

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera)  
de 21 de febrero de 1995 \*

En el asunto T-29/92,

**Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Amersfoort (Países Bajos),

**Amsterdamse Aannemers Vereniging**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Amsterdam,

**Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Utrecht (Países Bajos),

**Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Soest (Países Bajos),

**Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Velsen (Países Bajos),

**Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Heemstede (Países Bajos),

**Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Apeldoorn (Países Bajos),

\* Lengua de procedimiento: neerlandés.

**Combinatie van Aannemers in het Noorden**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Leeuwarden (Países Bajos),

**Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Leeuwarden,

**Delftse Aannemers Vereniging**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Rotterdam (Países Bajos),

**Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Utrecht,

**Aannemersvereniging «Gouda en Omstreken»**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Rotterdam,

**Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Arnhem (Países Bajos),

**Gooise Aannemers Vereniging**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Huizen (Países Bajos),

**'s-Gravenhaagse Aannemers Vereniging**, asociación neerlandesa, con domicilio social en La Haya (Países Bajos),

**Leidse Aannemersvereniging**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Leiden (Países Bajos),

**Vereniging Markeer Aannemers Combinatie**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Tilburg (Países Bajos),

**Nederlandse Aannemers-en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Dordrecht (Países Bajos),

**Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Amsterdam,

**Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Delden (Países Bajos),

**Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Groningen (Países Bajos),

**Rotterdamse Aannemersvereniging**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Rotterdam,

**Aannemersvereniging «de Rijnstreek»**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Rotterdam,

**Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland**, fundación neerlandesa, con domicilio social en Leeuwarden,

**Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Nimega (Países Bajos),

**Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Alkmaar (Países Bajos),

**Utrechtse Aannemers Vereniging**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Utrecht,

**Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Zeist (Países Bajos), y

**Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging**, asociación neerlandesa, con domicilio social en Heeze (Países Bajos),

representadas por los Sres. Louis H. van Lennep, Abogado de la Haya, y Erik H. Pijnacker Hordijk, Abogado de Amsterdam, que designan como domicilio en Luxemburgo el bufete de M<sup>e</sup> Luc Frieden, 6, avenue Guillaume,

partes demandantes,

contra

**Comisión de las Comunidades Europeas**, representada por el Sr. Berend J. Drijber, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agente, asistido por el Sr. Paul-Glazener, Abogado de Rotterdam, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Georgios Kremis, miembro del Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandada,

que tiene por objeto que se declare inexistente y, subsidiariamente, se anule la Decisión 92/204/CEE 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 IV/32.571 — Industria de la construcción de los Países Bajos; DO L 92, p. 1),

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA  
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Primera),

integrado por los Sres.: R. Schintgen, Presidente; H. Kirschner, B. Vesterdorf, K. Lenaerts y C.W. Bellamy, Jueces;

Secretario: Sr. H. Jung;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 11 de julio de 1994;

dicta la siguiente

**Sentencia**

**Antecedentes de hecho del recurso**

- 1 A partir de 1952, aparecieron en el mercado neerlandés de la construcción diferentes asociaciones que agrupaban a los empresarios según criterios sectoriales o regionales. Estas asociaciones elaboraron para sus socios normas cuyo objeto era organizar la competencia.
- 2 En 1963, las distintas asociaciones crearon la Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (en lo sucesivo, «SPO»), que, a tenor del artículo 3 de sus Estatutos, tiene por objeto «fomentar y gestionar una com-

petencia 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». A tal fin, la SPO elabora normas denominadas de «regulación institucionalizada de los precios y de la competencia» y está facultada para imponer sanciones a las empresas afiliadas a sus organizaciones miembros en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de las citadas normas. Su gestión se confía a ocho oficinas ejecutivas, cuyo funcionamiento controla la SPO. Las asociaciones miembros de la SPO son en la actualidad veintiocho y agrupan, en total, a más de cuatro mil empresas de la construcción establecidas en los Países Bajos.

- 3 En 1969, la mayoría de las asociaciones sectoriales o regionales se adhirieron a la SPO.
- 4 Entre 1973 y 1979, bajo el control de la SPO, las diferentes asociaciones uniformaron sus normas (en lo sucesivo, «reglamentos anteriores»).
- 5 El 3 de junio de 1980, la Asamblea General de la SPO adoptó el Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf (Código de honor de las empresas de construcción; en lo sucesivo, «Código de honor»), obligatorio para todas las empresas pertenecientes a las asociaciones miembros de la SPO. Este Código de honor establece un sistema uniforme de sanción de las infracciones a los reglamentos uniformados entre 1973 y 1979, así como determinadas disposiciones materiales necesarias para la aplicación de éstos. El Código de honor entró en vigor el 1 de octubre de 1980.
- 6 El 16 de agosto de 1985, la Comisión dirigió una solicitud de información a la SPO, con arreglo al artículo 11 del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22; en lo sucesivo, «Reglamento n° 17»), con el fin de obtener información sobre la participación de las empresas extranjeras en la SPO.

- 7 Mediante Decreto Ministerial de 2 de junio de 1986, las autoridades neerlandesas adoptaron el Uniform Aanbestedingsreglement (Reglamento uniforme relativo a las licitaciones; en lo sucesivo, «UAR»), que establece normas relativas a la contratación pública y que entró en vigor el 1 de noviembre de 1986.
  
- 8 El 9 de octubre de 1986, la Asamblea General de la SPO adoptó dos Uniforme Prijsregelende Reglementen (reglamentos uniformes de regulación de precios; en lo sucesivo, «UPR»), que tienen por objeto definir el procedimiento de competencia entre los empresarios que participan en la licitación de contratos de obras. El primer UPR se refiere a las licitaciones mediante procedimiento restringido (en lo sucesivo, «UPRR») y el segundo a las licitaciones mediante procedimiento abierto (en lo sucesivo, «UPRO»). Los dos reglamentos poseen una estructura idéntica y contienen disposiciones precisas y detalladas que definen las obligaciones de las empresas participantes en la organización y las condiciones de funcionamiento de ésta. Cuatro reglamentos y tres anexos completan, a su vez, estos UPR. Todos los reglamentos citados entraron en vigor el 1 de abril de 1987.
  
- 9 Mediante Real Decreto de 29 de diciembre de 1986, el Gobierno neerlandés declaró que estos reglamentos no eran vinculantes, con excepción de los que cumplieran determinados requisitos. El citado Real Decreto entró en vigor el 1 de abril de 1987. Los UPR cumplían los requisitos señalados por éste.
  
- 10 El 15 de junio de 1987, la Comisión efectuó una visita de inspección a la SPO, con arreglo al artículo 14 del Reglamento n° 17. En julio y en noviembre del mismo año, hizo lo mismo con la Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging (en lo sucesivo, «ZNAV»). El objeto de estas inspecciones era examinar si los reglamentos de la SPO podían afectar al comercio entre Estados miembros.
  
- 11 El 13 de enero de 1988, la SPO notificó a la Comisión los UPR, así como el Código de honor, con el fin de obtener, con carácter principal, una declaración negativa y, subsidiariamente, una exención en virtud del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE (en lo sucesivo, «Tratado»).

- 12 El 23 de junio de 1988, se modificaron los UPR. Esta modificación entró en vigor el 1 de julio de 1988.
  
- 13 El 13 de julio de 1989, la SPO completó su notificación de 13 de enero de 1988.
  
- 14 El 26 de julio de 1989, el Ayuntamiento de Rotterdam (Países Bajos) presentó una denuncia ante la Comisión dirigida contra determinados aspectos de los reglamentos.
  
- 15 El 7 de noviembre de 1989, la Comisión decidió iniciar un procedimiento contra la SPO y le dirigió un pliego de cargos el 5 de diciembre de 1989.
  
- 16 La SPO respondió al pliego de cargos el 5 de abril de 1990.
  
- 17 La audiencia, prevista por el artículo 19 del Reglamento n° 17, tuvo lugar el 12 de junio de 1990.
  
- 18 El 15 de marzo de 1991, la SPO entabló negociaciones con la Comisión con el fin de examinar si los reglamentos notificados podrían gozar de una exención, en caso de que fueran modificados. A este respecto, se produjo un intercambio de correspondencia entre la SPO y la Comisión entre el 12 de abril de 1991 y el 15 de enero de 1992.
  
- 19 El 5 de febrero de 1992, la Comisión adoptó la Decisión impugnada.



- 20 El 12 de febrero de 1992, se envió a las demandantes una Decisión, de fecha 5 de febrero de 1992, con el n° C(92) 66 def. Fue notificada el 17 de febrero de 1992. En esta Decisión, faltaba un pasaje, y las direcciones de las diferentes asociaciones de empresas mencionadas en su parte dispositiva eran erróneas.
- 21 El 26 de febrero de 1992, se envió a las demandantes una Decisión, de fecha 5 de febrero de 1992, con el n° C(92) 66 def. rev. (recibida en la SPO el 2 de marzo de 1992). Este texto contenía el pasaje que faltaba en el texto notificado el 17 de febrero de 1992 y que, por lo tanto, había sido añadido. Los errores relativos a la dirección de las diferentes asociaciones de empresas habían sido, asimismo, corregidos.
- 22 En el artículo 1 de la Decisión, la Comisión afirma que los Estatutos de la SPO, de 10 de diciembre de 1963, incluidas sus modificaciones posteriores, los dos UPR de 9 de octubre de 1986 y los reglamentos y anexos que forman parte de ellos, los UPR anteriores y similares a los que sustituyeron y el Código de honor, con excepción de su artículo 10, constituyen una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.
- 23 En el artículo 2 de su Decisión, la Comisión deniega la solicitud de exención formulada el 13 de enero de 1988, conforme al apartado 3 del artículo 85 del Tratado, en favor de los UPR de 9 de octubre de 1986 y del Código de honor.
- 24 En los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Decisión, la Comisión conmina a la SPO y a sus organizaciones miembros a que pongan fin inmediatamente a las infracciones citadas y a informar por escrito a las empresas afectadas del contenido de la Decisión y del fin de las infracciones, precisando las consecuencias prácticas que se deriven de ello, tales como la libertad de cada una de dichas empresas de sustraerse en todo momento a los reglamentos. Por otra parte, la SPO y sus organizaciones miembros debían comunicar a la Comisión, dentro de los dos meses siguientes a la recepción de la Decisión, la información transmitida a las empresas conforme al punto 2 de esta disposición.

25 En el artículo 4 de la Decisión, la Comisión impone a las veintiocho asociaciones afectadas multas por un importe total de 22.498.000 ECU.

## El procedimiento

26 Mediante recurso presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 13 de abril de 1992, la SPO, así como veintiocho asociaciones miembros de ella, solicitaron al Tribunal de Primera Instancia, con arreglo al párrafo segundo del artículo 173 del Tratado, que declare inexistente o, subsidiariamente, nula la Decisión 92/204/CEE 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 IV/32.571 — Industria de la construcción de los Países Bajos; DO L 92, p. 1).

27 Mediante escrito separado, registrado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el mismo día, las demandantes formularon asimismo, con arreglo a los artículos 185 y 186 del Tratado y al apartado 2 del artículo 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, una demanda de medidas provisionales destinada a obtener la suspensión de la ejecución de la Decisión controvertida.

28 Las observaciones de las partes fueron oídas el 18 de junio de 1992.

29 El 16 de julio de 1992, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia dictó un auto resolviendo lo siguiente:

- «1) Se suspende la ejecución del artículo 3 de la Decisión de la Comisión relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado (Asuntos IV/31.572 y IV/32.571 — Industria de la construcción de los Países Bajos), en la medida en que se refiera a elementos de los reglamentos controvertidos que no estén vinculados a la existencia de una concertación y un intercambio

de información entre los empresarios, a la concesión de la preferencia y a la repercusión directa sobre los órganos de contratación del importe de la indemnización por gastos de cálculo y de las contribuciones profesionales.

2) Las partes demandantes comunicarán a la Comisión y al Tribunal de Primera Instancia, a más tardar el 1 de octubre de 1992, las medidas que hubieren adoptado para adecuar el funcionamiento del sistema al presente auto.

3) Se desestima en todo lo demás la demanda de suspensión de la ejecución.

4) Se reserva la decisión sobre las costas.»

30 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 14 de agosto de 1992, las demandantes comunicaron al Presidente del Tribunal de Primera Instancia las instrucciones provisionales, aplicables a partir del 20 de julio de 1992, que la primera demandante dirigió a las demás, según lo dispuesto en el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 16 de julio de 1992.

31 El 27 de agosto de 1992, la sociedad neerlandesa Dennendael BV formuló una demanda de intervención en apoyo de las conclusiones de la parte demandada, de conformidad con el artículo 37 del Estatuto (CEE) del Tribunal de Justicia.

32 Mediante auto de 12 de enero de 1993, el Tribunal de Primera Instancia admitió esta intervención en apoyo de las pretensiones de la parte demandada.

33 El 21 de enero de 1993, la parte coadyuvante presentó su escrito de formalización de la intervención.

- 34 Mediante escrito de 17 de noviembre de 1993, la parte coadyuvante comunicó al Tribunal de Primera Instancia que desistía de su intervención, circunstancia de la que el Tribunal de Primera Instancia tomó conocimiento mediante auto de 4 de mayo de 1994.
- 35 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba. No obstante, el Tribunal de Primera Instancia formuló determinadas preguntas a las partes, que éstas debían responder por escrito y antes de la celebración de la vista.
- 36 Tras la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia el 15 de junio de 1994, Comisión/BASF y otros (C-137/92 P, Rec. p. I-2555), el Tribunal de Primera Instancia ordenó a la Comisión, mediante auto de 27 de junio de 1994, que aportara «la Decisión adoptada por la Comisión, en su sesión de 5 de febrero de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (Asuntos IV/31.572 y IV/32.571 — Industria de la construcción de los Países Bajos) autenticada en aquel momento, en la lengua auténtica, con las firmas del Presidente y del Secretario ejecutivo conforme al párrafo primero del artículo 12 del Reglamento Interno entonces vigente» y que remitiera este documento al Tribunal de Primera Instancia «como máximo, el 6 de julio de 1994».
- 37 A raíz de este auto, la Comisión aportó, en escrito de 4 de julio de 1994, un ejemplar de la Decisión de la Comisión de 5 de febrero de 1992, con la referencia C(92) 66 def. rev. y la firma del Presidente de la Comisión y de su Secretario General, precedida de la mención «la presente Decisión ha sido adoptada por la Comisión en su reunión n° 1092, celebrada en Bruselas el 5 de febrero de 1992. Comprende 92 páginas + anexos». Asimismo, presentó algunos documentos más.
- 38 El primero de estos documentos es una carta que uno de los Abogados de las demandantes dirigió al funcionario competente de la Dirección General de la Competencia (DG IV), el 19 de febrero de 1992, para señalarle que, en la Decisión que le había sido notificada, faltaba algo entre la página 86 y la 87. Solicitaba al fun-

cionario que efectuara las comprobaciones necesarias y adoptara las medidas oportunas para efectuar las correspondientes correcciones.

- 39 El segundo documento es un telefax, igualmente fechado el 19 de febrero de 1992, que el funcionario citado dirigió a otro funcionario de la Secretaría General de la Comisión, con el fin de que verificara «si la versión de la Decisión adoptada por la Comisión y notificada a sus destinatarios coincide íntegramente con el proyecto, y, de ser preciso, adopte las medidas necesarias para que se comunique formalmente a los destinatarios de la Decisión el texto completo de ésta».
- 40 El tercer documento es una carta de 21 de febrero de 1992, dirigida al funcionario competente de la DG IV por uno de los Abogados de las demandantes, en la que éste solicita a la Comisión que tenga a bien enviar únicamente a la SPO los ejemplares de la versión corregida de la Decisión, debido a que las direcciones de algunas de sus organizaciones miembros eran incorrectas.
- 41 El cuarto documento es una carta del funcionario competente de la DG IV, igualmente de 21 de febrero de 1992, dirigida a los Abogados de las demandantes, en la que indica que, tras una llamada de uno de ellos, la Secretaría General pensaba en diferentes modalidades de (re-)notificación a todas las organizaciones destinatarias de la Decisión (a la dirección corregida, en su caso).
- 42 Se oyeron los informes orales de las partes, así como sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia, en la vista de 11 de julio de 1994. Durante ésta, se proyectó, a petición de las demandantes, una película sobre los reglamentos controvertidos en el presente procedimiento y su experto fue oído.

## Pretensiones de las partes

43 Las demandantes solicitan al Tribunal de Primera Instancia que:

- 1) Con carácter principal, declare inexistente el acto de la Comisión titulado «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 IV/32.571 — Industria de la construcción de los Países Bajos).
- 2) Con carácter subsidiario, anule la 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 IV/32.571 — Industria de la construcción de los Países Bajos).
- 3) Adopte cualquier otra medida que estime procedente.
- 4) Condene a la Comisión al pago de las costas, incluidas las correspondientes a la demanda de medidas provisionales presentada con arreglo a los artículos 185 y 186 del Tratado.

Por su parte, la Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- 1) Desestime las pretensiones de las demandantes.
- 2) Condene a las demandantes al pago de las costas, incluidas las del procedimiento de medidas provisionales.

## Motivos y alegaciones de las partes

- 44 Las demandantes formulan dos pretensiones en su recurso: la primera, principal, consiste en que se declare inexistente la Decisión impugnada o, al menos, nula por vicios sustanciales de forma; la segunda, subsidiaria, consiste en la anulación de esta misma Decisión.

### *La pretensión principal*

### *Alegaciones de las partes*

- 45 Las demandantes alegan, con carácter principal que, según la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia, la Decisión impugnada es inexistente (sentencia de 27 de febrero de 1992, BASF y otros/Comisión, asuntos acumulados T-79/89, T-84/89 a T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 y T-104/89, Rec. p. II-315) por violación del principio de intangibilidad del acto y por falta de competencia —se añadió una página sin haber sido aprobada por la Junta de Comisarios— y por infracción del régimen lingüístico, puesto que la Junta de Comisarios no adoptó la Decisión en la única lengua auténtica. En efecto, en la Decisión C(92) 66 def., de 5 de febrero de 1992, enviada a las demandantes el 12 de febrero de 1992 y notificada a éstas el 17 de febrero de 1992, faltaba un pasaje, y las direcciones de las diferentes asociaciones mencionadas en la parte dispositiva de la Decisión eran incorrectas.
- 46 El 26 de febrero de 1992, se envió a las demandantes una Decisión fechada el 5 de febrero de 1992, con el n° C(92) 66 def. rev. (recibida en la SPO el 2 de marzo de 1992). Este texto contenía el pasaje que faltaba en el texto notificado el 17 de febrero de 1992 y que, por lo tanto, había sido añadido. Los errores relativos a las direcciones de las diferentes asociaciones de empresas habían sido igualmente corregidos.

- 47 Las demandantes señalan, asimismo, que el documento con la referencia C(92) 66 def. fue primero enviado a cada una de las demandantes mediante escrito de 12 de febrero de 1992, firmado por el Secretario General de la Comisión y hasta, aproximadamente, el 17 de febrero no fue notificado. El hecho de que el texto de la Decisión impugnada no estuviera disponible el día siguiente al 5 de febrero de 1992 confirma que el texto notificado a las demandantes no era el mismo que se había sometido a la Junta de Comisarios. La circunstancia de que se asignara una nueva referencia [a saber, C(92) 66 def. rev.] al documento revisado corrobora esta misma conclusión. Por otra parte, la Comisión no niega que el documento C(92) 66 def. rev. en ningún momento se sometió, como tal, a la Junta de Comisarios.
- 48 Por consiguiente, las demandantes piden a la Comisión que demuestre, por medio de testimonio certificado conforme del acta de la reunión de la Comisión de 5 de febrero de 1992, que efectivamente se reunió para examinar la versión neerlandesa de la Decisión controvertida y que fue este texto el que adoptó.
- 49 La Comisión responde que las demandantes no han aportado ningún indicio que permita llegar a la conclusión de que, tras adoptarse la Decisión, se hubiera producido una violación del principio de la intangibilidad del acto adoptado. Así pues, a falta de datos en este sentido, la Decisión debe considerarse legal (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, Hoechst/Comisión, T-10/89, Rec. p. II-629, apartado 375).
- 50 La Comisión mantiene que la Decisión fue enviada por segunda vez a las demandantes, debido a que faltaba una página en el texto remitido el 12 de febrero de 1992 y que a algunas demandantes les fue enviada a una dirección que no era correcta. La desaparición de una página fue debida a una deficiencia técnica del sistema interno de correo electrónico de la Comisión, que se produjo después de adoptarse la Decisión.



- 51 Además, la Comisión alega que la Junta de Comisarios disponía del texto del proyecto de Decisión en todas las lenguas comunitarias, incluido el neerlandés, el 5 de febrero de 1992. Dicho proyecto fue adoptado en esta reunión.

### *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

- 52 Este Tribunal señala, en primer lugar, que, de la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 1994, Comisión/BASF y otros, antes citada (apartado 52), se desprende que las irregularidades denunciadas por las demandantes, que se refieren al procedimiento de adopción de la Decisión de la Comisión, no parecen de una gravedad que sea evidente hasta el punto de que dicha Decisión deba ser considerada como jurídicamente inexistente.
- 53 De ello se desprende que la pretensión principal de las demandantes debe ser desestimada en la medida en que tiene por objeto que se declare la inexistencia de la Decisión impugnada.
- 54 No obstante, procede examinar, en segundo lugar, si las irregularidades denunciadas por las demandantes deben conducir, tal y como éstas han alegado con carácter subsidiario, a la anulación de la Decisión impugnada por violación del principio de intangibilidad del acto y del régimen lingüístico.
- 55 En lo que respecta a la intangibilidad del acto, este Tribunal considera que, de la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 1994, Comisión/BASF y otros, antes citada (apartado 59), se desprende que, únicamente en un recurso en el que se aporten indicios serios y convincentes sobre la violación del principio de intangibilidad del acto, este Tribunal puede verse obligado a ordenar que se aporte la Decisión, en la lengua o en las lenguas auténticas, autenticada con las firmas del Presidente y del Secretario Ejecutivo, con el fin de comprobar la perfecta coincidencia entre los textos notificados con el texto adoptado por la Junta de Comisarios.

- 56 En el presente caso, este Tribunal consideró, con arreglo a los datos de que disponía en aquel momento, que el hecho de que el texto de la Decisión notificada el 17 de febrero de 1992 no coincidiera con el texto notificado el 26 de febrero de 1992 constituía, a primera vista, un indicio serio y convincente de que las modificaciones efectuadas en el primer texto no fueron adoptadas por la Junta de Comisarios. Por esta razón ordenó, el 27 de junio de 1994, que se aportara la Decisión adoptada por la Comisión en su sesión de 5 de febrero de 1992, autenticada en aquel momento, en la lengua auténtica, con las firmas del Presidente y del Secretario Ejecutivo, conforme al párrafo primero del artículo 12 del Reglamento Interno de la Comisión entonces vigente.
- 57 No obstante, este Tribunal señala que los documentos aportados por la Comisión en respuesta al auto de 27 de junio de 1994 confirman que la diferencia entre el primer texto notificado y el segundo fue debida a una deficiencia técnica en el funcionamiento de su sistema de correo electrónico, que hizo desaparecer una página, y que, por consiguiente, el texto notificado el 26 de febrero de 1992 coincidía perfectamente con el texto adoptado por la Junta de Comisarios en su sesión de 5 de febrero de 1992. En efecto, los Abogados de las demandantes señalaron a la Comisión, ya el 19 de febrero de 1992, que «en la Decisión SPO, falta algo entre la página 86 y la página 87. Les ruego lo comprueben y adopten las medidas necesarias para su corrección. Si se ha deslizado un error en el texto, les ruego envíen una rectificación a todos los destinatarios». El destinatario de esta carta, funcionario competente de la DG IV, envió el mismo día una nota a la atención de la Secretaría General de la Comisión con el fin de que efectuara las comprobaciones necesarias. En dicha nota se puede leer: «He recibido de su Servicio el texto de la Decisión arriba citada en lengua neerlandesa. En este documento, falta un pasaje que figuraba en el proyecto sometido a la Comisión. ¿Puedo pedirles que se compruebe si el texto que la Comisión adoptó y que fue notificado a los destinatarios de la Decisión coincide perfectamente con el proyecto y, en su caso, que adopten las medidas necesarias para que los destinatarios tomen conocimiento formal del texto íntegro de la Decisión? Adjunto les remito, como Anexo I de la presente, la carta de acompañamiento del documento C(92) 66 def. [...] las páginas 86 y 87 de este documento. Como Anexo II le remito: las páginas 85, 86 y 87 del proyecto de Decisión de que se trata (versión en lengua neerlandesa, tal y como se sometió a la Comisión; el pasaje que falta en este documento C(92) 66 def. está claramente indicado.»

- 58 A la vista de estos elementos, cuya interpretación por la Comisión no ha sido cuestionada por las demandantes, los indicios aportados por éstas ya no pueden considerarse serios y convincentes.
- 59 De ello se desprende que ha quedado acreditado que el texto de la Decisión notificada a las demandantes el 26 de febrero de 1992 coincide íntegramente con el adoptado por la Junta de Comisarios el 5 de febrero de 1992.
- 60 En lo que se refiere al respeto del régimen lingüístico, este Tribunal considera que, de la carta dirigida por el funcionario de la DG IV a la Secretaría General, se desprende que el proyecto de Decisión fue sometido a la Comisión en versión neerlandesa, lo cual queda corroborado asimismo por el hecho de que, a partir del 5 de febrero de 1992, la parte dispositiva de la Decisión fue comunicada a las demandantes por telefax en lengua neerlandesa.
- 61 De ello se deduce que no existe vulneración del régimen lingüístico en el presente caso.
- 62 A mayor abundamiento, este Tribunal destaca que, en respuesta a su auto de 27 de junio de 1994, la Comisión aportó el texto de la Decisión de la Comisión de 5 de febrero de 1992, con la referencia C(92) 66 def. rev. y las firmas del Presidente de la Comisión y de su Secretario General, precedidas de la mención «la presente Decisión ha sido adoptada por la Comisión en su reunión n° 1092, celebrada en Bruselas el 5 de febrero de 1992. Comprende 92 páginas + anexos». En la vista, las demandantes criticaron el hecho de que este documento no precisaba la fecha de las firmas del Presidente y del Secretario General. En su escrito de acompañamiento, de fecha 4 de julio de 1994, y en la vista, el Agente de la Comisión afirmó que dicho documento era el texto de la Decisión, tal y como fue adoptado por la Junta de Comisarios el 5 de febrero de 1992 y autenticado en aquel momento. En respuesta a una pregunta del Tribunal, el Agente de la Comisión precisó que su afirmación sobre este punto quedaba corroborada por el hecho de que, en el momento de adoptarse la Decisión, la Comisión ya había sido advertida de las consecuencias

derivadas, en opinión del Tribunal de Primera Instancia, de una falta de autenticación de sus actos, puesto que, en aquel momento, la vista de los asuntos BASF y otros/Comisión ya se había celebrado ante el Tribunal de Primera Instancia, quien había ordenado que se aportara el texto de la Decisión de que se trataba en aquel asunto, autenticada con las firmas del Presidente y del Secretario Ejecutivo, conforme al párrafo primero del artículo 12 del Reglamento Interno de la Comisión vigente en aquel momento. Este Tribunal destaca que las demandantes no formularon objeción alguna frente a la explicación dada por el Agente de la Comisión.

- 63 Con arreglo a dichos documentos y a los datos suministrados por el Agente de la Comisión, este Tribunal señala que el documento con la referencia C(92) 66 def. rev. aportado por la Comisión es el texto de la Decisión, tal y como fue adoptado por la Junta de Comisarios el 5 de febrero de 1992 y autenticado en aquel momento.
- 64 De todo lo anterior se desprende que la pretensión formulada con carácter principal por las demandantes debe desestimarse.

#### *La pretensión subsidiaria*

- 65 En apoyo de su pretensión subsidiaria, las demandantes realizan nueve imputaciones, que pueden resumirse en cinco motivos. El primer motivo se basa en la infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, por haber definido erróneamente la Comisión el mercado de referencia, desconocer el alcance de los reglamentos controvertidos y por haber considerado, equivocadamente, que afectaban de manera sensible el comercio entre Estados miembros. El segundo motivo se basa en la infracción del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, en primer lugar, por no haber tenido en cuenta la Comisión las características concretas del sector de la construcción en los Países Bajos y haber invertido la carga de la prueba; en segundo lugar, por haber apreciado erróneamente el alcance de los reglamentos de que se trata en relación con los cuatro requisitos para la concesión de una exención, en particular, al negarse a tener en cuenta las propuestas de modificación formuladas por las demandantes «durante la fase de notificación» y, en tercer lugar, por haber violado

los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad al denegar la exención solicitada. El tercer motivo se basa en la infracción del n° 1 del apartado 2 del artículo 4 y del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17, por haber impuesto la Comisión una multa, a pesar de no haberse probado la infracción o, al menos, cuando gozaba de inmunidad, y por haber estimado equivocadamente que la infracción fue cometida con dolo o negligencia y haber impuesto una multa excesiva. El cuarto motivo se basa en la infracción del artículo 190 del Tratado, al no haber motivado suficientemente la Comisión con arreglo a Derecho ni la infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado ni la negativa a conceder la exención solicitada conforme al apartado 3 del artículo 85 del Tratado. El quinto motivo se basa en la violación del derecho de defensa de las demandantes.

*Primer motivo: infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado*

Primera parte: definición errónea del mercado de referencia

Alegaciones de las partes

<sup>66</sup> Las demandantes recuerdan que, de la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia se desprende que la definición adecuada del mercado de referencia es un requisito necesario y previo a cualquier valoración de un comportamiento supuestamente contrario a la competencia (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, SIV y otros/Comisión, asuntos acumulados T-68/89, 77/89 y 78/89, Rec. p. II-1403). En opinión de las demandantes, la Comisión no definió en el presente caso el mercado del producto y el mercado geográfico de referencia.

<sup>67</sup> En lo que respecta al mercado del producto, exponen que los ocho sectores de la industria de la construcción que abarcan los reglamentos de que se trata no constituyen un solo mercado de producto, sino, al menos, otros tantos —cuando no más— mercados de productos distintos, en la medida en que las actividades que abarcan no son intercambiables ni desde el punto de vista de la demanda ni de la oferta.

- 68 Las demandantes añaden que, si bien consideraron en su notificación que el mercado neerlandés de la construcción constituía un solo mercado de producto, fue con vistas a una solicitud de declaración negativa/exención en favor de los UPR, adoptados en 1987 y que por primera vez eran aplicables indistintamente a los ocho mercados de producto de referencia. La perspectiva de la Decisión impugnada es totalmente distinta, puesto que se dirige no sólo contra los UPR de 1987, sino también contra los reglamentos anteriores a los UPR, que son distintos para cada uno de los sectores de la industria de la construcción. Por consiguiente, la Comisión debería haber realizado una distinción según los mercados del producto de referencia, al menos en la medida en que pretendía impugnar los reglamentos aplicables antes del 1 de abril de 1987.
- 69 Por lo que respecta al mercado geográfico, señalan que la Comisión afirmó, en el punto 23 de la Decisión, que existían diferentes mercados geográficos pertinentes dentro del mercado de obras al que se aplicaban los reglamentos. De este modo, admitió que la extensión del mercado geográfico de referencia podía variar según el sector y la naturaleza de las actividades de que se tratara. Puesto que el mercado geográfico de obras de menor importancia es más limitado, la Comisión debería haber señalado que todos los reglamentos relativos a estas obras quedaban fuera del ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado, ya que no pueden afectar al comercio entre los Estados miembros (véase la tercera parte del motivo *infra*).
- 70 En lo que respecta al mercado del producto, la Comisión responde, por una parte, que no es necesario definir el mercado de referencia a partir de la posibilidad de sustitución de los productos afectados, sino a partir de las actividades que efectúan los empresarios y del ámbito de aplicación de los reglamentos. En efecto, los UPR y el Código de honor se aplican indistintamente a los diferentes sectores mencionados por las demandantes sin distinguir según la naturaleza, importancia o localización de las obras. Este enfoque es plenamente conforme con el punto de vista que las demandantes han defendido durante la fase administrativa del procedimiento.
- 71 La Comisión alega, asimismo, que no procede efectuar una distinción entre los reglamentos anteriores a 1987 y los UPR desde el punto de vista de la defini-

ción del mercado del producto de referencia, puesto que los primeros, aplicables en los diferentes sectores, fueron uniformados entre 1973 y 1979 al amparo de la SPO.

- 72 En lo que respecta al mercado geográfico, la Comisión responde que las fluctuaciones regulares de la demanda, el radio de acción de las grandes y medianas empresas y el hecho de que incluso algunas pequeñas empresas participen a menudo en licitaciones de obras situadas fuera de la región en la que están establecidas demuestran que no existen mercados geográficos distintos dentro del mercado de las obras, que constituye el objeto de los reglamentos controvertidos. Por otra parte, destaca que, durante la fase administrativa del procedimiento, las demandantes en ningún momento aludieron a la existencia de diferentes mercados geográficos ni aportaron datos que permitieran delimitarlos.

#### Apreciación del Tribunal

- 73 Este Tribunal considera que, con carácter preliminar, procede determinar el alcance de la obligación de la Comisión de definir el mercado de referencia antes de declarar la existencia de una infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado.
- 74 Es preciso observar que la definición del mercado de referencia no desempeña el mismo papel según se trate de aplicar el artículo 85 o el artículo 86 del Tratado. En el marco de la aplicación del artículo 86, la adecuada definición del mercado de referencia es un requisito necesario y previo a la valoración de un comportamiento supuestamente contrario a la competencia (sentencia SIV y otros/Comisión, antes citada, apartado 159), puesto que, antes de acreditar la existencia de un abuso de posición dominante, hay que acreditar la existencia de una posición dominante en un mercado determinado, lo que implica que dicho mercado haya sido previamente delimitado. En cuanto a la aplicación del artículo 85, es preciso definir el mercado de referencia para determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trate puede afectar al comercio entre Estados miem-

bros y tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

- 75 Por esta razón, en el marco de la aplicación del artículo 85, las imputaciones realizadas por las demandantes, en relación con la definición del mercado efectuada por la Comisión, no poseen una dimensión autónoma con respecto a las relativas al perjuicio del comercio entre Estados miembros y a la distorsión de la competencia. La procedencia de este enfoque queda corroborada por el hecho de que, en su solicitud de declaración negativa o de exención, las demandantes abordaron la cuestión de la definición del mercado exclusivamente en la parte relativa al perjuicio del comercio entre Estados miembros.
- 76 Es preciso destacar que, al considerar como mercado pertinente el mercado de la construcción en los Países Bajos en su conjunto, la Comisión no hizo sino respetar el enfoque adoptado por las demandantes al notificar los UPR, para obtener una declaración negativa o una exención, y en su respuesta al pliego de cargos. Durante la fase administrativa del procedimiento, las demandantes en ningún momento afirmaron que los ocho sectores de la industria de la construcción constituyeran mercados distintos para la aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia ni que existieran mercados geográficos distintos. Por el contrario, indicaron en su notificación (p. 19, apartado 2.2.1) lo siguiente:

«Naar het oordeel van de SPO dient als de relevante produktmarkt vanuit een macro-perspectief te worden aangemerkt de markt voor het aannemen van bouwwerken. Slechts die produktmarkt lijkt vanuit kartelrechtelijk oogpunt relevant. Dit is een omvangrijke markt. Weliswaar is het in beginsel (wellicht) mogelijk binnen deze markt talloze marktsegmenten te onderscheiden naar gelang de aard en de omvang van de aan te nemen bouwwerken, doch het is twijfelachtig of dergelijke segmenten zouden kunnen worden aangemerkt als afzonderlijke produktmarkten in het licht van het Europees mededingingsrecht. Zowel de aanbodzijde als de vraagzijde van de betrokken markt heeft een dermate diverse samenstelling, dat het in beginsel onmogelijk lijkt bepaalde submarkten te isoleren, waarop bepaalde categorieën



aanbesteders en aannemers bij uitsluiting opereren. Een —noodgedwongen— kunstmatige indeling van de bouwmarkt in submarkten is bovendien niet dienstig voor de beoordeling van de onderhavige mededingingsregelingen, aangezien enerzijds de Erecode van toepassing is op bouwwerken van alle categorieën, terwijl het UPR betrekking heeft op alle werken van de categorieën, genoemd onder nr. 2.1.1.»

[«Según la SPO, el mercado pertinente del producto, desde un punto de vista macroeconómico, es el de la realización de obras de construcción. Únicamente este mercado de producto parece pertinente desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Es un mercado amplio. Si, ciertamente, puede que sea posible, en principio, discernir dentro de este mercado innumerables segmentos de mercado, en función de la naturaleza y de la importancia de las construcciones que deban efectuarse, es, no obstante, dudoso que dichos segmentos puedan calificarse de mercados de producto distintos en relación con el Derecho europeo de la competencia. Tanto la oferta como la demanda tienen una composición hasta tal punto diversificada en este mercado que, en principio, parece imposible aislar sub-mercados en los cuales únicamente operen ciertas categorías de licitadores y adjudicadores. Por otra parte, una división, forzosamente artificial, del mercado de la construcción en sub-mercados sería inútil para apreciar los reglamentos de competencia de que se trata, a la vista del hecho de que, por una parte, el Código de honor es aplicable a todas las obras de construcción y, por otra, que el UPR se refiere a todas las obras de las categorías mencionadas en el n° 2.1.1.» (Es decir, todas aquellas a las que la Comisión afirma que son aplicables los UPR.)].

77 La Comisión, acertadamente, se sumó a esta definición de mercado, en la medida en que los reglamentos adoptados en 1987 se aplican indistintamente a la totalidad de los ocho sectores de que se trata. Además, en su réplica, las demandantes respaldaron este enfoque en lo que respecta a la apreciación de los UPR adoptados en 1987.

78 No obstante, mantienen su crítica relativa a la definición del mercado por lo que respecta a los reglamentos anteriores y afirman que el punto de vista sostenido durante la fase administrativa del procedimiento fue debido al hecho de que su solicitud de declaración negativa o de exención se refería a los reglamentos adop-

tados en 1987, mientras que la Decisión denuncia asimismo los reglamentos anteriores, que eran distintos para cada sector.

- 79 A este respecto, es preciso señalar que, si bien es cierto que las consideraciones expuestas en la notificación únicamente se referían a los reglamentos adoptados en 1987, el pliego de cargos denunciaba igualmente los reglamentos anteriores. Por consiguiente, la respuesta de las demandantes a este pliego [véanse las pp. 23 a 71 y, en particular, el título 3 denominado «De relevante markt: de bouwmarkt in Nederland» («El mercado pertinente: el mercado de la construcción en los Países Bajos»)], en la que mantuvieron el mismo punto de vista respecto a la definición del mercado, se refería también, a su vez, a los reglamentos anteriores.
- 80 De ello se desprende que, durante la fase administrativa del procedimiento, las demandantes no consideraron que debiera adoptarse un enfoque distinto en cuanto a la definición del mercado para los reglamentos anteriores.
- 81 A mayor abundamiento, este Tribunal considera que la Comisión se sumó acertadamente a esta definición del mercado también en lo que respecta a los reglamentos anteriores. En efecto, por una parte, las demandantes no pudieron indicar qué diferencias sustanciales podían existir entre los reglamentos anteriores y los reglamentos adoptados en 1987, así como entre los diferentes reglamentos anteriores entre sí. De ello hay que deducir que los diferentes reglamentos anteriores se aplicaban de igual manera a cada uno de los sectores y a cada una de las zonas geográficas que cubrían. Por otra parte, las demandantes declararon en la vista que la totalidad de los productos de la construcción estaban cubiertos, en el conjunto de los Países Bajos, por los diferentes reglamentos anteriores: o bien estaban cubiertos por un reglamento regional que abarcaba diferentes productos, o bien lo estaban por un reglamento específico para determinados productos, pero que abarcaba la totalidad del territorio neerlandés.

- 82 De lo anterior se deduce que la Comisión consideró acertadamente como mercado de referencia el mercado neerlandés de la construcción, en lo relativo tanto a los reglamentos anteriores como a los introducidos en 1987, para apreciar si afectaban al comercio entre Estados miembros o perjudicaban a la competencia.
- 83 Por lo tanto, esta parte del motivo debe desestimarse, en cuanto no se superpone a las otras dos partes de este motivo y deberá examinarse conjuntamente con éstas en cuanto a todo lo demás.

Segunda parte: incorrecta apreciación del contenido y alcance de los reglamentos controvertidos

## I. Presentación general

### Alegaciones de las partes

- 84 Según las demandantes, es esencial tener presente la finalidad de los reglamentos controvertidos cuando se examina su compatibilidad con el Derecho comunitario de la competencia: impedir el regateo, estableciendo un sistema vinculante en el cual la competencia juega en un solo momento, y mejorar la estructura transaccional del mercado imputando a cada obra adjudicada los gastos de estudios que haya generado.
- 85 Alegan que la Comisión ha incumplido el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, al considerar que los reglamentos infringían ampliamente esta disposición. Dicho incumplimiento se debe al concepto puramente teórico y abstracto que posee la Comisión sobre la competencia, que debe ser preservada por esta disposición, concepto que *a priori* se opone a toda regulación del mercado.

- 86 La Comisión responde que, en el marco del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, lo único importante es averiguar si existe restricción de la competencia y no si una restricción de la competencia es aceptable o no. Para responder a esta cuestión, la Comisión analizó el contexto económico y jurídico de la infracción. Por lo tanto, su apreciación versó sobre el mercado de la construcción y no sobre un «mercado tipo, de funcionamiento ideal». No obstante, se negó a admitir que las prácticas colusorias fueran inevitables en el mercado de la construcción y considera que una competencia no falseada constituye un instrumento concreto para alcanzar los objetivos del Tratado.

### Apreciación del Tribunal

- 87 Este Tribunal destaca que, según la Decisión, el sistema establecido por los reglamentos adoptados en 1987 puede exponerse del siguiente modo. Estos reglamentos tienen por objeto establecer un procedimiento al que deben someterse los miembros de las demandantes cuando tengan la intención de presentar una proposición económica para una obra determinada. Según las demandantes, este procedimiento tiene un doble objetivo: luchar contra el regateo, al que los adjudicadores suelen dedicarse, y corregir los desequilibrios entre la oferta y la demanda, derivados de la falta de transparencia del mercado en la oferta y de los elevados costes de transacción que ésta soporta.
- 88 A tal fin, las demandantes crearon infraestructuras materiales y humanas destinadas a aplicar el procedimiento establecido por los reglamentos. Este procedimiento, que difiere en alguna medida según que las licitaciones sean abiertas o restringidas, o simultáneas o no, consta de diversas etapas entre la notificación a la oficina competente de la SPO de la intención de presentar una proposición económica para una obra determinada y la formalización del contrato entre el adjudicador y el adjudicatario.
- 89 Estas etapas pueden resumirse de la siguiente manera: todo empresario miembro de las demandantes, que tenga la intención de presentar una proposición económica

para una obra determinada, deberá notificarlo a la oficina competente de la SPO, con el fin de que ésta pueda aplicar los reglamentos (Decisión, punto 24).

90 Si se producen varias notificaciones, la oficina convoca a las empresas que las han efectuado a una reunión. Dichas empresas están obligadas a asistir, so pena de sanciones. Durante esta reunión, presidida por un funcionario de la oficina, se adoptan diferentes decisiones, bien por mayoría bien por unanimidad (Decisión, punto 25). La primera de estas decisiones se refiere a si se designará un derechohabiente entre los empresarios que participan en la reunión, que será el único que pueda tener contactos con el adjudicador con vistas a negociar el contenido y precio de su oferta (Decisión, puntos 26 y 39 a 41). Si se decide la designación de un derechohabiente, la reunión prosigue con el fin de determinar conforme a qué datos se compararán las diferentes proposiciones económicas. De este modo, en la reunión se decide, según las demandantes, si las licitaciones son o pueden ser comparables y, según la Comisión, si las proposiciones económicas de los diferentes empresarios lo son o pueden serlo (Decisión, punto 27). Si la respuesta es afirmativa, podrá designarse en la reunión un derechohabiente. Antes de efectuar dicha designación, en la reunión se decide con arreglo a qué modalidades se definirán los aumentos de precio. Dichos aumentos, que serán soportados por el adjudicador, son fundamentalmente de dos tipos: indemnizaciones por gastos de cálculo y contribuciones a los gastos de funcionamiento de las organizaciones profesionales, entre las cuales figura la SPO y sus oficinas (Decisión, puntos 31 a 33). Una vez tomada esta decisión, cada empresario concreta su cifra de licitación (denominada cifra inicial) y la entrega al presidente (Decisión, punto 28). Esta cifra no incluye aún los aumentos de precios. En este momento, un empresario puede solicitar en la reunión que se le otorgue preferencia, es decir, que se le designe derechohabiente, a condición de presentar una proposición económica igual a la de la cifra inicial más baja (Decisión, punto 30). A continuación, el presidente toma conocimiento de estas cifras y puede comunicarlas a los participantes en la reunión, si así se decide (Decisión, punto 28). Tras conocer las cifras de los demás, todo empresario puede decidir retirar su proposición, aunque pierde determinados derechos (Decisión, punto 29). En principio, se designa derechohabiente al empresario que haya presentado la cifra inicial más baja (Decisión, punto 39). Tras ello, todos los empresarios añaden a su cifra inicial los aumentos de precios calculados según las modalidades decididas previamente en la reunión. Dichos aumentos son idénticos para cada empresario y están destinados, en particular, a cubrir la totalidad de los gastos de cálculo de todos los participantes en la reunión. Serán soportados por el adjudicador, si éste adjudica el contrato a uno de los miembros de la SPO (Decisión, puntos 31 a 33). El adjudicatario al que se abonan deberá transferirlos a la oficina, que los pagará de nuevo, en su práctica tota-

lidad, a los empresarios, por los gastos de cálculo, y a las organizaciones profesionales, por las correspondientes cotizaciones (Decisión, puntos 42 a 46). Finalmente, las diferencias entre los precios de licitación de los diferentes empresarios pueden ser aumentadas o reducidas en la reunión (Decisión, punto 38).

- 91 Si la oficina sólo recibe una notificación para un contrato, éste se considerará adjudicado directamente y la única empresa notificante gozará de la condición de derechohabiente, es decir, que las empresas miembros de las demandantes que sean consultadas posteriormente únicamente podrán presentar una proposición con su consentimiento o, en caso de conflicto, con el de una comisión de arbitraje (Decisión, puntos 41, 52 y 53). No obstante, es posible que, entre el momento de la notificación del primer empresario y la adjudicación del contrato a éste, el adjudicador consulte a otros empresarios miembros de las demandantes, cuya notificación se produzca tras la formalización del contrato. En este caso, el adjudicatario tiene la obligación de pagar a la oficina un importe igual al 3 % del precio, en concepto de aumentos de precio (Decisión, punto 60).
- 92 Existe, asimismo, un reglamento que establece un procedimiento aplicable a las proposiciones presentadas por empresas de subcontratación que, en esencia, reproduce las normas aplicables a las demás proposiciones económicas, adaptándolas a la especificidad de la subcontratación (Decisión, puntos 55 a 59).
- 93 Este Tribunal señala que la Decisión formula, fundamentalmente, cuatro tipos de imputaciones contra los reglamentos adoptados por las demandantes. El primer tipo de imputación se refiere al hecho de que prevén una concertación entre empresarios para el intercambio de información relativa a factores de coste del contrato, características de las ofertas y precios propuestos por cada uno. El segundo tipo de imputación consiste en que, a través de esta concertación, se fijan partidas de precios, que los precios propuestos son, a veces, modificados y que, igualmente, se fijan precios parciales. El tercer tipo de imputación se refiere al hecho de que, tras esta concertación, uno de los empresarios —el derechohabiente— goza de una protección contra los demás participantes en la concertación, puesto que éstos pierden el derecho de negociar su proposición con la entidad adjudicadora. El derechohabiente disfruta también de protección contra los demás empresarios miembros de las demandantes en la medida en que, si éstos son posteriormente consultados, sólo

podrán presentar una proposición con su consentimiento o con el de una comisión de empresarios, y ello a condición de que esta proposición sea inferior en un determinado porcentaje a la del derechohabiente. El cuarto tipo de imputación se refiere al hecho de que los reglamentos confieren a los miembros de las demandantes ventajas competitivas frente a terceros.

- 94 Las demandantes responden en planos distintos a estos diferentes tipos de imputación: o bien ponen de manifiesto los efectos beneficiosos de los reglamentos para la competencia y, por lo tanto, para los consumidores, o bien cuestionan la realidad de las imputaciones en cuanto a los hechos, o bien rebaten la calificación jurídica de éstos en relación con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.
- 95 Este Tribunal señala, en primer lugar, que la Comisión considera acertadamente los reglamentos de las demandantes como un todo, en el que no se pueden aislar artificialmente los diferentes elementos que los constituyen.
- 96 A continuación, el Tribunal destaca que los efectos beneficiosos de los reglamentos invocados por las demandantes no pueden tomarse en cuenta para la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y que deben serlo únicamente para la aplicación de los criterios fijados en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado. De ello se desprende que las diferentes alegaciones deberán ser examinadas en el marco del segundo motivo.
- 97 De lo anterior se deduce que, en el marco del presente motivo, procede examinar exclusivamente las alegaciones de las demandantes relativas a la realidad de los hechos y a su apreciación en relación con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado. A tal fin, el Tribunal examinará sucesivamente las alegaciones relativas a la concertación entre los empresarios que desean presentar una proposición económica, a la fijación concertada de precios o de partidas de precios, a la limitación de la autonomía de negociación de los empresarios y al comportamiento de la SPO con respecto a los empresarios no asociados.

## II. La concertación entre los empresarios que desean presentar una proposición económica

### Alegaciones de las partes

#### 1. La obligación de comunicar la intención de presentar una proposición económica (Decisión, puntos 24 y 79)

- 98 Las demandantes, que no rebaten la exposición sobre este aspecto de los reglamentos realizada en el punto 24 de la Decisión, alegan que la obligación de notificación y la propia notificación no tienen, como tales, ningún significado respecto al Derecho de la competencia. Consideran, en particular, que el párrafo tercero del punto 79 de la Decisión está incorrectamente fundado, en la medida en que denuncia que la oficina pueda comunicar a una empresa notificante, previa petición, el número de empresas que han efectuado la notificación.
- 99 La Comisión responde que la obligación de notificar no debe ser considerada en sí misma, sino como parte integrante de los reglamentos. Añade que la información obtenida gracias a las notificaciones permite a las empresas notificantes pronosticar la intensidad de la competencia y, por lo tanto, indirectamente, el nivel previsible de la proposición final.

#### 2. Las reuniones celebradas conforme a los UPR (Decisión, puntos 25 a 58 y 80 a 92)

##### a) Acuerdo sobre el principio de la designación de un derechohabiente (Decisión, puntos 26 y 80)

- 100 Las demandantes niegan la afirmación contenida en el punto 80 de la Decisión, según la cual el número de casos en que en la reunión se decide renunciar a desig-



nar un derechohabiente es escaso y afirman que de sus propias averiguaciones se desprende que únicamente se designa un derechohabiente en el 39 % de los casos.

- 101 La Comisión responde que el punto 80 se refiere al número de casos en que en la reunión se renuncia a designar un derechohabiente *a priori*, es decir, antes de pronunciarse sobre la posibilidad de comparar los datos relativos a la adjudicación, y no al número de casos en que, sin renunciar a ello *a priori*, no se designa en la reunión a un derechohabiente, debido casi siempre a que se comprueba que los datos relativos a la adjudicación no son comparables.

b) Comparación de los factores de coste del contrato (Decisión, puntos 27 y 81)

- 102 Las demandantes sostienen que la Decisión prescinde de la naturaleza de la información intercambiada durante la reunión. Esta información se refiere exclusivamente a datos definidos por el adjudicador. Su intercambio es indispensable para comprobar si las licitaciones a las que los participantes en la reunión responden son comparables y para evitar, de este modo, que se comparen posteriormente cifras iniciales correspondientes a licitaciones distintas. Asimismo, dicho intercambio favorece la calidad de la competencia, para satisfacción de los adjudicadores.
- 103 Por otra parte, alegan que es necesario que la información verse asimismo sobre algunas de las condiciones de la licitación, cuando éstas no son razonables, con el fin de evitar que los adjudicadores trasladen riesgos imprevisibles a los empresarios. Sin esta concertación, los empresarios se verían enfrentados individualmente al siguiente dilema: o bien aceptar las condiciones exorbitantes —y, por lo tanto, tener problemas en el momento de la ejecución—, o bien incluir en su proposición económica otras condiciones —y, por lo tanto, que se prefiera a un competidor—. De este modo, la concertación sobre los plazos de ejecución únicamente se produce cuando los plazos indicados por el adjudicador no son realistas.

- 104 Las demandantes añaden que los intercambios de información conducen a los empresarios a presentar proposiciones económicas calculadas con mucha precisión, porque los riesgos pueden preverse mejor, circunstancia que finalmente beneficia a los adjudicadores.
- 105 Consideran que, denunciar el intercambio de información a petición del adjudicador, se debe no sólo a un error en cuanto al contenido de esta información, sino también a una amalgama entre la licitación y la situación de oligopolio que ha conducido a la Comisión a considerar contrario al Tratado todo intercambio de información relativa a una licitación.
- 106 En definitiva, las demandantes reprochan a la Comisión que considere que todo intercambio de información entre competidores, que pueda reducir la incertidumbre de un mercado totalmente opaco, constituye en sí una restricción de la competencia.
- 107 La Comisión responde que las demandantes dan una imagen falsa del contenido de la información intercambiada. En efecto, es imposible comprobar si las licitaciones convocadas son comparables, o pueden serlo, sin saber cómo tienen intención de reaccionar los participantes en la reunión al anuncio de licitación. De este modo, el intercambio de información se refiere a aspectos concretos de la obra, conocidos únicamente por uno u otro de los participantes, que queda así privado de una ventaja competitiva. Ello no mejora la competencia, sino que más bien da lugar a una competencia mutilada. La Comisión aporta diferentes actas de reuniones de empresarios en apoyo de sus afirmaciones.
- 108 Añade que no corresponde a los empresarios decidir conjuntamente si algunas de las condiciones de la licitación, como los plazos de ejecución o el tamaño de los cimientos, son o no razonables y aún menos fijar, llegado el caso, sus condiciones de manera concertada.

109 La Comisión expone que el intercambio de información durante la reunión es tan perjudicial para la competencia como el que se produce entre competidores en un mercado oligopolístico.

c) Presentación de las cifras iniciales (Decisión, puntos 28 y 82)

110 Las demandantes exponen que la presentación de cifras iniciales, que no pueden modificarse, al presidente de la oficina no restringe la competencia, sino que únicamente adelanta el momento en que la competencia se produce. Se sustituye la presentación de proposiciones económicas al adjudicador por la presentación de las cifras iniciales al presidente independiente de la oficina SPO de que se trate. La inmutabilidad de las cifras iniciales, una vez presentadas, garantiza que la competencia no resulta falseada, sino únicamente anticipada para evitar el «regateo».

111 Para la Comisión, no es la propia presentación de las cifras iniciales inmutables lo que constituye la infracción, sino más bien el hecho de que hayan sido fijadas conforme a datos intercambiados en la reunión. Añade que la presentación de las cifras iniciales forma parte de un procedimiento que sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre empresarios y que debe ser considerada como tal.

d) Posibilidad de retirada tras la comparación de los precios (Decisión, puntos 29, 83 y 84)

112 Las demandantes sostienen que la posibilidad de retirada, tras la comparación de los precios, no sólo no constituye restricción alguna de la competencia, sino que la refuerza en la medida en que permite a los empresarios calcular sus proposiciones de manera más ajustada, puesto que saben que, en caso de error que pueda dar lugar a precios económicamente injustificados, podrán retirar su proposición. Por otra parte, esta posibilidad únicamente se utiliza en caso de error de cálculo de la proposición cometido por uno de los empresarios que haya presentado una cifra inicial.

- 113 Además, exponen que la comparación de precios que se realiza tras la presentación de las cifras iniciales no puede tener efectos contrarios a la competencia, puesto que las cifras iniciales ya no pueden ser modificadas. Además, las informaciones basadas en esta comparación, como la diferencia de precio entre la proposición del derechohabiente y las de sus competidores, no pueden ser utilizadas por éste en sus negociaciones con el adjudicador, ya que las cifras iniciales son cifras definitivas.
- 114 La Comisión responde que incluso suponiendo —*quod non*— que la retirada únicamente se produjera en caso de error que dé lugar a un precio económicamente injustificado, no corresponde a los empresarios juzgar unilateralmente el carácter económicamente justificado de un precio y privar al adjudicador de una proposición económica ventajosa, sobre todo cuando estos empresarios competidores efectúan esta valoración tras haber intercambiado información sobre los precios.
- 115 Añade que el derechohabiente puede utilizar la información de que dispone en cuanto a los precios de los demás licitadores en sus negociaciones con el adjudicador, puesto que la diferencia entre su precio y el de los demás constituye el margen dentro del cual está protegido, ya que estos últimos no pueden presentar un precio inferior (véanse los apartados relativos a la protección del derechohabiente *infra*). Desde este punto de vista, la comparación de los precios restringe asimismo la competencia.

#### Apreciación del Tribunal

- 116 El Tribunal señala que la obligación de los miembros de las demandantes de notificar a la oficina competente de la SPO su intención de presentar una proposición económica constituye el punto de partida de la concertación. Es necesario afirmar, con la Comisión, que el hecho de que la oficina competente pueda comunicar a las empresas notificantes que así lo soliciten el número de empresas que han efectuado una notificación puede restringir la competencia en la medida en que permite a las empresas notificantes prever la intensidad de la competencia entre ellas y adaptar a ella su comportamiento, así como disponer de información que aún no poseen en ese momento las empresas no miembros de la SPO.

- 117 A continuación, procede destacar que la concertación entre empresarios denunciada en la Decisión únicamente se pone en funcionamiento cuando en la reunión no se renuncie *a priori* a la designación de un derechohabiente. A falta de renuncia, los participantes intercambian información. Por lo tanto, existe concertación, aun cuando se llegue a la conclusión de que las proposiciones económicas no son y no pueden ser comparables, de manera que no podrá designarse un derechohabiente. Frente a la afirmación de las demandantes, según la cual únicamente se designa un derechohabiente en el 39 % de los casos, procede observar, por una parte, que, al menos en esos casos, la concertación entre empresarios denunciada en la Decisión puede producirse plenamente y, por otra parte, que, en lo que respecta a los demás casos, las demandantes no han alegado ni probado que la reunión renuncie *a priori* a la designación de un derechohabiente, haciendo de este modo inútil toda concertación posterior. Por consiguiente, las demandantes no han conseguido rebatir la afirmación contenida en el punto 80 de la Decisión, según la cual «el número de casos en que la asamblea de empresarios decide renunciar a esta designación, haciendo así posible una competencia no falseada, es escaso». En efecto, esta afirmación se refiere al número de casos en que se decide *a priori* en la reunión renunciar a la designación de un derechohabiente, mientras que la afirmación de las demandantes se refiere a aquellos casos en los que un derechohabiente no puede ser designado, bien porque se haya renunciado *a priori*, bien porque las propuestas económicas no fueran comparables o no hayan podido compararse.
- 118 Cuando la reunión no renuncia *a priori* a la designación de un derechohabiente, los participantes deben decidir conforme a qué criterios técnicos y económicos compararán los precios, puesto que un derechohabiente únicamente puede ser designado con arreglo a proposiciones económicas comparables. A este respecto, las partes tienen opiniones divergentes en cuanto a la naturaleza de la información intercambiada para valorar si son comparables las proposiciones económicas: las demandantes sostienen que esta información se refiere únicamente a la licitación convocada por el adjudicador y su exclusiva finalidad es comprobar si todos los participantes se basan en los mismos datos. Sin embargo, admiten que la información intercambiada puede igualmente versar sobre la actitud que procede adoptar en relación con alguna de las condiciones impuestas por el adjudicador, cuando éstas no sean razonables. La Comisión afirma que el intercambio de información va mucho más lejos y se refiere al modo en que los diferentes empresarios tienen el propósito de responder a la licitación.
- 119 A este respecto, este Tribunal señala, en primer lugar, que es incompatible con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado que los empresarios se concierten sobre

la manera en que pretenden responder a una licitación y ello aun cuando en dicha licitación se incluyan condiciones no razonables. En efecto, corresponde a cada uno de los empresarios determinar de manera autónoma lo que considera razonable y lo que no, así como extraer las consecuencias oportunas en relación con su propio comportamiento.

- 120 Es forzoso señalar, a continuación, que, contrariamente a lo que afirman las demandantes, la información intercambiada no se refiere únicamente a la licitación. Por una parte, de la letra b) del artículo 1 y del artículo 6.2 del UPRO, interpretados en relación con el artículo 6.3 del UPRR, se desprende que esta información se refiere a otros datos que no tienen que ver con la licitación. En efecto, los artículos 6.2 y 6.3 de los UPR establecen:

«Antes de cumplimentar los impresos de las EP [evaluaciones propuestas para la realización de la obra], la Asamblea decidirá, conforme a los *datos relativos a la licitación* aportados por la entidad adjudicadora y a *cualquier otro dato útil para proceder a un estudio objetivo de comparación de los precios*, los datos que deban tenerse en cuenta para confeccionar la EP en los impresos previstos a tal efecto. Asimismo decidirá, según las modalidades contempladas en el presente artículo, las cifras y detalles que deberán mencionarse en dicho impreso.»

La letra b) del artículo 1 establece, por su parte, que los «datos relativos a la licitación» contendrán «la totalidad de los documentos, incluidos el pliego de cláusulas administrativas, los dibujos, la licitación, el impreso de la declaración de intención de licitar, todos los documentos similares, así como todas las instrucciones o notificaciones útiles para la presentación de la proposición».

Ello demuestra que entre los «demás datos útiles para proceder a un estudio objetivo de comparación de los precios», figuran elementos que no aparecen en los datos relativos a la licitación. Por otra parte, las actas de algunas de las reuniones de empresarios demuestran claramente que en ellas se discute la manera en que piensan formular sus proposiciones, comparando las características de la obra que tienen intención de proponer y, en consecuencia, elementos que inciden en la determinación de

los precios. De este modo, en una reunión celebrada el 14 de marzo de 1988, los participantes llegaron a la conclusión de que las proposiciones no eran comparables, porque uno de los empresarios proponía un silo redondo y otro un silo cuadrado (Anexo I de la dúplica). Aparte del hecho de que los empresarios comparan las características técnicas de las proposiciones que tienen intención de presentar, también comparan a veces los diferentes elementos de cada una de las proposiciones económicas. De este modo, se puede leer en el acta de la reunión 040388, relativa a una obra situada en Tilburg (Países Bajos), que uno de los empresarios participantes en la reunión «wil blanken maar geen inzicht geven in samenstelling prijsaanbieding. Prijsvergelijking daarom niet mogelijk. VH stapt kwaad op. Verliest rechten» («quiere presentar una cifra inicial, pero se niega a comunicar el contenido de su proposición económica. Por lo tanto, la comparación de precios no es posible. VH se va furioso. Pierde sus derechos»). La frase «la comparación de precios no es posible» indica que lo que las demandantes llaman un examen de la posibilidad de comparar los datos relativos a la adjudicación implica, en realidad, que los participantes en la reunión estén dispuestos a informarse entre ellos del desglose de sus proposiciones económicas.

121 De ello se desprende que la Comisión ha demostrado de modo jurídicamente satisfactorio que, durante las reuniones que celebran conforme a los reglamentos, los empresarios intercambian información relativa, en particular, a los costes del producto propuesto, a sus características específicas y al desglose de las proposiciones económicas, a pesar de que se trata de informaciones que un operador independiente preserva celosamente como secreto comercial (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1991, Hercules Chemicals/Comisión, T-7/89, Rec. p. II-1711, apartado 217).

122 Por otra parte, es preciso destacar que, durante estas reuniones, los participantes intercambian información sobre los precios. En efecto, los artículos 6.4 y 7 de los UPR prevén la posibilidad de comunicar las cifras iniciales a la totalidad de los participantes en la reunión. Si bien, como han señalado las demandantes, es cierto que, en principio, este intercambio de información se produce en un momento en el que dichas cifras ya no pueden modificarse (véase, no obstante, el apartado 157 *infra*), las demandantes no pueden justificarlo afirmando que los reglamentos únicamente desplazan en el tiempo el momento en el que la competencia se produce, situándola en el momento en que se presentan las cifras iniciales al presidente de la oficina, en lugar de en el de la presentación de las proposiciones al adjudicador y que, por consiguiente, el intercambio de información relativa a los precios tiene lugar cuando la competencia ya se ha producido. En efecto, es forzoso afirmar que, tal y como las demandantes han señalado, en particular, en la vista, la presentación de las

cifras iniciales no pone fin a la competencia, puesto que subsisten posibilidades de negociación entre el adjudicador y el derechohabiente, así como entre el adjudicador y los empresarios que no han tomado parte en la reunión. Ahora bien, en el marco de estas negociaciones, el derechohabiente dispondrá de información relativa, en particular, a las características específicas del producto y a los precios que los participantes en la reunión están autorizados a proponer en una oferta, o que no están dispuestos a proponer, en el caso de que se retiren con arreglo al artículo 10 de los UPR, privando de este modo al adjudicador de una proposición interesante, cuya ejecución habría podido obtener ante los Tribunales, si se le hubiera presentado sin producirse concertación alguna entre los empresarios.

- <sup>123</sup> De lo anterior se desprende que la Comisión consideró acertadamente en su Decisión (punto 81) que esta concertación entre empresarios, en la medida en que tiene fundamentalmente por objeto y efecto desvelar a los competidores el comportamiento que cada empresario ha decidido o pretende adoptar en el mercado (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie y otros/Comisión*, asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartados 173 y 174; véase, asimismo, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia *Hercules Chemicals/Comisión*, antes citada, apartado 260) y en tanto en cuanto puede desembocar en la fijación de determinadas condiciones de la transacción, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre los empresarios (sentencia *Suiker Unie y otros/Comisión*, antes citada, apartado 191) y constituye, por lo tanto, una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

### III. La fijación concertada de precios o de partidas de precios

#### Alegaciones de las partes

1. Los aumentos de precio en caso de proposiciones simultáneas (Decisión, puntos 31 a 34, 42 a 46, 86, 87 y 96)

- <sup>124</sup> Las demandantes sostienen, en primer lugar, que el sistema de indemnización por gastos de cálculo no perjudica en modo alguno a la competencia entre empresarios,



puesto que, en el momento de la presentación de su cifra inicial, cada uno de ellos tiene la posibilidad de conocer el importe de la indemnización que percibirá, dado que ésta se calcula, en principio, conforme a la media de las cifras iniciales presentadas por las empresas y que dicha media puede conocerse por anticipado a causa de las escasas diferencias existentes entre las cifras iniciales presentadas. También podría conocerse de antemano la indemnización si se calculara sobre otra base. En el marco del UPRR, todo licitador puede hacerlo aplicando los baremos de indemnización vigentes (para las obras de menor importancia), calculando la oferta de cada empresario, de la que la indemnización constituye un porcentaje (cuando no se ha presentado ninguna cifra inicial) o presumiendo que la suya será la más económica (cuando el importe de la indemnización lo fija quien haya presentado la cifra inicial más baja). Las demandantes añaden que el hecho de que, en el marco del UPRO, la transferencia de las indemnizaciones se produzca anualmente por medio de la caja de cálculo no supone un obstáculo para la previsión de las transferencias, puesto que todo empresario puede prever el número de puntos que ganará si su proposición es la más económica, así como el valor de estos puntos que apenas varían de un año a otro. Finalmente, el hecho de que, para el cálculo de la indemnización, se tenga en cuenta el valor de las entregas o trabajos efectuados por el adjudicador o por terceros tampoco impide la previsión, puesto que dicho valor es conocido o puede estimarse aproximadamente.

- 125 En segundo lugar, las demandantes recuerdan que el sistema de indemnización de los gastos de cálculo tiene por objeto y efecto mejorar la estructura transaccional del mercado, permitiendo imputar a cada obra los gastos de transacción que haya generado.
- 126 La Comisión responde, en primer lugar, que el sistema de indemnizaciones por gastos de cálculo perjudica a la competencia por los motivos que se exponen en la Decisión. En efecto, contrariamente a las afirmaciones de las demandantes, el importe de las indemnizaciones no puede preverse con la suficiente precisión para que el sistema sea neutralizado, dado que siempre depende de elementos que no pueden conocerse con un grado de certidumbre suficiente en el momento de la presentación de las cifras iniciales. Por consiguiente, todos los empresarios tienden a incluir sin más las indemnizaciones por gastos de cálculo en su proposición económica, sin adaptar esta última. Por esta razón, las autoridades neerlandesas califican estas indemnizaciones de «incrementos». En cualquier caso, aun cuando se realizara una

previsión regularmente, el sistema de indemnización no por ello dejaría de ser una fijación directa de una parte de los precios de venta en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

- 127 En segundo lugar, la Comisión niega que el sistema de indemnizaciones por gastos de cálculo aumente la eficacia del mercado al limitar los costes de transacción, porque los adjudicatadores no tienen derecho a controlar las indemnizaciones por gastos de cálculo que se les aplican.

2. Los aumentos de precio de los contratos directamente adjudicados (Decisión, puntos 60, 61 y 100)

- 128 Las demandantes rebaten el punto 61 de la Decisión, según el cual los reglamentos implican un aumento generalizado de los precios de los contratos directamente adjudicados en un 3 %, debido a que, en el caso de que la entidad adjudicadora contactara con otros empresarios tras haber recibido la proposición del primer licitador y, no obstante, adjudicara el contrato a este último tras haber recibido las proposiciones solicitadas posteriormente, el primer licitador estaría obligado a pagar un importe máximo igual al 3 % del valor del contrato, en concepto de aumentos de precios previstos por los reglamentos.
- 129 Sostienen que la Comisión confunde la obligación de ceder el 3 % del precio a la oficina SPO, con la obligación de tener en cuenta dicho 3 % en la proposición económica. Además, el importe del 3 % constituye un máximo que raramente se aplica. Por otra parte, la Comisión no tiene en cuenta el hecho de que, si los empresarios hacen uso de la posibilidad de renunciar *a priori* a los derechos derivados de la condición de derechohabiente, en ningún caso deben abonar el 3 %, y si el adjudicador tiene efectivamente intención de formalizar el contrato con el primer empresario consultado y negocia a presupuesto abierto o en equipo con él, podrá comprobar si se ha incluido en el precio una previsión de riesgo y obtener su anulación en caso de adjudicación sin posterior petición de ofertas.

- 130 Por otra parte, las demandantes alegan que el empresario invitado en primer lugar a presentar una proposición económica tiene dos posibilidades de incluir en ella el riesgo, sin que ello implique un incremento de los precios del contrato, si se ha adjudicado directamente. Por una parte, puede reservarse el derecho de aumentar su proposición económica en un máximo de un 3 % en caso de que el adjudicador efectuara posteriormente otra petición de ofertas. Por otra parte, al presentar su proposición, puede indicar al adjudicador que ésta contiene una provisión del riesgo, que podría ser suprimida en caso de que no efectuara posteriormente una petición de ofertas. La mayoría de las veces el empresario no incluye ninguna provisión del riesgo.
- 131 Finalmente, exponen que la gran competencia entre los empresarios y la postura de fuerza de la demanda garantizan, en definitiva, que el 3 % finalmente se restituya a los adjudicatarios, en caso de que el riesgo haya sido previsto, sin realizarse posteriormente.
- 132 La Comisión responde, en primer lugar, que ha comprobado que los empresarios se ven normalmente obligados a pagar una cantidad a la oficina conforme a la norma del 3 %.
- 133 Duda de que los empresarios hagan uso de las posibilidades señaladas por las demandantes para tener en cuenta el riesgo derivado de la norma del 3 %, dado que los empresarios pueden, sin ningún riesgo, limitarse a incluir en su proposición económica una provisión que cubra ese 3 %.
- 134 Según la Comisión, el empresario que incluye tal provisión en su oferta no sufre ninguna desventaja competitiva, puesto que los demás empresarios consultados posteriormente deben hacer lo propio, salvo si se ha invitado a «outsiders», lo que ocurre con poca frecuencia.

- 135 Concluye que lo importante es que, si no existiera la norma del 3 %, los empresarios no tendrían que tener en cuenta en su proposición económica el riesgo de tener que pagar finalmente ese 3 %.

### 3. Los aumentos de precio en la subcontratación (Decisión, puntos 55 a 59 y párrafo tercero del punto 100)

- 136 Las demandantes exponen que el hecho de que únicamente puedan imputarse al empresario principal los gastos de licitación en que hayan incurrido los subcontratantes que le hayan presentado una proposición económica, excluidos, por tanto, los gastos de los subcontratistas que hayan presentado proposiciones económicas a otros empresarios principales, no se contradice en modo alguno con la filosofía general que preside la normativa sobre gastos de licitación, en la medida en que pretende que se imputen a cada entidad adjudicadora los gastos de transacción que su convocatoria de licitación haya ocasionado. En efecto, un empresario principal no puede hacerse responsable de gastos de licitación a los cuales no haya contribuido en modo alguno. Por otra parte, este sistema de imputación específica permite evitar que los empresarios subcontratistas que hayan presentado ofertas a diferentes empresarios principales, en el marco de un mismo contrato, puedan disfrutar de una doble, e incluso triple, indemnización.
- 137 Finalmente, alegan que la Comisión no puede afirmar que el reglamento relativo a la subcontratación supone un aumento sistemático del importe de las proposiciones económicas de un 3 % en los casos en que el empresario principal solicita directamente una oferta económica. A este respecto, se remiten a lo ya afirmado a propósito de los contratos de adjudicación directa.
- 138 La Comisión alega que el sistema establecido por el reglamento relativo a la subcontratación es incompatible con la filosofía general del sistema de indemnización de los gastos de licitación, tal y como la presentan las demandantes. En efecto, en el marco de la subcontratación, la totalidad de los gastos de licitación generados por una obra no se imputan a ésta, puesto que los subcontratistas de un empresario principal, a quién no se haya adjudicado la obra, no disfrutaban de indemnización

alguna y, por tanto, se ven obligados a incluir sus gastos de licitación en sus gastos generales. Por consiguiente, en el marco de posteriores licitaciones, el adjudicador deberá soportar, aparte de las indemnizaciones por gastos de cálculo, los gastos generales ocasionados por la no indemnización de los gastos de licitación asumidos en el marco de anteriores contratos.

- 139 La Comisión añade que el sistema conduce efectivamente a un aumento del 3 % del importe de las proposiciones económicas, como sucede en el marco de los contratos adjudicados directamente.

### Apreciación del Tribunal

- 140 Con carácter preliminar, este Tribunal recuerda que los argumentos de las demandantes relativos a la mejora de la estructura transaccional del contrato carecen de pertinencia en el marco de un motivo basado en la infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y que serán examinados dentro del motivo basado en la infracción del apartado 3 del artículo 85 del Tratado.
- 141 Los reglamentos establecen la fijación de dos tipos de aumentos de precio, que se añadirán de manera uniforme a las proposiciones económicas de los diferentes empresarios participantes en la reunión y que, por lo tanto, serán soportados por el adjudicador. Se trata, por un lado, de las indemnizaciones por gastos de cálculo (Decisión, puntos 32, 33, 86 y 87) y, por otro, de las contribuciones a los gastos de funcionamiento de las organizaciones profesionales (Decisión, puntos 34 a 37).
- 142 Las imputaciones de las demandantes se refieren, fundamentalmente, a la manera en que la Comisión ha analizado las primeras. Las proposiciones económicas de los diferentes empresarios se incrementan en una cantidad idéntica que, teóricamente, representa la suma de los gastos de cálculo de la totalidad de los empresarios par-

participantes en la reunión. Estos aumentos de precio se calculan aplicando baremos sectoriales anexos a los UPR. Estos baremos, que fijan las indemnizaciones máximas, se aplican, según los casos, a la media de las cifras iniciales o al valor estimado de la obra (para más detalles, véanse los puntos 32 y 33 de la Decisión, que las demandantes no cuestionan). La consecuencia de este sistema es que el adjudicador soporta el total, determinado a tanto alzado, de los gastos de cálculo derivados de su convocatoria de licitación, incluidos, por tanto, los gastos de los empresarios que no han sido seleccionados. Su finalidad consiste en incitar a los adjudicadores a sopesar los pros y los contras de convocar a un mayor o menor número de empresarios. Estos aumentos de precio, que se incluyen en la proposición económica, los percibe el empresario que ha obtenido la adjudicación, quien debe transferir su parte esencial a la oficina, que, a su vez, los reparte entre los diferentes empresarios y ella misma. Esta transferencia se realiza contrato por contrato, en el caso de los UPRR, y por año natural en el caso de los UPRO. Además, este sistema de aumentos de precio tiene su equivalente en la contratación directa y en la subcontratación. En efecto, en el marco de dichos contratos, el empresario consultado debe protegerse contra el riesgo de que el adjudicador o el empresario principal consulten a otros empresarios y, en tal caso, tener que transferir un importe del 3 % del contrato a la oficina, con el fin de cubrir los gastos de cálculo de los empresarios posteriormente consultados y no seleccionados (para más detalles, véase la Decisión, puntos 55 a 59).

- 143 Las demandantes, sin cuestionar la descripción del mecanismo de los aumentos de precio que contiene la Decisión, sostienen que no restringe la competencia, puesto que los empresarios que participan en una licitación tienen la posibilidad de prever el importe de la indemnización que percibirán en concepto de gastos de cálculo. De este modo, el mecanismo, por su carácter global, es neutro desde el punto de vista de la competencia, puesto que, sabiendo que percibirán una indemnización superior a los gastos soportados, los empresarios más eficaces en el cálculo pueden disminuir en esa cantidad su proposición económica. La Comisión responde que las posibilidades de previsión son insuficientes para neutralizar el sistema y que, en cualquier caso, la fijación en común de estas indemnizaciones constituye la fijación de una parte del precio.

- 144 Este Tribunal señala que la Decisión realiza, fundamentalmente, tres imputaciones en relación con el sistema de los aumentos de precio. En primer lugar, se trata de la

fijación de una parte del precio; en segundo lugar, de la cláusula de no competencia en cuanto a los gastos de cálculo (Decisión, párrafo tercero del punto 86) y, en tercer lugar, este sistema conduce a un aumento del nivel de los precios para los adjudicadores que convoquen a un gran número de empresarios, así como para la contratación directa y la subcontratación (Decisión, puntos 57, 87 y 100).

- 145 En primer lugar, es forzoso señalar que las demandantes no esgrimen ningún argumento para negar que la fijación en común de los aumentos de precio, que se añaden uniformemente a las proposiciones económicas de los diferentes empresarios, constituya la fijación de una parte del precio, en el sentido de la letra a) del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. En efecto, el argumento de las demandantes relativo a las posibilidades de prever el importe de los aumentos de precio carece de toda pertinencia a este respecto y se refiere exclusivamente a la cuestión de si el sistema de aumentos de precio provoca la supresión de la competencia entre empresarios en cuanto a sus gastos de cálculo, lo cual constituye una imputación distinta.
- 146 De ello se deduce que la Comisión consideró acertadamente que la fijación en común de los aumentos de precio constituye la fijación de una parte del precio prohibida por la letra a) del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.
- 147 En segundo lugar, en cuanto a la cuestión de si esta fijación de una parte del precio provoca la eliminación de la competencia entre empresarios en cuanto a los gastos de cálculo y favorece, de este modo, a los empresarios menos competentes en este sentido con respecto a los que lo son más, procede examinar si, como afirman las demandantes, los empresarios pueden perfectamente prever el importe de la indemnización que percibirán en concepto de gastos de cálculo y, en caso afirmativo, si el sistema es totalmente neutro, gracias a su carácter global, permitiendo a cada empresario reducir su proposición económica en una cantidad igual a la diferencia entre los gastos de cálculo efectivamente soportados y la indemnización que debe percibir.
- 148 A este respecto, baste señalar que la posibilidad de prever el importe de la indemnización dista mucho de ser perfecta. En efecto, la predicción perfecta es imposible

en la medida en que la proposición económica debe calcularse en un momento en el que los parámetros indispensables para tal previsión aún no se conocen (media de las cifras iniciales, valor estimado de la obra, proposición económica más baja).

149 En el marco del UPRO, es imposible una previsión mínimamente precisa, a causa del sistema anual de transferencia de las indemnizaciones y de la dificultad de prever el número de puntos y el valor de éstos.

150 El supuesto en el que la previsión parece mejor es cuando, en el marco del UPRR, la tarea de definir los aumentos de precio se confía en la reunión al empresario que ha presentado la cifra inicial más baja. En efecto, en este caso, cada empresario presume que su proposición será la más económica y que él mismo podrá fijar la indemnización. No obstante, procede señalar que, en tal caso, el empresario deberá tener en cuenta el riesgo de que su proposición no sea la más económica y de tener que incluir en ella el importe decidido por quien haya presentado la proposición más baja, importe que puede ser superior o inferior a su propio nivel de gastos de cálculo. Si bien es cierto que todo empresario puede adaptar su cifra inicial en función del importe de la indemnización que él mismo fije, no es menos cierto que, para que pueda repercutir correctamente sobre su cifra inicial el importe de la indemnización finalmente determinada, es preciso que conozca las intenciones de todos sus competidores, cualquiera de los cuales puede presentar la proposición más baja y verse obligado, por ello, a fijar el importe de la indemnización en función de sus propios gastos de cálculo. Ahora bien, los empresarios no pueden disponer de tal información, que constituye para todos ellos un secreto comercial.

151 Por otra parte, este sistema puede privar al adjudicador del empresario más apto desde el punto de vista de sus gastos de cálculo. De este modo, cuando un empresario A, que es muy competente en cuanto a sus gastos de cálculo, se propone fijar el importe de la indemnización en 12 en caso de que su proposición sea la más económica con una cifra inicial de 105, mientras que un empresario B, que es menos competente, se propone fijar su importe en 20 en el caso en que su proposición sea la más económica con una cifra inicial de 100, se corre el riesgo de llegar a la siguiente



situación: puesto que la proposición de B resulta ser la más baja, éste decide fijar la indemnización en 20. Por consiguiente, el importe de la proposición económica que presentará al adjudicador será de 120, mientras que el importe de la proposición de A será de 125. Si la competencia hubiera jugado libremente, A habría presentado una proposición económica de 117 y B de 120. Por consiguiente, al adjudicador se le presenta como proposición definitiva más baja la de B, en lugar de la de A, a un precio más elevado del que se habría obtenido con una competencia no falseada. Si A hubiera sabido que B fijaría el importe de la indemnización en 20, habría podido rebajar su cifra inicial de 105 a 97, sabiendo que, en total, siempre obtendría la cifra de 117 necesaria para convertirse en el empresario con la proposición más baja. No obstante, A sólo habría podido conocer el importe en el que B fijaría su indemnización tras una concertación prohibida con éste, lo cual no tiene ya nada que ver con la transparencia objetiva del sistema y con la posibilidad de una previsión perfecta del importe de la indemnización, circunstancias ambas alegadas por los demandantes.

- 152 De ello se desprende que, en cualquier caso, la competencia entre los empresarios, en relación con sus gastos de cálculo, se halla restringida por el sistema de indemnización de éstos y que el adjudicador se encuentra, de este modo, privado del fruto de tal competencia.
- 153 En tercer lugar, procede comprobar si el sistema de indemnización por gastos de cálculo, como el sistema de contribución a los gastos de funcionamiento de las organizaciones profesionales, conduce a un aumento generalizado de los precios. A este respecto, es preciso realizar una distinción a tres niveles: el de las proposiciones simultáneas, el de la contratación directa y el de la subcontratación.
- 154 En el primer nivel, no puede negarse que el sistema provoca un aumento de los precios para los adjudicadores que inviten a presentar proposiciones a un gran número de empresarios, puesto que tendrán que correr con los gastos de cálculo de todos ellos. De igual modo, este sistema priva a los adjudicadores de proposiciones más ventajosas que la del derechohabiente, siempre que la mayor aptitud de un empresario desde el punto de vista de los gastos de cálculo haga más que compensar su menor competencia en los demás planos y que este empresario, ignorando la amplitud de su mayor competencia, no haya podido repercutirla íntegramente en

su cifra inicial (véase el apartado 151 *supra*). Finalmente, la contribución a los gastos de funcionamiento de las organizaciones profesionales conduce, asimismo, a un aumento de precios.

155 En el segundo y tercer niveles, las partes no discuten que, en la contratación directa o en la subcontratación, los empresarios están expuestos al riesgo de tener que pagar a la oficina de la SPO una cantidad equivalente al 3 % del precio del contrato, en el caso de que bien el adjudicador bien el empresario principal proceda a otras consultas con vistas a la adjudicación del contrato. Si bien es cierto, como afirman las demandantes, que el adjudicador o el empresario principal puede negociar con los empresarios con el fin de que no realicen una provisión de este riesgo y no lo repercutan sobre el precio, debe, sin embargo, reconocerse que el sistema, como tal, incita a los empresarios a repercutir dicho riesgo en sus clientes y que obliga a éstos a negociar si quieren evitarlo. De ello se desprende que, también a este nivel, el sistema puede provocar un aumento de los precios.

156 De lo anterior se deduce que la Comisión consideró correctamente que el sistema de aumentos de precio constituye una fijación de una parte del precio, limita la competencia entre empresarios en cuanto a los gastos de cálculo y conduce a un aumento de los precios que, en lo que respecta a los UPR, es más importante cuando el adjudicador pretende fomentar la competencia entre un mayor número de empresarios.

157 A mayor abundamiento, este Tribunal señala que las demandantes no niegan que, una vez sumados los aumentos de precio a las cifras iniciales, el importe de las proposiciones de los empresarios distintos del derechohabiente puede reducirse, a condición de que no se cuestione el orden de sucesión de las cifras iniciales, de manera que las diferencias de precio entre las proposiciones económicas dirigidas a la entidad adjudicadora no parezcan excesivas. Tampoco niegan que los precios de licitación puedan aumentarse, cuando se otorgue la preferencia, con el fin de garantizar una posición predominante al derechohabiente y que puedan fijarse precios parciales o precios unitarios, con el fin de evitar que el adjudicador atribuya la obra por partes.

- 158 Ahora bien, tales manipulaciones de los precios constituyen incuestionablemente fijaciones concertadas de precios, en el sentido de la letra a) del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, puesto que sigue existiendo la posibilidad, como las demandantes han afirmado reiteradamente, de que el adjudicador atribuya el contrato a otro empresario distinto de aquél cuya oferta sea más ventajosa.

#### IV. La limitación de la autonomía de negociación entre los empresarios y la entidad adjudicadora

##### Alegaciones de las partes

##### 1. La preferencia (Decisión, puntos 30 y 85)

- 159 Las demandantes sostienen que el sistema de preferencia no supone un reparto del mercado, puesto que cada adjudicación debe considerarse como un contrato *ad hoc*, en el cual los adjudicatarios determinan la identidad de los licitadores. Los empresarios no pueden repartirse las obras, puesto que ninguno de ellos tiene la garantía de volver a entrar en competencia con el empresario al que se acordó la preferencia y poder, de este modo, gozar de una compensación por parte de este último.
- 160 Por otra parte, señalan que, en principio, es necesario un acuerdo unánime de todos los participantes en la reunión para que se otorgue la preferencia. En consecuencia, ésta rara vez se otorga (0,3 % de casos en 1988).
- 161 Finalmente, las demandantes ponen de relieve que el beneficiario de la preferencia está obligado a presentar una proposición equivalente a la proposición más baja, lo que incrementa los riesgos para él, puesto que éstos son proporcionales al interés que posea en la obra.

162 La Comisión responde que el interés de un empresario en una obra debe manifestarse en el precio que propone y no en la obtención de un derecho de preferencia otorgado por sus competidores.

163 Señala que la concesión de la preferencia a uno de los licitadores constituye un reparto del mercado de referencia, puesto que son los competidores quienes deciden, entre ellos, quien resultará protegido contra la competencia de los demás.

## 2. La protección del derechohabiente (Decisión, puntos 39 a 41, 52 a 54 y 93 a 95)

164 Las demandantes, que no cuestionan la descripción teórica del funcionamiento del sistema efectuada en la Decisión, reprochan a ésta el haber prescindido del objetivo del sistema, a saber, la protección contra el «regateo», y haber analizado incorrectamente las consecuencias prácticas de dicho sistema sobre el juego de la competencia.

165 En lo que respecta a la protección contra el «regateo», que consiste en que una entidad adjudicadora esgrima, unas frente a otras, las proposiciones de diferentes empresarios, que ha reunido simultánea o sucesivamente, con el fin de obtener una reducción del precio, las demandantes exponen que la totalidad de los protagonistas del mercado desean esta protección y que resulta indispensable para luchar contra el riesgo de formación de precios económicamente injustificados, debido a la postura de fuerza de la demanda con respecto a la oferta, contra la pérdida de eficacia de la estructura transaccional del mercado, imputable a la anticipación del regateo en las primeras proposiciones económicas y contra el perjuicio, para el carácter objetivo de la licitación, que supone el hecho de que, durante el regateo, los adjudicatarios puedan hacer prevalecer preferencias subjetivas, en lugar del precio más bajo. Afirman que el sistema de que se trata no va más allá de lo indispensable para hacer frente al regateo y señalan que es menos riguroso que las legislaciones nacionales y comunitarias que tienen el mismo objetivo.

- 166 Desde esta perspectiva, las demandantes señalan que la protección del derechohabiente es el resultado de un procedimiento objetivo que conduce a designar automáticamente como derechohabiente al licitador cuya oferta es más ventajosa y que, por lo tanto, lejos de restringir la competencia, no hace sino trasladar en el tiempo el momento en el que ésta se produce. Añaden que la Comisión no puede reprochar a los reglamentos el que impidan al adjudicatario dar preferencia a otras consideraciones distintas del precio en sus negociaciones con los empresarios, en la medida en que el hecho de que el adjudicador solicite proposiciones comparables revela su intención de concentrar la competencia sobre el precio.
- 167 Consideran que el reglamento sobre las proposiciones económicas no simultáneas y las proposiciones económicas parciales es indispensable para evitar que el reglamento sobre las proposiciones económicas simultáneas se soslaye mediante la presentación de proposiciones económicas sucesivas o parciales.
- 168 En lo que respecta a las consecuencias prácticas del sistema, las demandantes sostienen que es inexacto que éste cree en realidad, para el derechohabiente, un monopolio temporal para un contrato determinado. Por una parte, el sistema no se opone a que, en el caso de proposiciones simultáneas, el adjudicador atribuya un contrato a otro licitador distinto del derechohabiente. Por otra, en el caso de proposiciones no simultáneas, el sistema no impide, a los empresarios que liciten después del derechohabiente, formular una proposición económica, pero la supeditan, en caso de licitaciones comparables, bien al consentimiento del derechohabiente, bien al de una comisión *ad hoc* que verifica que dichas proposiciones no son el resultado de un regateo. De hecho, rara vez se deniega este consentimiento y no puede serlo si la nueva proposición es inferior en un determinado porcentaje a la proposición del derechohabiente. Este porcentaje, que varía según el sector de que se trate, es proporcional a la ventaja de que podría gozar el autor de la nueva proposición, si hubiera tenido conocimiento de la antigua. Si las nuevas proposiciones responden a una petición que no es comparable a la de las antiguas, del estudio empírico realizado por el Sr. Hartelust, titulado «El encuentro de la demanda y de la oferta en el mercado neerlandés de la construcción durante el período 1975-1979», se desprende que el derechohabiente nunca resulta protegido. En definitiva, el sistema únicamente otorga protección al derechohabiente, en el caso de las proposiciones no simultáneas, en un 10,5 % de los supuestos.

- 169 La Comisión responde que el sistema de protección del derechohabiente no sólo protege a los empresarios contra el «regateo» y la competencia ruinosa que de ello se derivaría, sino también contra toda forma de competencia, puesto que excluye a los licitadores, que no sean el derechohabiente, de las negociaciones con el adjudicador o, al menos, subordina la participación en dichas negociaciones al consentimiento del derechohabiente o de una comisión de empresarios.
- 170 Sostiene que las demandantes no pueden comparar el sistema de protección del derechohabiente con las disposiciones de Derecho público que se aplican en otros Estados miembros y con las contenidas en la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9; en lo sucesivo, «Directiva 71/305»). En efecto, estas disposiciones únicamente se refieren a los contratos públicos y tienen un objetivo diferente del de los reglamentos de que se trata, puesto que su finalidad es preservar la igualdad de oportunidades de los empresarios con respecto a los poderes públicos. Por otra parte, los reglamentos controvertidos no sólo limitan la libertad de negociación del adjudicador, como hacen las normas comunitarias y nacionales, sino que igualmente prevén un intercambio de información y un ajuste mutuo y previo de las proposiciones económicas. Finalmente, la Comisión señala que la legislación neerlandesa también otorga cierta protección a los empresarios en las negociaciones posteriores a la obtención de las proposiciones económicas y que el sistema de los reglamentos no era, por consiguiente, tan indispensable como afirman las demandantes.
- 171 La Comisión expone, asimismo, que las demandantes no pueden mantener que la protección del derechohabiente únicamente se produce cuando la competencia ya ha tenido lugar. En lo que respecta a las proposiciones simultáneas, el proceso de designación del derechohabiente no es, en efecto, tan objetivo como afirman las demandantes, en particular, cuando son los propios empresarios los que evalúan la posibilidad de comparar las proposiciones. La Comisión añade que la argumentación de las demandantes se basa en la idea falsa de que el adjudicador que reúne varias proposiciones económicas decide, por esta razón, que efectuará su elección en función del precio. Ciertamente, el adjudicador puede legítimamente sentir la necesidad de negociar con otros licitadores cuya proposición no sea la más económica y nada justifica que se vea privado de esta posibilidad por una decisión unilateral de los empresarios.

- 172 A continuación, sostiene que el sistema de protección del derechohabiente está aún menos justificado en lo que respecta a las proposiciones económicas no simultáneas. En efecto, en este caso, la protección del derechohabiente se produce a partir del momento en el que el adjudicador decide, tras haber recibido inicialmente una única proposición económica, solicitar una o varias más, es decir, en un momento en el que la competencia aún no se ha producido. Ahora bien, esta protección del derechohabiente supone que, si la petición de ofertas es comparable a la que respondió el derechohabiente, los empresarios posteriormente invitados a presentar proposiciones únicamente podrán presentar su proposición al adjudicador si ésta es inferior en un determinado porcentaje a la del derechohabiente. Este porcentaje excede ampliamente de lo necesario para proteger al primer licitador contra la utilización, por parte de posteriores licitadores, del contenido de su proposición.
- 173 La Comisión alega, asimismo, que el sistema de fijación de precios parciales o unitarios no es, en ningún modo, necesario para proteger a los empresarios del regateo, puesto que, contrariamente a lo que afirman las demandantes, gozan de la posibilidad de supeditar sus proposiciones económicas parciales al requisito de que se les adjudique la totalidad de la obra.
- 174 Señala que, de cualquier forma, las demandantes han admitido que, en un 10 % de los casos, el derechohabiente conserva su Estatuto gracias al derecho de prioridad consagrado por el reglamento sobre las proposiciones económicas no simultáneas. Según la Comisión, este 10 % representa los casos en los que el Estatuto del derechohabiente le permite impedir que se presenten proposiciones económicas posteriores inferiores a la suya.
- 175 En lo que respecta a la transparencia del mercado, la Comisión señala que el sistema aplicado por las demandantes supone la completa opacidad del mercado para los adjudicadores ocasionales. En tal caso, son los empresarios los que se hallan en posición de fuerza en el mercado, y no a la inversa.

### 3. La subcontratación (Decisión, puntos 55 a 59 y párrafo tercero del punto 100)

- 176 Las demandantes sostienen que el reglamento relativo a la subcontratación tiene por objeto evitar que los empresarios principales regateen a partir de las proposiciones presentadas por diferentes subcontratistas. A tal fin, el reglamento general se adaptó a la especificidad de la subcontratación, trasladando la relación entidad adjudicadora-licitadores a la relación empresario principal subcontratistas.
- 177 La Comisión se remite a lo ya afirmado a propósito de la protección del derechohabiente, en lo que respecta a la necesidad de proteger a los subcontratistas contra los riesgos del regateo.

#### Apreciación del Tribunal

- 178 Con carácter preliminar, este Tribunal recuerda que los argumentos de las demandantes tendentes a demostrar que la protección del derechohabiente es indispensable para evitar el regateo, que conduce a una competencia ruinosa, carecen de pertinencia en el marco de un motivo basado en la infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y serán examinados en el marco del motivo basado en la infracción del apartado 3 del artículo 85 del Tratado.
- 179 Cuando las proposiciones económicas de los diferentes participantes en la reunión hayan sido consideradas comparables o se hayan convertido en comparables en la reunión, el procedimiento establecido tiene por objeto designar a un derechohabiente. Es preciso recordar el objetivo de la protección de que disfruta el derechohabiente. Este tiene derecho exclusivo a negociar su proposición económica con la entidad adjudicadora. En efecto, los demás licitadores se ven privados del derecho a entrar en contacto con la entidad adjudicadora para negociar el precio de las prestaciones o los elementos del contrato en cuestión [artículo 28 de los UPRR, artículo 30 de los UPRO y artículo 5 (2) del Código de honor]. Por consiguiente, no



pueden obtener el contrato sino aceptándolo al precio que han propuesto y conforme al pliego de cláusulas. En el caso de proposiciones económicas no simultáneas, la protección del derechohabiente abarca asimismo las proposiciones posteriores [artículo 28 de los UPRR, artículo 30 de los UPRO y artículo 5 (3) del Código de honor, así como reglamento relativo a las proposiciones económicas no simultáneas]. Se prohíbe a los empresarios que hayan sido posteriormente invitados por una entidad adjudicadora a presentar proposiciones, ofertar un precio sin el consentimiento del derechohabiente o, en caso de que se niegue, sin el consentimiento de una comisión *ad hoc* designada por la oficina afectada. Dicha comisión únicamente puede adoptar una decisión positiva si el precio propuesto en la oferta posterior es notablemente inferior (de un 2,5 % a un 10 %, según el sector de que se trate) al precio propuesto por el derechohabiente. Esta protección del derechohabiente tiene una duración de dos o cinco años (según el valor del contrato).

- 180 Los reglamentos prevén tres modos de designación del derechohabiente. Este será bien el empresario cuya proposición sea la más baja en el momento de la reunión, bien el empresario que haya sido consultado en primer lugar en el caso de proposiciones económicas no simultáneas, o bien finalmente el empresario designado *a priori*, como tal, en la reunión conforme al mecanismo de la preferencia.
- 181 En lo que respecta a las proposiciones económicas simultáneas, cuando no exista retirada o preferencia, procede señalar que el derechohabiente es el empresario cuya cifra inicial sea la menos elevada. No obstante, es necesario preguntarse si esta protección, aparte del hecho de que se produce tras un intercambio de información contrario a la competencia y previa fijación de parte de los precios, no restringe también, en sí misma, la competencia.
- 182 El sistema de protección del derechohabiente tiene por objeto conferir al empresario que ha presentado la cifra inicial más baja en la reunión (es decir, la proposición económica más baja, en la que se han suprimido los aumentos de precio) la protección de su oferta en cuanto a su contenido y precio contra las negociaciones que pudieran tener lugar entre el adjudicador y los demás miembros de la SPO, tanto aquéllos que participan en la reunión como aquéllos que no lo hacen, puesto que los unos no pueden negociar su proposición, mientras que los otros deben

obtener el consentimiento del derechohabiente o de una comisión de arbitraje para poder licitar. A tal fin, los empresarios que participan en la reunión comienzan por decidir entre ellos las condiciones en las que tendrá lugar la competencia. De este modo, determinan el contenido de las diferentes proposiciones para que puedan constituir alternativas equivalentes para el adjudicador, cuyo único criterio de desempate será, en lo sucesivo, el precio.

- 183 Es preciso señalar que, incluso suponiendo que, en la reunión, la apreciación sobre la posibilidad de comparar las ofertas sea lo más objetiva posible, no puede aceptarse que los empresarios sustituyan unilateralmente la apreciación del adjudicatario por la suya propia, puesto que éste debe tener la posibilidad de aplicar preferencias subjetivas, como la reputación del empresario, su disponibilidad, su proximidad, y de efectuar él mismo, como futuro usuario, una valoración sobre la equivalencia, desde su propio punto de vista, de las diferentes proposiciones.
- 184 En lo que respecta a las proposiciones económicas no simultáneas, es preciso observar que las demandantes se limitan a afirmar que es indispensable designar al primer empresario consultado como derechohabiente, para evitar que soslaye el reglamento sobre las proposiciones económicas simultáneas, pero no niegan que, en este nivel, la protección se otorgue sin que se haya producido competencia. De ello se desprende que el carácter restrictivo de la competencia de la protección de que disfruta el derechohabiente en los casos de proposiciones económicas no simultáneas no se discute, pero procederá examinar si este mecanismo, como complemento indispensable del reglamento sobre las proposiciones económicas simultáneas, cumple los requisitos necesarios para la concesión de una exención en virtud del apartado 3 del artículo 85 del Tratado (véase el segundo motivo *infra*).
- 185 En lo que respecta a la preferencia, es preciso destacar que ésta permite a su beneficiario ser designado como derechohabiente por los participantes en la reunión, independientemente de la cifra inicial que presente, pero con el requisito de que adopte como cifra de licitación definitiva la cifra inicial más baja, incrementada en el importe de las indemnizaciones aplicables. Tal y como ha señalado la Comisión

(Decisión, punto 85), el mecanismo de la preferencia constituye un reparto del mercado en el sentido de que son los participantes en la reunión los que deciden cuál de entre ellos disfrutará de la protección de derechohabiente, en un momento en que la competencia aún no se ha producido. Al actuar de este modo, se reparten el mercado y perjudican la libre elección, por parte de los consumidores, de su proveedor (sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, antes citada, apartado 180). A este respecto, es irrelevante que los participantes en la reunión no compitan de manera permanente y estructurada entre ellos a causa de las especificidades de cada obra. En efecto, resulta totalmente innecesario preguntarse sobre la motivación de las empresas que se reparten un mercado para determinar si tal reparto entra en el ámbito de la prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

186 Ciertamente, el mecanismo de protección del derechohabiente no suprime totalmente las posibilidades de elección del adjudicador, quien aún puede atribuir el contrato a otro participante en la reunión, distinto del derechohabiente (pero sin poder negociar su proposición), o a otro empresario (previo consentimiento del derechohabiente o de una comisión de arbitraje, si es miembro de la SPO). No obstante, es forzoso señalar que estas posibilidades de elección quedan extremadamente restringidas por la protección concedida al derechohabiente, puesto que los demás participantes en la reunión únicamente podrán aceptar el contrato en la forma prevista en sus proposiciones económicas. De este modo, el adjudicador se verá privado del derecho a hacer valer sus preferencias, en cuanto al contenido y al precio, en relación con cada una de estas proposiciones y su elección se limitará, por tanto, a las proposiciones globalmente consideradas. Además, sus posibilidades de elección dentro de la proposición del derechohabiente se verán fuertemente limitadas, puesto que este último se sabe protegido y conoce la amplitud de la protección de que goza en materia de precio frente a los empresarios miembros de la SPO, ya que conoce las cifras de licitación de los demás participantes en la reunión y los baremos aplicables a las proposiciones económicas no simultáneas.

187 De lo anterior se desprende que la protección de que goza el derechohabiente restringe la competencia; sin embargo, procederá examinar en el marco del segundo motivo si esta protección, destinada a proteger a los empresarios del regateo, debe ser objeto de una exención conforme al apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

V. Actitud de la SPO frente a los empresarios no asociados (Decisión, puntos 49 a 51, 98 y 99)

Alegaciones de las partes

- 188 Las demandantes sostienen que los empresarios son totalmente libres de adherirse o no a la SPO de manera permanente o de someterse a sus reglamentos para un contrato determinado. No se ejerce presión alguna sobre los empresarios no asociados para que se adhieran. No obstante, estiman que, para evitar que algunos empresarios abusen del sistema, sometiéndose a él unas veces sí y otras no, es necesario prever sanciones. En efecto, al constituir un todo el sistema de los reglamentos, es preciso evitar que algunos se aprovechen de las ventajas, sin soportar los inconvenientes.
- 189 Reconocen, ciertamente, que las oficinas de la SPO mantienen contactos con empresarios no miembros, pero éstos son puntuales y, en ningún caso, pueden asimilarse a presiones. Como máximo, algunos no miembros son invitados de cuando en cuando a participar en una reunión.
- 190 Además, las demandantes niegan la afirmación contenida en el párrafo segundo del punto 99 de la Decisión, según la cual, para actuar en el mercado neerlandés, las empresas extranjeras deben asociarse a una empresa neerlandesa sometida a los reglamentos. Las cifras que aportan contradicen esta afirmación, tanto en lo que se refiere al número de contratos de cooperación celebrados como en lo que respecta al número de contratos obtenidos por empresas extranjeras sin haberse adherido a los reglamentos.
- 191 Admiten en efecto que, durante las reuniones, se pretende saber si, además de a los participantes, se ha invitado también a terceros a presentar proposiciones, pero afirman que este intercambio de información no restringe la competencia. Ciertamente, la información intercambiada posee poco valor y no permite a los participantes

adaptar a ella su comportamiento, en particular, para fijar su cifra inicial, puesto que ésta depende de otros factores económicos.

- 192 Las demandantes niegan que los reglamentos permitan a los miembros de la SPO protegerse eficazmente contra la competencia de terceros. Esta tesis de la Comisión no tiene en cuenta que los empresarios miembros de la SPO no por ello dejan de ser competidores que rivalizan tanto entre ellos como frente a terceros. De este modo, niegan, en lo que respecta a la designación de un derechohabiente o a la fijación de las indemnizaciones por gastos de cálculo, que los participantes adopten un comportamiento distinto según se presenten o no competidores externos. La Comisión no ha probado ninguna correlación entre estos dos elementos y las cifras que cita no son significativas ni pertinentes. En particular, la cifra del 80 %, citada en el punto 51 de la Decisión, no indica que los participantes en la reunión tengan más oportunidades de obtener el contrato que los no participantes y, aún menos, que ello sea el resultado de prácticas colusorias.
- 193 Las demandantes llegan a la conclusión de que las acusaciones que la Comisión formula, sin haber efectuado investigación alguna, carecen de fundamento. Consideran como prueba el hecho de que si los empresarios no miembros fueran realmente víctimas del comportamiento de los miembros de la SPO, o bien habrían denunciado dicho comportamiento o bien se habrían convertido en miembros de la SPO. Además, no hay que perder de vista que, en la mayoría de los casos, es el adjudicador quien, al utilizar un procedimiento restringido de licitación, determina el número e identidad de los empresarios que competirán para obtener la adjudicación de la obra.
- 194 La Comisión responde que el sistema de sanción previsto por los reglamentos puede incitar a los no miembros a someterse a los reglamentos de manera más o menos permanente, aun cuando la finalidad de dicho sistema es evitar que se abuse de los reglamentos.

- 195 Destaca que las demandantes no niegan que las oficinas mantengan contactos con las empresas no miembros y afirma que su investigación ha acreditado que dichos contactos no se limitan a solicitar a dichas empresas que se sometan a los reglamentos.
- 196 Asimismo, la Comisión alega que la libertad de someterse o no a los reglamentos es bastante relativa para las empresas extranjeras, en la medida en que casi siempre han de recurrir a una colaboración con un empresario neerlandés para acceder al mercado, como demuestra una recomendación de la Cámara de Comercio germano-neerlandesa. Ahora bien, la mayoría de empresarios con los cuales es posible una colaboración son miembros de la SPO. La Comisión considera que las cifras aportadas por las demandantes son parciales, puesto que únicamente se refieren a las asociaciones formales de empresarios.
- 197 Recuerda que la naturaleza de la información intercambiada durante las reuniones permite a los participantes disponer de una ventaja frente a las empresas externas, como se demuestra en la Decisión (puntos 49 a 51, 98 y 99).
- 198 La Comisión concluye que existe una restricción de la competencia puesto que todo «outsider» se halla ante el siguiente dilema: o bien atacar en solitario el frente unido de los participantes en la reunión, o bien participar en dicho frente unido y restringir, de este modo, sus posibilidades de competir con otras empresas.

### Apreciación del Tribunal

- 199 El Tribunal considera que, independientemente de toda presión esporádica ejercida por las demandantes sobre los no miembros para que se adhieran a la SPO, el propio sistema de los reglamentos, en la medida en que atribuye a las empresas que participan en él ventajas considerables, en particular, en términos de intercambio de

información y de reembolso de los gastos de cálculo, supone por su existencia misma una presión ejercida sobre los no miembros con el fin de lograr su adhesión (Decisión, punto 98).

- 200 Por otra parte, por su propia naturaleza, el sistema de los reglamentos consigue mejor sus objetivos cuanto mayor sea el número de empresas que en él participen. En efecto, la limitación de los gastos de transacción y la lucha contra el regateo son más eficaces cuanto más se reduzca el número de casos en los que se adjudican los contratos a no miembros de la SPO. Desde este punto de vista, la adjudicación de un contrato a un no miembro se considera como un riesgo contra el cual hay que prevenirse, transfiriendo una parte de los aumentos de precio a un fondo de garantía destinado esencialmente a cubrir este riesgo (Decisión, punto 43).
- 201 De ello se desprende que se dan las condiciones para presionar a los no miembros, con el fin de que éstos se integren en el sistema. En estas circunstancias, el simple hecho, admitido por las demandantes, de que las oficinas de la SPO mantengan contacto con empresas no miembros puede asimilarse al ejercicio de presiones.
- 202 Además, las partes están de acuerdo en que los reglamentos prevén la posibilidad de que en la reunión se renuncie *a priori* a la designación de un derechohabiente (véanse los apartados 100, 101 y 117 *supra*) y a la aplicación de aumentos de precio. Estas posibilidades permiten a los participantes en la reunión adaptar su comportamiento en el mercado a la intensidad de la competencia externa. De este modo, pueden participar en esta competencia con la ventaja, previamente obtenida, del sistema de indemnización por gastos de cálculo, que les permite habitualmente no imputar ningún gasto de cálculo sobre la obra por la cual compiten con empresas que no son miembros de las demandantes. Del mismo modo, la renuncia *a priori* a la designación de un derechohabiente les permite participar, llegado el caso, en un regateo que les enfrenta a empresas no miembros y aumentar, de este modo, las posibilidades de que una de ellas obtenga el contrato.

- 203 Por otra parte, es preciso destacar que el hecho de que los miembros de las demandantes se vean obligados a adoptar concertadamente una actitud defensiva cuando se enfrentan a una competencia externa corrobora el interés que tienen en que aumente el número de miembros y, por tanto, disminuya el número de competidores externos que puedan obligarles a renunciar a las ventajas de su adhesión a las demandantes.
- 204 De todo lo anterior se desprende que la Comisión consideró acertadamente que el sistema de los reglamentos introducidos en 1987 perjudica, de hecho, a la libertad de los empresarios de adherirse o no a ellos, en la medida en que su no adhesión les priva de cierto número de ventajas relacionadas con este sistema y les sitúa en competencia, no con una serie de empresarios que actúan independientemente unos de otros, sino más bien con cierto número de empresarios que poseen intereses e información común y, por tanto, comportamientos comunes.
- 205 De ello se deduce que los reglamentos introducidos en 1987 constituyen una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.
- 206 En lo que respecta a los reglamentos anteriores, este Tribunal señala que, tras haber afirmado que se distinguían de los reglamentos introducidos en 1987 en algunos aspectos esenciales, como la existencia de un procedimiento de contranotificación, de la posibilidad de mejorar y corregir los precios y de un mecanismo de preferencia que conducía a un aumento de los precios de todos los participantes, la Comisión consideró en la Decisión (puntos 62 a 65) que los reglamentos adoptados en 1987 sólo eran, en lo fundamental, la continuación de los reglamentos anteriores y que, por consiguiente, la apreciación jurídica realizada para unos era aplicable asimismo *mutatis mutandis* para los otros (punto 114). Por otra parte, la Comisión estima (Decisión, punto 138) que, a partir del 1 de octubre de 1980, los distintos reglamentos anteriores, por una parte, estaban suficientemente uniformados, puesto que fueron aprobados por la SPO (puntos 15, 62 y 138) y, por otra, eran objeto de un sistema de sanción uniforme establecido por el Código de honor, obligatorio para los miembros de la SPO, conforme a la decisión de su Asamblea General, a partir del 1 de octubre de 1980 (puntos 12, 13 y 138).



- 207 El Tribunal señala que, frente a estas afirmaciones, las demandantes sostienen, por una parte, que los reglamentos adoptados en 1987 no constituyen «la continuación de prácticas colusorias de la misma naturaleza anteriormente aplicadas», sino más bien «un giro» con respecto a éstas (escrito de interposición del recurso, apartado 3.14, fundamentos de Derecho) y, por otra parte, que la SPO jamás adoptó el texto de un UPR «Burger-& Utiliteitsbouw Openbaar» (construcción residencial y no residencial con arreglo al procedimiento abierto), que entró en vigor el 1 de enero de 1973, puesto que las diferentes asociaciones continuaron aplicando individualmente sus propias normas hasta 1987 (escrito de réplica).
- 208 Es forzoso destacar, en primer lugar, que, lejos de rebatir los puntos 62 y 65 de la Decisión, el razonamiento expuesto por las demandantes equivale, en realidad, a admitir la procedencia del análisis que la Comisión realiza en ellos. En efecto, para demostrar que los reglamentos adoptados en 1987 constituyen un «giro» con respecto a las prácticas colusorias de la misma naturaleza realizadas con anterioridad, señalan que estos reglamentos ya no contemplan algunas posibilidades, como la «contranotificación» o las «mejoras» y las «correcciones de precios», en relación con las cuales admiten, en cuanto a la primera, que «podía ofrecer a los empresarios afectados la posibilidad de comenzar una concertación ilícita» y, en cuanto a la segunda, que había sido prohibida «porque se aplicaba no sólo en una situación de competencia desastrosa, sino también porque, al pretender evaluar el fenómeno de compresión de los precios, este sistema necesariamente contenía cierto número de elementos arbitrarios» (escrito de interposición del recurso, apartado 3.14, fundamentos de Derecho). De este modo, al afirmar que los reglamentos introducidos en 1987 son menos restrictivos de la competencia que los reglamentos anteriores y que, por dicha razón, constituyen un giro con respecto a éstos, las demandantes indicaron que eran su continuación.
- 209 Por consiguiente, la Comisión consideró acertadamente que existía una continuidad entre los reglamentos anteriores y los reglamentos introducidos en 1987 y que, en algunos puntos, los primeros contenían restricciones de competencia, al menos tan importantes como los segundos.
- 210 En segundo lugar, es forzoso señalar que, contrariamente a lo que parecen considerar las demandantes en su escrito de réplica, la Decisión no afirma que, a partir

del 1 de octubre de 1980, los diferentes reglamentos anteriores fueran adoptados por la SPO. La Decisión afirma únicamente que, a partir de esta fecha, dichos reglamentos debían ser aprobados por la SPO, lo que no han negado las demandantes, quienes se limitaron a exponer que, hasta 1987, eran las diferentes asociaciones las que adoptaban estos reglamentos. Además, procede afirmar, con la Comisión, que la Decisión no ha hecho más que reproducir, en estos puntos, los datos que las demandantes le proporcionaron en las respuestas aportadas el 19 de diciembre de 1988 a las solicitudes de información que la Comisión les dirigió (escrito de dúplica, Anexo 2). A mayor abundamiento, es necesario destacar que las demandantes no negaron que, a partir del 25 de noviembre de 1980, el artículo 4 de la Besluit Algemeene Bepalingen (decisión relativa a las disposiciones de carácter general) exigía la aprobación de la SPO para la adopción y aplicación de los reglamentos de las diferentes demandantes.

- 211 En tercer lugar, es forzoso destacar que, a partir del 1 de octubre de 1980, los diferentes reglamentos anteriores, efectivamente, fueron objeto de un sistema de sanción uniforme establecido por el Código de honor, sistema que era obligatorio para los miembros de la SPO, en virtud de decisión de su Asamblea General, a partir de dicha fecha.
- 212 De ello se desprende que, en las circunstancias del presente caso, la Decisión fue correcta al no efectuar un análisis distinto del contenido de los reglamentos anteriores y al considerar que restringían la competencia, al menos tanto como los reglamentos establecidos en 1987, que eran su continuación. La Decisión también consideró acertadamente que, a partir del 1 de octubre de 1980, los diferentes reglamentos habían sido lo suficientemente uniformados por el sistema de aprobación por parte de la SPO y por el sistema uniforme de sanción como para poder ser considerados como un conjunto homogéneo.
- 213 De todo lo anterior se desprende que la segunda parte del primer motivo debe ser desestimada.

## Tercera parte: inexistencia de perjuicio del comercio entre Estados miembros

## Alegaciones de las partes

- 214 Las demandantes sostienen que, para que el artículo 85 del Tratado sea aplicable a acuerdos limitados al territorio de un solo Estado miembro, es preciso que éstos afecten de manera sensible al comercio entre Estados miembros. Ello implica, por una parte, que existan intercambios entre Estados miembros en el mercado afectado (sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1979, Hugin/Comisión, 22/78, Rec. p. 1869) y, por otra parte, que los acuerdos de que se trate afecten de manera negativa y tangible a dichos intercambios (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1989, Ottung, 320/87, Rec. p. 1177, apartado 19). En el presente caso, no se cumple ninguno de estos dos requisitos y, por lo tanto, no puede aplicarse el artículo 85 del Tratado.
- 215 En lo que respecta al primer requisito, las demandantes alegan que, en particular, del estudio del Sr. Hartelust se desprende que el comercio entre Estados miembros es casi inexistente en el mercado de la construcción, ya se considere desde el punto de vista del número de obras como de su valor, y que es totalmente inexistente en los mercados de producto determinados, como los de la demolición o la señalización. En su réplica, añaden que la Comisión no puede hacer referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 1978, Miller/Comisión (19/77, Rec. p. 131) para mantener que, no sólo es preciso tener en cuenta los intercambios existentes, sino también su evolución futura provocada por modificaciones legislativas u otros factores. En efecto, consideran que las modificaciones legislativas a las que se refiere la Comisión no eran previsibles en el momento en que las partes demandantes elaboraron y aplicaron sus reglamentos respectivos.
- 216 En relación con el segundo requisito, las demandantes consideran fundamentalmente que, si no existen intercambios, éstos no pueden resultar afectados de manera negativa y tangible por los reglamentos, a menos que la Comisión demuestre que la falta de intercambios significativos es imputable a los reglamentos. En el presente caso, la Comisión no ha aportado dicha prueba, por la simple razón de que la falta de intercambios es imputable a factores estructurales, como el radio de acción geográfico limitado de las empresas, los elevados costes de transporte, el papel del empre-

sario principal, los problemas relacionados con la diversidad de pliegos de cláusulas (normalizados), de culturas, de gustos, de lenguas, etc., así como al hecho de que es el adjudicador quien define el número y condición de los empresarios a los que invita a licitar. Además, la Comisión no ha demostrado, en relación con cada uno de los reglamentos anteriores, que existieran intercambios internacionales en cada mercado de producto y en cada uno de los mercados geográficos que estos reglamentos cubrían individualmente. A este respecto, consideran que la Comisión no puede aplicar la teoría del efecto acumulativo, en la medida en que ésta implica que los diferentes acuerdos se sitúen en el mismo mercado de producto y en el mismo mercado geográfico. Ahora bien, en su opinión, han demostrado que cada sector constituía un mercado distinto (véase la primera parte del motivo *supra*). Finalmente, es preciso establecer un paralelismo entre estos reglamentos y la normativa comunitaria sobre los contratos públicos de obras, que, al fijar un límite de 5.000.000 de ECU (que es sustancialmente más elevado que el límite de 200.000 ECU fijado por la Directiva sobre contratos públicos de suministros), indica que únicamente las obras de construcción muy importantes pueden generar intercambios internacionales relevantes.

- 217 Asimismo alegan que, en cualquier caso, los reglamentos no compartimentan el mercado neerlandés, puesto que son aplicables indistintamente a los empresarios extranjeros y a los neerlandeses, siendo libres, unos y otros, de someterse a ellos o no.
- 218 Las demandantes niegan que los reglamentos disminuyan la utilización del procedimiento de adjudicación abierto y perjudiquen, de este modo, a las empresas extranjeras. En efecto, las adjudicaciones abiertas no son más escasas en los Países Bajos que en otros lugares y los extranjeros no participan en ellas más que en las adjudicaciones restringidas.
- 219 Por otra parte, consideran que los supuestos efectos de los reglamentos en los Países Bajos sobre la demanda procedente de entidades adjudicadoras establecidas en otros Estados miembros no se incluyen en el concepto de comercio entre Estados miembros, según el artículo 85 del Tratado, y que, en cualquier caso, el razonamiento de la Comisión se basa en la idea falsa de que los reglamentos provocan un aumento uniforme de los precios en los Países Bajos.

- 220 Finalmente, las demandantes sostienen que la tesis de la supuesta «ventaja» competitiva de que gozan las empresas neerlandesas cuando actúan en el mercado de otros Estados miembros, gracias a los reglamentos y, en concreto, al sistema de imputación de los gastos de cálculo, queda desmentida por la escasa rentabilidad de las empresas de construcción en los Países Bajos, así como por la comparación efectuada por PRC BV Management Consultants (en lo sucesivo, «PRC») entre, por una parte, el importe de los gastos generales más las indemnizaciones por gastos de cálculo en los Países Bajos y, por otra, el porcentaje que se aplica en concepto de gastos generales en otros cuatro Estados miembros.
- 221 La Comisión responde haciendo referencia a los puntos 103 a 108 de la Decisión. Añade que, lejos de exigir que los reglamentos eliminen a los empresarios extranjeros del mercado neerlandés, la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia exige únicamente que los reglamentos puedan afectar sensiblemente al comercio entre Estados miembros. Por consiguiente, es necesario tener en cuenta no sólo el comercio interestatal actual, sino también el comercio interestatal potencial (sentencia Miller/Comisión, antes citada).
- 222 La Comisión considera totalmente fuera de lugar la referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia Hugin/Comisión, antes citada, en la medida en que en aquel caso se trataba de perjuicios a la competencia que, lejos de afectar a la totalidad del territorio de un Estado miembro, únicamente se producían en una pequeñísima parte o eran de características totalmente distintas a los presentes reglamentos. Ahora bien, los acuerdos que abarcan la totalidad del territorio de un Estado miembro, como ocurre en el presente caso, pueden provocar, por su propia naturaleza, una compartimentación del mercado nacional contraria a la interpenetración económica contemplada por el Tratado (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1972, Vereniging van Cementhandelaren/Comisión, 8/72, Rec. p. 977). En efecto, tales acuerdos fraccionan el mercado común en diversos mercados nacionales caracterizados por condiciones artificialmente diferenciadas (sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1989 Belasco y otros/Comisión, 246/86, Rec. p. 2117). Según la Comisión, le corresponde, no ya demostrar que los reglamentos eliminan a las empresas extranjeras del mercado neerlandés de la construcción, sino más bien, como demostró en la Decisión, que modifican radicalmente las condiciones de competencia en las que deben operar los empresarios extranjeros, tanto cuando participan en el sistema como cuando licitan fuera de éste. Añade que el pliego

de cargos (puntos 98 y ss.) y la Decisión (puntos 106 y ss.) aluden a esta forma de afectación del comercio entre Estados miembros.

- 223 En el presente caso, considera que el comercio entre Estados miembros es escaso, pero existe, y que el estudio del Sr. Hartelust no es significativo, puesto que no tiene en cuenta los intercambios que se producen al margen de los reglamentos, no precisa si se ha referido a las actas de la totalidad de las reuniones celebradas conforme a los reglamentos y únicamente se refiere a un período limitado que va desde el 1 de enero de 1986 al 1 de octubre de 1988.
- 224 Por otra parte, considera que, a través del sistema de indemnización de los gastos de cálculo, los reglamentos desincentivan a los adjudicadores para que no utilicen el procedimiento abierto. Ahora bien, el procedimiento abierto constituye el mejor método para los empresarios extranjeros de acceder al mercado neerlandés, puesto que, en este caso, la identidad de los licitadores no viene determinada por el adjudicador. La Comisión considera como prueba de ello la denuncia presentada por el Ayuntamiento de Rotterdam.
- 225 La Comisión deduce que los reglamentos pueden, ciertamente, afectar al comercio entre Estados miembros. Añade que es inútil que las demandantes distingan según los períodos y el carácter unificado o no de los reglamentos, puesto que el contenido de los anteriores al 1 de abril de 1987 era aún más criticable, en relación con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, que el de los reglamentos actualmente vigentes. Fueron adoptados y uniformizados con el patrocinio o bajo el control de la SPO y, a partir de 1980, fueron objeto de un sistema uniforme de sanción previsto por el Código de honor. Por consiguiente, lo importante no es si, en algunos sectores, existían o no intercambios entre los Estados miembros, sino si los reglamentos, considerados en su conjunto, pueden afectar al comercio entre Estados miembros (véase la primera parte del motivo *supra*).

## Apreciación del Tribunal

- 226 El Tribunal señala que la Comisión consideró que los reglamentos afectaban al comercio entre Estados miembros de tres maneras distintas: afectando a la oferta procedente de los demás Estados miembros (puntos 103 a 111 de la Decisión), a la demanda procedente de los demás Estados miembros (punto 112) y a la oferta de las empresas participantes en los demás Estados miembros (punto 113).
- 227 Con carácter preliminar, este Tribunal recuerda que el requisito relativo a los efectos sobre el comercio entre los Estados miembros, previsto en los artículos 85 y 86 del Tratado, tiene por finalidad determinar el ámbito del Derecho comunitario con respecto al del Derecho de los Estados miembros (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. p. 429).
- 228 Por consiguiente, basta con que se demuestre una sola de las tres formas de perjuicio del comercio entre Estados miembros puestas de manifiesto por la Comisión en los puntos 103 a 113 de la Decisión para que el artículo 85 del Tratado sea aplicable a los reglamentos adoptados por las demandantes.
- 229 Es preciso señalar igualmente que, según reiterada jurisprudencia, unas prácticas colusorias que se extienden a la totalidad del territorio de uno de los Estados miembros consolidan, por su propia naturaleza, compartimentaciones de carácter nacional que obstaculizan de este modo la interpenetración económica que persigue el Tratado (sentencias del Tribunal de Justicia *Vereniging van Cementhandelaren/Comisión*, antes citada, apartado 29, y de 11 de julio de 1985, *Remia y otros/Comisión*, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 22).
- 230 En el presente caso, no se discute que los reglamentos adoptados en 1987 se aplican a la totalidad del territorio neerlandés. En lo que respecta a los reglamentos anteriores, es preciso recordar que son análogos unos a otros y que, considerados en su conjunto, cubren la totalidad del territorio neerlandés, así como la integridad del

mercado de la construcción (véase el apartado 81 *supra*). Por consiguiente, ninguno de estos reglamentos puede examinarse independientemente de los demás, entre los que se inserta, tanto más cuanto que estos reglamentos fueron objeto de procedimientos uniformados de sanción en el marco de una asociación única desde 1980. De este modo, los reglamentos anteriores deben asimilarse a los reglamentos adoptados en 1987 (véanse los apartados 206 a 212 *supra*). Por lo tanto, todos estos reglamentos pueden, por su propia naturaleza, afectar al comercio entre Estados miembros, puesto que modifican las condiciones de competencia en los Países Bajos, diferenciándolas artificialmente de las que rigen en otros Estados miembros, y conducen así a una fragmentación del mercado común.

231 En cualquier caso, este Tribunal considera que la Comisión afirmó correctamente que los reglamentos podían tener una influencia sensible en la oferta procedente de los demás Estados miembros y en la oferta de las empresas participantes en los demás Estados miembros.

232 En lo que respecta a la incidencia de los reglamentos sobre la oferta procedente de los demás Estados miembros, es forzoso señalar, con la Comisión, que las propias demandantes indicaron que el sistema de indemnización por gastos de cálculo tiene esencialmente por objetivo incitar a los adjudicadores a sopesar los pros y los contras de la invitación a licitar a un número más o menos elevado de licitadores, puesto que, al ser conocidos los gastos de transacción, el adjudicador sabe que tendrá que soportar su coste. Tal sistema conduce, desde un punto de vista global, a costes de transacción menos elevados. Para alcanzar este objetivo, el sistema incita a los adjudicadores a centrar mejor sus licitaciones y a invitar así a un número menos elevado de licitadores, repercutiendo en aquéllos los gastos de cálculo de la totalidad de los licitadores que hayan sido invitados a presentar ofertas. Puesto que la limitación del número de licitadores invitados por los adjudicadores a presentar ofertas únicamente es posible en el marco del procedimiento restringido, el sistema favorece las adjudicaciones restringidas en detrimento de las abiertas y, entre las restringidas, aquellas que más lo sean, como indica la denuncia del Ayuntamiento de Rotterdam (apartados 19 y 34 de dicha denuncia).



- 233 Ahora bien, la Comisión considera acertadamente que el procedimiento abierto constituye el método por excelencia de que disponen las empresas extranjeras para penetrar en el mercado neerlandés.
- 234 De ello se desprende que, en razón de esta circunstancia, los reglamentos pueden tener un efecto directo o indirecto sobre la oferta procedente de los demás Estados miembros.
- 235 Tal y como sostiene la Comisión, las demandantes no pueden invocar la escasez del comercio entre Estados miembros frente a este análisis, puesto que no cuestionan las cifras aportadas por la Comisión en su Decisión, que ponen de manifiesto la existencia de un comercio entre Estados miembros bien real, aun cuando éste sea aún escaso. De este modo, las demandantes no niegan que aproximadamente ciento cincuenta empresas establecidas en otros Estados miembros se hayan adherido, de una manera más o menos permanente, a los UPR. Estas empresas están establecidas principalmente en Alemania y en Bélgica, y entre ellas figuran todas las empresas más importantes de estos países, mientras que las demás son empresas francesas, luxemburguesas o italianas. Ahora bien, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, para que las prácticas colusorias estén prohibidas por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, no se exige que afecten sensiblemente a los intercambios entre Estados miembros, sino únicamente que puedan tener tal efecto (sentencia del Tribunal de Justicia Miller/Comisión, antes citada, apartado 15). En la medida en que basta un efecto potencial, la futura evolución de los intercambios puede tomarse en consideración para apreciar el efecto de las prácticas colusorias en el comercio entre Estados miembros, haya sido previsible o no. Finalmente, en lo que respecta a la importancia de este efecto, es forzoso señalar, con la Comisión, que cuanto más débiles son los intercambios, más pueden verse afectados por las prácticas colusorias.
- 236 Este Tribunal considera, asimismo, que las demandantes no pueden invocar el límite de 5.000.000 de ECU establecido por la Directiva 71/305. En efecto, tal y como ha señalado la Comisión en su Decisión (punto 105), los objetivos del artículo 85 del Tratado y los de esta Directiva son demasiado distintos como para que el límite establecido por esta última pueda servir de referencia para la aplicación de la primera disposición. A este respecto, es preciso señalar que la base jurídica de esta Directiva es ajena a la del artículo 85 del Tratado y que en ninguno de sus consi-

derandos se menciona esta última disposición. Por lo tanto, no cabe afirmar que la Comisión deba tener en cuenta el límite previsto en esta Directiva cuando aplica el artículo 85 del Tratado.

237 En lo que respecta a la incidencia de los reglamentos sobre la oferta de las empresas participantes en los demás Estados miembros, es innegable que, con respecto a una obra determinada, cuando operan fuera del ámbito de aplicación de los reglamentos, como ocurre fuera de los Países Bajos, las empresas miembros de las demandantes gozan de ventajas con respecto a las empresas no miembros.

238 A este respecto, la comparación invocada por las demandantes es una comparación global, mientras que la ventaja de que gozan los empresarios neerlandeses cuando operan en el extranjero debe apreciarse en relación con cada obra. Ahora bien, es incuestionable que el sistema de imputación de los gastos de cálculo, incluido el fondo de garantía, permite a los miembros de las demandantes no incluir en sus gastos generales los gastos de cálculo soportados por licitaciones en las que no han resultado adjudicatarias, mientras que los empresarios extranjeros deben incluir dichos gastos en sus gastos generales. De este modo, en un contrato determinado, para el que hayan licitado fuera de los Países Bajos, los miembros de las demandantes únicamente deben incluir en su proposición los gastos de cálculo generados por dicho contrato, mientras que los demás empresarios deben incluir en ella una parte de los gastos de cálculo ocasionados por la totalidad de las licitaciones en las que hayan participado sin éxito. De este modo, gozan de una ventaja competitiva artificial en relación con los empresarios competidores que ejerzan fundamentalmente sus actividades en otros Estados miembros. Por lo tanto, el comercio entre Estados miembros resulta afectado.

239 Las demandantes no pueden refutar la fuerza probatoria de estos elementos invocando la escasez de los márgenes de beneficios de las empresas de construcción neerlandesas atestiguada por una comparación entre, por un lado, el importe de los gastos generales más las indemnizaciones por gastos de cálculo en los Países Bajos y, por otro, el porcentaje aplicado en concepto de gastos generales en otros cuatro Estados miembros. En efecto, la escasa rentabilidad de las empresas neerlandesas puede achacarse a numerosos factores distintos del sistema de imputación de los gastos de cálculo.

240 De ello se deduce que los reglamentos pueden afectar sensiblemente al comercio entre Estados miembros y que esta parte del motivo debe, en consecuencia, ser desestimada.

241 De todo lo anterior se desprende que no puede acogerse el primer motivo.

*Segundo motivo: infracción del apartado 3 del artículo 85 del Tratado*

Primera parte: incorrecta apreciación de las características del mercado y de las normas en materia de carga de la prueba

1. Las características del mercado

Alegaciones de las partes

242 Las demandantes alegan que, de la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 1987, *Verband der Sachversicherer/Comisión* (45/85, Rec. p. 405), apartados 14 y 15, se desprende que, si bien el régimen comunitario sobre la competencia se aplica plenamente al sector neerlandés de la construcción, ello no supone en manera alguna que el Derecho comunitario sobre la competencia no permita tener en cuenta las particularidades de determinadas ramas de actividad económica. Corresponde a la Comisión, en el marco de su competencia para conceder exenciones, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 85 del Tratado, a las prohibiciones previstas por el artículo 85, apreciar la naturaleza particular de los diferentes sectores económicos y las dificultades propias de dichos sectores. Ahora bien, según las demandantes, en el presente caso la Comisión no tuvo en cuenta las características particulares del sector de la construcción, como el hecho de que se trata de un sector típico de pequeñas y medianas empresas y las dificultades propias de dicho sector, que justificaron la adopción de los reglamentos notificados, que son típicamente sectoriales.

- 243 Entre estas características, ponen concretamente de relieve el hecho de que es cada adjudicador quien define su producto y que éste no puede, por tanto, ser utilizado más que una vez; la naturaleza de las empresas de construcción (caracterizadas por la relación asimétrica entre el tamaño de la empresa y el tamaño de la obra; por los problemas de continuidad; por la falta de economías de escala; por el hecho de que en un mismo mercado de producto las empresas de construcción son ampliamente intercambiables; por la falta de un límite de acceso para los operadores modestos); el hecho de que el precio de la obra debe fijarse por anticipado; el que la elaboración de una oferta supone costes de transacción elevados, y, finalmente, el hecho de que la utilización del sistema de licitación para la contratación puede dar lugar a precios económicamente injustificados.
- 244 Las demandantes sostienen que estas diferentes características provocan desequilibrios estructurales en el mercado entre, por una parte, una demanda, para la cual el mercado es totalmente transparente, que dispone de la facultad de determinar la identidad de los empresarios que tendrán acceso al contrato, así como de la facultad de esgrimir, unas frente a otras, las diferentes proposiciones que le son presentadas, y, por otra parte, una oferta, para la cual el mercado no es transparente, que depende de la elección de los adjudicadores y que debe soportar costes de transacción elevados para acceder al mercado. Este desequilibrio estructural conduce a precios económicamente injustificados y a una competencia ruinosa.
- 245 Según las demandantes, este desequilibrio estructural entre oferta y demanda, atestiguado por numerosos estudios científicos, es especialmente significativo en los Países Bajos, de un lado, porque el empresario principal es el responsable, frente a la entidad adjudicadora, de la correcta ejecución de las obras, incluidas las efectuadas por los subcontratistas, y, de otro, porque la legislación neerlandesa no prohíbe de modo tan riguroso como la de otros Estados miembros que el adjudicador esgrima, unas frente a otras, las proposiciones formuladas por los diferentes licitadores, práctica calificada de «regateo».
- 246 Las demandantes alegan que los reglamentos sancionados tienen únicamente por objeto corregir este desequilibrio estructural, disminuyendo fundamentalmente los gastos de transacción generados por la oferta e impidiendo el regateo. La escasez

de los márgenes de beneficio observada en el mercado neerlandés de la construcción corrobora este análisis. Dicho objetivo es común a todos los actores del mercado y a las propias autoridades neerlandesas, puesto que, si no existieran los reglamentos prohibidos, se produciría una competencia ruinosa o bien prácticas colusorias secretas destinadas a corregir estos desequilibrios.

- 247 En su escrito de réplica, las demandantes alegan que todas las afirmaciones de la Comisión relativas al funcionamiento de otros mercados de servicios o del de la construcción en los demás Estados miembros no se basan en ningún análisis ni en ninguna investigación efectuada por ella y que, por tanto, son gratuitas. La Comisión se conforma con investigar, a un nivel microeconómico, en qué medida la libertad de acción de los operadores queda restringida y asimila toda restricción de la libertad de acción a una restricción de la competencia, a pesar de que habría tenido que examinar los reglamentos a nivel macroeconómico.
- 248 La Comisión admite, ciertamente, que las características del sector de la construcción deben tenerse en consideración en la medida en que determinan el contexto económico y jurídico en el que debe situarse la apreciación de los reglamentos controvertidos. No obstante, estas características no pueden sustraer, total o parcialmente, a estos reglamentos del ámbito de aplicación del artículo 85. En estas circunstancias, carece de pertinencia una discusión abstracta sobre las características del mercado, como la que plantean las demandantes.
- 249 Sostiene que el sector de la construcción en los Países Bajos no difiere ni de otros sectores de servicios ni del sector de la construcción en otros Estados miembros hasta tal punto que deba apreciarse de manera sensiblemente distinta en relación con el artículo 85 del Tratado. Por consiguiente, el hecho de que el mercado de estos diferentes sectores funcione correctamente sin reglamentos como los prohibidos priva de todo fundamento a la tesis según la cual los reglamentos controvertidos constituyen la corrección necesaria de los desequilibrios estructurales del sector neerlandés de la construcción.

250 Por lo demás, la Comisión se remite a los puntos 71 a 77 de la Decisión, en los que ya respondió a las alegaciones de las demandantes.

251 En particular, recuerda, en respuesta a la afirmación según la cual la utilización del procedimiento de licitación para la contratación conduce a un nivel de precios económicamente injustificado, que no existe nivel de precios económicamente justificado, porque el precio de coste global de cada empresa es diferente y varía según las circunstancias. En efecto, en algunos casos estaría económicamente justificado aplicar precios inferiores al coste medio para amortizar los costes fijos.

252 Finalmente, la Comisión alega que no puede imputársele el no haber prestado atención a la dimensión macroeconómica de los reglamentos. En efecto, para obtener una exención, corresponde a las demandantes acreditar, en particular, que los reglamentos contribuyen realmente a mejorar la producción, la distribución o a promover el progreso técnico o económico. Desde este punto de vista, no basta invocar progresos macroeconómicos que, en modo alguno, se ha demostrado que sean atribuibles a los reglamentos.

### Apreciación del Tribunal

253 Este Tribunal recuerda que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que corresponde a la Comisión, en el marco de su competencia para conceder exenciones, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 85 del Tratado, a las prohibiciones previstas por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, apreciar la naturaleza particular de los diferentes sectores económicos y las dificultades propias de dichos sectores (sentencia de 27 de enero de 1987, Verband der Sachversicherer/Comisión, antes citada, apartado 15).

- 254 En el presente caso, las demandantes reprochan a la Comisión haber efectuado un análisis microeconómico de los reglamentos, mientras que éstos tenían por objeto corregir desequilibrios existentes en el plano macroeconómico entre la oferta y la demanda, a causa de las características de las empresas que actúan en este sector, de las características de los productos de que se trata y de las insuficiencias de la legislación neerlandesa que hacía responsable al empresario principal y no permitía luchar eficazmente contra el regateo.
- 255 Este Tribunal señala que la Comisión tuvo en cuenta, en su Decisión, las características del mercado descritas por las demandantes (puntos 71 a 77), pero consideró que estas características no justificaban una exención (puntos 115 a 128). Por consiguiente, sus argumentos relativos a las características del mercado deberán tenerse en cuenta al efectuar el examen de la denegación de la solicitud de exención que las demandantes presentaron en virtud del apartado 3 del artículo 85 del Tratado en favor de los reglamentos de que se trata.
- 256 Por lo demás, es preciso destacar que la Comisión se refirió, acertadamente, sin que las demandantes lo rebatieran, al hecho de que no existen reglamentos análogos a los que constituyen el objeto del presente procedimiento ni en otros sectores de servicios, cuyas características son próximas a las del mercado de la construcción, ni en el sector de la construcción de otros Estados miembros. Asimismo, la Comisión actuó correctamente al negarse a admitir, como solicitaban las demandantes, que las prácticas colusorias eran inevitables en el sector de la construcción. En efecto, no puede justificarse la concesión de una exención en virtud del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, afirmando que, si no se otorga una exención a las prácticas colusorias notificadas, se producirán otras prácticas colusorias más graves aún. Del mismo modo, no puede aceptarse que las empresas atenúen los efectos de una normativa, que consideran excesivamente favorable a los consumidores, mediante prácticas colusorias que tienen por objeto corregir las ventajas que dicha normativa confiere a los consumidores, so pretexto de que ésta crea un desequilibrio en su contra.
- 257 De lo anterior se desprende que la argumentación de las demandantes relativa a una insuficiente consideración de las características del mercado por parte de la Comi-

sión debe rechazarse, en la medida en que las demandantes le atribuyen un alcance autónomo con respecto a la segunda parte del presente motivo.

## 2. La carga de la prueba

### Alegaciones de las partes

- 258 Con carácter preliminar, las demandantes alegan que, a la vista del conjunto de hechos que pusieron en conocimiento de la Comisión con el fin de obtener la exención solicitada, ésta no podía contentarse únicamente con rebatir sus argumentos y debía demostrar que no estaba justificada una exención desde el punto de vista económico. De este modo, debería haber demostrado, en particular, que, sin reglamentos, el mercado neerlandés de la construcción funcionaría mejor o haber indicado lo que considera aceptable dentro de los reglamentos.
- 259 Por otra parte, sostienen que la Comisión debería haber discutido con ellas las ventajas e inconvenientes de los reglamentos desde el punto de vista económico, en lugar de descartar *a priori* toda justificación económica. En el presente caso, la Comisión no cumplió la obligación que le incumbe con arreglo a la jurisprudencia de cooperar activamente en la obtención de una exención (sentencia Consten y Grundig/Comisión, antes citada).
- 260 La Comisión responde que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde, ante todo, a las empresas convencerla, sobre la base de pruebas documentales, del carácter justificado de una exención. La cooperación que pueden esperar las empresas de la Comisión consiste en un examen de los argumentos que éstas exponen en apoyo de su petición de exención (véase la sentencia Consten y Grundig/Comisión, antes citada, Rec. pp. 449 y 521). Esta cooperación no significa



que la Comisión esté obligada a proponer otras soluciones. *A fortiori* no puede exigirse a la Comisión que demuestre que una exención no está justificada y que indique lo que considera aceptable.

- 261 La Comisión recuerda que los reglamentos constituyen un todo, como las propias demandantes no han dejado de señalar. Por esta razón, considera que, si algunos aspectos de los reglamentos controvertidos hubieran cumplido los requisitos del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, no habría sido posible exceptuarlos por separado. En estas circunstancias, no podía concederse una exención condicional.

#### Apreciación del Tribunal

- 262 Con carácter preliminar, este Tribunal recuerda que, según reiterada jurisprudencia, corresponde a las empresas que solicitan la concesión de una exención, en virtud del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, demostrar con pruebas documentales el carácter justificado de la exención. Desde este punto de vista, no puede reprocharse a la Comisión no haber propuesto otras soluciones, ni indicado lo que consideraba que podría justificar la concesión de una exención (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión, asuntos acumulados 43/82 y 63/82, Rec. p. 19, apartado 52). Conforme a su obligación de motivar, la Comisión únicamente debe mencionar los elementos de hecho y de Derecho y las consideraciones que la llevaron a adoptar una decisión denegatoria de la solicitud de exención, sin que las demandantes puedan exigir que discuta todos los puntos de hecho y de Derecho suscitados durante la fase administrativa del procedimiento (sentencia Remia y otros/Comisión, antes citada, apartados 26 y 44).

- 263 De ello se desprende que corresponde a las demandantes demostrar, en el presente caso, que la Comisión ha cometido un error de hecho o de Derecho, al negarse a concederle una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

264 A este respecto, es necesario señalar que, durante la fase administrativa del procedimiento, las demandantes señalaron, en numerosas ocasiones, que los reglamentos constituían un todo coherente, que debía ser objeto de una exención como tal. Desde este punto de vista, la Comisión se limitó, correctamente, en su Decisión a examinar si los dos elementos que constituyen el núcleo de los reglamentos y que tienen concretamente por objeto corregir los supuestos desequilibrios macroeconómicos del mercado, a saber, la protección del derechohabiente y la indemnización por gastos de cálculo, cumplían o no los cuatro requisitos para la concesión de una exención establecidos por el apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

265 De ello se deduce que debe desestimarse la primera parte del segundo motivo.

Segunda parte: incorrecta apreciación de los requisitos para la concesión de una exención

266 Este Tribunal considera que procede examinar, en primer lugar, si los reglamentos contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a promover el progreso técnico o económico, y reservan al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante y, en segundo lugar, si los reglamentos imponen a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos y si ofrecen a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trata, con el fin de comprobar si la Comisión actuó correctamente al negarse a otorgar una exención a los reglamentos conforme al apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

267 Con carácter preliminar, es necesario recordar que los cuatro requisitos para la concesión de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado son cumulativos (véanse, en particular, la sentencia Consten y Grundig, antes citada, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de febrero de 1994, CB y Europay/Comisión, asuntos acumulados T-39/92 y T-40/92, Rec. p. II-49, apartado 110) y que, por lo tanto, basta con que uno solo de estos requisitos no se cumpla para que la decisión denegatoria de la solicitud de exención presentada por las demandantes deba ser confirmada. Esta es la razón por la que el Tribunal exami-

ará, en concreto, si la Comisión consideró acertadamente que los reglamentos no reservaban a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante de ellos y que las restricciones de la competencia impuestas por los reglamentos a los empresarios no eran indispensables para alcanzar estos objetivos.

1. La contribución de los reglamentos a la mejora de la distribución de los productos o al fomento del progreso técnico o económico y la participación equitativa reservada al consumidor

### Alegaciones de las partes

268 En lo que respecta a la contribución de los reglamentos a la mejora de la distribución de los productos o al fomento del progreso técnico o económico, las demandantes recuerdan que los reglamentos denunciados tienen esencialmente un doble objetivo: por una parte, luchar contra el regateo producido por la debilidad estructural de la oferta en relación con la demanda, que puede conducir a una competencia ruinosa, y, por otra parte, mejorar la estructura transaccional del mercado, imputando el máximo posible de gastos de transacción a la obra para la cual se han realizado. El mecanismo de indemnización por los gastos de cálculo establecido a tal fin incita a todo adjudicador a sopesar los pros y los contras de invitar a presentar proposiciones a un número más o menos elevado de licitadores y, por lo tanto, a determinar mejor a quién van dirigidas sus licitaciones, así como a sopesar los pros y los contras de una redacción más o menos rigurosa de la petición, puesto que, debido a la transparencia de los gastos de transacción, el adjudicador sabrá quién tendrá que soportarlos. Tal sistema conduce, a escala global, a gastos de transacción menos elevados y más equitativamente repartidos que un sistema en el que los gastos de transacción impuestos por los adjudicadores a los empresarios se imputan a los gastos generales de estos últimos, quienes los cargan ciegamente en la totalidad de sus precios, repercutiendo, de este modo, en todos los adjudicadores los elevados gastos de transacción causados por algunos. Los objetivos de los reglamentos son comunes a la totalidad de los actores del mercado y a las propias autoridades neerlandesas, porque, de no existir los reglamentos prohibidos, se produciría o bien una competencia ruinosa o bien prácticas colusorias secretas destinadas a corregir estos desequilibrios.

- 269 Consideran que la Comisión ha cometido un error al limitarse a examinar los efectos del sistema de indemnización por gastos de cálculo en relación con cada licitación, independientemente considerada, sin tener en cuenta los efectos de reducción de los costes de transacción y, por tanto, de los precios a nivel macroeconómico. La necesidad de efectuar un análisis macroeconómico queda corroborada por estudios científicos que demuestran, por un lado, que el sistema no disuade a los adjudicadores de convocar licitaciones con arreglo al procedimiento abierto —lo que queda confirmado por el hecho de que la suspensión del sistema, tras el auto del Presidente de Primera Instancia de 16 de julio de 1992, no ha ocasionado un aumento de este tipo de licitaciones— y, por otro lado, que los gastos generales, incluidos los gastos de licitación, son iguales o superiores, en varios Estados miembros vecinos, a los gastos generales en los Países Bajos, incluidas las indemnizaciones por gastos de cálculo y la contribución a los gastos de funcionamiento de las organizaciones profesionales.
- 270 Según las demandantes, el funcionamiento del mercado neerlandés de la construcción atestigua la realidad de los efectos beneficiosos de los reglamentos en la producción y en el progreso técnico y económico. En efecto, los análisis económicos demuestran que el mercado neerlandés de la construcción funciona de manera relativamente eficaz y que la productividad de este sector conoce uno de los crecimientos más fuertes de Europa, mientras que los costes, los precios y los márgenes de beneficios aplicados en este sector se hallan entre los más bajos de Europa.
- 271 Sostienen que, al desnaturalizar estos mecanismos establecidos por los reglamentos, la Comisión consideró que no cumplían el primero de los requisitos para la concesión de una exención. A este respecto, se remiten a las críticas formuladas en el marco de la segunda parte del primer motivo.
- 272 En lo que respecta a la participación equitativa en el beneficio reservada a los usuarios, las demandantes sostienen que la apreciación errónea de este requisito por parte de la Comisión queda demostrada por el hecho de que los adjudicadores están satisfechos del funcionamiento del mercado y que el único adjudicador que lo criticó (el Ayuntamiento de Rotterdam) prefiere que se efectúen ajustes de los reglamentos, en vez de prohibirlos pura y simplemente. Por su propia naturaleza, el criterio de la «participación equitativa» no es un criterio «fijo», de modo que difícilmente

puede pensarse en exigir la prueba positiva o negativa de éste. Precisamente, desde este punto de vista, los elementos a los que acaba de aludirse poseen gran importancia. En su réplica, las demandantes afirman que, quizá al contrario que los particulares, el interés de los grandes adjudicadores reside no en la explotación máxima de la estructura transaccional del mercado, que les otorga una ventaja a corto plazo, sino en la existencia de una situación sana en este mercado. Por esta razón, son unánimemente partidarios de los reglamentos.

- 273 Las demandantes sostienen que, contrariamente a lo que afirma la Comisión, el estudio de PRC demostró que un sistema de indemnización por gastos de cálculo no es, en absoluto, menos eficaz que un sistema de imputación en sus gastos generales de los gastos realizados por el licitador no seleccionado.
- 274 Añaden que la Comisión ignora que, a fin de cuentas, la entidad adjudicadora también obtiene ventajas de un sistema de licitación que conduce a resultados claros y precisos. Además, el mecanismo antiregateo contribuye a la apertura del mercado neerlandés, puesto que hace más difícil que los adjudicadores favorezcan a los empresarios neerlandeses en detrimento de los empresarios extranjeros.
- 275 Las demandantes se remiten nuevamente a lo expuesto en el marco de la segunda parte del primer motivo.
- 276 Las demandantes concluyen que todo este análisis queda corroborado por la escasez de los márgenes de beneficios de los empresarios neerlandeses, lo que demuestra que el fruto de su gran productividad está equitativamente repartido entre los empresarios y los adjudicadores.

- 277 En lo que respecta al primer requisito, la Comisión responde que ya ha rebatido los argumentos de las demandantes relativos al contenido de los reglamentos en el marco de la segunda parte del primer motivo.
- 278 Precisa que, si careciera del derecho a conocer las indemnizaciones por gastos de cálculo, el adjudicador no podría, según la terminología de las demandantes, «sopear eficazmente los pros y los contras» de la utilización de una u otra técnica de licitación del contrato. Además, los baremos anexos a los UPR sólo indican límites máximos y, por lo tanto, no permiten a los adjudicadores evaluar la amplitud de los gastos de transacción realmente generados.
- 279 La Comisión alega, asimismo, que las indemnizaciones por gastos de cálculo pueden incitar a la entidad adjudicadora a no utilizar el procedimiento de licitación abierta. A este respecto, la circunstancia invocada por las demandantes de que el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 16 de julio de 1992 no ha dado lugar a un aumento del número de licitaciones abiertas no es significativo, a la vista de la duración del período considerado.
- 280 Por otra parte, sostiene, en lo que respecta a la redistribución de las indemnizaciones por gastos de cálculo, que la diferencia entre los importes percibidos por el adjudicador, por un lado, y los transferidos a los demás empresarios, por otro, refuerza la posición de los empresarios que han obtenido contratos respecto de aquellos que no los han obtenido.
- 281 La Comisión añade que el informe de PRC no demuestra por qué el sistema de indemnización por gastos de cálculo aumenta la eficacia del proceso de licitación, en la medida en que dicho informe hace referencia al nivel de gastos generales, que depende de tantos factores que resulta imposible extraer conclusión alguna.

- 282 Por otro lado, señala que las demandantes no han demostrado que los buenos resultados que caracterizan al sector neerlandés de la construcción en su conjunto sean atribuibles a los reglamentos y niega que éstos funcionen a satisfacción de todas las partes afectadas. Como prueba de ello, se refiere a la denuncia presentada por el Ayuntamiento de Rotterdam y a la intervención de Dennendael BV en el presente procedimiento.
- 283 En lo que respecta al segundo requisito, la Comisión considera que el hecho de que algunos adjudicadores prefieran que se efectúen algunos ajustes en los reglamentos, en lugar de que sean pura y simplemente prohibidos, no basta para poder afirmar que este requisito se cumple. La intervención de Dennendael BV también demuestra que algunos adjudicadores son muy críticos con respecto a los reglamentos, que suponen para ellos sustanciales e inútiles incrementos de los costes.
- 284 Añade que el nivel de los márgenes de beneficios del sector neerlandés de la construcción en su conjunto depende de tantos factores que es imposible extraer conclusiones sobre si los usuarios obtienen una participación equitativa en el supuesto beneficio.
- 285 Por lo demás, la Comisión se remite a su respuesta a la segunda parte del primer motivo.

### Apreciación del Tribunal

- 286 Este Tribunal recuerda que, teniendo en cuenta el carácter cumulativo de los cuatro requisitos a los que el apartado 3 del artículo 85 del Tratado supedita la concesión de una exención, centrará particularmente su análisis sobre el requisito relativo a la participación equitativa reservada a los usuarios.

287 Procede destacar que las respectivas alegaciones de las demandantes y de la Comisión se sitúan en planos distintos. Las demandantes basan sus alegaciones en un análisis macroeconómico de las ventajas que, en su opinión, pueden derivarse de los reglamentos. En relación con los análisis macroeconómicos, como el efectuado por PRC, consideran que los resultados del sector neerlandés de la construcción, en el que se aplican precios muy bajos y márgenes de beneficios sumamente reducidos, demuestran los efectos beneficiosos de los reglamentos. Sostienen que estos buenos resultados son consecuencia de los reglamentos, en particular, porque evitan que se lleven a cabo prácticas colusorias secretas en los Países Bajos, como ocurre en los otros Estados miembros de la Comunidad. Por el contrario, los argumentos de la Comisión se sitúan en el plano microeconómico, por cuanto parten del punto de vista de cada adjudicador y analizan los efectos que tienen en su situación los reglamentos. Considera que esta aproximación microeconómica es la única posible, puesto que se niega categóricamente a admitir, a diferencia de las demandantes, que las prácticas colusorias entre los empresarios sean inevitables en el sector de la construcción y que los reglamentos tengan el mérito de obstaculizar tales prácticas colusorias. Por otra parte, mantiene que las demandantes no han logrado demostrar la existencia de una relación entre los reglamentos y los resultados del sector neerlandés de la construcción, puesto que éstos pueden atribuirse a otros factores.

288 Frente a estos diferentes enfoques de los reglamentos, que conducen a apreciaciones divergentes en cuanto a la cuestión de si éstos pueden gozar de una exención en virtud del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, es preciso recordar que el control ejercido por este Tribunal sobre las apreciaciones económicas complejas efectuadas por la Comisión, en el ejercicio de la facultad de apreciación que le confiere el apartado 3 del artículo 85 del Tratado respecto a cada uno de los cuatro requisitos que establece, debe limitarse a comprobar si se respetaron las normas de procedimiento y de motivación, así como a la exactitud material de los hechos, a la falta de error manifiesto de apreciación y a la desviación de poder (véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds/Comisión, asuntos acumulados 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487, apartado 62, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia CB y Europay/Comisión, antes citada, apartado 109).

289 En el presente caso, corresponde, pues, a este Tribunal verificar si los hechos en los que la Comisión basó su decisión denegatoria de la solicitud de exención son exactos desde el punto de vista material y si la Comisión cometió un error manifiesto



de apreciación, al descartar el enfoque macroeconómico propuesto por las demandantes para adoptar un enfoque microeconómico de los reglamentos.

- 290 Al respecto, este Tribunal señala, en primer lugar, que la Comisión consideró acertadamente que no tenía que adoptar como punto de partida del análisis de los efectos de los reglamentos de que se trata el hecho de que, si éstos no existieran, se cometerían infracciones aún más graves del apartado 1 del artículo 85 del Tratado en el mercado neerlandés de la construcción, y que podía legítimamente considerar que las prácticas colusorias secretas no eran inevitables.
- 291 En segundo lugar, el Tribunal señala que la Comisión también estimó acertadamente que las demandantes no lograron demostrar la existencia de una relación de causalidad entre los reglamentos y los resultados del sector neerlandés de la construcción, en particular, por medio de los estudios macroeconómicos que aportaron, y que, aun suponiéndolos demostrados, pueden atribuirse a muchos otros factores. De este modo, del primer estudio de PRC (escrito de interposición del recurso, Anexo 11, p. 13) se desprende que la productividad horaria es muy elevada en los Países Bajos y que los materiales de construcción son más baratos que en los países vecinos. A mayor abundamiento, del estudio fechado el 22 de enero de 1993 (Anexo 2 al escrito de réplica, pp. 22 a 24) se deduce que, según éste, la mejor manera de comparar la eficacia de la organización del proceso de construcción es, probablemente, integrar los costes de transacción en los costes de producción del empresario. Ahora bien, este estudio demuestra que, desde este punto de vista, el mercado neerlandés no es más eficaz que el mercado francés y es menos eficaz que el mercado belga, mercados en los cuales no existe una normativa análoga a los reglamentos que constituyen el objeto del presente procedimiento.
- 292 Frente a estos dos elementos, la Comisión no ha cometido error manifiesto de apreciación, al dejar constancia de la declaración de las demandantes que afirmaban, sobre la base del análisis macroeconómico aportado, que los reglamentos tuvieron efectos beneficiosos, ni al comparar su análisis con un análisis microeconómico basado en un examen concreto, licitación por licitación, de los efectos prácticos de los reglamentos sobre la competencia (Decisión, puntos 76 y 120 a 123).

- 293 Es necesario señalar, en particular, que la procedencia del enfoque adoptado por la Comisión se desprende fundamentalmente del hecho de que las demandantes han afirmado, en numerosas ocasiones, que el mecanismo de protección del derechohabiente tiene por objeto impedir que los precios alcancen un nivel injustificado, lo cual indica que las propias demandantes admiten que este aspecto de los reglamentos tiene por objetivo el mantenimiento de los precios en un nivel más elevado que el que existiría si los reglamentos no afectaran a la competencia. El beneficio de la lucha contra el regateo, suponiendo que ésta fuera lícita, revierte, por lo tanto, en los empresarios. Por otra parte, a causa de este mecanismo, el adjudicador únicamente puede negociar con el derechohabiente, mientras que, de no existir los reglamentos, podría negociar su proposición tanto con el derechohabiente como con los demás empresarios participantes en la reunión.
- 294 Las demandantes no pueden responder a ello que tales negociaciones conducirían necesariamente a una competencia ruinosa que acabaría por volverse contra los propios adjudicadores. En efecto, tal y como lo ha señalado la Comisión, no es posible distinguir la competencia normal de la competencia ruinosa. Toda competencia es potencialmente ruinosa para las empresas menos eficaces. Por esta razón, al luchar contra lo que califican de competencia ruinosa, las demandantes llegan necesariamente a restringir la competencia y, por lo tanto, a privar a los consumidores de sus beneficios.
- 295 De igual modo, es preciso señalar que la limitación de los gastos de transacción invocada beneficia, casi exclusivamente, a los empresarios. En efecto, al cargarlos íntegramente al adjudicador, el sistema establecido permite una disminución de los gastos de transacción que, de no ser así, deberían ser soportados por los empresarios, sobre todo cuando pierden un contrato. Por consiguiente, se trata de un traslado de costes desde la oferta a la demanda. Si bien es cierto que este traslado no se halla totalmente desprovisto de justificación económica, en la medida en que la magnitud de los gastos de transacción está relacionada, en particular, con el número de empresarios convocados por el adjudicador, quien, por lo tanto, es el único que puede limitarlos, no es menos cierto que tal limitación de los gastos de transacción supone que el adjudicador reduzca el número de empresarios consultados, lo cual constituye una limitación de su elección y, por lo tanto, de la competencia. Aun cuando dicha limitación pueda conducir a una disminución de los gastos de transacción del adjudicador, en la medida en que éste debe examinar un número menor de proposiciones, este beneficio parece bastante escaso en relación con los inconvenientes que debe soportar y con las ventajas que los empresarios obtienen con este sistema.

- 296 Además, el beneficio supuestamente obtenido por los adjudicadores, debido a que los empresarios ya no tienen que imputar en sus gastos generales los gastos de cálculo que han tenido que soportar por todos los contratos que no les han sido adjudicados, permite compensar el inconveniente que para ellos se deriva de la obligación de soportar las indemnizaciones por gastos de cálculo únicamente a aquellos que celebren habitualmente un gran número de contratos en el marco de los reglamentos. En efecto, el adjudicador que sólo en ocasiones celebre algún contrato deberá necesariamente pagar indemnizaciones por gastos de cálculo muy superiores al beneficio que puede obtener por el hecho de que, gracias al sistema, el empresario adjudicatario haya podido disminuir sus gastos generales y, por lo tanto, el importe de su proposición económica. Además, la consecuencia de este sistema es que los adjudicadores que necesitan convocar a un gran número de empresarios se ven obligados a pagar indemnizaciones por gastos de cálculo que exceden, en gran medida, de los gastos que habrían tenido que soportar de no existir dicho sistema.
- 297 Por otra parte, es necesario recordar que la Comisión consideró acertadamente que el citado sistema reduce el número de procedimientos de licitación abiertos (véase el apartado 232 *supra*) y que el período posterior al auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia no es significativo.
- 298 Por consiguiente, el sistema de indemnización por gastos de cálculo, aun cuando supusiera una reducción global de los gastos de transacción en el mercado, no permite un reparto equitativo de dicha reducción entre los empresarios y el adjudicador.
- 299 Contrariamente a lo que afirman las demandantes, su punto de vista no es compartido por la totalidad de los actores del mercado. En efecto, de la denuncia formulada ante la Comisión por el Ayuntamiento de Rotterdam se desprende con toda claridad que éste se opone al mantenimiento del régimen de indemnización por gastos de cálculo, tal y como ha sido establecido por los reglamentos. En particular, insiste en el hecho de que el importe de las indemnizaciones por gastos de cálculo es excesivo y en que nada justifica que dichas indemnizaciones se calculen, no sobre la base de la cifra inicial menos elevada, sino partiendo de la media de las cifras iniciales presentadas por los diferentes empresarios.

300 De todo lo anterior resulta que la Comisión consideró acertadamente que los reglamentos, en la medida en que prevén fundamentalmente una indemnización por gastos de cálculo a cargo de los adjudicadores y una protección del derechohabiente contra las negociaciones que el adjudicador pudiera llevar a cabo con otros empresarios participantes en la reunión, no reservan a los usuarios una participación equitativa en el beneficio que de ellos pueda derivarse.

## 2. El carácter indispensable de las restricciones y la imposibilidad de eliminar la competencia

### Alegaciones de las partes

301 En lo que respecta a los reglamentos notificados, las demandantes sostienen que las restricciones de la competencia son indispensables para alcanzar su objetivo, a saber, luchar contra el «regateo» y mejorar la eficacia de la estructura transaccional del mercado. Recuerdan que la Comisión prescinde del alcance del mecanismo de protección del derechohabiente y del mecanismo de indemnización por gastos de cálculo, así como del papel del fondo de garantía. Consideran normal que el primero únicamente entre en juego en caso de proposiciones comparables y que el punto 125 de la Decisión es, por consiguiente, erróneo. En lo que respecta al segundo, el carácter fijo y global de la indemnización es, precisamente, lo que permite fomentar la competencia, a diferencia de un sistema de indemnización individualizado que, por otra parte, sería impracticable, contrariamente a lo que se afirma en el punto 126 de la Decisión. El reglamento relativo a la subcontratación tampoco corrobora la tesis de la Comisión.

302 Además, las demandantes recuerdan que comunicaron a la Comisión que estaban dispuestas a discutir con ella sobre la necesidad de los diferentes elementos de los reglamentos y que, a este respecto, formularon una serie de propuestas de modificación sobre puntos esenciales del sistema. En respuesta a dichas propuestas, la Comisión dejó entrever que tenía la intención de prohibir íntegramente los reglamentos, quedando de este modo sin objeto toda discusión sobre si algunos de sus aspectos eran indispensables. Al negarse a discutir estas propuestas, la Comisión

cometió un error de apreciación del requisito relativo al carácter indispensable de las restricciones de la competencia verificadas.

303 Sostienen, en contra de lo que afirma la Comisión, que las propuestas de modificación formuladas por la SPO pueden ser objeto del presente procedimiento. En efecto, habida cuenta de las circunstancias del presente caso, debería someterse a la apreciación del Tribunal de Primera Instancia la totalidad del comportamiento adoptado por la Comisión en el marco del procedimiento administrativo, sin lo cual se violaría el derecho de defensa de las demandantes. En efecto, se trata del único medio de someter a la apreciación del Tribunal de Primera Instancia la legalidad del rechazo de las propuestas de modificación formuladas por la SPO, puesto que las demandantes no podían interponer recurso, conforme al artículo 173 del Tratado, contra las diferentes cartas administrativas por las que se desestimaban estas propuestas (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 1990, Vereniging Prodifarma y otros/Comisión, T-116/89, Rec. p. II-843).

304 Las demandantes añaden que, habida cuenta de las circunstancias del presente caso, no puede imputárseles el no haber introducido estas modificaciones en los reglamentos y el no haber rectificado formalmente su notificación. En efecto, la amplitud de las consecuencias de dichas modificaciones en la organización de la SPO, así como para su personal, era tal que no era lógico, ni posible, elaborar unos UPR totalmente distintos antes de haber obtenido la aprobación de la Comisión, al menos sobre sus principios. Además, la SPO sometió expresamente estas propuestas a la Comisión en el marco de su notificación de 13 de enero de 1988, en la que comunicaba que estaba dispuesta a modificar los reglamentos notificados, en el sentido de las propuestas, desde el momento en que la Comisión diera luz verde.

305 A continuación, explican por qué sus propuestas de modificación de los reglamentos podían satisfacer las exigencias del apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

306 Las demandantes llegan a la conclusión de que estas modificaciones suprimían toda posibilidad —teórica— de que los empresarios falsearan la competencia.

- 307 La Comisión se remite, en lo que respecta a los reglamentos notificados, al contenido de la Decisión (puntos 124 a 128) y refuta la segunda parte del primer motivo. En particular, repite que un sistema en el que todos los licitadores perciben una indemnización, que soporta la entidad adjudicadora, no contribuye a la eficacia del procedimiento de licitación. Añade que los pagos efectuados por el fondo de garantía, cuando el contrato ha sido adjudicado a un «outsider», protegen a los licitadores miembros de la SPO contra los «outsiders».
- 308 Responde, en relación con las propuestas de modificación de los reglamentos que fueron objeto de una concertación con sus servicios, que dichas propuestas no podían remediar las imputaciones formuladas contra los reglamentos. Por esta razón, fueron rechazadas por los servicios de la Comisión.
- 309 La Comisión añade que, puesto que las demandantes no introdujeron las modificaciones propuestas en los reglamentos y tampoco rectificaron su notificación, no existía razón para examinarlas en la Decisión. Por consiguiente, la Decisión se refiere exclusivamente a los reglamentos en la forma que revestían en el momento de adoptarse ésta, y no a las propuestas de modificación formuladas por las demandantes. En este contexto, dichas propuestas carecen de toda pertinencia (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1992, Publishers Association/Comisión, T-66/89, Rec. p. II-1195, apartado 90). Al actuar de este modo, la Comisión no privó a las demandantes del recurso jurisdiccional contra la desestimación de sus propuestas de modificación, puesto que les habría bastado con introducir las citadas modificaciones en los reglamentos o con notificar la modificación para que la Comisión tuviera que pronunciarse sobre ellas, so pena de verse obligada a ello mediante un recurso por omisión (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 1991, Peugeot/Comisión, T-23/90, Rec. p. II-653). La modificación de la notificación es indispensable, puesto que únicamente los acuerdos efectivamente notificados pueden ser objeto de una exención. Precisa que las demandantes habrían podido contentarse con modificar la notificación, sin aplicar inmediatamente las modificaciones propuestas, en la medida en que dicha aplicación tropezara con dificultades de orden práctico.

## Apreciación del Tribunal

- 310 Este Tribunal afirma, a mayor abundamiento, teniendo en cuenta el hecho de que los reglamentos no reservan una participación equitativa en el beneficio a los usuarios, que las restricciones de la competencia producidas por los reglamentos tampoco son indispensables para alcanzar los objetivos asignados a éstos por las demandantes, a saber, mejorar la estructura transaccional del mercado, limitando los gastos de transacción, y luchar contra el regateo, que provoca una competencia ruinosa. En efecto, la Comisión consideró acertadamente que las graves restricciones de la competencia verificadas no eran indispensables para alcanzar los objetivos perseguidos por los reglamentos.
- 311 A este respecto, es preciso destacar, en primer lugar, que el hecho de que el conjunto del procedimiento que debe conducir a la designación de un derechohabiente se desarrolle sin la presencia del adjudicador no parece, en modo alguno, indispensable para la consecución de estos objetivos. En efecto, el propio adjudicador es quien se halla en mejor situación para emitir, con los empresarios, un juicio sobre la posibilidad de comparar sus proposiciones económicas, con el fin de garantizar que la información intercambiada durante la reunión no perjudique a la competencia y para evitar que los precios presentados por los distintos empresarios se modifiquen, a fin de incrementar la ventaja competitiva de los unos o de disminuir la desventaja competitiva de los otros.
- 312 En segundo lugar, es preciso destacar que el hecho de que, en el marco del reglamento relativo a la subcontratación, únicamente los subcontratantes que hayan presentado una oferta al empresario principal designado como adjudicatario disfruten de una indemnización por gastos de cálculo, indica que las propias demandantes no consideran que sea indispensable, para mejorar la estructura transaccional del mercado, imputar a cada entidad adjudicadora la totalidad de los gastos de cálculo que haya generado su licitación. Por otra parte, las demandantes no han podido demostrar que el importe de las indemnizaciones por gastos de cálculo equivalga globalmente a los gastos efectivamente realizados por la media de los empresarios. Desde esta perspectiva, es preciso señalar que las diferentes bases de cálculo de estas indemnizaciones son muy elevadas, como el Ayuntamiento de Rotterdam afirmó en sus denuncia.

Por otro lado, el hecho de que los baremos aplicados para determinar la indemnización por gastos de cálculo constituyan límites máximos, que no siempre se alcanzan, mientras que no se informa al adjudicador del baremo que se ha aplicado y éste no puede recurrir contra la aplicación del baremo máximo, demuestra que los reglamentos no garantizan que la indemnización por gastos de cálculo no exceda de lo indispensable para cubrir los gastos de transacción de los diferentes empresarios.

- 313 En lo que respecta a la protección del derechohabiente, este Tribunal recuerda que se produce tras una concertación entre los empresarios que desean licitar, concertación de la que queda excluido el adjudicador y que sustituye la elección de este último por decisiones comunes tomadas exclusivamente por los empresarios.
- 314 De lo anterior se deduce que las restricciones de la competencia que contienen los reglamentos notificados por las demandantes a la Comisión no son indispensables para alcanzar los objetivos perseguidos por éstos.
- 315 De ello se desprende que deben desestimarse las imputaciones que las demandantes han formulado a este respecto.
- 316 Por lo demás, este Tribunal considera que la Comisión actuó correctamente al no pronunciarse en la Decisión impugnada sobre las propuestas de modificación formuladas por las demandantes, en el marco de las discusiones que mantuvieron entre abril de 1991 y enero de 1992 con la Comisión, por cuanto las demandantes no habían retirado su primera notificación ni notificado formalmente dichas modifi-



caciones a la Comisión. Por consiguiente, la Comisión continuaba estando obligada a pronunciarse sobre los reglamentos, tal y como habían sido notificados, y, ante la falta de notificación formal, no tenía competencia para pronunciarse sobre la compatibilidad de las propuestas de modificación con el apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

- 317 De ello se deduce que las demandantes no pueden reprochar a la Comisión el hecho de haberse pronunciado únicamente sobre los reglamentos, tal y como le fueron notificados.
- 318 Como ha señalado la Comisión, esta solución no priva a las demandantes de un recurso jurisdiccional en el que se aprecie la conformidad con el apartado 3 del artículo 85 del Tratado de la desestimación informal de sus propuestas de modificación por parte de la Comisión. En efecto, si las demandantes hubieran querido que el Tribunal de Primera Instancia confirmara dicha desestimación, les habría bastado con introducir las citadas modificaciones en los reglamentos y notificar éstos de nuevo o modificar la notificación. Si, ante tales notificaciones, la Comisión se hubiera abstenido de pronunciarse, las demandantes habrían podido obligarla a poner fin a su silencio mediante la interposición de un recurso por omisión (sentencia Peugeot/Comisión, antes citada).
- 319 Las demandantes tampoco pueden invocar el hecho de que una modificación inmediata de los reglamentos habría provocado consecuencias excesivamente importantes en su funcionamiento y que, por lo tanto, no podían proceder a tal modificación sin la garantía de obtener una exención por parte de la Comisión. En efecto, para que la Comisión se vea obligada a pronunciarse sobre las propuestas de modificación presentadas por las demandantes no es indispensable que entren realmente en vigor, sino que basta con que las adopten y las notifiquen formalmente a la Comisión.
- 320 De lo anterior resulta que, habida cuenta del carácter cumulativo de los cuatro requisitos de concesión de una exención conforme al apartado 3 del artículo 85 del Tratado, procede desestimar la segunda parte del segundo motivo invocado por las demandantes, sin que resulte preciso examinar si se cumple el cuarto requisito.

## Tercera parte: violación de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad

## Alegaciones de las partes

- 321 Las demandantes señalan que, al negarse a conceder una exención a los reglamentos conforme al apartado 3 del artículo 85 del Tratado, la Comisión ha vulnerado los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.
- 322 En lo que respecta al principio de proporcionalidad, alegan que, al negarse a otorgar una exención a los reglamentos y al prohibirlos, de este modo, pura y simplemente, la Comisión se excedió de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado, e incluso llegó a un resultado contrario a dichos objetivos, habida cuenta de las características del sector de que se trata. Consideran como prueba la postura de los diferentes actores del mercado, que se oponen en su totalidad a una prohibición pura y simple de los reglamentos. Al defender una visión rígida y abstracta de la competencia, que impide cualquier medida de regulación en un mercado, la Comisión vulneró el principio de proporcionalidad que le exige promover una «competencia eficaz». Además, la Comisión vulneró el principio de proporcionalidad, al no contemplar ni siquiera la posibilidad de otorgar una exención condicional o una exención de duración limitada, sujeta a la obligación de redactar informes. Asimismo, la Comisión vulneró el principio de proporcionalidad, al no limitar su intervención a lo estrictamente necesario para garantizar el libre acceso al mercado neerlandés de la construcción de los operadores establecidos en otros Estados miembros. La Comisión debía intervenir aún con mayor cautela por tratarse, en el presente caso, de un único mercado nacional, en el cual la política de la competencia que ha de seguirse se halla estrechamente relacionada con la política de ordenación, que es un ámbito que queda fuera de la competencia de la Comisión.
- 323 En cuanto al principio de subsidiariedad, las demandantes exponen que, a causa de su experiencia en el mercado neerlandés de la construcción, las autoridades neerlandesas se hallaban en una situación mucho mejor que la Comisión para aplicar el

Derecho de la competencia a los reglamentos de que se trata. A este respecto, precisan que no puede reprocharse a las autoridades neerlandesas el no haber intervenido para preservar la competencia, puesto que prohibieron algunos de los aspectos de los reglamentos que consideraban contrarios al Derecho nacional de la competencia.

- 324 Finalmente, añaden que corresponde al Juez sancionar las violaciones del principio de subsidiariedad y que, a la vista del hecho de que, según la propia Comisión, este principio existía implícitamente antes de ser expresamente recogido por el párrafo segundo del artículo 3 B del Tratado CE, la Comisión no puede afirmar que una Decisión no puede ser controlada en relación con él, por ser anterior a la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, que introdujo esta disposición.
- 325 La Comisión responde que, en este motivo del recurso, las demandantes niegan la oportunidad de la Decisión y que este motivo es inoperante, puesto que sus apreciaciones en relación con los apartados 1 y 3 del artículo 85 del Tratado son legales.
- 326 En cuanto a la violación del principio de subsidiariedad, la Comisión alega que, en las actuales circunstancias, dicho principio no se cuenta entre los principios generales del Derecho conforme a los cuales debe apreciarse la legalidad de los actos comunitarios anteriores a la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea.

### Apreciación del Tribunal

- 327 Este Tribunal considera que, puesto que ha afirmado que la Comisión consideró acertadamente que los reglamentos notificados no cumplían el segundo y tercero

de los requisitos necesarios para la concesión de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado, no puede existir una violación del principio de proporcionalidad. Con mayor motivo, cuando durante la fase administrativa del procedimiento y en el procedimiento ante este Tribunal, las demandantes insistieron en que los reglamentos constituyen un todo, cuyos distintos elementos no pueden aislarse artificialmente.

328 Además, los argumentos invocados por las demandantes para cuestionar la oportunidad de la Decisión se basan, tal y como ha destacado la Comisión, en la idea inexacta de que la totalidad de los actores del mercado son favorables al mantenimiento de los reglamentos, a pesar de que tanto el Ayuntamiento de Rotterdam como las organizaciones de consumidores estimaron que deberían modificarse sustancialmente para poder disfrutar de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

329 De lo anterior se desprende que debe desestimarse la imputación de las demandantes relativa a la violación del principio de proporcionalidad.

330 En lo que respecta a la violación del principio de subsidiariedad, este Tribunal señala que el párrafo segundo del artículo 3 B del Tratado CE aún no había entrado en vigor en el momento de la adopción de la Decisión y que no debe atribuírsele un alcance retroactivo.

331 Por otra parte, es necesario señalar que, contrariamente a lo que afirman las demandantes, el principio de subsidiariedad no constituía, antes de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, un principio general de Derecho conforme al cual hubiera de controlarse la legalidad de los actos comunitarios.

- 332 De ello se deduce que la imputación de las demandantes basada en la violación del principio de subsidiariedad debe desestimarse.
- 333 De todo lo anterior se desprende que el segundo motivo de las demandantes, basado en la infracción del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, debe desestimarse.

*Tercer motivo: infracción del número 1 del apartado 2 del artículo 4 y del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17*

Primera parte: inexistencia de infracción e inmunidad frente a las multas

Alegaciones de las partes

- 334 Las demandantes recuerdan que han demostrado, en el marco de su primer motivo, que no cometieron infracción alguna. Por consiguiente, estiman que si se acoge este motivo, debe anularse la multa que les ha sido impuesta.
- 335 Sostienen, por otra parte, que, al considerar que los reglamentos anteriores estaban sometidos a la obligación de notificación prevista en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento n° 17, la Comisión infringió el número 1 del apartado 2 de esta disposición. Puesto que los reglamentos son decisiones de asociaciones de empresas, se hallan dispensados de notificación, ya que los miembros de la asociación de que se trata pertenecen todos al mismo Estado miembro, con una única excepción (la ZNAV), y que ningún empresario extranjero ha sido nunca miembro de una de estas asociaciones durante el período de que se trata.

- 336 Con carácter subsidiario, las demandantes alegan que, si se admite el criterio de la participación en los reglamentos, como pretende la Comisión, ningún empresario extranjero ha participado en tres reglamentos, al menos durante el período de que se trata, y que, respecto a los demás, la Comisión no ha demostrado lo contrario y aún menos durante todo el período.
- 337 Sostienen que, teniendo en cuenta la aplicabilidad del apartado 2 del artículo 4 del Reglamento n° 17, la Comisión no puede imputarles el no haber notificado los reglamentos anteriores. Las demandantes, en efecto, podrían haber considerado lógicamente que la falta de notificación no suprimía la posibilidad de conceder una exención. Para poder justificar las multas, en relación con el apartado 2 del artículo 4, la Comisión debería haber demostrado, al menos, que todas las demandantes hubieran debido darse cuenta, muchos años antes, de que los reglamentos anteriores nunca podrían haber sido objeto de exención. A juicio de las demandantes no ha conseguido demostrarlo.
- 338 La Comisión recuerda que ha demostrado de modo jurídicamente satisfactorio la existencia de una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.
- 339 En lo que respecta a la infracción del número 1 del apartado 2 del artículo 4 del Reglamento n° 17, precisa que los argumentos de las demandantes carecen de pertinencia, puesto que las multas se refieren al período que va del 1 de abril de 1987 al 13 de enero de 1988.
- 340 La Comisión añade que aun suponiendo, *quod non*, que los reglamentos anteriores no hubieran debido notificarse, el número 1 del apartado 2 del artículo 4 del Reglamento n° 17 no confiere inmunidad alguna contra las multas, puesto que dichos reglamentos nunca habrían podido disfrutar de una exención, por contener restricciones de la competencia aún más graves que los UPR, a los cuales también se les negó una exención.

- 341 Finalmente, la Comisión recuerda que la dispensa de notificación prevista en el número 1 del apartado 2 del artículo 4 del Reglamento n° 17 no implica que no pueda imponerse multa alguna para sancionar el acuerdo o la decisión de que se trate.

### Apreciación del Tribunal

- 342 Este Tribunal señala que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la prohibición de imponer las multas previstas por la letra a) del apartado 5 del artículo 15 del Reglamento n° 17 únicamente se aplica a los acuerdos efectivamente notificados y no a los acuerdos dispensados de notificación conforme al número 1 del apartado 2 del artículo 4 de este Reglamento (sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1985, Stichting Sigarettenindustrie y otros/Comisión, asuntos acumulados 240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 y 269/82, Rec. p. 3831, apartados 73 a 78).
- 343 Por consiguiente, aun cuando los reglamentos anteriores se hallaren incluidos en el apartado 2 del artículo 4 del Reglamento n° 17, la Comisión podía imponer multas a las demandantes que los aplicaron, puesto que dichos reglamentos no habían sido notificados.
- 344 Por otra parte, este Tribunal recuerda que la Comisión consideró acertadamente que los reglamentos constituían una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.
- 345 De ello se desprende que debe desestimarse esta parte del motivo.

## Segunda parte: falta de intencionalidad o de negligencia

## Alegaciones de las partes

- 346 Las demandantes destacan que la Comisión afirmó en la Decisión que habían cometido las infracciones «de forma deliberada o, al menos, por negligencia grave», es decir, por una negligencia en cierto modo intencional. Ponen de manifiesto que el importe de la multa fue fijado en función de esta apreciación, a pesar de que no hubo negligencia y aún menos negligencia grave. La Comisión debería haber demostrado que sabían, o habrían debido saber, que los reglamentos entraban en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 y que no podían ser objeto de exención en virtud del apartado 3 del artículo 85 del Tratado. Sostienen que de los dos primeros motivos se desprende que, si se produjo una infracción, no era evidente y que el no haber sido conscientes de ella no constituye una negligencia.
- 347 Alegan que diversos factores contribuyeron a mantener su convicción sobre la legalidad de los reglamentos: en primer lugar, las autoridades neerlandesas encargadas de la competencia siempre intervinieron activamente en relación con los reglamentos y sus intervenciones se tradujeron en el Real Decreto de 29 de diciembre de 1986, por el cual los UPR fueron, de nuevo, expresamente confirmados en relación con el Derecho de la competencia propiamente dicho; en segundo lugar, los científicos y los operadores interesados, que siempre prestaron atención a los reglamentos, tampoco expresaron nunca la menor duda sobre la compatibilidad de éstos con el Derecho comunitario de la competencia; algunos científicos incluso emitieron la opinión de que los reglamentos no restringían la competencia; en tercer lugar, la actitud de los diferentes actores del mercado, en particular, del lado de la demanda, reafirmó a las demandantes en su convicción; en cuarto lugar, el hecho de que la Comisión no formulara objeciones frente a los reglamentos antes de 1987, aun cuando, probablemente, tuvo conocimiento de ellos desde mucho antes y, con seguridad, desde 1982, puesto que constituyeron el objeto de un procedimiento prejudicial ante el Tribunal de Justicia en el asunto Peters Bauunternehmung (sentencia de 22 de marzo de 1983, 34/82, Rec. p. 987), también contribuyó a mantener a las demandantes en la convicción de que los reglamentos eran conformes con el Dere-



cho comunitario. A este respecto, las demandantes citan, asimismo, un informe de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de 1976, consagrado especialmente a las prácticas colusorias en el sector de la construcción. En este informe, que no ha podido pasar desapercibido a la Comisión, uno de los reglamentos anteriores a los UPR se comenta *in extenso*.

348 Según las demandantes, la extrema gravedad de la infracción alegada por la Comisión tampoco encaja bien con el hecho de que el desarrollo del procedimiento administrativo demostrara que, durante mucho tiempo, la propia Comisión no estuvo segura de que fueran aplicables las normas europeas sobre la competencia. A mayor abundamiento, del escrito de contestación se desprende que la propia Comisión retrasó deliberadamente el inicio de una investigación a través de los contactos que mantuvo con las autoridades neerlandesas.

349 Añaden que, a la vista del hecho de que la propia Comisión reconoce que las multas se impusieron a causa de los reglamentos anteriores, su razonamiento se aplica *a fortiori*, puesto que la Comisión tenía la obligación de demostrar la intencionalidad o la negligencia grave de cada una de las asociaciones responsables de los reglamentos sectoriales o regionales, mientras que dichas asociaciones no pudieron darse cuenta de que se cumplía el requisito relativo al efecto negativo sobre los intercambios intracomunitarios, puesto que prácticamente no existían intercambios internacionales en los mercados geográficos ni en los mercados de producto a los que dichos reglamentos se referían.

350 La Comisión responde que es irrelevante si las demandantes transgredieron la prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado intencionalmente o no. Lo que importa es si las demandantes sabían o deberían haber sabido que los reglamentos restringían la competencia y podían afectar al comercio intracomunitario (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia Miller/Comisión, antes citada; de 12 de julio de 1979, BMW y otros/Comisión, asuntos acumulados 32/78,

36/78 a 82/78, Rec. p. 2435; de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión, asuntos acumulados 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369; Stichting Sigarettenindustrie y otros/Comisión, antes citada, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de julio de 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Comisión, T-61/89, Rec. p. II-1931, apartado 157). En el presente caso, la Comisión se pregunta cómo las demandantes habrían podido ignorar que un sistema como el que constituye el objeto del presente procedimiento restringía la competencia.

351 A continuación, rebate los distintos elementos en que se apoyan las demandantes para negar haber cometido una negligencia grave. En primer lugar, las demandantes transmiten la impresión errónea de que los reglamentos gozaban de la aprobación total de las autoridades públicas neerlandesas, a pesar de que algunos de los elementos de los reglamentos anteriores fueron declarados no vinculantes por el Real Decreto de 29 de diciembre de 1986, con arreglo al artículo 10 de la *Wet economische mededinging* (Ley sobre la competencia económica). Según el sistema de esta disposición, el hecho de que un reglamento relativo a la competencia no sea declarado no vinculante implica, a lo sumo, que los poderes públicos consideran que no es contrario al interés general. Esta actitud no significa, en modo alguno, que el reglamento afectado no restrinja la competencia. Además, sus efectos sobre el comercio entre Estados miembros no desempeñan ningún papel en relación con esta norma.

352 En segundo lugar, mantiene que los dos científicos citados por las demandantes consideraron que los reglamentos restringían la competencia. Además, las demandantes no podían creer que los reglamentos no afectaban a los intercambios intracomunitarios, por el hecho de que su aplicación se limitara al territorio de los Países Bajos (véase, asimismo, a este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia Stichting Sigarettenindustrie y otros/Comisión, antes citada, apartado 65). Aun cuando las autoridades neerlandesas, de alguna manera, hubieran suscitado la impresión de que el artículo 85 del Tratado no era aplicable en el presente caso, este hecho no hubiera liberado a las demandantes de su responsabilidad.

353 La Comisión señala que, si las demandantes hubieran supuesto realmente que los reglamentos podían ser objeto de una exención en virtud del apartado 3 del

artículo 85 del Tratado, se los habría notificado. Ahora bien, no lo hicieron sino después de que la Comisión hubiera entablado su investigación.

354 Sostiene que, puesto que los reglamentos anteriores nunca le fueron notificados, las demandantes no pueden oponer la falta de intervención de la Comisión, ya que ésta no se hallaba al corriente ni de la existencia ni del contenido de todos estos reglamentos, que nunca habían sido hechos públicos. Al haberse dictado la sentencia del Tribunal de Justicia *Peters Bauunternehmung*, antes citada, a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden sobre la interpretación del número 1 del artículo 5 del Convenio de Bruselas, en relación con la aplicación de uno de los reglamentos controvertidos, los aspectos relacionados con el Derecho de la competencia no desempeñaron ningún papel.

355 La Comisión añade que es cierto que dirigió una solicitud de información a la SPO en 1985 y que, tras haber examinado sus respuestas a esta solicitud, la Comisión acordó con ella efectuar una investigación en el mes de abril de 1986. Asimismo, informó de ello a las autoridades públicas neerlandesas. En el mes de abril de 1986, el Ministerio de Economía pidió a la Comisión que renunciara a la investigación prevista o, al menos, que retrasara ésta a causa de la inminente adopción del Real Decreto de 29 de diciembre de 1986. Al promulgarse éste el 29 de diciembre de 1986, la Comisión informó de nuevo al Ministerio de Economía, en el mes de marzo de 1987, de su intención de proceder a una investigación en la SPO. Esta investigación tuvo lugar durante el mes de junio de 1987 y a ella siguió una nueva investigación a otra de las demandantes en el mes de julio de 1987. Las demandantes no pueden, en ningún caso, haber deducido de estas gestiones que la Comisión estimaba en aquel momento que los reglamentos controvertidos no se hallaban incluidos en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Añade que las demandantes no pueden invocar el hecho de que no hizo uso de la facultad de que goza en virtud del apartado 6 del artículo 15 del Reglamento n° 17, puesto que esta disposición podría haber llevado a la Comisión a imponerles multas más severas.

## Apreciación del Tribunal

- 356 Con carácter preliminar, este Tribunal recuerda que, tal y como ha señalado la Comisión, según reiterada jurisprudencia, para que una infracción pueda considerarse dolosa no es necesario que la empresa tuviera conciencia de infringir la prohibición del artículo 85 del Tratado; es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto o el efecto de la conducta que se le imputa era restringir la competencia en el mercado común (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de febrero de 1990, Tipp-Ex/Comisión, C-279/87, Rec. p. I-261, apartado 29; véase, asimismo, la sentencia Dansk Pelsdyravlerforening/Comisión, antes citada, apartado 157).
- 357 En el presente caso, a la vista de la gravedad de las restricciones de la competencia que contienen tanto los reglamentos adoptados en 1987 (véanse los apartados 116 a 123, 140 a 158, 178 a 187 y 199 a 205 *supra*), como los reglamentos anteriores (véanse los apartados 206 a 212 *supra*), las demandantes no podían ignorar que las prácticas colusorias en las que participaban restringían la competencia.
- 358 Del mismo modo, las demandantes no podían ignorar que los reglamentos introducidos en 1987 y los reglamentos anteriores podían afectar al comercio entre Estados miembros. En efecto, en su condición de asociaciones de empresas, miembros de una asociación que cubría la totalidad del territorio neerlandés, las demandantes no podían ignorar que sus propios reglamentos, aprobados no obstante por esta última asociación, se inscribían en un conjunto más amplio de reglamentos que abarcaba la totalidad del sector de la construcción en los Países Bajos y que el efecto acumulativo de dichos reglamentos podía afectar al comercio entre Estados miembros (véanse los apartados 226 a 240 *supra*). A este respecto, es preciso señalar que la Comisión únicamente impuso una multa por el período durante el cual los reglamentos anteriores fueron uniformados, bajo el control de la SPO, y sometidos a un

sistema de sanción uniforme (véase el apartado 206 *supra*) y por el período durante el cual los reglamentos introducidos en 1987 no fueron notificados a la Comisión.

- 359 En estas circunstancias, las demandantes no podían tener duda alguna en cuanto al hecho de que sus reglamentos entraban en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. La actitud relativamente condescendiente de las autoridades neerlandesas en relación con los reglamentos debería haber incitado a las demandantes a notificarlos a la Comisión con el fin de obtener una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado y gozar de la inmunidad frente a las multas que se otorga a las prácticas colusorias notificadas formalmente.
- 360 Las demandantes no pueden reprochar a la Comisión el no haber intervenido antes en relación con los reglamentos. En efecto, el hecho de que éstos fueran públicos y de que se realizaran numerosos comentarios sobre ellos en la prensa especializada no puede obligar a la Comisión, si no existe una denuncia formal, a entablar un procedimiento con arreglo al apartado 1 del artículo 85 del Tratado. También en este aspecto, las alegaciones de las demandantes pretenden reprochar a la Comisión el no haber actuado antes, a pesar de que disponían de la facultad de notificar sus reglamentos a la Comisión, con el fin de gozar de una exención y de inmunidad frente a las multas.
- 361 De lo anterior se desprende que la Comisión consideró acertadamente, en el punto 136 de la Decisión, que las infracciones fueron cometidas por las demandantes intencionadamente o, al menos, con negligencia grave, imponiéndoles, en consecuencia, las multas.
- 362 De todo lo expuesto se deduce que debe desestimarse la segunda parte del tercer motivo.

## Tercera parte: importe excesivo de la multa

## Alegaciones de las partes

- 363 También con carácter subsidiario, las demandantes alegan que las multas impuestas son demasiado elevadas, teniendo en cuenta la gravedad y la duración de las infracciones y los límites previstos en el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17.
- 364 En lo que respecta a la gravedad, las demandantes sostienen que, de la totalidad de los motivos invocados en apoyo de su recurso, se desprende que, aunque la Comisión haya podido descubrir una infracción en los reglamentos elaborados en el marco de la SPO, dicha infracción no posee la gravedad que se afirma en la Decisión. En particular, alegan, por una parte, que, al tratarse de la primera intervención de la Comisión en el sector de la construcción, ésta debería haberse abstenido de imponer multas, tal y como hizo, por esta misma razón, en su Decisión 92/521/CEE, de 27 de octubre de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/33.384 y 33.378 — Distribución de paquetes turísticos con ocasión de la Copa del Mundo de Fútbol de 1990; DO L 326, p. 31, apartado 125). Por otra parte, consideran que la Comisión no actuó correctamente al considerar como circunstancia agravante el hecho de que los reglamentos no fueron notificados hasta 1988, por cuanto, antes de 1987, estaban dispensados de notificación conforme a lo dispuesto en el número 1 del apartado 2 del artículo 4 del Reglamento n° 17. Añaden que es imposible, leyendo la Decisión, saber cómo ha tenido en cuenta la Comisión las circunstancias atenuantes que afirma haber sopesado. Consideran que, a la vista del importe total de las multas, existen motivos para pensar que la Comisión no ha tenido en cuenta, en modo alguno, dichas circunstancias atenuantes.
- 365 En lo que respecta a la duración de las infracciones alegadas, sostienen que, si la Comisión hubiera intervenido antes contra los reglamentos, tal y como debería haber hecho, puesto que estaba al corriente de su existencia, la duración de la infracción hubiera sido más corta. La Comisión debería haber tenido en cuenta esta pasividad inexplicable en el cálculo del importe de las multas, tal y como hizo el Tribunal de Justicia en su sentencia de 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico y Commercial Solvents/Comisión (asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Rec. p. 223). Además,

alegan que la Comisión no ha aportado prueba alguna, ni efectuado la más mínima investigación, en lo que respecta al período comprendido entre 1980 y 1982, mientras que sí tomó en consideración este período para calcular el importe de la multa.

- 366 Por otra parte, las demandantes sostienen en la réplica que los reglamentos anteriores, recogidos en los puntos IV, V, VI y IX del Anexo 9 de la Decisión, ya habían sido derogados antes del período tenido en cuenta por la Comisión en la Decisión controvertida, es decir, antes de 1980. Por consiguiente, fueron incluidos indebidamente en el presente procedimiento.
- 367 En lo que respecta al cálculo de las multas, las demandantes sostienen que la Comisión rebasó el límite máximo del 10 % del volumen de negocios alcanzado en el año anterior por las diferentes asociaciones de empresas y que no diferenció las multas en función de los distintos mercados de referencia.
- 368 Finalmente, comparando el importe de la multa que la Comisión les impuso al de la multa que impuso en su Decisión 88/491/CEE, de 26 de julio de 1988, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado (IV/31.379 — Bloemenveilingen Aalsmeer; DO L 262, p. 27), por tratarse de una normativa que se aplicaba, asimismo, a más de 4.100 miembros y dado que la aplicabilidad del artículo 85 del Tratado parecía más clara que en el presente caso, las demandantes alegan que la Comisión violó el principio de igualdad de trato.
- 369 La Comisión se remite, en lo fundamental, a los puntos 136, 140 y 141 de la Decisión. Afirma que no tuvo en cuenta el retraso en la notificación como circunstancia agravante, pero que indicó por qué no consideraba que la notificación de los reglamentos de que se trata constituyera una circunstancia atenuante, como había estimado en otros casos. Añade que las demandantes no tienen en cuenta en su razonamiento el papel disuasorio que deben desempeñar las multas.

- 370 En lo que respecta a la duración de la infracción, repite que no pudo intervenir antes, puesto que no estaba al corriente del contenido de los reglamentos, por las razones invocadas anteriormente, y que la referencia por parte de las demandantes a la sentencia Istituto Chemioterapico y Commercial Solvents, antes citada, está fuera de lugar. Añade, en lo que respecta al período comprendido entre 1980 y 1982, que no tenía por qué efectuar una investigación distinta, puesto que las demandantes no alegaron que la situación hubiera sido diferente durante este período.
- 371 Por otro lado, la Comisión destaca que, al alegar en su réplica que algunos de los reglamentos anteriores fueron derogados antes de 1980, las demandantes suscitan un motivo nuevo, cuya inadmisibilidad debe declararse conforme al apartado 2 del artículo 48 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia.
- 372 Con carácter subsidiario, añade que no es cierto que los reglamentos fueran derogados antes de 1980, como atestiguan las respuestas dadas por las demandantes a las que se cita en los apartados 3, 5, 6 y 26 del artículo 4 de la Decisión entre el 12 y 16 de diciembre de 1988.
- 373 La Comisión considera que las infracciones cometidas por las demandantes no son nada nuevo y que el hecho de que se tratara de su primera intervención en el sector de la construcción no debía inducirla a no imponer multas, lo que permitiría a todas las empresas que operan en sectores que aún no han sido objeto de una Decisión de la Comisión cometer impunemente infracciones a las normas sobre la competencia.
- 374 En lo que respecta al cálculo de las multas, la Comisión estima que las demandantes consideran erróneamente que el límite máximo de las multas debe determinarse en función de su propio volumen de negocios. En efecto, de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17 se desprende que son los volúme-



nes de negocios de los afiliados de las demandantes los que deben tenerse en cuenta a este respecto. En el presente caso, la Comisión se ha situado sensiblemente por debajo de dichos límites.

- 375 Considera que no pueden calificarse de elevadas las multas, puesto que, en total, representan menos del 0,5 % del valor anual medio de los contratos afectados y son, por consiguiente, sensiblemente inferiores a las multas generalmente impuestas para este tipo de infracción.
- 376 Finalmente, la Comisión considera que la referencia hecha por las demandantes a la Decisión 88/491, de 26 de julio de 1988, adoptada en el asunto Bloemenveilingen Aalsmeer no es pertinente, a causa de la diferencia de ambas infracciones en cuanto a su naturaleza y efectos.

#### Apreciación del Tribunal

- 377 Con carácter preliminar, este Tribunal recuerda que del examen del primer motivo se desprende que la infracción era efectivamente tan grave como se afirmaba en la Decisión. A este respecto, es preciso señalar que la multa se refiere, en cuanto a los reglamentos anteriores, a seis años y medio y, en cuanto a los reglamentos introducidos en 1987, a nueve meses y medio. Ahora bien, ha de recordarse la especial gravedad de las restricciones de la competencia contenidas en los reglamentos anteriores, en particular, desde el punto de vista de las concertaciones sobre los precios, a las que se alude en el punto 64 de la Decisión. Puesto que este Tribunal consideró fundado dicho punto (véanse los apartados 206 a 212 *supra*), el punto 140 de la Decisión, según el cual «la concertación sobre los precios y sobre la adjudicación de los contratos forman parte de las infracciones más graves, perseguidas, prohibidas y sancionadas por la Comisión», debe ser interpretado a la luz de aquél.
- 378 A continuación, procede destacar que todas las circunstancias atenuantes invocadas por las demandantes en sus escritos han sido tenidas en cuenta para fijar el importe

de la multa, como demuestra el punto 141 de la Decisión y como indica el hecho de que la Comisión haya impuesto una multa a las demandantes que, según ella, sólo representa un 0,5 % del valor medio anual de los contratos afectados, hecho que no ha sido negado por las demandantes.

379 No obstante, se debe observar que, por importantes que sean, en particular, en la medida en que se refieren al carácter público de los reglamentos, dichas circunstancias atenuantes no deben ocultar el hecho de que las demandantes no hicieron uso de la facultad de notificar los reglamentos a la Comisión, con el fin de obtener bien una declaración negativa, bien una exención en virtud del apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

380 Además, es preciso recordar que las demandantes no pueden reprochar a la Comisión el no haber intervenido antes, puesto que disponían de la facultad de obligarla a ello, notificándole los reglamentos. Las circunstancias que dieron lugar a la sentencia *Istituto Chemioterapico y Commercial Solvents/Comisión*, antes citada, eran muy distintas a las del presente caso, en la medida en que, tal y como ha señalado la Comisión, en aquel asunto se le había presentado una denuncia, pero no la había tramitado inmediatamente. Ahora bien, en el presente caso, el Ayuntamiento de Rotterdam no presentó una denuncia ante la Comisión hasta que las demandantes no hubieron notificado los reglamentos. Esta diferencia es importante, puesto que, cuando se presenta una denuncia ante la Comisión, ésta es informada del contenido del comportamiento denunciado, mientras que, en este caso, la Comisión sólo tuvo conocimiento del contenido objetivo de los reglamentos a través de su notificación.

381 De ello se desprende que no cabe acoger esta alegación.

382 En lo que respecta al hecho de que la Comisión no haya efectuado investigación alguna sobre los años 1980-1982, este Tribunal considera que la Comisión invoca acertadamente que las demandantes no alegaron, ni durante la fase administrativa del procedimiento ni en los escritos presentados ante este Tribunal, que la situación fuera distinta durante esos años.

- 383 En lo que respecta a la derogación de los reglamentos anteriores, reproducidos en los puntos IV, V, VI y IX del Anexo 9 de la Decisión, este Tribunal considera que se trata de un motivo nuevo, cuya inadmisibilidad procede declarar conforme al apartado 2 del artículo 48 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia.
- 384 Por otro lado, es forzoso señalar que, si la Comisión incluyó indebidamente estos reglamentos en el presente procedimiento, fue a causa de los errores cometidos por algunas demandantes en sus respuestas a las solicitudes de información de la Comisión (véanse la respuesta de la Aannemersvereniging van Boorondernemers in Bui-zenleggers, de 12 de diciembre de 1988; la de Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek, de 16 de diciembre de 1988; la de Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders, de 15 de diciembre de 1988, y la de Utrechtse Aannemers Vereniging, de 12 de diciembre de 1988). Por lo tanto, no pueden invocar un error provocado por sus propios errores.
- 385 Finalmente, este Tribunal considera que las demandantes sostienen equivocadamente que la multa excede el límite máximo fijado en el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17, a saber, el 10 % del volumen de negocios realizado durante el ejercicio anterior. En efecto, procede recordar que la utilización del término genérico «infracción» en el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17 abarca sin distinción los acuerdos, las prácticas concertadas y las decisiones de asociaciones de empresas y que su utilización revela que los límites máximos previstos en esta disposición se aplican del mismo modo a los acuerdos y prácticas concertadas, así como a las decisiones de asociaciones de empresas. De ello se deduce que el límite máximo del 10 % del volumen de negocios debe calcularse en relación con el volumen de negocios realizado por cada una de las empresas que participan en dichos acuerdos y prácticas concertadas o por el conjunto de empresas miembros de las asociaciones de empresas, al menos cuando, en virtud de sus normas internas, la asociación puede vincular a sus miembros. La procedencia de este análisis queda corroborada por el hecho de que, al determinar la cuantía de las multas, se puede tener en cuenta, entre otros factores, la influencia que la empresa haya podido ejercer en el mercado, principalmente en razón de su dimensión y de su potencia económica, de las cuales da indicios el volumen de negocios de la empresa (sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, *Musique diffusion française y otros/Comisión*, asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartados 120 y 121), así como el efecto disuasorio que deben producir dichas multas (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, *Solvay/Comisión*, T-12/89, Rec. p. II-907, apar-

tado 309). En efecto, la influencia que haya podido ejercer sobre el mercado una asociación de empresas no depende de su propio «volumen de negocios», que no revela ni su dimensión ni su potencia económica, sino en realidad del volumen de negocios de sus miembros, que constituye un dato sobre su dimensión y potencia económica (sentencia CB y Europay/Comisión, antes citada, apartados 136 y 137).

386 Además, es preciso señalar que las demandantes no pueden invocar el hecho de que, en su Decisión 88/491, de 26 de julio de 1988, adoptada en el asunto Bloemenveilingen Aalsmeer, la Comisión impuso multas inferiores en la medida en que, en dicho asunto, la naturaleza de la infracción y sus efectos eran, como ha señalado la Comisión, totalmente distintos.

387 De lo anterior se desprende que esta parte del motivo debe ser desestimada.

388 De todo lo expuesto se deduce que el motivo basado en la infracción del Reglamento n° 17 debe ser desestimado.

#### *Cuarto motivo: infracción del artículo 190 del Tratado*

#### Alegaciones de las partes

389 Las demandantes alegan que la Comisión ha incumplido la obligación que le incumbe de motivar sus decisiones. Conforme a esta obligación, no sólo debería haber reproducido en su Decisión los motivos de oposición principales formulados por las demandantes durante la fase administrativa del procedimiento, sino también responder fundadamente a cada uno de los motivos formulados. En efecto, de la sentencia SIV y otros/Comisión, antes citada (apartado 159), se desprende que, «aun cuando la Comisión no esté obligada a discutir en sus Decisiones todos los argumentos expuestos por las empresas [...], ante argumentos de las demandantes tales como los que se han expuesto anteriormente, [...] la Comisión debería haber pro-

cedido a un examen más profundo [...] a fin de demostrar las razones por las cuales las conclusiones extraídas por las demandantes carecían de fundamento».

- 390 En el presente caso, sostienen que la Comisión ni siquiera reprodujo en la Decisión los principales argumentos expuestos en el escrito de contestación al pliego de cargos y en la audiencia.
- 391 Por otra parte, las demandantes alegan en su réplica que, en la medida en que se refiere al Código de honor, como tal, a la totalidad de los Estatutos de la SPO, así como a todos los reglamentos anteriores, la parte dispositiva de la Decisión no está cubierta por la exposición de los fundamentos de Derecho. En efecto, en lo que respecta al Código de honor, sostienen que, cuando se afirma que, con excepción de su artículo 10, el Código de honor, obligatorio para las empresas afiliadas a las organizaciones miembros de la SPO en virtud de su decisión de 3 de junio de 1980, constituye una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, el apartado 2 del artículo 1 de la parte dispositiva de la Decisión impugnada tiene un alcance más amplio que el punto 1 de los hechos de la Decisión, que indica que el procedimiento se refiere a la decisión de la SPO de 3 de junio de 1980, que hacía preceptivo para las empresas pertenecientes a sus organizaciones miembros el Código de honor y sus anexos. Por consiguiente, la afirmación de que el Código de honor constituye, como tal, una infracción no se apoya en ningún fundamento de Derecho.
- 392 En lo que respecta a los Estatutos de la SPO, las demandantes señalan que, al afirmar que dichos Estatutos, de 10 de diciembre de 1963, en su versión sucesivamente modificada, constituyen una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, el apartado 1 del artículo 1 de la parte dispositiva de la Decisión posee un alcance más amplio que sus hechos, que únicamente se refieren al artículo 3 de los citados Estatutos. Ahora bien, la mayor parte de las disposiciones de los Estatutos no tienen nada que ver con cuestiones relativas a la competencia y se refieren exclusivamente al funcionamiento interno de la SPO. Sostienen que la Comisión ha confundido los Estatutos de la SPO con las decisiones basadas en ellos, lo que induce a la Comisión a prohibir la SPO, como tal, sin ningún motivo.

- 393 Finalmente, en lo que respecta a los reglamentos anteriores, afirman que son mucho más numerosos que los que figuran en el Anexo 9 de la Decisión y que, contrariamente a lo que en ésta se afirma, el UPR «Burger-& Utiliteitsbouw Openbaar» no fue adoptado por la SPO, sino por una asociación individual de empresarios. Por otra parte, reprochan a la Comisión el haber efectuado una valoración global e indiferenciada de la totalidad de los reglamentos anteriores, sin haber tenido en cuenta sus diferencias y sus especificidades. Finalmente, recuerdan que algunos de los reglamentos anteriores fueron derogados antes de 1980.
- 394 La Comisión responde que su Decisión está suficientemente motivada y que no tenía que aportar estudios científicos para rebatir los estudios aportados por las demandantes, en la medida en que éstos no eran pertinentes.
- 395 En lo que respecta, más en concreto, a los fundamentos en los que se apoya la Decisión para denegar la solicitud de exención presentada por las demandantes, considera que, exigirle que demuestre, como desean las demandantes, que los reglamentos no podían gozar de una exención, constituiría una inversión de la carga de la prueba.
- 396 Por otro lado, la Comisión alega que los argumentos en que se basan las demandantes para cuestionar la censura del Código de honor, como tal, de los Estatutos de la SPO en su conjunto y de los reglamentos anteriores no aparecen, en esta forma, en el escrito de interposición del recurso y, al menos parcialmente, se basan en imputaciones que no han sido formuladas. Por lo tanto, considera que se trata de un motivo nuevo, cuya inadmisibilidad debe declararse conforme al apartado 2 del artículo 48 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Con carácter subsidiario, alega que la referencia, en el punto 1 de la Decisión, a la Decisión de 3 de junio de 1980 como objeto del procedimiento, por cuanto declara obligatorios el Código de honor y sus Anexos para las empresas pertenecientes a las organizaciones miembros de la SPO, únicamente puede referirse al Código de honor, en cuanto tal, puesto que la Decisión de 3 de junio de 1980 no posee alcance autónomo conforme al Derecho de la competencia.

- 397 En lo que respecta a los Estatutos de la SPO, la Comisión admite que sólo su artículo 3 plantea problemas en relación con el Derecho de la competencia, al no tener alcance autónomo, a este respecto, el resto de sus disposiciones. No obstante, considera que, al tener las demás disposiciones por finalidad que la SPO pueda cumplir su objeto social, definido en el artículo 3, deben ser incluidas en la Decisión. Afirma que el objetivo de la Decisión no es prohibir la SPO como tal, sino únicamente prohibir la SPO en la medida en que su objeto social consiste en restringir la competencia.
- 398 En lo que respecta a los reglamentos anteriores, la Comisión afirma que se basó en las respuestas de las demandantes a sus solicitudes de información para determinar el número de reglamentos existentes y el papel de la SPO en relación con los UPR «Burger- & Utiliteitsbouw Openbaar» (construcción residencial y no residencial con arreglo al procedimiento abierto). Añade que, si se contentó con una referencia general a los reglamentos anteriores en la Decisión, fue debido a que todos ellos son más restrictivos de la competencia que los UPR. Finalmente, recuerda que es falso que algunos de los reglamentos anteriores fueran derogados antes de 1980.

### Apreciación del Tribunal

- 399 Este Tribunal considera que no puede imputarse a la Comisión el haber incumplido la obligación de motivación establecida en el artículo 190 del Tratado. En efecto, la Comisión respondió a todos los argumentos pertinentes expuestos por las demandantes durante la fase administrativa del procedimiento, tanto en lo relativo a la aplicación del apartado 1 como del apartado 3 del artículo 85 del Tratado.
- 400 En concreto, en lo que respecta a esta última disposición, este Tribunal considera que la Comisión centró acertadamente su análisis de los reglamentos controvertidos en la protección del derechohabiente y las indemnizaciones por gastos de cál-

culo. En efecto, se trata de dos elementos fundamentales, que permiten alcanzar los objetivos perseguidos por los reglamentos, a saber, luchar contra el regateo y limitar los gastos de transacción. Al afirmar las demandantes, a todo lo largo de la fase administrativa del procedimiento, que los reglamentos formaban un todo y al haber llegado la Comisión a la conclusión de que ambos elementos, que constituían el núcleo de este conjunto, no podían disfrutar de una exención conforme al apartado 3 del artículo 85 del Tratado, ya no era necesario que examinara las posibles ventajas que puntualmente pudieran derivarse de una u otra disposición de los reglamentos controvertidos.

401 En lo que respecta a la falta de motivación del rechazo de la Comisión a las propuestas de modificación de los reglamentos formuladas por las demandantes, basta remitirse a la desestimación de la segunda parte del segundo motivo, de donde se desprende que la Comisión no tenía obligación de tomar postura sobre propuestas de modificación que no le habían sido notificadas.

402 Finalmente, este Tribunal considera que, al alegar en la réplica que la parte dispositiva de la Decisión no estaba cubierta por los fundamentos de Derecho, en la medida en que se refieren al Código de honor, en cuanto a tal, a la totalidad de los Estatutos de la SPO, así como a todos los reglamentos anteriores, las demandantes han formulado un motivo nuevo cuya inadmisibilidad procede declarar, en virtud del apartado 2 del artículo 48 del Reglamento de Procedimiento. A mayor abundamiento, es preciso recordar que la parte dispositiva debe interpretarse a la luz de los fundamentos de Derecho y que, por lo tanto, el apartado 2 del artículo 1 de la parte dispositiva de la Decisión impugnada no tiene por objeto prohibir la SPO, como tal. Del mismo modo, el punto 1 de la Decisión, al hacer referencia a «la decisión de la SPO de 3 de junio de 1980 que hacía preceptivo para las empresas pertenecientes a sus organizaciones miembros el “Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf” y sus anexos», no se refería a la decisión de 3 de junio de 1980 como tal, sino al Código de honor que esta decisión hizo obligatorio, como ocurre en la parte dispositiva de la Decisión impugnada.

403 Finalmente, este Tribunal considera que la Comisión se limitó acertadamente a hacer una referencia global a los reglamentos anteriores en la Decisión. En efecto, en ella



señala que dichos reglamentos tenían el mismo objeto que los adoptados en 1987 y que, en los puntos en que diferían de éstos, restringían al menos en igual medida la competencia (Decisión, puntos 62 a 65 y 114; véanse los apartados 206 a 212 *supra*).

404 Ahora bien, es preciso destacar que, durante la fase administrativa del procedimiento, las demandantes no expusieron argumentos concretos tendentes a demostrar que los reglamentos anteriores diferían en cuestiones fundamentales de los reglamentos adoptados en 1987, ni que restringían menos la competencia que éstos.

405 Por consiguiente, la Comisión también podía, en lo que respecta a los reglamentos anteriores, contentarse con hacer referencia, en lo esencial, a los fundamentos de Derecho de la Decisión relativos a los reglamentos adoptados en 1987.

406 De ello se desprende que debe desestimarse el motivo.

*Quinto motivo: violación del derecho de defensa*

Alegaciones de las partes

407 En la réplica, las demandantes alegan, fundamentalmente, que la Comisión violó el derecho de defensa, al considerar, por un lado, que el Código de honor constituía una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, a pesar de que dicho Código no fue objeto, como tal, del procedimiento administrativo (répli-

ca, p. 19), puesto que éste únicamente afectó a la decisión vinculante de la SPO, de 3 de junio de 1980, por la que se declaraba obligatorio el Código de honor para los miembros de las asociaciones afiliadas a la SPO, y, por otro, al basarse en las «leading questions» formuladas a los empresarios extranjeros sobre las razones de su pertenencia a la SPO para concluir, en la Decisión, que las medidas denunciadas afectaban al comercio entre Estados miembros.

- 408 La Comisión responde que se trata de un motivo nuevo cuya inadmisibilidad debe declararse conforme al apartado 2 del artículo 48 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Con carácter subsidiario, lo rebate.

#### Apreciación del Tribunal

- 409 Este Tribunal considera que el motivo de las demandantes basado en la violación de su derecho de defensa constituye un motivo nuevo cuya inadmisibilidad debe declararse con arreglo al apartado 2 del artículo 48 del Reglamento de Procedimiento y que, en cualquier caso, es infundado.
- 410 En efecto, es preciso señalar que, en la vista, las demandantes no contestaron a la Comisión, quien había afirmado en la dúplica que las imputaciones realizadas con respecto al Código de honor constituían el objeto de los apartados 18, 33 a 35, 41, 42, 44 y 46 a 48 del pliego de cargos. Por otra parte, la Comisión no se basó en las respuestas a las preguntas criticadas por las demandantes para declarar que las medidas de que se trata afectaban al comercio entre Estados miembros.
- 411 De todo lo anterior se desprende que debe desestimarse el recurso.

## Costas

- 412 A tenor del apartado 2 del artículo 87 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimadas las pretensiones formuladas por las demandantes, procede estimar las pretensiones de la Comisión y condenar solidariamente a las demandantes al pago de las costas, incluidas las correspondientes al procedimiento sobre medidas provisionales.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera)

decide:

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Condenar solidariamente en costas a las partes demandantes, incluidas las correspondientes al procedimiento sobre medidas provisionales.

Schintgen

Kirschner

Vesterdorf

Lenaerts

Bellamy

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 21 de febrero de 1995.

El Secretario

El Presidente

H. Jung

R. Schintgen

## Índice

Antecedentes de hecho del recurso .....	II - 229
El procedimiento .....	II - 304
Pretensiones de las partes .....	II - 308
Motivos y alegaciones de las partes .....	II - 309
La pretensión principal .....	II - 309
Alegaciones de las partes .....	II - 309
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia .....	II - 311
La pretensión subsidiaria .....	II - 314
Primer motivo: infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado .....	II - 315
Primera parte: definición errónea del mercado de referencia .....	II - 315
Alegaciones de las partes .....	II - 315
Apreciación del Tribunal .....	II - 317
Segunda parte: incorrecta apreciación del contenido y alcance de los reglamentos controvertidos .....	II - 321
I. Presentación general .....	II - 321
Alegaciones de las partes .....	II - 321
Apreciación del Tribunal .....	II - 322
II. La concertación entre los empresarios que desean presentar una proposición eco- nómica .....	II - 326
Alegaciones de las partes .....	II - 326
1. La obligación de comunicar la intención de presentar una proposición econó- mica (Decisión, puntos 24 y 79) .....	II - 326
2. Las reuniones celebradas conforme a los UPR (Decisión, puntos 25 a 58 y 80 a 92) .....	II - 326
a) Acuerdo sobre el principio de la designación de un derechohabiente (Deci- sión, puntos 26 y 80) .....	II - 326
b) Comparación de los factores de coste del contrato (Decisión, puntos 27 y 81) .....	II - 327
c) Presentación de las cifras iniciales (Decisión, puntos 28 y 82) .....	II - 329
d) Posibilidad de retirada tras la comparación de los precios (Decisión, puntos 29, 83 y 84) .....	II - 329
Apreciación del Tribunal .....	II - 330

III. La fijación concertada de precios o de partidas de precios .....	II - 334
Alegaciones de las partes .....	II - 334
1. Los aumentos de precio en caso de proposiciones simultáneas (Decisión, puntos 31 a 34, 42 a 46, 86, 87 y 96) .....	II - 334
2. Los aumentos de precio de los contratos directamente adjudicados (Decisión, puntos 60, 61 y 100) .....	II - 336
3. Los aumentos de precio en la subcontratación (Decisión, puntos 55 a 59 y párrafo tercero del punto 100) .....	II - 338
Apreciación del Tribunal .....	II - 339
IV. La limitación de la autonomía de negociación entre los empresarios y la entidad adjudicadora .....	II - 345
Alegaciones de las partes .....	II - 345
1. La preferencia (Decisión, puntos 30 y 85) .....	II - 345
2. La protección del derechohabiente (Decisión, puntos 39 a 41, 52 a 54 y 93 a 95) .....	II - 346
3. La subcontratación (Decisión, puntos 55 a 59 y párrafo tercero del punto 100) .....	II - 350
Apreciación del Tribunal .....	II - 350
V. Actitud de la SPO frente a los empresarios no asociados (Decisión, puntos 49 a 51, 98 y 99) .....	II - 354
Alegaciones de las partes .....	II - 354
Apreciación del Tribunal .....	II - 356
Tercera parte: inexistencia de perjuicio del comercio entre Estados miembros .....	II - 361
Alegaciones de las partes .....	II - 361
Apreciación del Tribunal .....	II - 365
Segundo motivo: infracción del apartado 3 del artículo 85 del Tratado .....	II - 369
Primera parte: incorrecta apreciación de las características del mercado y de las normas en materia de carga de la prueba .....	II - 369
1. Las características del mercado .....	II - 369
Alegaciones de las partes .....	II - 369
Apreciación del Tribunal .....	II - 372
2. La carga de la prueba .....	II - 374
Alegaciones de las partes .....	II - 374
Apreciación del Tribunal .....	Ii - 375
Segunda parte: incorrecta apreciación de los requisitos para la concesión de una exención .....	II - 376
1. La contribución de los reglamentos a la mejora de la distribución de los productos o al fomento del progreso técnico o económico y la participación equitativa reservada al consumidor .....	II - 377
Alegaciones de las partes .....	II - 377
Apreciación del Tribunal .....	II - 381
	II - 419

2. El carácter indispensable de las restricciones y la imposibilidad de eliminar la competencia .....	II - 386
Alegaciones de las partes .....	II - 386
Apreciación del Tribunal .....	II - 389
Tercera parte: violación de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad .....	II - 392
Alegaciones de las partes .....	II - 392
Apreciación del Tribunal .....	II - 393
Tercer motivo: infracción del número 1 del apartado 2 del artículo 4 y del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17 .....	II - 395
Primera parte: inexistencia de infracción e inmunidad frente a las multas .....	II - 395
Alegaciones de las partes .....	II - 395
Apreciación del Tribunal .....	II - 397
Segunda parte: falta de intencionalidad o de negligencia .....	II - 398
Alegaciones de las partes .....	II - 398
Apreciación del Tribunal .....	II - 402
Tercera parte: importe excesivo de la multa .....	II - 404
Alegaciones de las partes .....	II - 404
Apreciación del Tribunal .....	II - 407
Cuarto motivo: infracción del artículo 190 del Tratado .....	II - 410
Alegaciones de las partes .....	II - 410
Apreciación del Tribunal .....	II - 413
Quinto motivo: violación del derecho de defensa .....	II - 415
Alegaciones de las partes .....	II - 415
Apreciación del Tribunal .....	II - 416
Costas .....	II - 417