencia(…)” e “por iso é un obxectivo público prioritario conseguir unha contratación pública que provoque verdadeiras tensións competitivas entre as empresas licitadoras, de maneira que promova a eficacia económica, a calidade e a innovación que, de forma agregada, constitúa un factor crave para fomentar a produtividade e o crecemento económico do país”.

O que se quere é que a través da competencia tanto as Administracións Públicas como os usuarios beneficiense das mellores ofertas de bens e servizos. A mellor garantía para logralo é a través do cumprimento da normativa en materia de contratación.

6. CONCLUSIÓNS

Primeiro.- A valoración xurídica que se efectúa no presente expediente sancionador debe partir do feito de que a práctica que se axuíza prodúcese no marco dunha licitación pública.



Segundo.- Con relación á posible existencia de prescripción da infracción, a CNMC ditou numerosas resolucións nas que se considera que finalizan coa adxudicación da última licitación afectada, pero subliña sempre a persistencia de efectos ata a finalización da execución do contrato (a modo de exemplo, as resolucións dos expedientes S/0226/10, Licitacións de carreteras, S/0453/12, Rodamientos Ferroviarios e S/0481/13, Construcións modulares). O mesmo resolveu a Autoridade Catalá da Competencia, na resolución do expediente 68/2015, Iluminación pública 2, afirmou inequivocamente que, a efectos da prescripción, a duración das infraccións non finaliza coa adxudicación ou formalización do contrato, senón que debe terse en conta o período de execución do contrato licitado, no que perdurarían os efectos de peche de mercado provocados pola colusión.

Terceiro. - Con todo, o pronunciamento do TJUE sobre esta cuestión arroxo luz sobre esta cuestión no asunto C-450/19 e, seguindo a liña apuntada polo Avogado Xeral Giovanni Pitruzzella nas súas conclusións, ditaminou que os efectos que producen este tipo de prácticas desaparecen, en principio, no momento da celebración do contrato entre o adxudicatario e o órgano de contratación.

Cuarto.- A pesar das resolucións ditadas por diversos organismos (como as sinaladas da CNMC) sobre os prazos de prescripción dunha infracción, estas ditáronse antes da sentenza xa sinalada do TJUE, a cal limitará a aplicación da LDC ás licitacións públicas, polo que resulta fundamental que haxa unha maior axilidade (e maior celo) na actuación das mesas de contratación na detección e denuncia de actuacións que poidan ser constitutivas de infraccións anticompetitivas nas licitacións públicas, para evitar futuras prescripcións en supostos de infracción da LDC.

Quinto.- Esta CGC considera que os feitos se entenden acreditados, xa que apuntan de modo inequívoco á posible comisión dunha infracción tipificada polo artigo 1 da LDC, pero a potestade sancionadora da Administración non é absoluta nin ilimitada e ten que axustarse aos requisitos formais, como o feito de que a presunta infracción examinada non prescribise, pois esta circunstancia fai decaer a capacidade do órgano administrativo para sancionar en aras da imprescindible seguridade xurídica cuxa salvagarda estalle

igualmente encomendada, como ocorre neste caso, aplicando a sentenza, xa indicada, do TJUE.

Sexto. - Neste sentido, constatouse que a data en que se formalizou o contrato entre a AMTEGA e a empresa CORE GRID, S.L. é o 12.12.2017. Dado que, desde esa data, á de denuncia (10.02.2022) e ao propio inicio do expediente sancionador (03.05.2022) transcorreron máis de catro anos (prazo máximo que prescribe o artigo 68.1 DLC, para as infraccións moi graves), e aplicando a sentenza do Tribunal Europeo, enténdese que hai prescrición da infracción cometida.

En virtude de todo o anterior, o Pleno do CGC coa composición recollida ao principio, vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación,

RESOLVE

Primeiro. - En virtude do disposto no artigo 50.4 LDC, declarar a prescrición da presunta infracción obxecto do presente expediente sancionador e, en consecuencia, o arquivo do mesmo.

Segundo.- Comuníquese esta resolución á Subdirección de Investigación e aos interesados en expediente, facendo saber que a mesma pon fin á vía administrativa e que poden interpoñer contra ela recurso contencioso-administrativo ante a Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia no prazo de dous meses a contar desde a notificación.