

RESOLUCIÓN

EXPTE MC 4/2016 CENTRAL DE COMPRAS GENERALITAT

D^a Carmen Estevan de Quesada, Presidenta
Carmen Castro García, Vocal
Jaume Martí Miravalls, Vocal

En Valencia a 17 de octubre de 2018

La Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana (CDCCV), con la composición expresada al margen y siendo ponente D. Jaume Martí Miravalls, ha dictado la presente Propuesta de Resolución relativa al **EXPTE MC 4/2016 CENTRAL DE COMPRAS GENERALITAT**

I. ANTECEDENTES DE HECHO

El 31 de mayo de 2016 se recibió un escrito en la Subsecretaría de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico (Servicio de Compras de la Generalitat – Subsecretaría), en relación con las empresas del Grupo Seidor, S.A (licitadora) y Ricoh España S.L.U (adjudicataria) en el expediente de contratación 3/14CC *“Acuerdo Marco para el arrendamiento de dispositivos de impresión, copia y escaneo, así como su gestión, para la administración de la Generalitat, sus entidades autónomas y entes del sector público empresarial y fundacional de la Generalitat”*.

Entre la documentación remitida consta el Acta de la Mesa de Contratación, de 3 de diciembre de 2014, en cuyo apartado IV se hace referencia a ciertas prácticas llevadas a cabo por algunos licitadores (Grupo Seidor S.A, y Ricoh España S.L.U). En concreto se pone de manifiesto que las memorias técnicas de ambas empresas son muy parecidas, que en la pestaña “propiedades” aparece el mismo dato en el campo autor, y que la Memoria Técnica de Grupo Seidor, S.A es un pdf con tachaduras y correcciones de texto que aparecen en el margen del documento.

El órgano de contratación pone en conocimiento de las autoridades de competencia de la Comunitat Valenciana estas circunstancias, a efectos de que se determine si las mismas constituyen o no prácticas colusorias o contrarias a la libre competencia, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional 23 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).

Analizada la documentación remitida y cumplidos los trámites establecidos en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, se atribuyó la competencia para el conocimiento de los hechos denunciados a los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Valenciana.

El 12 de septiembre de 2016 y 17 de febrero de 2017 la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia remitió, a través de CIRCAB, el escrito de denuncia y documentación aneja presentado por la mercantil Konica Minolta Business Solutions Spain, S.A –en adelante Konica-, contra el Grupo Seidor, S.A y Ricoh España, S.L.U, por posibles prácticas contrarias a la libre competencia presuntamente desarrolladas por los mencionados operadores económicos en el procedimiento de contratación 3/14CC.

Mediante Acuerdo de fecha 28 de febrero de 2017 se acumulan actuaciones y se incorpora la denuncia y documentación aneja, presentada por Konica ante la Dirección de Competencia de la CNMC, al expediente “SAN 4/2016 Central de Compras Generalitat”.

A la vista de la documentación remitida por la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico y de la denuncia presentada por Konica, la Subsecretaria de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, acordó en fecha 2 de marzo de 2017 llevar a cabo una información reservada para determinar, con carácter preliminar, si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.

En base a la documentación remitida desde la Subsecretaría (Servicio de Compras de la Generalitat) de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico, de la denuncia presentada por Konica y de la información recabada en la fase de información reservada, la Subsecretaria de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, acordó en fecha 5 de junio de 2018, incoar expediente sancionador contra las mercantiles Ricoh España, S.L.U y Grupo Seidor, S.A, por supuestas conductas restrictivas de la competencia prohibidas por el art 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

El 19 de julio de 2018 la Subsecretaría acordó la ampliación de la incoación a la mercantil Seidor, S.A, empresa matriz de Grupo Seidor, S.A.



El 20 de julio de 2018 se recibió escrito de la denunciante (RE. GVRTE/2018/172602), en el que se solicitaba la adopción de las siguientes medidas cautelares: “... en tanto se sustancia y resuelve el presente procedimiento, inste (i) la paralización de la extensión del Acuerdo Marco a otras entidades a las que el adjudicatario no esté actualmente prestando sus servicios, y (ii) la suspensión temporal de la previsión contenida en la cláusula 11.3 del Pliego de condiciones administrativas particulares del Acuerdo Marco 3/14CC respecto de Ricoh.”

La mercantil Konica aporta copia de la información remitida el 16 de mayo de 2018, vía email, desde la Central de Compras de la Generalitat Valenciana, contestando su petición, con la relación de empresas que desde el 2 de septiembre de 2016 se habían adherido a la Central de Compras de la Generalitat (Acuerdo Marco 3/14CC, suministro de arrendamiento de dispositivos de impresión y su gestión): 17 entidades, 4 de ellas atendidas por la mercantil Ricoh.

La CDC, en su sesión celebrada el 14 de septiembre de 2018 y en cumplimiento de las normas de reparto, procedió a nombrar como ponente del expediente al Vocal D. Jaume Martí Miravalls.

En la misma sesión, la CDC acordó dar traslado de la propuesta de denegación de medidas cautelares a las partes interesadas para que pudieran efectuar alegaciones, en un plazo de cinco días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, efectuándose dicha notificación el 14 de septiembre de 2018.

El 21 de septiembre de 2018, se presentó en el Registro Telemático de la Generalitat escrito del representante de Seidor, S.A. y de Grupo Seidor, S.A., en el que manifestaba que no presentaban alegaciones.

Por último, el 25 de septiembre de 2018, la representante de Ricoh España, S.L.U. presentó alegaciones fuera de plazo.

II. PARTES INTERESADAS EN EL PROCEDIMIENTO

Las partes interesadas en el presente procedimiento sobre medidas cautelares MC 4/2016 son:

- Grupo Seidor, S.A.
- Seidor, S.A.
- Ricoh España, S.L.U.
- Konica Minolta Business Solutions Spain, S.A.
- Direcció de Competencia de la CNMC.



III. HECHOS DENUNCIADOS

Como ya se ha indicado, la Subsecretaría de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico (Servicio de Compras de la Generalitat – Subsecretaría) presentó en mayo de 2016 un escrito y documentación referida a la actuación de las empresas del Grupo Seidor S.A (licitadora) y Ricoh España S.L.U (adjudicataria) en el expediente de contratación 3/14CC. El expediente de contratación 3/14CC (Acuerdo Marco) divide el contrato en tres lotes: Lote 1 Dirección General de Justicia, incluidas las sedes judiciales de la CV; Lote 2 las consellerias, salvo la Conselleria de Sanidad y centros educativos dependientes de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte; Lote 3 Organismos Autónomos y Sector Público Empresarial y Fundacional.

La mercantil Ricoh resultó adjudicataria de los lotes 2 y 3; y la empresa Xerox España S.A.U resultó adjudicataria del Lote 1.

Entre la documentación remitida por la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico consta el Acta de la Mesa de Contratación, de 3 de diciembre de 2014, en cuyo apartado IV se hace referencia a ciertas prácticas llevadas a cabo por algunos licitadores (Grupo Seidor S.A, y Ricoh España S.L.U) en los términos siguientes:

“... en cuanto a la Memoria Técnica presentada por el Grupo Seidor S.A, la Comisión Técnica pone de manifiesto que se ha presentado en formato pdf con tachaduras y correcciones del texto al margen. Esta circunstancia ha determinado una mayor dificultad en la valoración de su memoria que se ha tenido en cuenta en la puntuación, así como que las correcciones de texto que aparecen al margen del documento no se han tenido en cuenta.”

Por otro lado, se ha observado en la pestaña “propiedades” de los documentos pdf que tiene el mismo dato en el campo autor de la memoria presentada por otro licitador, en concreto Ricoh España, S.L.U. Así mismo, ha constatado que las memorias de ambos licitadores son muy parecidas, con párrafos idénticos (alcanzando el 95%).”

En la denuncia presentada por Konica, y en la documentación aportada por las mercantiles Ricoh y Grupo Seidor, S.A. en la fase de información reservada del Expte. SAN 4/2016, consta un acuerdo o contrato de colaboración, de fecha 29 de septiembre de 2014, firmado por las mercantiles Ricoh y Grupo Seidor para concurrir conjuntamente a la licitación y trabajar conjuntamente en la preparación de las ofertas presentadas en el contrato 3/14 CC.

En la documentación aportada por los interesados en las diferentes fases del expediente SAN 4/2016 se aprecia que, en la licitación del contrato 3/14CC, las mercantiles Ricoh y Grupo Seidor, S.A presentaron propuestas similares, con



Memorias Técnicas idénticas (en formato y contenido) y ofertas económicas con un alto paralelismo en los precios.

La denunciante considera que los hechos expuestos evidencian la existencia de pactos colusorios o prácticas concertadas del artículo 1 de la LDC, llevadas a cabo por las mercantiles Ricoh y Grupo Seidor, en el marco de la licitación del expediente de contratación 3/14 CC, con el objetivo final de falsear y limitar la competencia en el proceso de contratación y obtener la adjudicación en su favor de uno o varios lotes.

IV. MARCO NORMATIVO DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN 3/14CC

El Marco normativo que rige el expediente de contratación 3/14CC (Acuerdo Marco) en relación con la cuestión planteada en las medidas cautelares solicitadas por la denunciante es:

1. El Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa, el Registro Oficial de Contratos de la Generalitat, el Registro de contratistas y empresas clasificadas de la Comunidad Valenciana y la Central de Compras de la Generalitat y se adoptan medidas respecto de la contratación centralizada.

Dicho Decreto establece en su artículo 29 la posibilidad de adherirse a los sistemas de contratación centralizada, y regula el procedimiento:

“Artículo 29. Adhesión a sistemas de contratación centralizada:

1. Podrán adherirse voluntariamente a la Central de Compras de la Generalitat para la totalidad de las obras, servicios y suministros declarados centralizados o solo para determinadas categorías de ellos, articulándose a través de acuerdos de adhesión:

a) Las diferentes instituciones que constituyen la Generalitat y que se encuentran determinadas en el Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana y entidades adscritas o dependientes de instituciones estatutarias.

b) Las universidades públicas de la Comunitat Valenciana y entes dependientes de ellas.

c) Las entidades locales de la Comunitat Valenciana y sus organismos autónomos y entes dependientes de ellas.

2. El procedimiento de adhesión se realizará en dos fases.

2.1. Primera fase. Adhesión genérica:

a) La entidad solicitará la adhesión genérica indicando si comprende todas las categorías de obras, servicios y suministros declarados centralizados o solo para determinadas categorías de ellos (...)

b) La adhesión se formalizará mediante acuerdo de adhesión genérico (...)



c) *La celebración de este acuerdo de adhesión genérico implicará la manifestación formal de su voluntad de integrarse en el régimen general de funcionamiento de la Central de Compras de la Generalitat y el derecho de adherirse a los distintos acuerdos marco de la Central de Compras de la Generalitat.*

2.2. Segunda fase. Adhesión específica.

b) *Formalización del acuerdo de adhesión específico lo que implicará la obligación la entidad adherida de realizar todas las contrataciones a través del mismo salvo cuando las obras, los bienes adjudicados o el régimen de prestación de los servicios no reúna las características indispensables para satisfacer las concretas necesidades del ente o entidad individualmente adherido (...). El período de vigencia del acuerdo específico de adhesión será equivalente al del acuerdo marco de referencia.”*

2. El ámbito de aplicación del Acuerdo Marco se establece en la cláusula 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rigen este contrato:

“Cláusula 11. Destinatarios del Acuerdo Marco.

11.1.- Los destinatarios de este Acuerdo Marco son, con carácter obligatorio, las consellerias que forman parte de la administración de la Generalitat, así como, las entidades autónomas y los entes del sector público empresarial y fundacional de la Generalitat, definidos en los apartados 2 y 3 del art. 2 del Decreto Ley 1/2011, de 30 de septiembre del Consell, de Medidas Urgentes de Régimen Económico y Financiero del Sector Público Empresarial y Fundacional. Se excluye la Conselleria de Sanidad y los centros educativos dependientes de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte.

11.2.- Es destinatario de este Acuerdo Marco, por adhesión previa voluntaria, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

11.3.- Respecto a las entidades que se adhieran a la Central de Compras con posterioridad a la publicación de los anuncios de licitación del Acuerdo Marco, los adjudicatarios podrán prestar los servicios y suministros objeto del mismo a las citadas entidades mediante contrato celebrado con cada una de ellas. La celebración de este contrato tendrá carácter voluntario para las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco.

11.4. Las posteriores reorganizaciones administrativas de la Generalitat o de su Sector Público, no afectarán a las obligaciones de los adjudicatarios, no pudiendo ser alegadas por éstos como causa que menoscabe el cumplimiento de todas sus obligaciones contenidas en el Acuerdo Marco.”

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

El artículo 54 de la LDC establece que, una vez incoado el procedimiento sancionador, el órgano que tiene atribuida la facultad de resolución puede adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta del órgano de instrucción, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la



resolución que en su momento se dicte, y que pueden consistir, entre otras, de conformidad con el artículo 40 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), en órdenes de cese o en la imposición de condiciones determinadas a las empresas causantes de las conductas presuntamente prohibidas.

El objeto del procedimiento de medidas cautelares es asegurar la eficacia de un eventual pronunciamiento del órgano resolutorio que declare la existencia de una conducta infractora de la LDC, así como evitar las consecuencias lesivas para el mercado y, en su caso, para la parte afectada por la presunta conducta infractora.

En cuanto a los presupuestos o condiciones para la adopción de una medida cautelar, la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de 26 de octubre de 2017, (Expte. MC/03/16 Estacionamiento Regulado Ayuntamiento de Madrid), recoge los que el Consejo de la CNC venía considerando:

“...(a) que se haya incoado por la Dirección de Investigación el correspondiente expediente sancionador (principio de accesoriedad); (b) que se aprecie prima facie en el expediente que las conductas objeto del mismo son anticompetitivas (principio de apariencia de buen derecho o fumus boni iuris); (c) que esas conductas estén causando perjuicios al mercado, de tal modo que de no atajarse de forma inmediata, puedan objetivamente restar eficacia a la Resolución a dictar en el expediente principal (principio de peligro en la demora o periculum in mora); (d) que exista una propuesta de la Dirección de Investigación bien de oficio bien a instancia de las partes, interesando la adopción de medidas cautelares; (e) que se dé audiencia a los interesados (principio contradictorio); (f) que se adopten en un plazo muy breve y con simplificación de trámites (procedimiento sumario y de urgencia); (g) que las medidas adoptadas no ocasionen perjuicios irreparables, ni violen derechos fundamentales pudiéndose, al efecto, exigir fianza al solicitante de las mismas (principio de equilibrio)...”.

Estos mismos criterios han sido asumidos por la Sala de Competencia de la CNMC (Resolución de 7 de abril de 2014, Expediente MC/009/13, Colegio de Abogados de Alcalá de Henares y de Madrid; Resolución de 30 de abril de 2014, Expediente MC/001/14, Criadores de Caballos 2; Resolución de 7 de abril de 2014, Expediente MC/008/13, Yofarma vs Colegio de Farmacéuticos; Resolución de 18 de mayo de 2017, Expediente MC/004/16, ICAM Colegiación, entre otras).

Por su parte, interesa señalar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de abril de 2016, en el recurso de casación 2966/2015, interpuesto por la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) contra el Auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de julio de



2015, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo reflexiona sobre los criterios de aplicación de las medidas cautelares, su justificación y finalidad, apuntando:

“a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: “la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación”. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 “el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal” (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).”

Pues bien, con carácter previo a analizar los criterios de aplicación de las medidas cautelares propuestas, esta Comisión, como puso de manifiesto la Subsecretaría, considera que si bien la denunciante propone las mismas en relación con el expediente sancionador SAN 4/2016 Central de Compras Generalitat (principio de accesoriadad), las medidas cautelares propuestas por Konica no se ajustan al objeto y sujetos sobre los que se desarrolla el citado expediente sancionador.

Como recoge expresamente el escrito de la denunciante en el que formula la necesidad de adoptar las medidas cautelares: *“Encontrándonos ante un supuesto de –presunta- vulneración de los principios que deben regir la contratación administrativa, no tiene sentido permitir que, por la vía de adhesiones, el contrato pueda generar perjuicios adicionales de difícil o imposible reparación, que sin duda se producirán si el adjudicatario... puede no sólo seguir ejecutando el contrato inicial, sino también ver ampliado el objeto mismo, aumentando su facturación y beneficios gracias a las previsiones del propio Acuerdo Marco, en detrimento del interés público”.*

En consecuencia, las medidas cautelares no se plantean sobre el objeto del expediente incoado (los posibles acuerdos colusorios entre Ricoh y Grupo Seidor, cuyo objetivo -según indicaba en su denuncia- era falsear la competencia y controlar la licitación), puesto que aunque esa supuesta conducta restrictiva se realice en el marco de un proceso de contratación y de



aplicación del Acuerdo Marco 3/14 CC, la incoación versa sobre la posible existencia de pacto colusorio para controlar la licitación, no sobre el expediente de contratación en el que se ha producido. Y, en cambio, las medidas cautelares que propone Konica pretenden evitar la extensión de los efectos de ese Acuerdo Marco (Expte de contratación 3/14CC) a terceros que soliciten adherirse al mismo, por lo que, en consecuencia, se aplicarían sobre sujetos que no han participado en la supuesta conducta colusoria.

Recordemos que, si las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar la eficacia de un eventual pronunciamiento del órgano resolutorio que declare la existencia de una conducta infractora, no está justificado que se propongan sobre un objeto o sujetos sobre los que no versa estrictamente el expediente sancionador.

Con todo, y sin perjuicio de las anteriores consideraciones, se analiza a continuación si las medidas cautelares solicitadas por la denunciante cumplen los presupuestos esenciales para su aplicación, principalmente: el principio de apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) y peligro en la demora (*periculum in mora*).

La apariencia de buen derecho

El principio de apariencia de buen derecho o de verisimilitud de las conductas denunciadas requiere de una cierta seguridad respecto de la existencia, a priori, de una conducta que puede resultar incurso en alguna de las prohibiciones de la LDC. Esa apariencia de buen derecho no exige una certeza absoluta sobre la existencia de una conducta infractora de la LDC, que se establecerá en la resolución final del expediente sancionador, pero sí de una apariencia fundamentada en la verdad del derecho alegado, es decir, que las conductas objeto del expediente sancionador son anticompetitivas.

Con respecto a este principio, la denunciante basa su petición de aplicación de medidas cautelares en la mera existencia de un procedimiento sancionador, que en su opinión supone, a priori, la existencia de indicios racionales de una posible conducta restrictiva de la competencia prohibida por la LDC. Como recoge su escrito: *“El inicio del procedimiento sancionador supone la existencia, per se, de indicios racionales de la existencia de una conducta prohibida...”*.

En relación con los argumentos expuestos, conviene señalar que para la adopción de las medidas cautelares no es necesaria una certeza absoluta sobre la existencia de una infracción de la LDC, ya que esta cuestión se determinará en la resolución final del expediente sancionador. Para su adopción bastaría con que existiera una razonable probabilidad de que las conductas denunciadas fuesen ciertas. En este sentido, véase el fundamento



Jurídico Cuarto de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2008 (n.º de recurso: 238/2006).

Ahora bien, en el presente caso, Konica se limita a afirmar que la apariencia de buen derecho queda fuera de toda discusión por el simple hecho de que se ha incoado expediente sancionador a varias empresas (entre ellas Ricoh) que participaban en la licitación del contrato 3/14CC, y considera indubitado que ha existido un acuerdo entre dos licitadores contrario al artículo 1 de la LDC. Sin entrar a valorar esta afirmación, lo bien cierto es que, la apariencia de buen derecho, que podría derivarse de los indicios de conductas anticompetitivas que determinaron la apertura de un procedimiento sancionador, entre otros, contra la mercantil Ricoh por conductas restrictivas de la competencia desarrolladas en el marco de la licitación del contrato 3/14 CC, no justifica la extensión automática de las medidas cautelares propuestas a circunstancias sobre las que no se ha producido la conducta ilícita, superando el ámbito del procedimiento sancionador principal tanto en su objeto (que se circunscribe a determinadas conductas desarrolladas por varias empresas en el marco de la licitación del contrato 3/14 CC) como en los sujetos (es incoherente que se plantee extender las medidas cautelares a terceros que no participaron en la licitación originaria ni en las supuestas conductas restrictivas de la competencia, en este caso a las entidades que en virtud de lo dispuesto en la cláusula 11.3 del AM soliciten adherirse a la Central de Compras y a este concreto AM).

El *periculum in mora*

Por su parte, el *periculum in mora* requiere que las conductas denunciadas (sobre las que se pretenden aplicar las medidas cautelares) estén causando unos perjuicios al mercado que, si no se atajan de forma inmediata, pueden restar eficacia a la Resolución que se dicte en el expediente principal, es decir, el principio de peligro en la demora se configura por el peligro en la infructuosidad y el peligro en la tardanza.

La denunciante considera que las medidas cautelares solicitadas son de carácter suspensivo, y que no estaríamos ante un supuesto de “irreparabilidad de daño”, sino ante unas medidas cuya no adopción generarían un daño adicional, justificando su propuesta en los términos siguientes: i) Las medidas propuestas no generan ningún perjuicio a la mercantil Ricoh, dado que no se solicita la suspensión de la ejecución de los contratos en vigor, sino la paralización hasta que se resuelva el procedimiento sancionador de la ejecución de adhesiones no implementadas o de nuevas adhesiones al Acuerdo Marco (AM); ii) No hay un perjuicio para el interés público, ni para las entidades que han solicitado su adhesión al AM ya que la situación es la misma que se venía aplicando, su adhesión no supone la extensión automática del AM sino que requiere de la suscripción de un contrato con el adjudicatario y que éste voluntariamente acepte prestarles servicio; iii) Por último, la denunciante



alega el perjuicio que una eventual imposición de infracción ocasionaría para al interés público, al resto de licitadores y al propio infractor ya que debería hacer frente a una mayor responsabilidad para atender las consecuencias de una eventual condena.

Pues bien, respecto al periculum in mora, tal y como pone de manifiesto el Pleno del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana, en su Resolución de 4 de octubre de 2017, Expte. MC 8/2017, Aparcamientos en Sant Joan Despí: *“i) este requisito no está referido al denunciante, sino a la libre competencia, que es el bien jurídico protegido por la LDC, y ii) sólo en caso de que el interés de la denunciante coincida con el interés público de asegurar el juego de la libre competencia estará justificada la adopción de una medida cautelar. Así, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, del recurso 238/2006, de 7 de marzo de 2008, determina que la adopción de medidas cautelares requiere: «la existencia de unos hechos cuya aparente verosimilitud de origen a un expediente para su esclarecimiento y calificación jurídica, y que tales hechos de continuar produciéndose pudieran, de una parte, impedir la efectiva ejecución de la Resolución finalizadora del expediente, y de otra, causar perjuicios a posibles interesados» (F.J.4.º).”*

En el caso que nos ocupa, la idea que subyace en los argumentos expuestos por la denunciante es evitar que, por la vía de las adhesiones, que permite la cláusula 11.3 del PCAP del Acuerdo Marco, *“se generen perjuicios adicionales de difícil o imposible reparación”*, ya que la mercantil Ricoh seguiría ejecutando los lotes adjudicados inicialmente y podría prestar servicio a otras entidades, según la denunciante *“en detrimento del interés público”*.

La denunciante alega perjuicios de imposible o difícil reparación, pero no concreta ni valora los daños que, la no adopción de las medidas cautelares propuestas, suponen para su empresa, ni tampoco en qué medida se ve afectada la libre competencia o el interés público por la aplicación de la cláusula 11.3 del PCAP de AM. Cuando, como ya se ha indicado, el Tribunal Supremo tiene declarado, en su sentencia de 18 de abril de 2016, que el interesado en obtener la medida cautelar tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

En este caso, la mercantil Konica mantiene su actividad desde la formalización del contrato que adjudicó los lotes del AM 3/14 CC. La solicitante de las medidas no aporta datos que permitan determinar que la adjudicación del citado contrato haya ocasionado a la empresa un perjuicio irreparable que haya puesto en peligro la supervivencia de Konica o de cualquier otro competidor. La desaparición de la empresa, o de cualquier otro competidor, sí tendría efectos en el mercado al reducirse el número de empresas que podían prestar



determinados servicios informáticos y, en consecuencia, reducirse la presión competitiva entre los operadores en ese mercado, lo que podría ocasionar que los precios de los productos y servicios que ofrecieran las empresas restantes se incrementaran en perjuicio de los clientes.

Estas circunstancias, que no se han aducido por la denunciante con respecto al contrato principal, tampoco se han valorado por la empresa con respecto a las posibles adhesiones al AM de otras entidades a las que los adjudicatarios de los lotes iniciales pueden extender sus servicios. Y la aplicación de las medidas cautelares propuestas tampoco permitiría asegurar que Konica vaya a prestar esos servicios a las entidades a las que no se extienda el AM.

Por último, la justificación de la aplicación de las medidas cautelares en base a una eventual imposición de infracción y como medio para evitar un incremento de la responsabilidad por daños del infractor, no parece garantizar la eficacia de la resolución que finalmente se adopte, teniendo en cuenta que: i) Las medidas cautelares se proponen sobre la extensión del AM a las entidades que han solicitado su adhesión al mismo y no sobre el objeto principal del contrato, que lleva ejecutándose por Ricoh desde 2016; y ii) Las posibles responsabilidades por daños ocasionadas por infracciones del Derecho de la Competencia, que alega la denunciante, no justifican por sí mismas la aplicación de las medidas cautelares ya que estos daños son perfectamente resarcibles para los sujetos perjudicados, en su momento y si finalmente se sanciona la conducta denunciada, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones ante la jurisdicción civil ordinaria (Título VI de la LDC).

Esta posición es, por lo demás, coincidente en su mayor parte con las alegaciones presentadas extemporáneamente por Ricoh en su escrito de 25 de septiembre de 2018, que también iban en la línea apuntada por la Subsecretaría, y en las que solicitaba la denegación de las medidas cautelares formuladas por Konica.

En definitiva, esta Comisión, siguiendo la posición de la Subsecretaría, considera que, a la vista de las circunstancias expuestas, no puede constatarse que la no adopción de las medidas cautelares propuestas por Konica vaya a tener un impacto de difícil reparación para la libre competencia en el mercado ni para su empresa, y que la adopción de las mismas en el momento presente no es necesaria para garantizar la eficacia de la resolución que, en su día, ponga fin al procedimiento principal.

HA RESUELTO

Declarar la denegación de las medidas cautelares solicitadas por la denunciante al no concurrir todos los requisitos para su adopción. En concreto, no se aprecian los principios de apariencia de mejor derecho y de peligro en la demora.



Comuníquese esta Resolución al Servicio de Gestión Administrativa y Defensa de la Competencia y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que, de acuerdo con el artículo 48.1 LDC, no podrá interponer en contra ningún recurso en vía administrativa, y que podrá interponer únicamente recurso contencioso administrativo de acuerdo con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En Valencia, a 17 de octubre de 2018

LA PRESIDENTA Carmen Estevan de Quesada	
LA VOCAL Carmen Castro García	EL VOCAL Jaume Martí Miravalls