II

(Actos cuya publicación no es una condición para su applicabilidad)

COMISIÓN

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 5 de febrero de 1992

relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (Asuntos IV/31.572 y 32.571 — Industria de la construcción de los Países Bajos

(El texto en lengua neerlandesa es el único auténtico)

(92/204/CEE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea,

Visto el Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado [1], cuya última modificación la constituye el Acta de adhesión de España y de Portugal, y, en particular, el apartado 1 de su artículo 3,

Vistas la solicitud de declaración negativa y la notificación encaminada a obtener una exención presentadas con arreglo a los artículos 2 y 4 del Reglamento n° 17 el 13 de enero de 1988 por la asociación Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (Amersfoort) con respecto a sus «Uniforme Prijsregelende Reglementen» de 9 de octubre de 1986 y al «Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf» tal como pasó a ser preceptivo para las empresas pertenecientes a organizaciones miembros de dicha asociación en virtud de la decisión de ésta de 3 de junio de 1980,

Vista la denuncia presentada por el municipio de Rotterdam, el 26 de julio de 1989, contra la citada asociación y en relación con los mencionados reglamentos,

Vista la Decisión de la Comisión de 7 de noviembre de 1989 de incoar con respecto a este asunto el procedimiento pertinente,

Tras haber dado a las partes interesadas la oportunidad de dar a conocer sus puntos de vista sobre los cargos tomados en consideración por la Comisión y comunicar sus observaciones conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 19 del Reglamento n° 17 y en el Reglamento n° 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento n° 17 del Consejo [2],

Previa consulta al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes,

Considerando lo que sigue:

I. HECHOS

(1) El presente procedimiento se refiere a:

— determinadas disposiciones de los estatutos de la Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (en adelante: «SPO»);

— las decisiones adoptadas el 9 de octubre de 1986 por la asociación SPO, denominadas «Uniforme Prijsregelende Reglementen», y sus anexos (en adelante: UPR), que entraron en vigor el 1 de abril de 1987 y fueron modificadas el 23 de junio de 1988;

— las decisiones similares adoptadas individualmente entre 1967 y 1979 por 29 organizaciones miembros de la SPO cada una por su cuenta, aprobadas en su momento por esta asociación y substituidas posteriormente por los UPR;

— la decisión de la SPO de 3 de junio de 1980 que hacía preceptivo para las empresas pertenecientes a sus organizaciones miembro el «Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf» y sus anexos (en adelante: Código de honor), actualmente en vigor.

[1] DO n° 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62.

[2] DO n° 127 de 20. 8. 1963, p. 2268/63.

(2) La SPO notificó (fecha de registro: 13 de enero de 1988) los UPR y el Código de honor. Dicha notificación fue completada por un informe registrado el 19 de julio de 1989.

El 26 de julio de 1989 el municipio de Rotterdam presentó una denuncia con respecto a, entre otros extremos, las citadas normas privadas.

A. LAS ASOCIACIONES DE EMPRESAS

(3) La SPO, fundada en 1963, tiene por objeto, según el artículo 3 de sus estatutos, «fomentar y gestionar una competencia ordenada, evitar y oponerse a toda actuación improcedente con motivo de la presentación de la oferta de precio y fomentar la formación de precios justificados desde el punto de vista económico». Para alcanzar este objetivo, la SPO dispone de diversos instrumentos, como son sus decisiones, de carácter vinculante para las empresas pertenecientes a las asociaciones miembro, y su facultad de controlar la correcta ejecución y el cumplimiento de las mismas (estatutos SPO, artículo 4).

(4) Solamente pueden ser miembros de la SPO las asociaciones de empresas del sector de la construcción dotadas de personalidad jurídica cuyos objetivos se identifiquen plenamente con los de la asociación SPO (estatutos SPO, artículo 5). En la actualidad la SPO está compuesta de 27 asociaciones y una fundación.

Salvo algunas excepciones, según los estatutos de estas organizaciones, cualquier empresa de construcción puede afiliarse a ellas, independientemente de su lugar de establecimiento.

Las 28 organizaciones que actualmente componen la SPO agrupan a más de 4 000 empresas de construcción establecidas en los Países Bajos. Aunque anteriormente aún había otra organización miembro, también destinataria de la presente Decisión, se retiró de la asociación el 1 de enero de 1989. En la fecha de presentación del pliego de cargos esa organización estaba en vías de liquidación.

B. DECISIONES POR LAS QUE SE REGULAN LOS PRECIOS Y LA COMPETENCIA

1. Los UPR (reglamentos uniformes de regulación de precios) adoptados por la SPO el 9 de octubre de 1986

(5) El 9 de octubre de 1986 la Asamblea General de la SPO aprobó una «decisión vinculante» por la que, por una parte, se adoptaba el texto de los UPR y sus anexos, que debían entrar en vigor a partir del 1 de abril de 1987, y, por otra, se hacían preceptivos dichos UPR para todas las empresas pertenecientes a las asociaciones miembros.

Posteriormente, mediante «decisión vinculante» de 23 de junio de 1988, que surtía efectos a partir del 1 de julio de ese mismo año, la SPO modificó los UPR.

(6) Existen dos tipos de reglamentos UPR. Uno para los contratos adjudicados mediante procedimiento restringido (en adelante: UPR-procedimiento restringido) y otro para el procedimiento abierto (en adelante: UPR-procedimiento abierto).

Los reglamentos UPR se aplican a todos los contratos de construcción que vayan a ejecutarse en los Países Bajos y se refieran a uno de los siguientes sectores de la construcción:

1. *El sector de las edificaciones,* que incluye la construcción, mantenimiento, renovación, etc. . . de viviendas y otros tipos de edificios;
2. *El sector de la perforación, el drenaje, la canalización y el cableado,* que incluye la perforación vertical (pozos) y horizontal (túneles de carreteras o ferroviarios), la instalación de conductos para el transporte de substancias tales como agua y gas (a excepción de la construcción de desagües) y la instalación de cables (incluidas todas las actividades relacionadas con la televisión por cable);
3. *El sector del movimiento de tierras, la construcción de vías urbanas y carreteras y la plantación,* que abarca la construcción y mantenimiento de diques, sistemas de desagüe, vías y carreteras (incluido el suministro de asfalto) y parques (deportivos o recreativos), excluidos los trabajos de plantación por cuenta de particulares;
4. *El sector de la señalización vial horizontal,* que sólo abarca vías y carreteras;
5. *El sector de la demolición;*
6. *El sector de las obras hidraúlicas,* que comprende la construcción de obras de fábrica terrestres, fluviales y marítimas (salvo el dragado).

(7) Ambos reglamentos tienen la misma estructura y contienen disposiciones muy precisas y pormenorizadas relativas, por una parte, a las obligaciones de las empresas que participan en la organización y, por otra parte, a las condiciones de funcionamiento de la organización.

Así, los UPR tienen por objeto organizar un sistema de información recíproca y de concertación entre las empresas que participan en licitaciones en el ámbito de la construcción. Este sistema persigue, por una parte, incrementar los precios de las ofertas antes de su presentación en determinadas cantidades correspondientes a indemnizaciones por gastos de estudio y cotizaciones profesionales y, por otra parte, proteger a la empresa denominada «derechohabiente».

Básicamente los dos reglamentos no se diferencian más que en las modalidades de repartición del importe de la compensación por gastos de cálculo abonada a los constructores participantes.

(8) Anexos a estos dos UPR figuran:

— un reglamento relativo a las ofertas de precio no simultáneas,

— un reglamento relativo a las ofertas de precio en el ámbito de la subcontratación,

— un reglamento por el que se crea el «fondo de garantía» y se regula su funcionamento,

— un reglamento relativo a la responsabilidad de las «oficinas» que gestionan la ejecución de los UPR,

— un anexo que delimita la competencia sectorial y regional «de dichas oficinas»,

— un anexo que contiene los baremos de los importes de los gastos de cálculo,

— un anexo en el que se organiza la «caja de cálculo».

(9) La SPO ha encomendado la gestión del conjunto de los reglamentos denominados de «regulación institucionalizada de los precios y de la competencia» (cfr. contrato de autorización) a ocho «oficinas» autorizadas: sociedades de responsabilidad limitada cuyas acciones obran en poder, directa o indirectamente, de las asociaciones miembro de la SPO, salvo en el caso de dos de ellas.

El funcionamiento de estas oficinas está controlado por la SPO.

Las ocho oficinas son las siguientes:

— Bureau Burger — en Utiliteidsbouw Noord Nederland BV, en Leeuwarden,

— Centraal Bureau Aannemersverenigingen Holland Zuid BV, en Rotterdam,

— Centraal Bureau Prijsregeling Boringen Kabels en Leidingen BV, en Soest,

— Centraal Bureau Prijsregeling Waterbouw BV, en Utrecht,

— Prijsregeling Midden Nederland BV, en Utrecht,

— Sponwest BV, en Amsterdam

— WAC Centraal Bureau BV, en Zeist,

— Zuld Nederlandse Aannemersvereniging Centraal Bureau BV, en Heeze.

(10) El ámbito de actuación de cada una de estas oficinas se ha delimitado por regiones del país o por sectores de la construcción, tal como se enumeraron en el considerando 6.

Esta división por sectores y por regiones también se observa en las asociaciones pertenecientes a la SPO, pues algunas agrupan a constructores cuyas actividades abarcan varios de los sectores mencionados.

(11) La adhesión a los UPR no está reservada de manera exclusiva a las aproximadamente 4 200 empresas pertenecientes a las asociaciones miembros de la SPO. También pueden adherirse a dichos reglamentos otras empresas, ocasional y voluntariamente. Según las listas de participantes facilitadas por las oficinas, el número de empresas comprendidas dentro de esta categoría es de aproximadamente 3 000 (150 de ellas establecidas en otros Estados miembros).

Aunque en los UPR, al igual que en las normas anteriores, está prevista esta adhesión voluntaria y ocasional, en realidad la adhesión de una empresa que no pertenezca a una asociación miembro de la SPO tiene carácter permanente. En efecto, una empresa que participe en licitaciones en materia de construcción en los Países Bajos, ora en el seno de la organización SPO, ora fuera de ésta, corre el peligro de no poder beneficiarse de los derechos y ventajas de la «por actuación arbitraria» (artículo 19 UPR-procedimiento restringido y artículo 21 UPR-procedimiento abierto) o de ser excluida de la organización SPO (artículo 4 UPR) por «actuación inconsecuente» (respuesta de la SPO a las peticiones formales de información de 10 de agosto y de 14 de noviembre de 1988).

2. El Código de honor

(12) En caso de incumplimiento de las disposiciones de los UPR, se ha previsto toda una serie de medidas en esos mismos reglamentos y en los estatutos de las asociaciones miembros. Además, el incumplimiento de las disposiciones de los UPR constituye una infracción del Código de honor (véanse los artículos 29 UPR-procedimiento restringido y 31 UPR-procedimiento abierto en relación con el artículo 9 del Código de honor), cuyo texto fue adoptado por la Asamblea General de la SPO el 3 de junio de 1980. Esta asociación estableció, mediante decisión que surtía efecto a partir del 1 de octubre de 1980, el carácter preceptivo de dicho Código para las empresas pertenecientes a su organización. El Código de honor no sólo contiene disposiciones imperativas, como la obligación de notificar el propósito de presentar un precio y, en el caso de las ofertas de precio no simultáneas, de participar en la reunión del derechohabiente, sino también normas relativas a las sanciones y al procedimiento aplicable en caso de infracción.

(13) El Código de honor es objeto del presente procedimiento en la medida en que desempeña un papel específico, por una parte, en el control del cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los UPR (véanse los considerandos 47 y 48) y, por otra parte, en la concertación en el seno de la organización SPO en caso de aplicación del reglamento relativo a las ofertas de precio no simultáneas (véanse los considerandos 52 a 54). No obstante, el presente procedimiento no afecta a las disposiciones del artículo 10 del Código de honor, puesto que no se refieren ni al control ni a la concertación mencionados.

3. Reglamentos suplementarios

(14) Previa autorización de la SPO, las asociaciones miembro pueden establecer reglamentos suplementarios de los UPR (o, previamente, de las normas similares anteriores).

Algunas asociaciones miembro han adoptado reglamentos de este tipo, como los relativos al destino de una parte determinada de los aumentos de precio, a la cooperación entre una empresa miembro y una empresa no perteneciente a la SPO o a la notificación del propósito de presentar un precio para un contrato en un país extranjero (estos dos últimos reglamentos fueron suprimidos en 1988).

Estos reglamentos suplementarios no son examinados en la presente Decisión por su carácter accesorio con relación al objeto principal del procedimiento.

4. Reglamentos anteriores a los UPR

(15) Antes del 1 de abril de 1987, fecha de entrada en vigor de los UPR actuales, las asociaciones miembro de la SPO aplicaban ellas mismas sus propias normas de regulación de precios y garantizaban, directa o indirectemente, su ejecución.

La primera asociación que estableció una normativa de este tipo fue la Zuid Nederlandse Aannemersvereniging (ZNAV) en 1952. A continuación, otras asociaciones sectoriales o regionales introdujeron normativas similares. En 1969, la mayor parte de estas asociaciones se adhirieron a la SPO. Entre 1973 y 1979 las asociaciones substituyeron la mayoría de sus normas iniciales por otras uniformes aprobadas por la SPO.

(16) Los UPR adoptados por la SPO el 9 de octubre de 1986 y aplicados a partir del 1 de abril de 1987 reemplazaron las normas anteriores uniformes que, desde esa fecha dejaron de aplicarse.

(17) A raíz de la adopción de los UPR actualmente vigentes, tres asociaciones de empresas de construcción se separaron de la SPO. Se trata, por una parte, de dos asociaciones que agrupan a las empresas que ejercen actividades de dragado (los UPR no abarcan dicho sector), que se separaron el 1 de enero de 1987, y por otra parte, de la asociación NAC (Nederlandse Aannemers Combinatie) que realizaba, para las empresas de construcción de dimensión nacional, ciertas funciones que actualmente son competencia exclusiva de las oficinas, y que se retiró el 1 de enero de 1989. Las dos asociaciones del sector del dragado aplican su propia normativa sobre regulación de precios. Por su parte, en la fecha de la presentación del pliego de cargos la NAC se encontraba en vías de liquidación.

C. EL MERCADO Y EL PRODUCTO

(18) Según la SPO, el número y el valor total de los contratos que han sido adjudicados mediante licitación en los Países Bajos en los sectores mencionados en el considerando 6 y que han sido objeto de concertación en el seno de la organización SPO son los siguientes:

(en millones de HFL)

Año	Número	Valor
1982	24 660	9 932,4
1983	28 283	10 191,7
1984	28 390	10 723,9
1985	29 189	10 785,5
1986	29 372	11 263,8
1987	27 757	12 784,9 (1)
1988	30 043	12 177,1

(1) Según indican los notificantes en su pliego de descargo, el volumen de negocios correspondiente a los contratos adjudicados en régimen de contratista único (incluidos los contratos de adjudicación directa, etc.) en los Países Bajos asciende aproximadamente a 35 400 millones de florines holandeses por lo que se refiere al ejercicio de 1987.

La información facilitada por la SPO muestra que los empresarios que son miembros de asociaciones SPO y aplican los UPR obtienen los contratos de los sectores arriba indicados en más del 90 % de las ocasiones.

(19) Para calcular la parte del mercado de las licitaciones de contratos de obras convocadas en los Países Bajos correspondiente al conjunto de los adherentes a los UPR, conviene comparar las cifras anteriormente mencionadas con las facilitadas por el Economisch Instituut voor de Bouwnijverheid (en adelante: EIB).

(20) Según el EIB, en el período comprendido entre 1982 y 1987 el valor total de las obras del sector de la construcción que se adjudicaron mediante licitación en los Países Bajos ascendió a (1):

(en millones de HFL)

Año	Valor
1982	10 744,8
1983	10 345,6
1984	11 748,1
1985	12 281,9
1986	12 909,8
1987	11 724,2

Los datos publicados por el EIB no incluyen las obras de explanación ni el sector de la demolición. Por otra parte, a partir de 1984 dichas cifras también comprenden el sector del cableado y la canalización. Hay que señalar que los datos financieros de la asociación SPO se refieren al valor de los contratos celebrados anualmente, mientras que los datos del EIB corresponden al valor de los contratos ejecutados parcial o totalmente en cada uno de esos años (volumen de negocios).

(1) Véase *De bedrijfseconomische situatie van bouwbedrijven in 1987*, publicación del EIB de mayo de 1989.

(21) La comparación de estas dos categorías de datos económicos pone de manifiesto que en la totalidad o en la casi totalidad de los contratos adjudicados mediante licitación en uno de los sectores en que son de aplicación los UPR intervino la SPO, es decir, en la mayoría de dichos contratos hubo concertación en el seno de dicha organización.

Esta observación viene confirmada por los siguientes hechos:

a) Según la información facilitada por la SPO en su notificación de las normas en cuestión, en los Países Bajos los contratos de construcción que se adjudican mediante licitación y que están dentro del ámbito de aplicación de los UPR representan el 41,5 % en valor y el 22,3 % en número de obras de la totalidad de la contratación en el sector de la construcción de ese país (período examinado: 1975-1979). En la nota explicativa del Real Decreto de 29 de diciembre de 1986 (véase el considerando 66), estos porcentajes son del 41 % y del 25 % (1978, fuente: SPO).

Los datos publicados por el EIB y arriba reproducidos representan un porcentaje de aproximadamente el 40 % (para los años 1982-1986; en 1987 dicho porcentaje fue del 35,45 %).

b) Del examen de la información recabada en el curso de las investigaciones se desprende que:

— según algunas entidades adjudicadoras importantes la casi totalidad de los contratos sometidos a licitación por ellas son «tratados» por la organización SPO;

— todas las empresas neerlandesas de construcción de dimensiones medianas y grandes figuran en las listas de empresas pertenecientes a las asociaciones miembros. Salvo raras excepciones, las empresas constructoras neerlandesas que no se han incorporado al sistema UPR en el marco de la SPO o bien tienen unas dimensiones demasiado reducidas para licitar, o bien están especializadas y su producción responde a modelos normalizados.

c) En el pliego de descargo la SPO confirma que «la parte del león» de los contratos sometidos a licitación en los Países Bajos pasa por su organización.

(22) La demanda está constituida por una multitud de compradores públicos y privados que, bien por obligación legal, bien voluntariamente recurren al sistema de licitación para avivar la competencia entre los posibles licitadores del mercado y obtener el precio más bajo posible para las prestaciones solicitadas, determinando ellos mismos los requisitos y condiciones en la descripción de la obra y en el pliego de condiciones.

Excepto en contadas ocasiones, la oferta que responde a dicha demanda está compuesta únicamente de constructores pertenecientes a la organización SPO.

(23) Por motivos derivados de las particulares características de las actividades de construcción definidas en el considerando 6, que abarcan actividades de naturaleza y valor muy variados y empresas de dimensiones muy diferentes, conviene distinguir, desde el punto de vista del mercado geográfico, las obras, relativamente sencillas y corrientes de valor poco elevado (por ejemplo, viviendas individuales) de las obras grandes, complejas o muy especializadas y de valor elevado. El mercado geográfico en el que se produce el encuentro entre la oferta y la demanda en más limitado para aquéllas que para estas últimas.

D. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA UPR

a) Notificación obligatoria del propósito de proponer un precio (artículo 3 UPR)

(24) Las empresas pertenecientes a una organización miembro de la SPO deben notificar a la oficina competente de esta asociación su propósito no sólo de proponer un precio a instancia de una entidad adjudicadora sino asimismo de responder a una invitación a celebrar consultas y negociaciones sobre un contrato o de realizar un proyecto por su cuenta y riesgo. Esta notificación es preceptiva lo mismo para las licitaciones públicas y privadas y las convocatorias de candidaturas que para los contratos de adjudicación directa y los de subcontratación.

En la notificación deben figurar todos los datos que la oficina juzgue pertinentes y que sean necesarios para la ejecución de los UPR. Esta obligación de notificación también alcanza a los constructores que, sin ser miembros de la organización SPO (y, por tanto, ajenos a las disposiciones de los UPR) están sujetos al Código de honor por pertenecer a una asociación miembro de la «AVBB» (Algemeen Verbond Bouwbedrijf).

Según el pliego de descargo de los destinatarios de la presente Decisión, el número de empresas que forman parte de esta categoría asciende a aproximadamente 2 000.

Previa petición del interesado, la oficina comunica la identidad de las demás empresas que han notificado su propósito de proponer un precio con relación al mismo contrato y que serán invitadas a participar en la reunión en el marco de la organización SPO.

Este sistema de notificación obligatoria permite a la SPO, es decir, a la oficina competente, por una parte, iniciar a su debido tiempo el procedimiento de concertación y, por otra parte, controlar el cumplimiento de los derechos y obligaciones dimanantes de los reglamentos. La oficina está obligada a organizar

una reunión de empresas interesadas si recibe al menos dos notificaciones relativas a un mismo contrato.

En esta reunión deben participar obligatoriamente las empresas notificantes que pertenezcan a una asociación de la SPO. Por su parte, quedan excluidas las empresas notificantes que no pertenezcan a asociaciones miembros de la SPO y que sean objeto de un procedimiento disciplinario por «actuación inconsecuente».

A las empresas que no cumplen su obligación de participar en la reunión, se les prohíbe hacer una oferta de precio (artículo 4 UPR). A la inversa, las empresas que participan en la reunión están obligadas a presentar una oferta de precio, salvo en caso de retirada (artículo 15 UPR-procedimiento restringido y artículo 17 UPR-procedimiento abierto).

b) **Reunión de empresarios** (artículo 5 y siguientes UPR)

(25) La reunión, convocada por la oficina, es presidida por un funcionario de la misma. El presidente verifica que todas las empresas presentes hayan rellenado el formulario que acredita la aceptación de las normas de la organización. Las empresas que no hayan rellenado dicho formulario quedan excluidas de la reunión (artículo 5 UPR).

El presidente levanta un acta de la reunión en la que se hacen constar las decisiones adoptadas y los acuerdos celebrados en ella. Por regla general, las empresas participantes deciden por mayoría simple.

(26) b) 1. *Acuerdo sobre el principio de la designación de un derechohabiente* (artículo 6.1 UPR)

El presidente plantea la cuestión de principio de la designación de un derechohabiente, es decir, la empresa que tiene el derecho exclusivo de negociar el contrato tras la presentación de los precios. Esta decisión se toma por mayoría simple consistente, en el caso del UPR-procedimiento restringido, en al menos diez empresas cuando en la reunión participan más de diez y en la unanimidad en los demás casos. En la práctica, casi siempre se designa un derechohabiente cuando la casi totalidad de contratos se refiere a ofertas consideradas comparables.

(27) b) 2. *Confrontación de los elementos de coste de los contratos* (artículo 6.3 UPR-procedimiento restringido, artículo 6.2 UPR-procedimiento abierto)

Una vez adoptada la decisión de designar un derechohabiente se inicia un debate entre los participantes para establecer qué datos técnicos y económicos han de servir de criterios para comparar los precios, ya que el derechohabiente sólo puede ser designado sobre la base de ofertas de precio comparables. Algunos de estos datos son los diversos elementos del contrato que deben tomarse en consideración, los requisitos específicos del pliego de condiciones, etc.

Tras este debate cada uno de los participantes debe rellenar el formulario indicando su cifra inicial, que representa «la oferta de precio prevista por un empresario».

(28) b) 3. *Entrega de cifras iniciales* (artículo 6.4 y artículo 7 UPR)

Las empresas que participan en la reunión deben entregar al presidente el formulario que contiene la cifra inicial.

De este modo, el presidente viene en conocimiento de dichas cifras y del nombre de la empresa que presenta la cifra inicial menos elevada.

A continuación, los participantes en la reunión pueden decidir, por la mayoría descrita en el considerando 26:

— comunicar todas las cifras iniciales a todos los participantes,

— comunicar dichas cifras (o solamente el orden de sucesión de éstas y, en su caso, los nombres de las empresas correspondientes) solamente al notificante que haya presentado la cifra inicial más baja,

— o mantener dichas cifras solamente en conocimiento del presidente (artículo 7 UPR).

Si uno de los participantes desea presentar con respecto al contrato en cuestión una oferta de precio que incluya una propuesta alternativa para determinados productos o procedimientos de construcción, debe comunicar el precio propuesto en el mismo formulario. Tiene que dar a conocer su propósito inmediatamente después de la entrega de las cifras iniciales so pena de que se le prohíba presentar la oferta de precio alternativa. Corresponde a los participantes en la reunión decidir qué respuesta conviene darse a tal propósito.

Importa señalar que no sólo se entregan las cifras iniciales cuando se considera que las ofertas son comparables. En todos los casos, inclusive cuando las ofertas no son comparables, las cifras iniciales forman parte de los datos que se utilizan para determinar el importe de la indemnización por gastos de cálculo.

(29) b) 4. *Posibilidad de retirada* (artículo 10 UPR)

Las empresas que participan en la reunión tienen derecho a retirar su propuesta tras venir en conocimiento de las cifras iniciales de sus competidores. Según el UPR-procedimiento restringido, si una empresa retira su propuesta, puede elegir entre renunciar al contrato en cuestión, es decir, no presentar ningún precio, o presentar uno más elevado que el de sus competidores. Pero, si la empresa que retira su propuesta es aquella que ha presentado la cifra inicial más baja, se le prohíbe participar en

modo alguno en la realización del proyecto de construcción. En tal caso, el UPR-procedimiento abierto prevé, además, una sanción pecuniaria de 25 000 HFL como máximo.

(30) b) 5. *Preferencia* (artículo 11 UPR)

Antes de conocer las cifras iniciales de sus competidores, los participantes en la reunión pueden solicitar que se les conceda el derecho de preferencia. Si se decide por unanimidad dar la preferencia a la empresa que lo solicite, ésta deberá presentar el precio más bajo, que consistirá en el precio que se habría fijado para la empresa que haya presentado la cifra inicial más baja.

Al fijar las cifras que deben presentar los demás participantes, se respeta el orden de sucesión de las cifras iniciales. Para la empresa que haya presentado la cifra inicial más reducida, se fija una cifra que tiene en cuenta la preferencia concedida a otro participante.

Los participantes en la reunión pueden decidir supeditar la concesión de la preferencia a ciertas condiciones, que no pueden consistir en una compensación financiera a cargo del participante que obtiene la preferencia y en beneficio de los demás participantes.

De las investigaciones llevadas a cabo se desprende que el número de casos en los que se concede el derecho de preferencia es reducido.

(31) b) 6. *Aumentos de precio* (artículos 12, 13 y 14 UPR-procedimiento restringido y artículos 12, 15 y 16 UPR-procedimiento abierto).

Los precios de oferta definitivos de las empresas interesadas son el resultado de una modificación concertada de las cifras iniciales consistente en ciertos aumentos de precio.

Estos incrementos corresponden a una indemnización por los gastos de cálculo de los presupuestos de las obras y una contribución a los gastos de funcionamiento de las organizaciones profesionales. Importa señalar que los participantes en la reunión pueden decidir aplicar a las cifras iniciales de dichos incrementos con independencia de la decisión que adopten con relación a la designación de un derechohabiente.

(32) b) 6. i) Indemnizaciones por gastos de cálculo (artículo 12 UPR)

El importe de la indemnización de los gastos de cálculo (suma o porcentaje igual para todos los participantes) se establece durante la reunión. El importe máximo de esa indemnización figura en la lista de baremos anexa a los UPR en valor o en porcentaje máximo y depende del sector de la construcción de que se trate, del valor del contrato y de la naturaleza del pliego de condiciones (según esté normalizado o no). En el sector de la construcción de edificios, el máximo depende, asimismo, del tipo de edificios (residenciales o no residenciales) y de la naturaleza de los trabajos que han de efectuarse (mantenimiento, reconstrucción, construcción, etc.).

El valor del contrato se calcula teniendo en cuenta la media de las cifras iniciales presentadas por las empresas, ponderada en función del número de participantes y de las diferencias entre dichas cifras. En su caso, a las cifras iniciales se les añade un importe que representa el valor de las materiales y las prestaciones que aportan el propio contratante de la obra o terceros. Establece el valor de estos materiales y prestaciones el presidente de la reunión, previa consulta con las empresas participantes. El valor máximo añadible a la media de las cifras iniciales equivale a la cifra inicial más baja en el caso de los materiales que ha de utilizar la empresa licitadora, y al 25 % del valor real estimado en los demás casos en los que se cumplen las condiciones complementarias relativas a la simultaneidad de todas las obras.

A faltas de los datos necesarios para establecer la media de las cifras iniciales, la indemnización de los gastos de cálculo se calcula tomando como base el valor estimado del contrato en cuestión o en forma de un porcentaje de la oferta de precio más baja.

A continuación, el importe de la indemnización de los gastos de cálculo de cada empresa que participe en la reunión se multiplica por el número de dichas empresas. El factor de multiplicación no puede ser superior a veinte cuando el adjudicador haya lanzado una convocatoria pública de candidaturas o una licitación pública sin limitación del número de empresas. Ese factor máximo también es aplicable a las licitaciones de la OTAN en la que participan empresas extranjeras, siempre que dichas empresas también participen en la reunión en el seno de la organización SPO.

Cuando en el marco de la realización de la obra otras empresas ya hayan presentado ofertas de precio, habrá que añadir, además, el importe total de la indemnización de los gastos de cálculo fijado o que se vaya a fijar para dichos licitadores.

(33) En el sistema UPR-procedimiento restringido, salvo decisión contraria expresa de los participantes en la reunión, el incremento de las cifras iniciales en concepto de indemnización de los gastos de cálculo siempre alcanza el máximo previsto.

No obstante, antes de la entrega de las cifras iniciales los reunidos pueden decidir por la mayoría descrita en el considerando 26:

— renunciar a todo aumento,

— aumentar las cifras iniciales en una cantidad más reducida que el importe máximo permitido,

— dejar a dicreción de la empresa que haya presentado la cifra más bajo, o la siguiente, la decisión sobre ese aumento.

En el sistema del UPR-procedimiento abierto en principio decide sobre dicho aumento la empresa que haya presentado la cifra planta más baja. No obstante, la decisión de renunciar a todo aumento en concepto de indemnización de los gastos de cálculo debe ser adoptada por el conjunto de los reunidos antes de la entrega de las cifras iniciales.

(34) b) 6. ii) Contribución a los gastos de funcionamento de las organizaciones profesionales (artículo 14 UPR-procedimiento restringido y artículo 16 UPR-procedimiento abierto)

Los UPR también prevén el incremento de las cifras iniciales en una cantidad máxima equivalente al 1,5 % de la cifra inicial más baja, desglosada del siguiente modo:

— gastos de la oficina en cuestión (0,4 %),

— contribución a la asociación SPO (0,1 %),

— contribución a una organización profesional reconocida por la asociación AVBB o la asociación SPO (0,3 %),

— contribución a fines de interés general en el sector de la construcción (0,7 %).

(35) Del pago de la contribución a fines de interés general en el sector de la construcción se encarga la oficina, que abona un cuarto de la suma a una fundación nacional y los tres cuartos restantes a una fundación regional (hay ocho fundaciones regionales, una por cada oficina).

Estas nueve fundaciones han sido creadas y son dirigidas en común por la AVBB y la SPO. Las ocho fundaciones regionales están bajo el control de una comisión permanente en la que cooperan esas dos asociaciones («Commissie Aanbestedingswezen en Prijsvorming»). Los denominados fines de interés general incluyen la formación del personal, las medidas de seguridad, la investigación y el desarrollo, etc.

En cuanto a la contribución a una organización profesional, puede destinarse a diversas entidades, tales como las organizaciones pertenecientes a la SPO y a la AVBB.

(36) En los UPR el aumento de las cifras iniciales en concepto de contribución a los gastos de la oficina en cuestión y a la SPO está establecido como norma general. Sobre las demás contribuciones ha de decidir la empresa que presente la cifra inicial más baja. En cuanto a la contribución para fines de interés general en el sector de la construcción, sólo es posible aumentar las cifras iniciales por dicho concepto si previamente se ha añadido a las cifras iniciales el importe máximo de la indemnización de los gastos de cálculo.

(37) La información y documentación obtenida con motivo de las investigaciones que se han llevado a cabo pone de manifiesto que el importe total de los aumentos mencionados anteriormente puede ascender, en casos extremos, a cerca del 20 % del precio más bajo propuesto. Según afirman los destinatarios de la presente Decisión en su pliego de descargo, en el período comprendido entre 1987 y 1988 el importe total de estos aumentos representó como media un 3,1 % del precio más bajo presentado.

(38) b) 7. *Fijación concertada de los precios de oferta definitivos* (artículo 15 UPR-procedimiento restringido y artículo 17 UPR-procedimiento abierto)

Una vez comparados los precios y establecidos los importes de los aumentos a que se refier en los considerandos 31 a 37, cada uno de los participantes fija el precio definitivo que se debe proponer a la entidad adjudicadora de la obra. El orden de sucesión de estos precios definitivos ha de corresponder con el de las cifras iniciales.

Las ofertas se fijan añadiendo a cada cifra inicial la suma de todos los importes de los aumentos, teniendo en cuenta que, salvo en el caso de las empresas que han presentado la cifra inicial más baja y la siguiente, deben incrementarse las cifras iniciales de todos los participantes respetándose el orden de sucesión establecido.

No obstante, con el consentimiento previo de las empresas que hayan presentado la cifra inicial más baja y la siguiente, y siempre que no se altere el orden de sucesión de las cifras iniciales, pueden disminuirse las ofertas de precio definitivas de las demás empresas de manera que las diferencias de precio entre las distintas ofertas presentadas a la entidad adjudicadora de la obra no sean excesivas.

Si se ha concedido la preferencia a uno de los participantes, a fin de que las diferencias de precio entre las ofertas presentadas a la entidad adjudicadora garanticen una posición preferencial a la empresa designada de común acuerdo, el presidente puede aumentar las ofertas de precio definitivas previa consulta con la empresa que haya obtenido la preferencia y con la que haya presentado la cifra inicial más baja.

Por otra parte, de las investigaciones efectuadas se desprende que la fijación de los precios no se limita a los precios de la totalidad del contrato en cuestión. También se fijan, en su caso, teniendo en cuenta el orden de sucesión de las cifras iniciales, los precios relativos a partes determinadas del contrato y los precios unitarios. Además, en la reunión también se deciden, si procede, otras condiciones de la operación diferentes del precio y los elementos constitutivos de éste.

Está prohibido presentar a la entidad adjudicadora un precio diferente del establecido con arreglo al procedimiento descrito anteriormente.

c) **Protección del derechohabiente** (artículo 28 UPR-procedimiento restringido y artículo 30 UPR-procedimiento abierto en relación con el artículo 5 del Código de honor)

(39) Excepto en el caso de las ofertas de precio no simultáneas, se denomina empresa «derechohabiente» a aquélla designada como tal por los participantes en la reunión o, en su caso, por la oficina tras la presentación de las ofertas. En principio, esta empresa es la que presenta una cifra inicial más reducida, salvo retirada de ésta o aplicación de las normas sobre preferencia (véanse los considerandos 29 y 30).

Tras su designación, la empresa derechohabiente queda protegida de toda competencia de las demás empresas constructoras de la organización SPO, puesto que durante la presentación oficial de las ofertas es la única facultada para negociar con la entidad adjudicadora.

(40) En efecto, los demás oferentes no pueden mantener contactos con la entidad adjudicadora para negociar el precio de las prestaciones o de los elementos del contrato [artículo 28 UPR-procedimiento restringido y artículo 30 UPR-procedimiento abierto en relación con el artículo 5(2) del Código de honor]. Por consiguiente, sólo pueden obtener el contrato al precio ofertado por ellos y de conformidad con el pliego de condiciones.

(41) En el caso de las ofertas de precios no simultáneas, la protección del derechohabiente se extiende a las ofertas de precio ulteriores [véanse los artículos 28 UPR-procedimiento restringido y 30 UPR-procedimiento abierto y el reglamento relativo a las ofertas de precio no simultáneas en relación con el artículo 5(3) del Código de honor]. Así, las empresas invitadas posteriormente por la entidad adjudicadora a presentar una oferta necesitan contar con el consentimiento del derechohabiente o, en caso de negativa de éste, de una comisión *ad hoc* designada por la oficina correspondiente. En principio, esta protección tiene por objeto impedir otra oferta ulterior inferior al precio propuesto por el derechohabiente. No obstante, si la diferencia entre el precio de la oferta ulterior y el precio presentado por el derechohabiente es considerable, cabe la posibilidad de que la comisión *ad hoc* llegue a una decisión favorable. La protección del derechohabiente tiene una duración de dos o cinco años (según el valor del contrato).

d) **Transferencia de los importes de los aumentos de precio** (artículos 16 a 18 UPR-procedimiento restringido; y artículos 13 y 18 a 20 UPR-procedimiento abierto)

(42) Por regla general, los importes correspondientes a la indemnización por gastos de cálculo y a las contribuciones y cotizaciones profesionales se añaden de manera uniforme a todas las ofertas de precio. Este recargo lo paga íntegramente la entidad adjudicadora dentro del precio total que abona al constructor adjudicatario.

A su vez, la empresa adjudicataria transfiere una parte de los importes en cuestión a la oficina de la SPO, generalmente por ingreso en cuenta corriente.

Por su parte, la oficina de la SPO transfiere las sumas del modo indicado a continuación.

(43) d) 1. *Sistema del UPR-procedimiento restringido*

La oficina efectúa las transferencias con respecto a cada contrato. Al iniciarse las obras, envía al adjudicatario una factura por un valor equivalente al total de los gastos de cálculo y de contribución a las cotizaciones profesionales convenidos y/o decididos durante la reunión, deduciendo de dicha factura:

— su propia indemnización por gastos de cálculo;

— un descuento del 10 % por pago en el plazo previsto (y del 15 % en el caso de la contribución a los gastos de interés general en el sector de la construcción).

El importe percibido por la oficina en concepto de gastos de cálculo se reparte del siguiente modo:

— 3 % para una cuenta «Fondo de garantía» destinada, entre otras cosas, a indemnizar a los participantes de una reunión cuya propuesta haya sido descartada al prevalecer la de un candidato independiente. El importe de esta indemnización se limita al 30 % de las indemnizaciones por gastos de cálculo convenidas durante la reunión, con un techo máximo de 5 000 HFL;

— el resto se reparte entre los demás licitadores.

El importe recibido por la oficina en concepto de cotizaciones profesionales se transfiere a los destinatarios mencionados en los considerandos 34 y 35.

(44) d) 2. *Sistema del UPR-procedimiento abierto*

En el sistema del UPR-procedimiento abierto los pagos de las indemnizaciones por gastos de cálculo se efectúan por año natural, del siguiente modo:

Las empresas adjudicatarias de los contratos sometidos a licitación según el procedimiento abierto ingresan los importes correspondientes en la cuenta «Caja de cálculo» de la oficina correspondiente. Estas empresas obtienen puntos según las normas indicadas en los cuadros que figuran en el Anexo III de los UPR. El número de puntos viene determinado por el valor del contrato en cuestión.

La oficina paga un importe máximo de 2 500 HFL anuales a cada empresa que haya participado en una o más reuniones organizadas con arreglo al UPR-procedimiente abierto, siempre que se le haya adjudicado uno o más contratos que entren dentro del ámbito de aplicación de los dos UPR y siempre que el valor de éstos sea al menos igual al valor total de los contratos que hayan sido objeto de tales reuniones.

(45) Por otra parte, la oficina abona el importe total de la indemnización de los gastos de cálculo de la empresa que haya presentado la cifra más baja en una reunión relacionada con un contrato al que es de aplicación el UPR-procedimiento abierto cuando dicho contrato es adjudicado a un candidato independiente, siempre que la cifra inicial de la empresa afectada sea inferior al precio propuesto por el candidato independiente.

(46) Por último, el saldo de la caja de cálculo restante tras deducir los importes mencionados es abonado a los participantes que, de conformidad con las disposiciones del UPR-procedimiento abierto, hayan obtenido durante el año natural los contratos en cuestión.

El importe que corresponde a cada uno de ellos se calcula en función de los puntos atribuidos a lo largo del año. En cuanto al pago y la distribución de los importes correspondientes a las contribuciones a cotizaciones profesionales, no hay diferencia alguna entre las disposiciones del UPR-procedimiento restringido y el UPR-procedimientes abierto.

e) Control del cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los UPR

(47) Todo incumplimiento de las disposiciones de los UPR constituye una infracción del Código de honor (véanse los artículos 29 UPR-procedimiento restringido y artículo 31 UPR-procedimiento abierto en relación con el artículo 9 del Código de honor), cuyo texto fue adoptado por la asamblea general de la SPO el 3 de junio de 1980. Las sanciones previstas en el Código de honor van de la reprobación a la multa de hasta 100 000 HFL o el 15 % del importe estimado de la obra en cuestión.

(48) De la instrucción de las infracciones del Código de honor se encarga la «Stichting Berechtigingstituut Erecode Bouwbedrijf», cuya comisión disciplinaria dicta las decisiones pertinentes, que pueden recurrirse ante un colegio de apelación. Las normas de procedimiento figuran en el «Berechtigingsreglement Erecode Bouwbedrijf».

Pueden reclamar ante la comisión disciplinaria las empresas vinculadas por el Código de honor, la SPO y sus asociaciones miembro. En cuanto a las oficinas a que se refiere el considerando 9, deben disponer de un mandato individual de dichas asociaciones miembros para presentar una reclamación en su nombre.

f) Actitud de la organización SPO frente a los constructores no asociados

(49) Los UPR establecen para los empresarios vinculados a ellos un sistema de intercambio de información que permite a los participantes contrarrestar eficazmente o hacer fracasar una posible presión de la competencia exterior.

(50) a) Durante su reunión las empresas participantes disponen de las información facilitada bien por la oficina bien por las propias empresas.

Se trata, por una parte, de datos comunicados en aplicación del Código de honor. Este Código impone, al igual que los UPR, la obligación de notificar a la oficina de la SPO el propósito de presentar una oferta.

Por el contrario, el Código no hace preceptiva la participación en una reunión en el marco de la organización SPO con anterioridad a la adjudicación (salvo en el caso de las ofertas de precio no simultáneas).

El Código de honor no sólo vincula a las empresas miembro de la SPO, sino también a aquellas empresas que no pertenecen a una asociación miembro de la SPO pero sí forman parte de una asociación de la AVBB.

De este modo, la eventual participación en una licitación determinada de una empresa que sólo está vinculada por el Código de honor y que no desea participar en la reunión es conocida por medio de su notificación a la oficina. Sin embargo, en el caso de las ofertas de precio no simultáneas dicha empresa está obligada a participar en la reunión de la SPO.

Por otra parte, también se dispone de la información que las empresas vinculadas por los UPR han obtenido por sí mismas y que comunican a su vez a la oficina con motivo de la notificación o a los demás participantes de la reunión durante la misma.

Las investigaciones llevadas a cabo han revelado que en diversos casos concretos una empresa miembro o la oficina de la SPO han intentado obtener de un competidor exterior su adhesión a los UPR. Por otro lado, las actas de las reuniones prueban que en numerosas ocasiones las empresas que prefieren no participar en una licitación con arreglo al procedimiento abierto comunican su «no participación» a la SPO.

(51) b) Gracias a dicho intercambio de información, los UPR establecen una protección flexible y eficaz frente a la posible competencia de empresas ajenas a la organización SPO. Esta protección puede consistir en la renuncia a designar un derechohabiente en el seno de la organización SPO y en una limitación o incluso una renuncia a todo incremento de las cifras iniciales. Además, se induce a los participantes a tomar en consideración el riesgo de una competencia exterior a la hora de fijar su cifra inicial.

La encuesta celebrada con motivo de este asunto, y en particular el análisis de las respuestas a las preguntas C.1(d) y (e) de las solicitudes de información de 14 de noviembre de 1988 dirigidas a las oficinas, ha permitido comprobar que esta actitud ha hecho fracasar las ofertas de los candidatos externos en al menos el 80 % de las ocasiones (este porcentaje varía según los sectores).

g) **Reglamento relativo a las ofertas de precio no simultáneas**

(52) Como ya se indicó en el considerando 41, la protección del derechohabiente también abarca las ofertas de precio ulteriores durante un período de dos o cinco años según el valor del contrato. En este caso, la condición de derechohabiente no es necesariamente el resultado de una reunión o de una decisión de la oficina (cfr. el considerando 39). Puede ser consecuencia del hecho de que la empresa, vinculada por los UPR-procedimiento abierto o solamente por el Código de honor, no haya tenido conocimiento de ofertas rivales ni tras haber comunicado su propósito de proponer un precio ni en el momento mismo de presentar su oferta.

(53) En tal caso, la reunión organizada por la oficina correspondiente no cumple más función que la de poner en marcha el procedimiento de consentimiento y fijar, si procede, los aumentos de precio y los propios precios. Si las diferencias entre las características del contrato definidas y prescritas por la entidad contratante impiden comparar o hacer comparable la oferta de precio original (del derechohabiente) con las ofertas de precio posteriores, se prohíbe presentar estas últimas. Si son o se han hecho comparables, es necesario el consentimiento expreso del derechohabiente, que decide con total libertad. No obstante, se considera que en caso de no participación en la reunión o de renuncia expresa de los derechos y deberes dimanantes de los UPR, el derechohabiente otorga su consentimiento implícito para la presentación de una oferta ulterior de otro constructor. Según afirman los destinatarios de la presente Decisión en su pliego de descargo, sólo en el 10,5 % de los casos la aplicación de este reglamento ha supuesto la protección del primer oferente contra ofertas de precio ulteriores más bajas.

(54) La obligación de participar en la reunión indicada en el apartado precedente afecta tanto a las empresas sujetas a los UPR como a las empresas vinculadas sólo por el Código de honor. No obstante, estas últimas no siempre conocen las normas de procedimiento de los UPR, a las que el Código de honor sólo se refiere de manera general.

h) **Reglamento relativo a las ofertas de precio en el contexto de la subcontratación**

(55) Cuando los contratistas principales que participan en una licitación a su vez sacan a licitación determinadas partes del contrato, este reglamento es aplicable si las empresas de subcontratación invitadas están sujetas a los UPR siempre que estas empresas propongan sus precios antes de que el contratista principal presente su oferta.

Si el contratista principal solicita ofertas de precio después de haber presentado su propia oferta, los UPR y el reglamento relativo a las ofertas de precio no simultáneas son plenamente aplicables.

(56) Las empresas de subcontratación están obligadas a comunicar a la oficina competente tanto su propósito de presentar una oferta de precio como el precio mismo.

La oficina sólo organiza una reunión de tales empresas después de conocer el resultado de la licitación en que participan los contratistas principales. Únicamente se invita a participar en la reunión a aquellas empresas de subcontratación que hayan presentado una oferta de precios al contratista principal.

Durante la reunión se designa un derechohabiente en función de las ofertas de precio comunicadas a la oficina (si son comparables).

(57) Toda oferta de precio de una empresa de subcontratación debe incluir un importe igual al 3 % correspondiente a los incrementos mencionados en los considerandos 31 a 37. Si la empresa adjudicataria de la subcontratación ha sido la única invitada por el contratista principal a presentar una oferta de precio, debe abonar a la oficina un importe equivalente al 0,5 % de su oferta para cubrir los gastos de aquélla (0,4 %) y la contribución a la asociación SPO (0,1 %). Si, por el contrario, dicha empresa obtiene el contrato compitiendo con otras empresas de subcontratación invitadas por el contratista principal, en tal caso debe abonar, además, un importe máximo equivalente al 2,5 % de su oferta de precio en concepto de indemnización de los gastos de cálculo de las empresas participantes.

(58) Como consecuencia de las disposiciones de este reglamento, toda empresa de subcontratación invitada a presentar una oferta respecto de un contrato de adjucicación directa debe aumentar su oferta sistemáticamente en un 3 % a fin de poder efectuar los pagos previstos en el supuesto de que el contratista principal decida celebrar otras consultas. Otra consecuencia de este reglamento es que la indemnización de los gastos de cálculo sólo se aplica a las empresas de subcontratación que han presentado sus ofertas de precio al contratista principal adjudicatario.

(59) De las investigaciones efectuadas por la Comisión se desprende que en el sector de la señalización vial horizontal (sector característico de la subcontratación) la SPO suspendió durante el período comprendido entre el 1 de agosto de 1988 y el 1 de agosto de 1989 el reglamento relativo a las ofertas de precio de subcontratación y decidió aplicar el UPR-procedimiento restringido.

i) **Contratos de adjudicación directa** (artículo 16.1.d UPR-procedimiento restringido)

(60) En principio, estos contratos no son objeto de concertación en el seno de la organización SPO. No obstante, en caso de ser consultado por una entidad adjudicadora a propósito de la celebración de un contrato de adjudicación directa, todo constructor que esté adherido a los UPR debe notificar a la oficina de la SPO su propósito de responder a la consulta y de presentar una oferta de precio. Si la entidad adjudicadora no consulta posteriormente a ningún otro consultor, la SPO considera el contrato como realmente de adjudicación directa y, en consecuencia, no es objeto de ninguna otra norma especial. Por el contrario, si la entidad adjudicadora consulta ulteriormente a otros constructores, la SPO aplica el reglamento anejo a los UPR relativo a las ofertas de precio no simultáneas.

En el supuesto de que este reglamento no pueda aplicarse por haberse celebrado ya el contrato, los UPR prevén la imposición al constructor del pago de un importe máximo equivalente al 3 % del valor del contrato adjudicado, correspondiente a los incrementos de precio previstos por dicha norma (cf. artículo 16.1.d UPR-procedimiento restringido).

(61) Por lo tanto, en cualquier caso, todo constructor invitado a presentar una oferta relativa a un contrato de adjudicación directa debe aumentar su oferta sistemáticamente en un 3 % a fin de poder efectuar en el momento oportuno los pagos preceptivos si la entidad adjudicadora decide consultar con otras empresas.

E. SITUACIÓN ANTERIOR AL 1 DE ABRIL DE 1987

(62) Con anterioridad al 1 de abril de 1987, fecha de entrada en vigor de los UPR actuales, las asociaciones miembros de la SPO aplicaban ellas mismas sus propias normas sobre regulación de precios, además de ocuparse de garantizar, directa o indirectamente, su cumplimiento.

Los UPR que fueron adotados por la SPO el 9 de octubre de 1986 y entraron en vigor el 1 de abril de 1987 son la continuación de los acuerdos de esa misma naturaleza celebrados en el seno de 29 asociaciones sectoriales y nacionales o regionales de constructores, que habían adoptado cada una por su cuenta sus propias normas sobre regulación de precios. Desde 1973 la SPO ha uniformado y aprobado las estructuras y el contenido de estas diferentes disposiciones.

Con todo, los reglamentos anteriores a los UPR actualmente vigentes diferían de éstos en algunos aspectos esenciales. A continuación, se examinan los más importantes.

(63) a) Estos reglamentos establecían un procedimiento denominado de «contranotificación». La oficina comunicaba a la empresa notificante los nombres de las demás empresas que habían notificado su propósito de presentar una oferta de precio. Los UPR actualmente vigentes prohíben de manera expresa dicha comunicación. No obstante, la oficina comunica, previa solicitud, el nombre de las demás empresas invitadas a participar en la reunión.

(64) b) Estos reglamentos preveían la posibilidad de «mejorar» y de «corregir» los precios. La «corrección» del precio consistía en el aumento de la cifra inicial más baja según un cálculo muy detallado y complejo. La «mejora» del precio consistía en el aumento de todas las cifras iniciales y su objetivo era mantener «los precios a un nivel razonable». El importe de dicho aumento se destinaba a fines de interés general del sector de la construcción.

Por su parte, los UPR actualmente vigentes ya no prevén la posibilidad de corregir los precios, mientras que la mejora de éstos ha sido substituida por el sistema de las cotizaciones profesionales.

(65) c) El mecanismo de la preferencia, previsto en los reglamentos anteriores a los UPR, llevaba a un aumento de los precios de todos los participantes. Partiendo de la cifra inicial presentada por la empresa a que se atribuía la preferencia y aplicando un cálculo detallado y complejo se llegaba a una cifra inicial modificada, que se consideraba como la cifra inicial más baja. Las cifras iniciales de las demás empresas tenían que ser aumentadas de igual modo.

F. MEDIDAS Y PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS ESTATALES

(66) El Real Decreto de 29 de diciembre de 1986, que fue adoptado en aplicación del artículo 10 de la Ley sobre competencia económica, entró en vigor el 1 de abril de 1987 por un período de cinco años y fue publicado en el Diario Oficial neerlandés n° 676 de 30 de diciembre de 1986, tiene por objeto limitar o prohibir determinadas disposiciones de las normas anteriores, por considerarse que restringen la competencia. No obstante, este Real Decreto deja intacto el contenido esencial de las disposiciones de dichas normas, recogido en los UPR actualmente vigentes.

(67) En la Orden Ministerial de 2 de junio de 1986 (*Staatscourant* n° 118, de 24 de junio de 1986) se promulga el *Uniform Aanbestedingsreglement* (en adelante: «UAR»), que entró en vigor el 1 de noviembre de 1986 reemplazando un reglamento anterior de 21 de diciembre de 1971. El UAR tiene por objeto fijar los procedimientos que deben aplicar los poderes adjudicadores públicos en materia de contratación.

Concretamente el artículo 3 del UAR dispone que:

«el adjudicador no tendrá derecho a exigir al licitador o al candidato interesado que:

— renuncie a oponerse a los intentos el adjudicador de celebrar un acuerdo con terceros para la ejecución de las obras,

— no procure influir en las ofertas de precio de terceros,

— no obstruya la ejecución de las obras.»

Según la nota explicativa de esta Orden Ministerial, estas disposiciones están encaminadas a impedir que los poderes adjudicadores exijan a los licitadores que renuncien al ejercicio de los derechos y obligaciones que dimanan de los compromisos contraídos en el marco de una organización para la regulación de precios.

(68) Aunque el UAR sólo es obligatorio para el Estado en su calidad de poder adjudicador (cfr. el Real Decreto de 6 de abril de 1973 modificado por el Real Decreto de 7 de abril de 1987), también son invitados e incitados a respetar sus disposiciones los demás poderes adjudicadores públicos y privados, particularmente las colectividades territoriales y las organizaciones responsables de las viviendas sociales. En respuesta a esta invitación y sobre la base de un acuerdo concluido en abril de 1988 con la asociación SPO, la Asociación de municipios neerlandeses ha recomendado a sus miembros, es decir, a todos los municipios de los Países Bajos, que apliquen íntegramente el UAR.

Según la asociación SPO, por regla general las autoridades públicas territoriales y descentralizadas de los Países Bajos aplican voluntariamente el UAR.

(69) Las medidas y prácticas descritas en esta parte se mencionan en la presente Decisión con fines puramente informativos, ya que son objeto de un procedimiento de infracción diferente en aplicación del artículo 169 del Tratado.

II. VALORACIÓN JURÍDICA

Sección I

Apartado 1 del artículo 85 del Tratado

(70) El artículo 85 del Tratado establece que serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

Por lo tanto, de acuerdo con las disposiciones del apartado 1 del artículo 85, los acuerdos y decisiones descritos en los puntos 3 a 17 y 25 a 65 están prohibidos, dado que su finalidad es organizar el mercado de la oferta y modificar las condiciones de las transacciones comerciales en función de unos factores que no son el resultado del libre juego de la competencia.

I. EL MERCADO DE LA CONSTRUCCIÓN

(71) Según la SPO, el mercado de la construcción es diferente de los otros mercados de bienes y servicios, debido fundamentalmente al carácter inmobiliario del producto:

— para cada producto de la construcción hay un único comprador, el contratante de la obra, que determina las características que debe reunir el producto, forma, contenido, calidad y plazo de entrega, por lo que se trata de un tipo de mercado parcial con un único demandante;

— en el sector de la construcción no pueden constituirse reservas, ya que cada producto es único y debe ser realizado en un lugar determinado.

La SPO afirma también que, en este mercado, la oferta se encuentra estructuralmente en una posición débil frente a la demanda y que, esto daría lugar a una competencia de precios ruinosa entre los constructores. La principal función de las reglamentaciones privadas objeto de este procedimiento sería la de garantizar una formación de precios equilibrada y económicamente saneada y evitar perturbaciones graves de la oferta en el mercado.

Sin embargo, la Comisión no puede admitir que las características del sector de la construcción puedan conducir a que dicho sector quede excluido de la aplicación de las reglas de competencia del Tratado.

(72) Según la SPO, la primera particularidad del sector es el carácter complejo y altamente especializado del producto, que constituye una carga considerable para el constructor, puesto que cada obra es, en cierto modo, diferente, por no decir única, en función de su naturaleza (edificio destinado a vivienda o para uso profesional, carreteras, puentes, etc.), de las condiciones físicas y geográficas (situación de la obra, naturaleza del terreno, etc.) y de las condiciones establecidas por el comprador (descripción de la obra y pliego de condiciones). Si la oferta presentada por el constructor no es aceptada, este último no puede presentarla posteriormente a otro comprador.

La Comisión, por su parte, señala que la mayoría de los servicios profesionales tiene, en principio, un carácter muy individualizado. Además, los constructores tienen tendencia a especializarse en determinados campos y, en cada uno de ellos, las obras suelen

ser de naturaleza similar, cuando no idéntica; por otra parte, la evolución de los métodos de construcción pone de manifiesto un grado progresivo de normalización. Si, además, se trata de un comprador regular de obras, los constructores saben con frecuencia qué tipo de condiciones y especificaciones les cabe esperar. Por estas razones, el constructor al que se le ha rechazado una oferta podrá, en general, servirse de las técnicas utilizadas para preparar una oferta posterior.

(73) Una segunda característica que pone de manifiesto la SPO se refiere a la adjudicación como método aplicado para obtener la oferta mejor: hay un único demandante para cada producto, la entidad adjudicadora de la obra, frente a varios licitadores (un número indeterminado en caso de procedimiento abierto y un número determinado por el contratante de la obra en caso de procedimiento restringido). Para obtener el precio más bajo o la oferta económicamente más ventajosa, la entidad adjudicadora puede comparar las ofertas de los licitadores, mientras que quien presenta la oferta está vinculado por el precio ofrecido.

En opinión de la Comisión, la tesis de la SPO de que cada contrato de obra es un contrato parcial no puede tener como consecuencia la ausencia de un mercado de la construcción. En efecto, el mecanismo de adjudicación de los contratos de obras es un procedimiento casi continuo. Muchos constructores, cuando consideran que tienen obras suficientes a corto y medio plazo, sienten la tentación de no concurrir a las licitaciones (en caso de procedimiento abierto) o se esfuerzan menos en ofrecer el precio más bajo (en caso de procedimiento restringido). En otras palabras, los contratos constituyen para los constructores alternativas globalmente equivalentes, lo cual demuestra la existencia de un mercado de la construcción como tal. Otros constructores, en particular las empresas más grandes, disponen, para todos los grandes tipos de obras o para la mayoría, de conocimientos y técnicas casi idénticos, material y maquinaria adaptados, personal cualificado, etc. Además, en la mayoría de los casos, y en particular en el caso de los constructores especializados o de gran envergadura, no tienen una actitud pasiva respecto del mercado; desarrollan una política de promoción activa para asegurarse, en la medida de lo posible, un volumen de trabajo suficiente y regular.

La Comisión tampoco acepta el argumento de la SPO de que el sistema de adjudicación «institucionaliza» el predominio de la demanda sobre la oferta y, en consecuencia, provoca un desequilibrio estructural en el mercado. En efecto, tanto la demanda como la oferta agrupan a categorías muy heterogéneas de personas y empresas. En muchos casos, sobre todo cuando el adjudicador es un particular o una empresa pequeña, los conocimientos y la experiencia de quienes presentan la oferta se imponen a los del demandante. En otros casos, sobre todo cuando el adjudicador es una empresa o un organismo que somete muchos contratos a licitación, serán también en general empresas de gran tamaño (o agrupaciones de empresas) las que presentarán ofertas de precio.

Por otra parte, tampoco se puede aceptar la afirmación de la SPO de que el sistema de adjudicación conduciría a precios artificialmente bajos. Además de no ser un procedimiento exclusivo del sector de la construcción, la adjudicación permite comparar ofertas de precios.

El sistema de adjudicación es, por excelencia, el ámbito en el que puede desarrollarse el juego de la competencia [1]. Esto es aún más cierto en la contratación pública: La Directiva 71/305/CEE del Consejo [2], cuya última modificación la constituye la Directiva 90/531/CEE [3], establece las normas de procedimiento que deben seguir los poderes adjudicadores públicos con objeto de implantar una mayor transparencia respecto de los contratos sometidos a licitación, de forma que todas las empresas interesadas puedan responder en condiciones comparables. La igualdad de oportunidades que, de esta forma, se crea para los licitadores no debe verse falseada por un sistema de concertación entre las empresas en el que se prevea de forma sistemática celebrar reuniones previas a la presentación de las ofertas de precios. Un sistema de este tipo pondría en cuestión el procedimiento de adjudicación como tal.

Por último, la Comisión no puede aceptar la afirmación de que una adjudicación daría lugar a una competencia ruinosa. En primer lugar, no hay un precio determinado que sea «el» único precio económicamente saneado en un caso concreto: un precio que permite a una empresa cubrir gastos y obtener un margen de beneficios es un precio equitativo para dicha empresa, pero ese mismo precio podría suponer pérdidas para otra empresa que tuviera costes más elevados. En segundo lugar, aun sin excluir que, en particular en período de coyuntura baja, algunos constructores no puedan realizar el trabajo al precio que han ofertado, este riesgo, que se da también en el sector de los productos industriales en caso de ventas con pérdidas, no puede justificar la implantación de un mecanismo de concertación entre los constructores. Los poderes adjudicadores deberán negociar al máximo los precios para conseguir el precio más bajo o aceptar un precio más elevado asegurándose de que se trata de la oferta más ventajosa si se tienen en cuenta factores distintos del precio, como, por ejemplo, calidad, plazo de entrega, etc., siempre que la normativa pública en materia de adjudicación, cuando sea aplicable, les permita hacer este tipo de valoración.

(74) Para la SPO, una tercera particularidad del sector de la construcción es que la preparación de una oferta implica, en general, gastos de estudio elevados,

(1) Sentencia del Tribunal de 16 de diciembre, «*Suikerunie e.a*», Rec. 1975, p. 1663, considerando 559 e.s.
(2) DO n° L 185 de 25. 8. 1971, p. 5.
(3) DO n° L 297 de 10. 9. 1990, p. 1.

gastos que sólo podrán cargarse al comprador en caso de que el licitador consiga el contrato.

No obstante, la Comisión considera que, en teoría, hay dos formas de recuperar los gastos de cálculo: o bien el demandante paga por separado la oferta de precios o bien el constructor incluye dichos gastos en los gastos generales de su empresa. En principio, la primera posibilidad no puede tenerse en cuenta, en la medida en que, en Derecho civil, la invitación a presentar una oferta y la presentación de la oferta no dan lugar a obligaciones contractuales de pago. Por lo tanto, la segunda posibilidad es la forma adecuada y, en general, utilizada en el conjunto de la Comunidad para recuperar los gastos de cálculo, como sucede con los gastos de promoción y comercialización de los productos, que forman parte de los gastos generales de una empresa.

En su pliego de descargo, la SPO expuso la «teoría de los gastos de transacción», por la que, al someter a licitación una obra de construcción, tanto los demandantes como los licitadores se encuentran frente a unos gastos de transacción con frecuencia elevados. Si bien es cierto que estos gastos pueden ser elevados, no está muy claro cuál sería precisamente la consecuencia jurídica: unos gastos elevados para el demandante son responsabilidad exclusiva de este último; unos gastos elevados para el licitador no pueden limitar la aplicación de las reglas de competencia del Tratado en el sector de la construcción. En este sentido, es significativo que las autoridades nacionales competentes de varios Estados miembros, entre las que se encuentran las autoridades neerlandesas (1) y francesas (2), hayan aplicado también su derecho nacional en materia de competencia a los acuerdos de adjudicación.

La SPO ha señalado también que quien presenta una oferta en el mercado de la construcción no tendría ninguna posibilidad de comparar precios, debido a la falta de transparencia de las transacciones desde el punto de vista de quien presenta la oferta. Esta circunstancia, combinada con la realidad de los costes elevados, tendría la consecuencia de que una oferta de precio en el mercado de la construcción sería una operación «mucho más arriesgada» que una operación similar en cualquier otro sector industrial.

En este sentido, se ha comprobado que la escasa transparencia parece ser característica común de todos los sectores de servicios en los que faltan, en particular, listas de precios. Por otra parte, la transparencia entre licitadores (por oposición a la transparencia desde el punto de vista del usuario) no podría considerarse como condición previa de una competencia efectiva; en cambio, una gran transparencia sería más bien un elemento que podría dar lugar a una concertación ilícita en caso de que el número de licitadores fuera limitado.

(1) Véanse los considerandos 66 y siguientes.

(2) Decisión n° 89-D.34 del Consejo de competencia, sobre prácticas de acuerdos observadas en el sector de las obras de carreteras, BOCCRF de 8. 11. 1989, p. 257.

II. EL MERCADO DE LA CONSTRUCCIÓN EN LOS PAÍSES BAJOS

(75) Sin llegar a decir que el mercado de la construcción de los Países Bajos sea muy diferente del de otros Estados miembros, la SPO ha expuesto una serie de factores que considera específicos de dicho Estado miembro: la organización del sector y la ausencia de una reglamentación pública que prohíba a los poderes adjudicadores negociar los precios presentados. Sin embargo, la Comisión no puede aceptar los argumentos de la SPO.

Por lo que se refiere a la organización del sector, es cierto que en los Países Bajos el «empresario principal» es, en general, responsable de la ejecución del conjunto de la obra, mientras que los subcontratistas trabajan bajo su responsabilidad respecto del poder adjudicador. Sin embargo, esta situación no es exclusiva de los Países Bajos, ya que se da una situación similar en otros Estados miembros, en particular en Bélgica y Francia, como afirma la propia SPO.

En cuanto al segundo factor, si bien es cierto que las reglamentaciones nacionales de algunos Estados miembros limitan, o incluso prohíben, de manera expresa o implícitamente, cualquier tipo de negociación tras la adjudicación, entre el poder adjudicador y los candidatos o licitadores respecto de elementos esenciales de los contratos, como por ejemplo el precio ofrecido, tales limitaciones se incluyen siempre en una reglamentación objetiva que se refiere al comportamiento general de los poderes adjudicadores en todas las fases del procedimiento de adjudicación. Además, estas reglamentaciones sólo suelen ser aplicables a la contratación pública, mientras que las reglamentaciones de la SPO se aplican a todos los contratos sometidos a licitación, tanto privados como públicos. Además, en el documento titulado «Precisiones sobre la solicitud de declaración negativa o de exención» (p. 38), de 13 de julio de 1989, la propia SPO parece limitar la necesidad de una reglamentación «privada» (UPR y Código de honor) exclusivamente a los contratos privados.

(76) La SPO hace referencia también a una serie de factores de orden macroeconómico. Afirma, en concreto, que el nivel medio de los precios en el sector de la construcción en los Países Bajos no es más elevado que en los países limítrofes, mientras que la rentabilidad de la industria de la construcción neerlandesa es baja, incluso en períodos de coyuntura favorable. De esta forma, ha tratado de justificar, en particular, el sistema de recuperación de los gastos de cálculo previsto en los UPR.

En opinión de la Comisión, las afirmaciones de la SPO no son pertinentes si con ellas se trata de demostrar que, por las razones expuestas por la SPO, sus reglamentaciones no deberían quedar dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85. En efecto, en ausencia de un efecto confirmado sobre el nivel de precios, un acuerdo, una decisión de una asociación de empresas o una práctica concertada

pueden tener como *objetivo* restringir o falsear la competencia. El efecto potencialmente beneficioso de un acuerdo de este tipo, que puede consistir en particular en un nivel de precios menos elevado, sólo puede tomarse en consideración en virtud del apartado 3 del artículo 85.

(77) De lo expuesto en los considerandos 71 y siguientes puede deducirse que, a pesar de que el sector de la construcción tiene unas características específicas, no por ello queda excluida o limitada la aplicación del artículo 85 en dicho sector.

III. CARÁCTER RESTRICTIVO DEL ACUERDO Y DE LAS DECISIONES EN EL SENTIDO DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 85

1. Los estatutos de la SPO (véanse considerandos 3 y 4)

(78) Las asociaciones de constructores implicadas en el presente procedimiento crearon la asociación SPO, cuyos estatutos prevén una función de regulación profesional en relación con la concertación de precios y ofertas en el mercado. Estos estatutos constituyen, por lo tanto, un acuerdo entre asociaciones de empresas en el sentido del apartado 1 del artículo 85. La creación por un grupo de competidores de una organización de asociaciones profesionales (SPO) equivale, en efecto, a la conclusión de un acuerdo horizontal de cooperación. En el caso que nos ocupa, el hecho de que unas empresas o asociaciones de empresas hayan creado una entidad jurídica autónoma a la que han atribuido determinadas funciones reglamentarias no basta para que puedan quedar fuera del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85.

El objetivo de los estatutos de la SPO es restringir o falsear la competencia dentro del mercado común en la medida en que imponen a los afiliados a la SPO y a sus miembros (permanentes o específicos) las reglamentaciones descritas en los considerandos 5 a 13 y 24 a 61. Dichas reglamentaciones, que en sí mismas constituyen decisiones de asociación de empresas en el sentido del apartado 1 del artículo 85, tienen como objetivo o efecto restringir y falsear la competencia, ya que su finalidad es:

— prever intercambios de información previos a las adjudicaciones;

— concertar las ofertas de precio y fijar de forma directa o indirecta, y total o parcialmente, los precios de venta y otras condiciones de transacción de los contratos de construcción;

— distribuir entre sus miembros el mercado de la demanda mediante la designación previa de las empresas adjudicatarias, la protección del derechohabiente y las posibilidades de retirada o de preferencias

en las condiciones expuestas.

2. Decisiones adoptadas en el contexto de la SPO

A. *Restricción de la competencia entre los constructores participantes en la organización SPO*

(79) 1° Notificación del propósito de presentar una oferta de precio (véase considerando 24)

La finalidad del mecanismo de notificación es restringir o falsear la competencia mediante el compromiso, por parte de la empresa que hace la notificación, de limitar su libertad de acción respecto de sus competidores y de la entidad adjudicadora que dicho mecanismo implica.

De esta forma, las partes en el acuerdo renuncian a tener un comportamiento independiente desde la fase de determinación del propósito de presentar una oferta. Esta restricción se ve reforzada por la cláusula de los UPR que prohíbe a sus miembros renunciar a las obligaciones derivadas de dicha reglamentación profesional, salvo en el caso de que la empresa notificante sea el único licitador (a reserva de la aprobación y el control de la oficina).

Además, la comunicación del número de competidores a los que se invitará a participar en la reunión refuerza esta restricción, en particular porque permite a los participantes anticiparse a los aumentos de precios y planificar, en consecuencia, su comportamiento.

(80) 2° Acuerdo sobre el principio de la designación de un derechohabiente (véase considerando 26)

El hecho de que la asamblea de empresarios esté facultada para designar dentro de ella al empresario que tendrá la categoría de derechohabiente, es decir, el derecho exclusivo de negociar las condiciones del contrato con la entidad adjudicadora, tiene la finalidad de ponerle al abrigo de la competencia de los otros participantes.

En realidad, la designación del derechohabiente se basa en la decisión adoptada conjuntamente por los licitadores de considerar o hacer comparables las ofertas.

El número de casos en que la asamblea de empresarios decide renunciar a esta designación, haciendo así posible una competencia no falseada, es escaso. No obstante, la concertación entre las empresas que conduce a la designación o no de un derechohabiente constituye, indudablemente, una limitación de la capacidad individual de acceso al mercado de las empresas participantes en la organización SPO.

(81) 3° Confrontación de los factores de coste del contrato (véase considerando 27)

Los elementos de coste que permiten establecer las cifras iniciales son objeto de confrontación en el curso de la reunión de empresarios. Aunque, de acuerdo con el folleto publicado por la SPO (citado en el considerando 16), «la cifra inicial "sea" la oferta de precios prevista por un empresario, basada en su propia estimación», dicha cifra la fija en realidad cada participante en el curso de la reunión, en función, entre otras cosas, de los intercambios de información entre competidores. Por lo tanto, la estimación se hace a partir de datos que no en todos los casos se han recogido, de forma independiente y autónoma, en el mercado. Tal como puede deducirse de la investigación realizada por la Comisión, la reunión hace posible que cada uno de los empresarios participantes tome en consideración no sólo los elementos que pueden determinar los costes de sus competidores y la elección de la entidad adjudicadora, sino también información diversa sobre las condiciones del contrato, como la posible participación de competidores «independientes» y particularidades del contrato en cuestión que no hubiera podido conseguir sin ese intercambio de información.

Esta concertación impide, o al menos falsea y restringe, la competencia entre los participantes. Su objetivo es suprimir, en la medida de lo posible, los imponderables inherentes a un comportamiento competitivo autónomo.

(82) 4° Entrega de las cifras iniciales (véase considerando 28)

Las cifras iniciales establecidas por cada uno de los participantes se remiten al presidente de la reunión.

El orden de sucesión de tales cifras constituye el orden de sucesión de los precios definitivos que presentarán los participantes (salvo retirada o preferencia). Las cifras iniciales, una vez que se hayan presentado, no podrán ser modificadas.

Al decidir de esta forma, sobre una base común, las cifras iniciales que, a su vez, determinan el orden de sucesión de los precios definitivos, los participantes sustituyen los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre sí. Al estar garantizado el orden de sucesión inicial, los participantes no corren entre sí riesgos por lo que se refiere a posibles aumentos de precios. El efecto restrictivo de esta cooperación aparece reforzado por la prohibición de presentar una oferta de precios alternativa si no se ha informado a la asamblea del propósito de presentarla y sin que, por lo tanto, la asamblea haya podido tomar una decisión al respecto.

(83) 5° Posibilidad de retirada (véase considerando 29)

La decisión de retirada se adopta con pleno conocimiento de las cifras iniciales de todos los demás participantes.

Por lo tanto, sólo el intercambio de información en el acuerdo, realizado en la reunión, permite a cada uno de los participantes tener conocimiento de los precios propuestos por sus competidores y decidir, en función de la comparación de dichos precios, no mantener su propio de precio presentado inicialmente.

De esta manera, las condiciones normales de competencia se modifican artificialmente con objeto de que los participantes puedan adoptar la decisión de mantener o de retirar su oferta, cosa que no hubieran podido hacer si no hubiera habido concertación, puesto que sólo la entidad adjudicadora hubiera podido hacer esta comparación.

(84) Aunque los destinatarios de la presente Decisión, en la notificación y en su pliego de descargo, parecen reservar el ejercicio del derecho de retirada a los casos de error grave y manifiesto, los UPR no establecen ningún requisito particular para el ejercicio de este derecho.

El argumento utilizado en la respuesta, según el cual dicho mecanismo sólo se utilizaría en tales casos, no es convincente y, además, está en contradicción con la información obtenida en el curso del procedimiento. Efectivamente, en dicha información se encuentran algunos ejemplos de retirada por otros motivos, como puede ser la falta de interés.

La posibilidad de retirada en función de la comparación de las cifras iniciales confirma la conclusión de que tales cifras se determinan, entre otras cosas, sobre la base de elementos de información de carácter económico o contable intercambiada entre los participantes en la reunión que pueden determinar los precios.

El ejercicio del derecho de retirada tiene como consecuencia la presentación de unos precios distintos de los que se hubieran presentado a las entidades adjudicadoras en caso de que no hubiera habido concertación, en particular mediante la abstención de los empresarios que ejercen tal derecho, dando lugar así mismo a una adjudicación final diferente de la que se hubiera producido en un sistema en el que los constructores presentaran su oferta de forma autónoma.

(85) 6° Preferencia (véase considerando 30)

El derecho de preferencia tiene por objeto modificar el orden inicial de sucesión de los precios que vayan a presentarse, de forma que la oferta más barata de la «primera ronda»

quede sustituida por la del beneficiario de la preferencia.

Esta disposición tiene como objeto, por lo tanto, reforzar la cooperación entre constructores en detrimento de una auténtica competencia. El sistema permite a los participantes un reparto de contratos. El adjudicador recibe de esta forma unas ofertas cuya estructura es conforme a la escala de precios registrados en la primera ronda «inicial», pero cuyos titulares pueden ser modificados mediante la substitución resultante de una concertación entre las partes del acuerdo. En un régimen de competencia en el que cada empresa licitadora fuera la única responsable de su oferta no podría darse este tipo de substitución de autores de ofertas de precios.

(86) 7° Aumento de precios (véanse considerandos 31 a 37)

El establecimiento en común de los aumentos de precios constituye la fijación directa de los precios de venta, o al menos de una parte de dichos precios, en el sentido de la letra a) del apartado 1 del artículo 85. Además, tales aumentos de precios conducen a unos resultados de adjudicación que difieren de los que la adjudicación hubiera podido tener si cada uno de los participantes hubiera determinado de forma autónoma los precios que iba a presentar.

Puesto que, en principio, está garantizado el respeto del orden de sucesión de las cifras iniciales, los participantes no corren ningún riesgo entre sí al aumentar, cada uno de ellos, la cifra inicial de los incrementos previstos.

Este sistema impide que los empresarios más competitivos y cuyos costes de servicios de estudios y elaboración de presupuestos son los más bajos se aprovechen de esta ventaja, en la medida en que los aumentos de precios — a tanto alzado — no tienen en cuenta la situación individual de cada participante. En cambio, sitúa a las empresas menos competitivas al abrigo de la competencia y les disuade de mejorar su productividad.

Al tenerse en cuenta el valor de los materiales y/o de las obras que deban realizarse por la entidad adjudicadora o por terceros para calcular el importe de base que sirve para determinar el importe de la indemnización de los gastos de cálculo, se refuerza el carácter restrictivo de este mecanismo.

(87) Los aumentos concertados de precios tienen el efecto adicional de incitar a las empresas a establecer ofertas de precios de simple cobertura cuyo objetivo no es otro que el de recuperar el importe de la redistribución de las cantidades así abonadas a la SPO, así como incitar a las entidades adjudicadoras a invitar sólo a un número muy limitado de constructores a presentar ofertas porque deben sufragar para cada contrato los gastos de estudio del conjunto de los licitadores.

Este sistema tiene el efecto de limitar el número de licitadores en cada contrato y, en consecuencia, restringir la competencia en el sector de la construcción.

El importe global de los aumentos de precios acordados de esta forma en la organización SPO en los sectores del mercado de la construcción, descritos en el punto 6, dista mucho de ser desdeñable, puesto que en el período 1987-1988 alcanzó una suma anual que puede estimarse en 300 millones de florines, IVA excluido, con carácter de indemnización de gastos de cálculo, y 100 millones de florines, IVA excluido, con carácter de cotizaciones profesionales (destinándose más de un 50 % a cubrir los costes de la organización del cartel — oficinas y asociación SPO).

(88) 8° Fijación concertada de los precios definitivos que deben presentarse (véase considerando 38)

La fijación concertada de las ofertas de precios que deben presentar los constructores a la entidad adjudicadora constituye también una restricción de la competencia entre los licitadores que participan en la reunión, en el sentido del apartado 1 del artículo 85.

Es cierto que los precios definitivos a presentar al adjudicador se determinan de forma que respeten el orden de sucesión de las cifras iniciales (salvo modificaciones por causa de retirada o de preferencia). Sin embargo, estos precios definitivos no son el resultado de la mera adición de los aumentos de precios indicados a las cifras iniciales. Los precios más elevados que resultarían de dicha adición pueden ser modificados mediante una disminución global (incluso hasta un nivel inferior al de las cifras iniciales correspondientes), para evitar presentar a la entidad adjudicadora diferencias de precios excesivas.

Esta eliminación de las diferencias excesivas de precios sirve para proteger a algunos licitadores considerados «excesivamente caros» del riesgo de verse descartados *a priori* de contratos posteriores, en adjudicaciones por procedimiento restringido o de mutuo acuerdo.

En cambio, a la hora de conceder la preferencia a un constructor, los precios definitivos de los otros participantes pueden ser aumentados de forma que se presente a la entidad adjudicadora un conjunto de precios cuyas diferencias refuerzan la posición del constructor que disfruta de la preferencia.

En ambos casos, el sistema de los UPR restringe la libertad de elección de los adjudicadores y falsea la elección. En efecto, al presentarse al adjudicador precios definitivos concertados

y predeterminados de esta forma, se le da una información artificial sobre el nivel de los precios, falaz en cuanto a la situación real del mercado y de las ofertas (así como en lo que se refiere a la comparación de los precios ofrecidos por los independientes) y que, además, puede conducirle a errores de juicio considerables para la ejecución de esas licitaciones o de las contrataciones directas posteriores.

(89) Se puede hacer esta misma valoración respecto de la fijación concertada de los precios relativos a partes determinadas del contrato y respecto de los precios unitarios, etc. En la medida en que la asamblea lo considere necesario, estos precios se fijan, para cada constructor participante, de forma que aseguren la posición del constructor que va a presentar el precio más bajo. De esta forma se disuade al adjudicador de efectuar una adjudicación fraccionada del contrato, a varios constructores, o de adjudicar todo el contrato a otro constructor que haya presentado el precio más bajo.

(90) De las investigaciones realizadas por la Comisión se deduce que la concertación entre constructores puede referirse también a condiciones del contrato distintas de los precios y sus elementos constitutivos, como, por ejemplo, el plazo de ejecución que ha de indicarse en la oferta de precios.

(91) Por último, la concertación sobre el contenido de la información que deben facilitar los constructores con su oferta de precios en relación con los elementos constitutivos del precio y los aumentos aplicados constituye también una restricción de la competencia con objeto de falsear la comparación de las ofertas. De la investigación llevada a cabo por la Comisión puede deducirse también que no es extraño que se comuniquen a la entidad adjudicadora informaciones deliberadamente engañosas.

(92) En definitiva, el establecimiento concertado de las ofertas de precios de los UPR constituye en sí mismo una restricción o un falseamiento de la competencia en el sentido de la letra a) del apartado 1 del artículo 85.

La Comisión considera que la fijación concertada de los precios relativos a partes determinadas del contrato, de los precios unitarios, etc., de los elementos constitutivos de los precios, así como de condiciones distintas de los precios y del contenido de la información complementaria que debe darse a la entidad adjudicadora en las ofertas de precios no es inherente a la fijación concertada de los precios definitivos, tal como se ha previsto expresamente en los UPR. Se trata de restricciones de competencia autónomas que, incluso no estando previstas explícitamente por los UPR, derivan necesariamente de la fijación de los precios definitivos y, en última instancia, son complementarias.

(93) 9° Protección del derechohabiente (véanse considerandos 39 a 41 y 52 a 59)

La designación del derechohabiente, en sí misma, impide, o al menos falsea y restringe, el juego de la competencia. Debe recordarse que, finalmente, es la asamblea de licitadores quien decide si las ofertas son comparables o no, es decir, si el demandante ha formulado su solicitud de forma idéntica respecto de cada uno de los licitadores a los que se ha dirigido. Sustituye la libertad de elección del adjudicador y su capacidad de negociación con varios licitadores por una decisión, adoptada en común por los licitadores y obligatoria para el adjudicador en la medida en que impide ampliar el ámbito de la competencia a los diferentes constructores que han presentado una oferta.

Del mismo modo, los licitadores privan a los competidores del derechohabiente de cualquier derecho a negociar con la entidad adjudicadora tras la presentación de los precios.

En caso de que se trate de ofertas de precios no simultáneas, este sistema pretende impedir que los competidores presenten un precio inferior al precio presentado por el derechohabiente.

En realidad, el sistema crea, para el derechohabiente, un monopolio temporal de dos o cinco años para un contrato determinado, impidiendo así el ejercicio de la libre competencia.

Si la entidad adjudicadora decide, por la razón que sea, no concluir el contrato y realizar una nueva licitación o adjudicar un contrato de mutuo acuerdo, el sistema de protección del derechohabiente convierte en totalmente ilusoria su libertad de elección, impidiendo en realidad el juego de la competencia entre los constructores.

(94) Respecto del sistema de protección del derechohabiente previsto por los UPR y el Código de honor, en el pliego de descargo se ha pretendido que el objetivo perseguido por las normas de Derecho privado en cuestión — que regulan las relaciones entre los constructores — es idéntico al objetivo perseguido por las normas de Derecho público, vigentes en Estados miembros distintos de los Países Bajos, y por la normativa comunitaria contenida en la Directiva 71/305/CEE, en la que se regula la actuación de los poderes adjudicadores. En consecuencia, este sistema privado no podría considerarse contrario al apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

Por otra parte, los destinatarios de la presente Decisión sostienen que la única finalidad de

este sistema sería la de crear condiciones más favorables a una competencia efectiva y eficaz en el mercado de la construcción y evitar una competencia ruinosa.

(95) La Comisión no puede aceptar tales argumentos. Las reglamentaciones comunitarias y nacionales a las que hace referencia la SPO no son comparables, por las razones ya expuestas en el punto 75, con el mecanismo de protección del derechohabiente, que hace abstracción de todos los elementos constitutivos que rigen la actuación de los poderes adjudicadores. Por otra parte, la organización SPO no ha podido demostrar que, a falta de protección de un derechohabiente, las ofertas puedan ser objeto de «regateo» por parte del poder adjudicador.

(96) 10° Transferencia de los importes de aumento de precios (véanse considerandos 42 a 46)

El sistema y el mecanismo de transferencia de los importes de indemnización de los gastos de cálculo y de las cotizaciones profesionales tienen la finalidad o el efecto de restringir o, al menos, falsear la competencia, porque los empresarios que consiguen los contratos se benefician en mayor medida de la transferencia de tales aumentos que sus competidores no adjudicatarios. De esta forma, su posición en la competencia se ve artificialmente privilegiada respecto de estos últimos.

(97) 11° Control del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los UPR (véanse considerandos 47 y 48)

Las disposiciones de los UPR y del Código de honor (incluido el reglamento disciplinario), en las que se prevé la imposición de sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de dichas reglamentaciones, tienen la finalidad de reforzar, en particular, los compromisos de restricción de la competencia alcanzados entre los miembros de la organización SPO (incluidas las asociaciones miembros).

B. *Medidas de protección de la organización SPO respecto de los constructores que no son miembros de dicha organización* (véanse considerandos 49 a 51)

(98) El intercambio sistemático, dentro de la organización SPO, de información relativa a los constructores no miembros y la respuesta concertada de la organización a las ofertas de los independientes constituyen prácticas cuyo objetivo es impedir o falsear el juego de la competencia en el mercado común en el sentido del apartado 1 del artículo 85.

En efecto, el intercambio de información dentro de la organización SPO permite ejercer presiones, con frecuencia eficaces, sobre empresas que no son miembros de la organización con objeto de obligarles a someterse de forma más o menos permanente a los UPR.

Estas presiones se ejercen tanto sobre empresas sujetas al Código de honor pero no asociadas en el contexto de la SPO y que, por lo tanto, únicamente están sujetas, en principio, a las obligaciones de notificar su propósito de presentar un precio y respetar la posición del derechohabiente, como a las empresas totalmente desvinculadas de la organización, es decir, a las empresas que no están sujetas ni a las normas del Código de honor ni a las de la SPO.

El intercambio de información que se lleva a cabo durante la reunión de los constructores organizada por la oficina permite además a estos últimos tomar en consideración el riesgo de una posible competencia externa en el momento de establecer las cifras iniciales como cifras definitivas, y puede llevarles a renunciar a la designación de un derechohabiente y/o a los aumentos descritos en los considerandos 31 a 37. En sentido inverso, cuando parezca que no hay riesgo de que intervengan independientes conocidos, la asamblea puede verse impelida a aumentar las cifras iniciales del importe máximo de tales aumentos.

(99) Un constructor que no participe en la organización SPO y desee presentar una oferta de precios no puede medir su capacidad económica de competencia en el contexto normal de una oferta fragmentada, sino que debe hacer frente a una oferta concertada y flexible que limita y obstaculiza su capacidad de introducirse en el mercado.

Cuando se trata de un constructor extranjero, que no es miembro de la organización SPO, su posición se ve agravada por el hecho de que, en general, sólo participa en el mercado de la construcción de los Países Bajos a través de la cooperación con un constructor establecido en el territorio de dicho Estado miembro, que, en general, suele estar adherido a los UPR y, por lo tanto, debe respetar el mecanismo del acuerdo.

Esta restricción es tanto más sensible cuanto que la organización SPO de constructores organiza una protección estricta de los derechohabientes designados y dispone de medios económicos considerables debido a los aumentos concertados de precios transferidos al acuerdo.

La investigación realizada ha permitido poner de manifiesto que el número de contratos que han sido objeto de concertación dentro de la organización SPO y que, sin embargo, han sido obtenidos por empresas no miembros del acuerdo es muy reducido. Dicho número varía en función de los sectores y de las

zonas geográficas consideradas (de 0,7 % a 10,5 % del número de contratos tratados por la SPO, de 0,8 % a 6,6 % del valor de dichos contratos).

C. *Gestión de los contratos de mutuo acuerdo* (véanse considerandos 60 y 61)

(100) La entidad adjudicadora que recurre al procedimiento de mutuo acuerdo negociado con un único constructor sufre también las consecuencias de las restricciones de competencia impuestas por la organización SPO. En efecto, los constructores esperan protegerse del riesgo de una transferencia del 3 % del precio de la obra mediante un aumento equivalente del precio de su oferta en caso de que, habiendo obtenido el contrato, la oficina de la SPO les informe de que también se había consultado a otros constructores.

Este mecanismo (que puede encontrarse también en el contexto de la subcontratación; véanse considerandos 55 a 59) tiene el efecto de provocar un aumento generalizado y uniforme de todos los precios de los contratos de mutuo acuerdo, tanto si se negocian con un constructor como si se negocian con varios.

Las investigaciones hechas por la Comisión han permitido poner de manifiesto muchos ejemplos de aplicación de dicha norma que han dado lugar al pago *a posteriori* del 3 % de los precios de los contratos por parte de los constructores a las distintas oficinas.

D. *Conclusión*

(101) Las restricciones de competencia descritas son el resultado de cada uno de los elementos constitutivos del sistema y del conjunto del sistema. La propia SPO ha subrayado el hecho de que sus reglamentaciones forman un conjunto cuyos elementos principales son la protección del derechohabiente y la distribución de los gastos de cálculo. Estas restricciones tienen una considerable importancia, ya que la casi totalidad de los contratos del sector de la construcción neerlandés que se sacan a licitación está sujeta a las reglamentaciones de la SPO. Tal como se decía en el considerando 87, el importe global de los aumentos de precios acordados en el contexto de la SPO dista mucho de ser desdeñable. Lo que es determinante es el efecto acumulativo de todos los contratos de obras sujetos a dichas reglamentaciones.

IV. EFECTOS EN EL COMERCIO INTRACOMUNITARIO

(102) A la vista de todo lo que se acaba de exponer, la Comisión considera que la puesta en práctica de los UPR, como la de las reglamentaciones similares anteriores, y la puesta en práctica del Código de honor pueden afectar al comercio entre los Estados miembros de la forma siguiente:

1. Efectos en la oferta procedente de los otros Estados miembros

A. *Interpenetración de los mercados de la construcción*

(103) En primer lugar, la Comisión quiere recordar que el mercado de obras públicas y privadas que se someten a licitación en un Estado miembro de la Comunidad no está ni debe estar reservado exclusivamente a las empresas de dicho Estado miembro. Es más, en el mercado de obras públicas, directivas tales como la Directiva 71/305/CEE obligan a los Estados miembros a abrir estos mercados a las empresas de todos los Estados miembros.

(104) En realidad, en el sector de la construcción, la interpenetración de los mercados de los distintos Estados miembros es aún relativamente débil, aunque real [1]. Entre los elementos que influyen en que dicha interpenetración sea limitada se encuentran las condiciones específicas del mercado de la construcción a escala comunitaria en el momento actual, tales como las diferentes prescripciones en materia de construcción y las distintas normas de cada Estado miembro, así como las características especiales de las empresas de construcción, aunque, por sí mismos, estos factores no impidan la interpenetración.

(105) En su pliego de descargo, la SPO señalaba que la fijación del límite previsto en la Directiva 71/305/CEE tenía el efecto de destacar que el posible interés de las empresas de construcción por contratos situados fuera de su propio Estado miembro por un valor inferior a dicha cantidad, que en la actualidad es de 5 millones de ecus, no sería significativo para el funcionamiento del mercado común. También defendía que el número de contratos sometidos a licitación y sujetos a sus reglamentaciones, con un valor unitario superior a 5 millones de ecus, sería demasiado reducido para influir en el funcionamiento del mercado común. En efecto, el número de tales contratos sería de 199 para los años 1987 y 1988, es decir, un 0,35 % del total de contratos «gestionados» por la SPO durante dicho período.

La Comisión no puede admitir tales argumentos. En primer lugar, la no aplicabilidad de la Directiva 71/305/CEE no implica la no aplicabilidad de las reglas de competencia, puesto que se trata de dos tipos diferentes de normas jurídicas que persiguen objetivos paralelos pero distintos. En segundo lugar, la medida en la que los intercambios intracomunita-

[1] «Las estimaciones del sector de la construcción de la CEE indican que las actividades de exportación o importación en los países de Europa en dicho sector alcanzan como máximo el 5 % y que esta tendencia va a mantenerse» — *Posibilidades de exportación neerlandesas a los mercados de la Comunidad hasta el año 2000 — perspectivas del sector de la construcción de los Países Bajos en el mercado único europeo*, de Prognos Basel (p. 4) — Informe elaborado a petición del Ministerio de Asuntos Económicos de los Países Bajos, enero de 1989.

rios se ven afectados por estas restricciones de competencia no debe evaluarse únicamente en relación con el número de contratos individuales afectados, sino por el valor total que tales contratos representan en conjunto. Ahora bien, según las declaraciones de la SPO en el curso de la audiencia de 12 de junio de 1990, los 199 contratos citados representarían más del 23 % del valor total, por lo que dicho número no puede calificarse de «insignificante». Por último, debe precisarse que el límite de 5 millones de ecus se introdujo mediante la Directiva 89/440/CEE [1], es decir, después del período considerado por la SPO. Durante dicho período el límite estaba todavía fijado en 1 millón de ecus.

B. *Participación de las empresas extranjeras en la organización SPO*

(106) La SPO, tras indicar en su notificación de 13 de enero de 1988 la ausencia de datos estadísticos sobre la participación de empresas de construcción de otros Estados miembros en el mercado de los Países Bajos, comunicó algunas cifras sobre la participación de dichas empresas en las reuniones que dos oficinas, consideradas representativas, habían organizado en 1987. Se trata de ZNAV (edificios y obras hidráulicas, región sur del país) y de WAC (carreteras, etc. y señalización horizontal, todo el territorio).

Los datos son los siguientes:

— ZNAV: 5 200 contratos han sido objeto de una reunión y en 32 de ellos ha habido participación extranjera. Esta cifra representa un 5,9 % (117 millones de florines holandeses) del valor total de los contratos,

— WAC: 6 900 contratos han sido objeto de una reunión y en 19 de ellos ha habido participación extranjera. Esta cifra representa un 3,5 % (77 millones de florines holandeses) del valor total de los contratos.

Según los destinatarios de la presente Decisión, en su pliego de descargo, en los años 1986-1988 (hasta el 1 de octubre), 241 contratos con participación extranjera fueron objeto de una reunión en el seno de la organización SPO [lo que representa un 3,6 % (1 172 millones de florines holandeses) del valor total de dichos contratos].

Cabe precisar además que la participación de empresas de otros Estados miembros en las reuniones sólo ha tenido resultados positivos para dichas empresas en un número de casos todavía mucho más restringido.

(107) Aunque estos datos no cubren la totalidad de las actividades de construcción de las empresas de otros Estados miembros en los Países Bajos — como, por ejemplo, las cifras correspondientes a los contratos de mutuo acuerdo y a la subcontratación, o las cifras correspondientes a los contratos sometidos a licitación y obtenidos por una empresa extranjera independiente, sin embargo, confirman la realidad de la interpenetración.

La escasa incidencia de la interpenetración, en relación con las actividades de los constructores establecidos en los Países Bajos (o, en general, en un Estado miembro), se explica por las características específicas del mercado y del producto en cuestión.

Desde el punto de vista de la aplicación del artículo 85 del Tratado, este hecho no puede interpretarse como una demostración del carácter escasamente significativo del comercio intracomunitario. Al contrario. Las prácticas restrictivas descritas son tanto más nocivas cuanto que se producen en un espacio relativamente limitado de interpenetración de los mercados nacionales, afectando ási de forma más significativa al comercio intracomunitario.

(108) Del análisis de los datos recogidos en el curso de las investigaciones resulta que unas 150 empresas establecidas en otros Estados miembros suscriben, de forma más o menos permanente, los UPR. Se trata de empresas establecidas fundamentalmente en Alemania y en Bélgica, incluyendo entre ellas todas las grandes empresas alemanas y belgas, mientras que las demás son empresas francesas, luxemburguesas o italianas. En ocasiones, la Cámara Sindical interprofesional de la construcción de Amberes (o una organización ante dicha Cámara sindical) comunica a una oficina de la SPO el propósito de empresas belgas que suscriben los UPR de presentar una oferta de precios en los Países Bajos.

C. *Posición de las empresas extranjeras independientes*

(109) En líneas más generales, las empresas de otros Estados miembros que desean obtener un contrato en los Países Bajos pero se niegan a adherirse a la organización SPO deben hacer frente, además de a los obstáculos naturales para entrar en el mercado debidos a la distancia, a un obstáculo adicional considerable resultante de la existencia de esta organización neerlandesa que agrupa a la casi totalidad de las empresas de construcción de dicho país que se interesan en los contratos sometidos a licitación y a las que se añaden incluso constructores de otros Estados miembros. La oferta competidora no aparece ya como fragmentaria y múltiple, sino concertada y colectiva, y en consecuencia más difícil de afrontar. En la medida en que los mecanismos establecidos por la SPO disuaden en realidad a los poderes públicos y a los adjudicadores privados de recurrir al procedimiento de licitación abierta, tiene el efecto de restringir, al menos de forma indirecta,

[1] DO n° L 210 de 21. 7. 1989, p. 1.

las posibilidades de participar en el mercado neerlandés de los constructores de otros Estados miembros.

D. *Efectos sensibles en el comercio entre Estados miembros*

(110) La Comisión considera que el comercio entre los Estados miembros se ve afectado de forma significativa por el acuerdo y las decisiones de asociaciones de empresas descritos. En este caso concreto, la propia naturaleza de estas reglamentaciones es la que tiene el efecto de influir en el flujo de los intercambios entre Estados miembros de la Comunidad. En efecto, los UPR sólo pueden funcionar de forma eficaz si todas las empresas (o casi) que pueden adherirse forman parte efectivamente del acuerdo. Por esta razón, los UPR están abiertos a las empresas de los demás Estados miembros.

La asociación SPO y sus asociaciones miembros ejercen una actividad de promoción respecto de dichas empresas con objeto de obtener su adhesión al acuerdo.

(111) En este contexto, la forma en la que se ve afectado el comercio intracomunitario es tanto más significativa cuanto que, en el caso que nos ocupa, la organización SPO agrupa a la casi totalidad de los constructores de este Estado miembro que están interesados en los contratos que se someten a licitación y cubre la casi totalidad de dichos contratos. A todo esto se añade el hecho de que la empresa de construcción de otro Estado miembro que desea ejercer sus actividades en los Países Bajos trata de cooperar por razones prácticas y variadas, en cada caso o de forma permanente, con un socio neerlandés. Dado que este último suele estar adherido a los UPR, la empresa del otro Estado miembro no puede escapar a la aplicación de tales normas.

2. Efectos en la demanda procedente de los otros Estados miembros

(112) Dado que los UPR se aplican a toda adjudicación de un contrato en los Países Bajos, todo adjudicador extranjero (y todo adjudicador nacional que actúe por cuenta de una entidad adjudicadora extranjera) que desee sacar a licitación un contrato de construcción en dicho Estado miembro tendrá que someterse a la aplicación de los UPR impuestos en el contexto de la SPO. Sólo el recurso al contrato de mutuo acuerdo negociado con un único constructor puede asegurar la no aplicación de las medidas de concertación dentro de la organización SPO. Pero ni siguiera el recurso a dicho procedimiento puede constituir una protección frente al aumento generalizado y uniforme de precios, tal como se ha expuesto en los considerandos 60, 61 y 100.

Lo mismo puede decirse respecto de los contratos sometidos a licitación en los Países Bajos por (o por cuenta de) organizaciones internacionales, como la OTAN y Eurocontrol, en la medida en que aplican sus propios reglamentos sobre adjudicación internacional.

3. Efectos en la oferta de las empresas participantes en los otros Estados miembros

(113) La Comisión considera que el comercio entre Estados miembros también puede verse afectado de forma significativa en los mercados de la construcción de los otros Estados miembros por la puesta en práctica del acuerdo y de las decisiones descritos en la presente Decisión.

En efecto, las empresas (neerlandesas) que participan en la organización SPO pueden recuperar al menos parcialmente, con la aplicación de los UPR, los gastos de cálculo de las obras correspondientes a los contratos sometidos a licitación en los Países Bajos y no realizados por ellas mismas. Estas empresas obtienen de esta forma, a través de dicha organización, una ventaja económica destinada a la financiación de sus centros de estudios y, por lo tanto, consiguen una correspondiente disminución de sus gastos generales, lo que presenta así una ventaja competitiva respecto de los constructores competidores de los otros Estados miembros en los contratos sometidos a licitación en los demás Estados miembros.

V. REGLAMENTACIONES ANTERIORES A LOS UPR

(114) En la medida en que los UPR actualmente vigentes no son, en lo esencial, sino continuación de reglamentaciones anteriores, como las descritas en los considerandos 62 a 65, la valoración jurídica expuesta en los considerandos 70 a 76 y 79 a 113 puede aplicarse también, *mutatis mutandis*, a estas reglamentaciones.

Sección II

Apartado 3 del artículo 85

(115) Las normas de los UPR y el Código de honor, descritos previamente, así como las reglamentaciones de precios anteriores no pueden acogerse a una exención en virtud del apartado 3 del artículo 85.

1. Reglamentaciones notificadas

(116) Debe analizarse en primer lugar si las reglamentaciones actualmente vigentes, que fueron notificadas el 13 de enero de 1988, reúnen las condiciones enunciadas en el apartado 3 del artículo 85.

A. *Contribución a la mejora de la distribución de los productos o al fomento del progreso técnico o económico*

(117) Tanto en el contexto del apartado 1 del artículo 85 como en el del apartado 3 de ese mismo artículo, los destinatarios de la presente Decisión expusieron el argumento de que las reglas públicas aplicables a las adjudicaciones crearían un desequilibrio entre la demanda y la oferta en el mercado de la costrucción desde el punto de vista de la transparencia de las transacciones.

Según las asociaciones interesadas, este desequilibrio permitiría a los adjudicadores imponer la fijación de precios de venta a unos niveles demasiado bajos o ruinosos para los constructores. Esta situación podría provocar también, a largo plazo, graves perturbaciones de la oferta en el mercado y haría necesarias las medidas adoptadas por los constructores para contrapesar sus efectos.

(118) Por lo que se refiere más concretamente al sistema de protección del derechohabiente instituido por los UPR y el Código de honor, según los destinatarios de la presente Decisión en su pliego de descargo, tendría como único objetivo completar la estructura transnacional de la licitación, de forma que el ejercicio de la competencia entre empresarios pueda expresarse plenamente, sin que el adjudicador pueda abusar de la posición particular que ocupa dentro de dicha estructura.

La Comisión considera que, lejos de ser sólo el complemento de una estructura transnacional, el sistema de protección del derechohabiente previsto en los UPR y el Código de honor sustituye la confrontación de las ofertas individuales de cada uno de los licitadores por el principio de decisiones unilaterales adoptadas en común por estos últimos. En efecto, cabe destacar que la asamblea de licitadores se reserva el derecho de designar o no un derechohabiente. No obstante, el sistema de protección del derechohabiente prevé la designación del empresario adjudicatario antes de que se presenten las ofertas en todos los contratos sometidos a licitación cubiertos por estas normas, tanto si se trata de contratos públicos como si son contratos privados, por un importe considerable o reducido y con independencia del riesgo real de «regateo». En consecuencia, este sistema protege a los empresarios no sólo del posible «regateo» por parte de los poderes adjudicadores, sino también del desarrollo normal de la competencia. Por lo tanto, la protección del derechohabiente no contribuye al mantenimiento, o a la mejora, de la oferta en el mercado neerlandés de la construcción.

(119) Por lo que se refiere más concretamente al mecanismo de indemnización de los gastos de cálculo, tal como se ha establecido en los UPR, los notificantes destacan que los UPR favorecen la participación de los constructores en las licitaciones, fomentando así la competencia.

Sin embargo, en la argumentación planteada por los notificantes no aparece ningún dato que permita creer que los UPR pueden fomentar la competencia real al favorecer la participación de los constructores en las licitaciones. Más bien al contrario. Los aumentos concertados de precios tienen el efecto de incitar a las entidades adjudicadoras a invitar sólo a un número muy limitado de constructores a presentar ofertas, porque saben que, en cada contrato, tendrán que sufragar, además de las cotizaciones sindicales, los gastos de estudio del conjunto de los licitadores. El efecto que se persigue con este sistema de aumentos, es decir, la reducción de los gastos de cálculo, tanto a escala macroeconómica como a escala microeconómica, sólo puede lograrse mediante la reducción del número de constructores invitados por los poderes adjudicadores a presentar ofertas de precios. Por otra parte, el sistema incita a los empresarios a hacer ofertas de precios de mera fórmula con el único objetivo de recuperar los gastos de cálculo. Por lo tanto, las decisiones a las que se refiere el presente documento limitan, en realidad, de forma significativa el número de empresas llamadas a competir por un mismo contrato.

B. *Parte equitativa del beneficio reservado a los usuarios*

(120) Según la asociación SPO y sus miembros, el beneficio reservado a los usuarios derivaría, en particular, de los efectos derivados de las decisiones que conducen a una formación más equilibrada de los precios, dando lugar a largo plazo a una gama razonable de opciones de calidad de las obras procedente de un mayor número de empresarios que desean participar en los contratos de licitación. La Comisión considera que, incluso en el caso de que la aplicación de las normas pueda tener efectos beneficiosos para los usuarios, hay más desventajas que ventajas.

(121) En cuanto a la protección del derechohabiente, las desventajas proceden fundamentalmente del hecho de que los poderes adjudicadores, cuando no hay más ofertas que las de los participantes, sólo pueden elegir entre tres posibilidades: negociar (y aceptar) la oferta del derechohabiente, aceptar la oferta de otro participante tal como se presente y sin poder negociar ninguno de sus elementos constitutivos o no aceptar ninguna de las ofertas de precios presentadas.

(122) Respecto de la recuperación de los gastos de cálculo, tampoco son los usuarios quienes se benefician. El carácter de tanto alzado y global del importe de la indemnización de los gastos de cálculo tiene en particular la consecuencia de que todos los empresarios que tienen menos gastos que el importe previsto reciben una indemnización superior a sus gastos reales, cuyo conjunto sufragan los poderes adjudicadores. De todas formas, es poco probable que el

conjunto de los gastos de cálculo repercutidos al poder adjudicador sea menos elevado que la cantidad en la que el constructor que obtiene el contrato habría reducido su oferta de precios anticipándose a las indemnizaciones. El nivel de las indemnizaciones es tanto más elevado cuando que éstas se calculan a partir de las cifras iniciales incrementadas por el importe que representa el valor de los materiales que deba proporcionar o los trabajos que deba efectuar la propia entidad adjucidadora o terceros (véase considerando 32).

(123) Lo mismo puede decirse, incluso con más razón, de la mayor parte de los otros elementos constitutivos de las normas objeto del presente procedimiento. En este sentido, la confrontación de los elementos de coste de los contratos (véase considerando 23) pone en cuestión el carácter supuestamente autónomo de la fijación de las cifras iniciales. La preferencia, incluso acompañada de unas condiciones relativamente estrictas (véase considerando 30), impide a los poderes adjudicadores saber qué constructor ha presentado las cifras iniciales más bajas. La fijación concertada de los precios que van a presentarse puede falsear la presentación de las ofertas de forma injustificable mediante el mecanismo de la «disminución global» cuya finalidad es ocultar las diferencias reales existentes entre las cifras iniciales presentadas. El aumento generalizado y uniforme de todos los precios de los contratos de mutuo acuerdo (véanse considerandos 60 y 61) tampoco puede considerarse que sea un «beneficio» para el usuario.

C. *Carácter indispensable de las restricciones*

(124) Aun suponiendo que las normas puedan cumplir los dos primeros requisitos del apartado 3 del artículo 85, no está claro que una situación de este tipo pueda justificar unas medidas destinadas a concertar la oferta, modificar artificialmente el nivel de precios de las ofertas presentadas y designar por anticipado al constructor adjudicatario. La SPO ha reiterado que la abolición, total o parcial, de sus normas haría que volvieran a aparecer carteles llamados salvajes entre constructores. En cualquier caso, la Comisión no puede admitir que una infracción a las reglas de competencia se justifique exclusivamente por el riesgo de que se produzca otra infracción, aunque esta última sea igual o más grave.

(125) La protección del derechohabiente ya no es indispensable por el hecho de que puede designarse a un derechohabiente, con independencia del riesgo real de «regateo» por parte de los poderes adjudicadores. Debe señalarse, además, que no se designa derechohabiente cuando las ofertas no son comparables, es decir, en particular en los casos en los que el poder adjudicador ha dejado a los constructores un amplio margen para precisar el trabajo. En estas circunstancias, los gastos de cálculo serán con frecuencia proporcionalmente elevados, según la propia SPO.

Por lo tanto, el hecho de que la protección del derechohabiente no sea precisamente una garantía en tales casos, en los que el riesgo financiero de los constructores, en principio, parece ser mayor, representa otro indicador de que dicha protección no es indispensable en modo alguno.

(126) En cuanto a la indemnización de los gastos de cálculo, tiene un carácter a tanto alzado y global que no está justificado por la situación individual de las empresas interesadas. Supone unas restricciones de competencia que van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo previsto. Esta misma valoración puede hacerse también respecto de la recuperación (al menos parcial) de los gastos de cálculo en el caso de que un competidor que no sea miembro obtenga el contrato. Efectivamente, en esta hipótesis, se benefician de una defensa colectiva a través del abono de una indemnización por el fondo de garantía o la caja de cálculo de la SPO.

Por otra parte, el reglamento aplicable a las ofertas de precios en el contexto de la subcotratación (véanse considerandos 55 a 59) sólo prevé que se indemnicen los gastos de cálculo de los subcontratistas de la empresa principal adjudicataria, mientras que los subcontratistas que hayan hecho una oferta de precios a las otras empresas principales licitadoras no perciben indemnización alguna, lo cual parece demostrar que los propios notificantes no consideran que dicho sistema sea realmente indispensable.

(127) Los elementos que se han tenido en cuenta en el considerando 123 van mucho más lejos de lo que es necesario para alcanzar los objetivos previstos en las normas. Lo mismo puede decirse de la comparación de las cifras iniciales en la reunión, en la medida en que dicha comparación permitiría a los participantes determinar si su oferta de precios es «anormalmente baja».

D. *Imposibilidad de eliminar la competencia para una parte considerable de los productos en cuestión*

(128) Incluso tomando en consideración la totalidad del mercado de los servicios de construcción (incluyendo, por lo tanto, los contratos de mutuo acuerdo), las normas ofrecen a los participantes la posibilidad de eliminar la competencia para una parte considerable de los productos y servicios en cuestión de la siguiente forma. En efecto, el derechohabiente se encuentra protegido de la competencia de los demás participantes. Aun admitiendo la afirmación de la SPO de que el juego de la competencia se respetaría precisamente hasta la reunión previa a la adjudicación, no por ello la competencia entre los participantes deja de estar excluida de la fase de adjudicación propiamente dicha. Además, la fijación concertada de los aumentos de precios elimina la competencia en la fase de los gastos de cálculo. Aunque dichos gastos sólo constituyan un porcentaje limitado de la oferta de precios, suelen ser normalmente diferencias del orden del uno o dos por ciento las que determinan qué empresario obtiene el con-

trato. En último término, el hecho de abstenerse intencionadamente de aumentar los precios, en los casos en que se informe a quienes participan en la reunión previa a la adjudicación de que uno o varios «independientes« han sido invitados a presentar ofertas, elimina también la competencia. Cabe señalar, por otra parte, que esta última hipótesis permite poner en duda todavía más el carácter supuestamente indispensable del mecanismo de indemnización de los gastos de cálculo.

2. Normas anteriores a los UPR

(129) Las normas anteriores a los UPR actualmente vigentes no se notificaron con arreglo al artículo 4 del Reglamento n° 17. En contra de lo que pretende la SPO, dichas normas, así como los UPR, no estaban exentos de la obligación de notificación en virtud del punto 1 del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento n° 17, en la medida en que se estipula que participarán en ellas empresas de Estados miembros distintos de los Países Bajos y que también serán objeto de dichas normas los contratos que deban realizarse en los Países Bajos sometidos a licitación por o por cuenta de adjudicadores de otros Estados miembros. Aun en el caso de que estas antiguas normas hubieran sido notificadas, tampoco hubieran podido acogerse a una exención en virtud del apartado 3 del artículo 85 por los mismos motivos que los citados respecto de las normas actualmente vigentes.

3. Estatutos de la SPO

(130) Los estatutos de la SPO no fueron notificados de conformidad con el artículo 4 del Reglamento n° 17, pero, aunque lo hubieran sido, tampoco hubieran podido acogerse a la exención prevista en virtud del apartado 3 del artículo 85, por los mismos motivos que los mencionados en los considerandos 116 a 129 respecto de los UPR y el Código de honor actualmente vigentes, así como de las normas anteriores a los UPR.

4. Conclusiones

(131) Ésta es la razón de que la Comisión no pueda conceder una exención en virtud del apartado 3 del artículo 85 del Tratado. En este contexto, tampoco puede admitir la afirmación de la SPO de que habría omitido «colaborar de forma activa con la SPO para obtener "una" exención solicitada con carácter subsidiario». En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal [1], es competencia en primer lugar de las empresas interesadas presentar a la Comisión los elementos de convicción destinados a justificar económicamente una exención.

[1] Véanse la sentencia de 17 de enero de 1984, asuntos 43 y 63/82, «VBVB y VBBB», Rec. 1984, p. 19, y la sentencia de 11 de julio de 1985, asunto 42/84, «Remia», Rec. 1985, p. 2545, punto 45 de los motivos.

Sección III

Artículo 3 del Reglamento n° 17

(132) De acuerdo con el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento n° 17, la Comisión, en caso de que compruebe una infracción a las disposiciones del artículo 85, puede obligar, mediante decisión, a las empresas interesadas a poner fin a la infracción comprobada.

La decisión por la que se obliga a los interesados a poner fin a las infracciones no se aplica a las reglamentaciones anteriores y similares a los UPR, tal como se describen en los considerandos 55 a 59, puesto que dichas normas habían quedado derogadas el 1 de abril de 1987, siendo sustituidas desde entonces por los UPR.

(133) En virtud del artículo 3, la Comisión también puede adoptar una decisión aunque ya se haya puesto fin al comportamiento que la ha provocado. Esto es posible no sólo para imponer una sanción en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17, sino también cuando lo considere necesario en nombre del interés público, en previsión de infracciones idénticas o similares, así como respecto de contratos distintos de los considerados en el caso concreto [2].

(134) En consecuencia, debe incluirse en la decisión la obligación formal de las asociaciones de empresas que ejercen su actividad en los sectores de la construcción de los Países Bajos y citadas en el considerando 6 de poner fin a las infracciones y abstenerse en lo sucesivo de toda práctica colusoria de objeto o efecto similar.

Sección IV

Apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17

(135) De conformidad con la letra a) del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17, la Comisión podrá, mediante decisión, imponer multas de mil a un millón de ecus, pudiéndose elevar este límite máximo hasta el 10 % del volumen de negocios alcanzado durante el ejercicio precedente, a las empresas y asociaciones de empresas que, deliberadamente o por negligencia, cometan una infracción a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Para determinar el importe de las multas, deberá tenerse en cuenta, además de la gravedad de la infracción, su duración.

(136) La Comisión considera que la implantación de este sistema de intercambio de información, de concertación de precios y de distribución de contratos en la organización SPO, tal como se ha instituido por los

[2] Sentencia de 2 de marzo de 1983, asunto 7/82, «GVL», Rec. 1983, p. 483.

UPR y el Código de honor, así como por las normativas anteriores y similares a los UPR, constituye un esfuerzo deliberado para hacer fracasar uno de los principales objetivos del Tratado, la creación de un mercado único basado en el libre juego de la competencia, dado que, en particular, participan en él empresas de otros Estados miembros y que, además, el sistema es aplicable a las adjudicaciones efectuadas por demandantes establecidos en o por cuenta de otros Estados miembros. En estas circunstancias, la Comisión considera que tales empresas y asociaciones de empresas han cometido de forma deliberada o, al menos, por negligencia grave las infracciones citadas.

(137) En cuanto a los estatutos de la SPO, la Comisión considera que la creación y el funcionamiento de una organización de asociaciones de empresas de construcción cuya función es la de reglamentar la concertación de los precios y las ofertas en el mercado, constituye una infracción en el sentido del apartado 1 del artículo 85.

(138) Estas infracciones se han cometido en el transcurso de un período de tiempo que se remonta al menos al 1 de octubre de 1980 para la asociación SPO y para las 29 asociaciones que, en el contexto de la organización SPO, adoptaron decisiones llamadas de reglamentación de precios entre 1973 y 1979, decisiones modificadas y unificadas ulteriormente en los UPR adoptados el 9 de octubre de 1986 por la asociación SPO. En estas circunstancias, la Comisión tiene en cuenta, por una parte, el hecho de que los procedimientos uniformes de sanción de las infracciones a las normativas privadas entraron en vigor el 1 de octubre de 1980 sobre la base de la decisión de la asociación SPO por la que se hacía obligatorio para las empresas adheridas el Código de honor y, por otra parte, que las infracciones que suponen las decisiones notificadas no son, fundamentalmente, sino la continuación de las infracciones que implicaban las normativas anteriores similares.

(139) Tales infracciones no han cesado hasta la fecha y, por lo tanto, se han prolongado durante un período de tiempo particularmente largo. No obstante, desde la fecha de la notificación de dichas normas (13 de enero de 1988), las empresas y asociaciones de empresas interesadas disfrutan de la inmunidad prevista en la letra a) del apartado 5 del artículo 15 del Reglamento n° 17.

(140) La Comisión considera que la SPO ha cometido estas infracciones de forma intencionada o, en todo caso, por negligencia. En efecto, la concertación de precios y las atribuciones de los contratos forman parte de las infracciones más graves, perseguidas, prohibidas y sancionadas por la Comisión, según práctica constante, bien conocida por las empresas y constantemente confirmada por el Tribunal de Justicia.

El hecho de que tales infracciones se hayan cometido en el contexto de organizaciones y asociaciones profesionales que agrupan a la mayoría de las empresas neerlandesas que ejercen sus actividades en el sector de la construcción que se somete a licitación en los Países Bajos, y en particular a las principales empresas de este sector, no puede sino reforzar la convicción de la Comisión de que sus autores no podían ignorar que tales comportamientos tenían y tienen el objetivo de restringir la competencia.

Además, según la práctica decisoria de la Comisión y la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia [1], un acuerdo que se extiende al conjunto del territorio de un Estado miembro puede, por su propia naturaleza, tener el efecto de consolidar compartimentaciones de carácter nacional, obstaculizando así la interpenetración económica que pretende el Tratado y asegurando una protección a la producción nacional.

Por lo tanto, la cuestión de saber si los autores de las infracciones descritas eran o no conscientes de que estas últimas afectaban o podían afectar al comercio entre los Estados miembros deja de ser importante.

(141) Al determinar el orden general de las multas que deben imponerse, la Comisión ha tenido en cuenta también las siguientes consideraciones:

— la concertación institucionalizada cubría y cubre la casi totalidad de los contratos, correspondientes a los sectores citados en el considerando 6, que se someten a licitación en los Países Bajos;

— la SPO sólo notificó los UPR y el Código de honor después de que la Comisión hubiera iniciado el procedimiento.

No obstante, a la hora de determinar el importe de las multas, la Comisión acepta tomar en consideración las siguientes circunstancias:

— dada la publicidad hecha de los reglamentos profesionales en cuestión, la concertación no ha tenido carácter clandestino;

— la SPO, como tal y como representante de las organizaciones que la componen, ha procurado desde el principio de la investigación facilitar activa y voluntariamente toda la información necesaria y adecuada, que ha permitido establecer los cargos contra ella misma y contra sus miembros;

— cabe considerar que la intervención de las autoridades públicas de los Países Bajos, mediante el Real Decreto de 29 de diciembre de 1986, ha creado, entre las empresas de construcción y sus

[1] Decisión 72/22/CEE de la Comisión (Vereniging van Cementhandelaren) (DO n° L 13, de 17. 1. 1972, p. 34), y sentencia del Tribunal de Justicia, de 17 de octubre de 1972, asunto 8-72 VCH, Rec. 1972, p. 992.
Sentencia del Tribunal de Justicia, de 26 de noviembre de 1975, asunto 73-74 Groupement des papiers peints de Belgique, Rec. 1975, p. 1491.

asociaciones, cierta ambigüedad en cuanto a la compatibilidad de su concertación con las normas comunitarias sobre competencia;

— por último, el presente es el primer asunto en el que la Comisión aplica el apartado 1 del artículo 85 del Tratado al mercado de la construcción.

Para determinar el importe de la multa a imponer a cada una de las diferentes asociaciones, la Comisión tuvo en cuenta el valor total de los contratos sometidos a licitación y que fueron objeto de concertación en cada asociación durante el período de referencia. Por lo que se refiere a la asociación NAC, la Comisión considera que no puede imponerle una multa, ya que dicha asociación ha desempeñado sólo una función meramente administrativa en favor de sus miembros, mientras que la concertación indicada de tales empresas se ponía y se pone de manifiesto en otras organizaciones adheridas a la SPO,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

1. Los estatutos de la Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverhel, de 10 de diciembre de 1963, incluidas sus modificaciones posteriores, constituyen una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

2. Constituyen asimismo infracciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado los *Uniforme Prijsregelende Reglementen,* sobre la adjudicación por procedimiento restringido y por procedimiento abierto, adoptados por la Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheld el 9 de octubre de 1986, en vigor desde el 1 de abril de 1987 y modificados el 23 de junio de 1988, así como el *Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf* (con excepción de su artículo 10), obligatorio para las empresas adheridas a las organizaciones que son miembro de dicha asociación por su decisión de 3 de junio de 1980.

3. Constituyen también infracciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado los reglamentos anteriores y similares a los *Uniforme Prijsregelende Reglementen* citados en el apartado 2 y adoptados, bajo control de la Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheld, por las organizaciones miembros, cada una por su cuenta, entre 1973 y 1979 y que se han aplicado al menos desde el 1 de octubre de 1980 hasta la fecha de su sustitución efectiva por los *Uniforme Prijsregelende Reglamenten.*

Artículo 2

Se deniega la solicitud de exención en virtud del apartado 3 del artículo 85 para las decisiones citadas en el apartado 2 del artículo 1.

Artículo 3

1. La Vereniging van Samenerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwijverheld y las organizaciones miembros deberán poner fin inmediatamente a las infracciones citadas en los apartados 1 y 2 del artículo 1. Se les prohíbe que adopten cualquier medida que tenga la misma finalidad o los mismos efectos que las medidas a las que se hace referencia en el artículo 1.

2. La Vereniging van Samenerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwijverheld y sus organizaciones miembros deberán informar por escrito a las empresas integradas en dichas organizaciones, así como a las otras empresas que participan en la aplicación y la ejecución de las normas citadas en los apartados 1 y 2 del artículo 1 y del hecho de que se ha puesto fin a las infracciones citadas en los apartados 1 y 2 del artículo 1, precisando las consecuencias prácticas que se deriven de ello, como la libertad de cada una de dichas empresas de sustraerse en todo momento a dichas normas.

3. La Vereniging van Samenerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwijverheld y sus organizaciones miembros, en el plazo de los dos meses siguientes a la recepción de la presente Decisión, deberán comunicar a la Comisión la información transmitida a las empresas de conformidad con el apartado 2.

Artículo 4

A las asociaciones que se enumeran en la presente Decisión se les impondrán las siguientes multas por las infracciones enunciadas en el artículo 1:

1) Amsterdamse Aannemers Vereniging:
una multa de 1 451 250 ecus;

2) Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken:
una multa de 436 500 ecus;

3) Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers:
una multa de 436 500 ecus;

4) Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken:
una multa de 202 500 ecus;

5) Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek:
una multa de 337 500 ecus;

6) Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders:
una multa de 445 500 ecus;

7) Combinatie van Aannemers in het Noorden:
una multa de 198 000 ecus;

8) Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken:
una multa de 180 000 ecus;

9) Delftse Aannemers Vereniging:
una multa de 162 000 ecus;

10) Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken:
una multa de 184 500 ecus;

11) Aannemersvereniging «Gouda en Omstreken»:
una multa de 249 750 ecus;

12) Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen:
una multa de 996 750 ecus;

13) Gooise Aannemers Vereniging:
una multa de 270 000 ecus;

14) 's-Gravenhaagse Aannemersvereniging:
una multa de 1 188 000 ecus;

15) Leidse Aannemersvereniging:
una multa de 317 250 ecus;

16) Vereniging Markeer Aannemers Combinatie:
una multa de 38 250 ecus;

17) Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven (N.A.P.B. Dordrecht):
una multa de 324 000 ecus;

18) Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken:
una multa de 238 500 ecus;

19) Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling:
una multa de 1 116 000 ecus;

20) Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe:
una multa de 474 750 ecus;

21) Rotterdamse Aannemersvereniging:
una multa de 2 103 750 ecus;

22) Aannemersvereniging «de Rijnstreek»:
una multa de 96 750 ecus;

23) Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland:
una multa de 384 750 ecus;

24) Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken:
una multa de 200 250 ecus;

25) Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord:
una multa de 670 500 ecus;

26) Utrechtse Aannemers Vereniging:
una multa de 1 055 250 ecus;

27) Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland:
una multa de 4 792 500 ecus;

28) Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging:
una multa de 3 948 750 ecus.

Artículo 5

Las multas fijadas en el artículo 4 habrán de abonarse en un plazo de tres meses a partir de la notificación de la presente Decisión en la cuenta bancaria siguiente:

Cuenta n° 310-0933000-43,
Banque Bruxelles-Lambert,
Agence Européenne,
Rond Point Schuman, 5,
B-1040 Bruselas.

Transcurrido dicho plazo, se aplicará automáticamente el tipo de interés practicado por el Fondo Europeo de Cooperación Monetaria en sus operaciones en ecus el primer día hábil del mes en el curso del cual se haya adoptado la presente Decisión, con un incremento de 3,5 puntos porcentuales, es decir, 13,75 %.

Artículo 6

Los destinatarios de la presente Decisión serán:

Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid,
Koningin Wilhelminalaan 15,
NL-3818 HN Amersfoort;

Amsterdamse Aannemers Vereniging,
Muzenplein 9,
NL-1077 WC Amsterdam-Zuid;

Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken,
Europalaan 101,
NL-3526 KR Utrecht;

Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers,
Middelwijkstraat 23 – 25,
NL-3764 CD Soest;

Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken,
Velserdijk 32,
NL-1981 AA Velsen Zuid;

Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek,
Van Merlenlaan 1,
NL-2103 GA Heemstede;

Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders,
Zwolseweg 290,
NL-7315 GZ Apeldoorn;

Combinatie van Aannemers in het Noorden,
Prins Hendrikstraat 6,
NL-8911 BK Leeuwarden;

Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken,
Prins Hendrikstraat 6,
NL-8911 BK Leeuwarden;

Delftse Aannemers Vereniging,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken,
Europalaan 101,
NL-3526 KR Utrecht;

Aannemersvereniging «Gouda en Omstreken»,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen,
Roëllstraat 1,
NL-6814 JC Arnhem;

Gooise Aannemers Vereniging,
De Ruyterstraat 31,
NL-1271 SR Huizen;

's-Gravenhaagse Aannemersvereniging,
Van Stolkweg 11,
NL-2585 JL 's-Gravenhage;

Leidse Aannemersvereniging,
Rijnsburgerweg 159,
NL-2334 BP Leiden;

Vereniging Markeer Aannemers Combinatie,
Utrechtseweg 44,
NL-3704 HD Zeist;

Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven (NAPB Dordrecht),
Singel 91,
NL-3311 PB Dordrecht;

Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken,
Von Liebigweg 39,
NL-1097 RL Amsterdam;

Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling,
Almelosestraat 22,
NL-7495 TH Ambt-Delden;

Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe,
Heresingel 19,
NL-9711 ER Groningen;

Rotterdamse Aannemersvereniging,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Aannemersvereniging «de Rijnstreek»,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland,
Prins Hendrikstraat 6,
NL-8911 BK Leeuwarden;

Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken,
Groesbeekseweg 14,
NL-6524 DB Nijmegen;

Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord,
Justus van Effenstraat 7-9,
NL-1813 KW Alkmaar;

Utrechtse Aannemers Vereniging,
Ramstraat 20,
NL-3581 HJ Utrecht;

Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland,
Utrechtseweg 44,
NL-3704 HD Zeist;

Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging,
Jan Deckersstraat 45,
NL-5591 HP Heeze;

Vereniging Nederlandse Aannemers Combinatie,
P/a TRN-groep,
Zoeterwoudsesingel 62,
NL-2313 EL Leiden.

La presente Decisión será título ejecutivo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 192 del Tratado.

Hecho en Bruselas, el 5 de febrero de 1992.

Por la Comisión
Leon BRITTAN
Vicepresidente