

Elaborado y revisado por:
Comité de CumplimientoAprobado por:
El Órgano de Administración

PROTOCOLO EN MATERIA DE CONSTITUCIÓN DE CONSORCIOS CON COMPETIDORES

CONTROL DE MODIFICACIONES

MODIFICACIÓN	MOTIVO DEL CAMBIO
Ed. 1	Aprobación del documento

ÍNDICE

1. OBJETO	3
2. ALCANCE	3
3. LOS CONSORCIOS BAJO EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	3
4. PAUTAS DE ACTUACIÓN	4
4.1 PREVIO A LA CONSTITUCIÓN DEL CONSORCIO	4
I. ANÁLISIS PREVIO Y ELABORACIÓN DE MEMORIA JUSTIFICATIVA	4
II. AUTORIZACIÓN PREVIA DEL ÓRGANO DE CUMPLIMIENTO. INDICADORES DE RIESGO.	8
4.2 DURANTE EL DESARROLLO DEL PROYECTO EN CONSORCIO	9
4.3 CONSORCIOS Y CONDUCTAS COLUSORIAS	11
5 INCUMPLIMIENTO	12

1. OBJETO

IRIDIUM CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS, S.A. (en adelante “IRIDIUM” o “la Compañía”) y sus sociedades filiales (conjuntamente denominadas “Grupo Iridium”) forman parte del Grupo de empresas cuya matriz es ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A. (“Grupo ACS”)

Por esta razón, los miembros de la organización (miembros de los órganos de administración, personal directivo y demás personas trabajadoras) de Grupo Iridium deben cumplir el Código de Conducta de ACS en el que se establecen los principios éticos básicos que deben seguir todas sus personas trabajadores y personal directivo.

Sin perjuicio de ello, IRIDIUM cuenta con su propio Código de Conducta, en el que se reflejan las particularidades de la actividad que desarrolla la Compañía. Asimismo, IRIDIUM mantiene su compromiso absoluto y al más alto nivel con el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia, compromiso que todos los miembros de la organización deben respetar.

En este contexto, y atendiendo a la actividad empresarial habitual de Grupo Iridium, resulta necesario establecer unas pautas específicas y claras para la constitución y gestión de consorcios, Uniones Temporales de Empresas y cualquier otra forma de colaboración con terceras empresas, (en adelante, “Consortio”). Así, el presente Protocolo tiene por objeto sentar una serie de directrices y controles que permitan reducir y, en su caso, detectar tempranamente los riesgos de competencia asociados a la constitución y gestión de consorcios con empresas competidoras.

2. ALCANCE

El presente Protocolo es de aplicación a todos los miembros de los órganos de administración, personal directivo y demás personas trabajadoras que mantienen relación con las empresas de Grupo Iridium, con independencia de la naturaleza jurídica de su relación y, en especial, a todas aquellas personas que intervengan en la selección, interlocución y contacto con socios de negocio en Consortio así como en su gestión diaria.

3. LOS CONSORCIOS BAJO EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La constitución de Consorcios de colaboración público-privada son mecanismos lícitos, previstos y regulados expresamente en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del

Sector Público. Además, se trata de figuras útiles desde una perspectiva empresarial ya que pueden generar importantes eficiencias en el ámbito de la contratación pública y, por extensión, para el conjunto de la sociedad.

Sin embargo, la creación de Consorcios en los que intervengan empresas competidoras (reales o potenciales) puede resultar sensible desde la perspectiva de la normativa de competencia, en especial cuando:

- La constitución del Consorcio no se encuentra objetivamente justificada.
- La constitución del Consorcio responde a una conducta de mayor alcance contraria a la normativa de defensa de la competencia.
- La constitución del Consorcio da lugar a intercambios indebidos de información comercial sensible entre competidores.

Las conductas anteriores podrían resultar contrarias al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia² (“LDC”) o al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”), constituyendo infracciones muy graves de la normativa de defensa de la competencia y dando lugar a sanciones de hasta el 10% del volumen de negocios mundial del grupo al que pertenece IRIDIUM, así como el riesgo de imposición de la prohibición de contratar con el sector público.

El presente Protocolo aborda estos riesgos y ofrece pautas de actuación para minimizarlos.

4. PAUTAS DE ACTUACIÓN

4.1 PREVIO A LA CONSTITUCIÓN DEL CONSORCIO

I. ANÁLISIS PREVIO Y ELABORACIÓN DE MEMORIA JUSTIFICATIVA

Con anterioridad a la formación de un Consorcio con competidores reales o potenciales, las personas encargadas de la constitución del Consorcio y, en particular, de la selección de los socios de negocio, deberán realizar un análisis previo de la necesidad objetiva de su creación.

Este análisis previo deberá dar respuesta a la pregunta de si IRIDIUM o cualquiera de las otras

¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

empresas integrantes del Consorcio, incluyendo, en su caso, otras empresas pertenecientes al Grupo ACS, tienen en realidad capacidad suficiente para concurrir y ejecutar el contrato de forma autónoma. Así, con carácter general, un Consorcio se considera objetivamente necesaria cuando (i) las empresas que la integran no podrían presentarse a la licitación de forma individualizada, por insuficiencia de medios técnicos, económicos o humanos, o bien; o (ii) bajo determinadas condiciones, cuando el Consorcio genera sinergias empresariales (eficiencias) que no se producirían si las empresas licitasen de manera individual.

Cabe mencionar que las autoridades de competencia de varios países de la Unión Europea utilizan una multiplicidad de factores para determinar si efectivamente existe una necesidad objetiva, adaptando los criterios a la información disponible y a la configuración del mercado relevante, así como a las condiciones de la licitación y sus respectivos lotes.

Para valorar adecuadamente la posición de los potenciales socios de negocio, las personas encargadas de la constitución del Consorcio, previa consulta y sujeto a las salvaguardas indicadas por los asesores legales del Grupo Iridium, podrán solicitar (i) información acerca de la situación financiera de la tercera empresa (solventía financiera), así como (ii) referencias de su experiencia previa en asuntos o proyectos similares (solventía técnica).

Recabada la información que resulte necesaria, deberá elaborarse una memoria justificativa que recoja con el mayor detalle posible los motivos que impiden una presentación a la licitación de forma individual o bien las eficiencias que deriven de la constitución del Consorcio.

La memoria justificativa deberá motivar suficientemente la concurrencia de uno o más de los factores siguientes. El carácter justificado o no del Consorcio vendrá determinado por la aplicación de estos factores analizada en su conjunto:

- Imposibilidad de las empresas integrantes de licitar por separado debido a la insuficiencia de recursos humanos, materiales, económicos y/o técnicos para ejecutar por completo el contrato de manera individual. A título de ejemplo, la constitución del Consorcio podría justificarse en base a la existencia de una tecnología específica o especialización que solo posee un licitador distinto de IRIDIUM; de servicios, exigencias técnicas y/o financieras que resulten inasumibles por una sola empresa o en base a inversiones específicas exigidas por los pliegos de contratación.

De ser posible, se recomienda indicar expresamente la referencia de otros contratos similares a los que IRIDIUM o las empresas integrantes del Consorcio no pudieron concurrir separadamente.

- Asunción de un elevado riesgo financiero. La constitución de un Consorcio puede justificarse en atención al riesgo financiero asumido por IRIDIUM en caso de licitar individualmente solo cuando (i) los pliegos exigen una solvencia financiera inusitada o mayor a la de otros contratos asimilables; (ii) se exija la aportación de garantías de gran importe; (iii) se prevea que existe una alta probabilidad de que se genere un sobre coste no cubierto por el importe de licitación del contrato; o (iv) cuando asumir todo el riesgo financiero del contrato, incluida la solicitud de financiación externa, comprometa la capacidad de IRIDIUM para acreditar la solvencia financiera exigida en otras licitaciones.
- Falta de competitividad en caso de licitar individualmente. Aunque sea posible formalmente para IRIDIUM concurrir a una licitación por separado, si, de hacerlo, no podría presentar una oferta mínimamente competitiva tanto económica como técnicamente, la constitución de un Consorcio podría estar igualmente justificada, siempre que la misma permitiese suplir las carencias de la oferta individual de IRIDIUM y dar lugar a una oferta más competitiva.
- Eficiencias generadas mediante la constitución del Consorcio. La constitución de un Consorcio, o su ampliación para incorporar a un mayor número de empresas, puede justificarse en base a las eficiencias que éste genera, siempre y cuando (i) no haya alternativas menos restrictivas que permitan conseguir el mismo resultado; (ii) la concurrencia del Consorcio no elimine totalmente la competencia, imposibilitando que puedan presentarse otras ofertas competitivas además de la que presente el Consorcio que se pretende constituir; y (iii) las eficiencias se justifiquen y se acrediten documentalmente.

En ese sentido, las eficiencias:

- No pueden consistir en un ahorro o ganancia que sea meramente el resultado de la eliminación de costes inherentes a la competencia, sino que se requiere de una integración efectiva de las actividades económicas entre las integrantes del Consorcio.
- Deben reflejarse claramente en las condiciones de la oferta y deben trasladarse a la sociedad en su conjunto. A título de ejemplo, se podrían identificar como eficiencias los ahorros de costes, incluyendo aquéllos que resultan de economías de escala, siempre que se traduzcan en un menor coste para la Administración; la posibilidad de combinar conocimientos complementarios o de ejecutar el contrato de forma más rápida; la posibilidad de ofrecer productos mejorados, o de hacer un uso más eficiente de los recursos. La compartición de riesgos —cuando las empresas

participan en varias licitaciones públicas— también puede ser considerada una eficiencia a estos efectos.

- La justificación no debe basarse en argumentos generales y abstractos, sino que deben identificarse los beneficios concretos que el Consorcio puede generar para la Administración y los consumidores y usuarios. Se recomienda asimismo que la memoria justificativa especifique las concretas aportaciones (recursos, especialización, experiencia previa) de cada integrante del Consorcio.

Por otra parte, en la elaboración de la memoria justificativa debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- Como regla general, un Consorcio se considerará menos restrictivo de la competencia si se constituye con socios financieros, permitiendo así que otras empresas con solvencia técnica puedan presentar sus propias ofertas.
- La admisión del Consorcio por parte del órgano de contratación, o el hecho de que la participación en forma de Consorcio se prevea o se promueva expresamente en los pliegos de contratación, no garantiza en todo caso la compatibilidad de dicho Consorcio con la normativa de defensa de la competencia.

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque no constituya un factor que permita justificar por sí mismo la concurrencia en Consorcio, se recomienda recoger en la memoria justificativa aquellos elementos del contrato de los que se derive la necesidad de presentar una oferta conjunta por parte de la entidad contratante. Deberán indicarse expresamente las cláusulas o condiciones de los pliegos que fomentan la participación en forma de Consorcio o que imposibilitan en la práctica licitar por separado, por ejemplo, cuando el plazo de ejecución del proyecto resulte difícilmente asumible sin la colaboración con terceras empresas (corta duración del contrato); cuando sea posible que se generen picos o incrementos sustanciales y puntuales del trabajo que no sean asumibles por una sola empresa; o cuando se valore positivamente la asociación entre empresas a los efectos de diluir el riesgo financiero del contrato.

- Las motivaciones principales de la memoria justificativa deberían incluirse preferiblemente en el acuerdo de constitución del Consorcio, como parte de su preámbulo o de su clausulado. Alternativamente podrán recogerse en documento separado, siempre que se motive suficientemente su necesidad conforme a los criterios anteriores.

La memoria justificativa y la documentación relacionada deberá conservarse, al menos, durante los cuatro años siguientes a la extinción del Consorcio de que se trate.

Con carácter general se recomienda consultar con el órgano de cumplimiento competente, a través del Canal Ético o por cualquier otro medio habilitado a tal efecto, si es necesario con carácter urgente, en caso de duda a la hora de valorar la necesidad de un Consorcio o de elaborar la correspondiente memoria justificativa.

El llevará a cabo, al menos una vez al año, controles aleatorios sobre las memorias justificativas elaboradas por parte de los responsables de la constitución del Consorcio.

II. AUTORIZACIÓN PREVIA DEL ÓRGANO DE CUMPLIMIENTO. INDICADORES DE RIESGO.

Sin perjuicio de la necesidad de elaborar una memoria justificativa, la formalización del acuerdo para la constitución de un Consorcio con competidores quedará sujeta a la previa autorización de la misma por parte del órgano de cumplimiento competente, siempre que concurra al menos uno de los siguientes indicadores de riesgo:

- 1) IRIDIUM o alguno de los socios de negocio con los que se quiere formar un Consorcio se han presentado en el último año de forma individual a proyectos con un presupuesto de hasta el 80% del presupuesto de la licitación en cuestión; con exigencias de solvencia financiera similares (p.e. necesidad de aportación de aval o garantía de igual o similar importe, hasta un 80% de la garantía exigida en la licitación actual); y/o con un objeto y condiciones de ejecución muy similares (envergadura del proyecto, plazo de ejecución).
- 2) IRIDIUM ha concurrido al mismo tipo de proyecto, o a proyectos con presupuestos y/o exigencias de solvencia financiera similares, mediante Consorcio que contaba con uno o varios socios financieros, y en el Consorcio actual no se plantea la intervención de ningún socio financiero.
- 3) El Consorcio estará integrado por más de tres empresas.
- 4) Constituido el Consorcio en cuestión, es probable que no se presente más de una oferta alternativa a la de IRIDIUM.
- 5) IRIDIUM tendrá una participación inferior al 25% en el Consorcio.

La persona encargada de la constitución del Consorcio se pondrá en contacto con asesoría jurídica tan pronto sea posible desde que se plantee la formación del Consorcio con competidores.

En estos casos, la información a proporcionar a asesoría jurídica deberá incluir una explicación lo más detallada posible de las razones por las que se interesa su constitución.

Cuando concurren los casos enumerados en este apartado, asesoría jurídica prestará especial atención al aportar sus comentarios a la memoria justificativa y remitirá esta memoria y el resto de documentación al órgano de cumplimiento competente. El citado Comité, tras la comprobación de la posible existencia de cuestiones que pudieran impedir el nacimiento del Consorcio por vulnerar los principios de defensa de la competencia, emitirá un acuerdo de conformidad con la constitución del Consorcio.

El órgano de cumplimiento competente podrá solicitar cuanta información y/o documentación considere necesaria para la correcta valoración del Consorcio, que deberá ser proporcionada a la mayor brevedad posible. También podrá acudir a asesoramiento externo especializado siempre que lo considere necesario.

4.2 DURANTE EL DESARROLLO DEL PROYECTO EN CONSORCIO

Una vez constituido el Consorcio entre competidores, el derecho de la competencia continúa siendo plenamente aplicable. De hecho, el Consorcio con competidores es un contexto especialmente sensible desde la perspectiva de la normativa de competencia, ya que da lugar a un escenario de contacto continuo y estrecho entre empresas competidoras.

Eventualmente, tales contactos pueden derivar en la comisión de infracciones de la normativa de defensa de la competencia, especialmente por la participación negligente en intercambios de información comercial sensible con ocasión de la colaboración en el proyecto o contrato de que se trate.

En consecuencia, durante la vigencia del Consorcio debe prestarse especial atención en todo momento a los intercambios (incluida la mera recepción) de información sensible con los socios de negocio. En el contexto de un Consorcio solo estaría justificado compartir aquella información comercial sensible que resulte estrictamente necesaria para ejecutar el proyecto o contrato que justifica el Consorcio en cuestión (p.e., datos de capacidad, tecnologías y derechos de propiedad industrial), pero no debe compartirse información comercial relativa a otros proyectos de IRIDIUM presentes o futuros, desde detalles técnicos de las ofertas hasta la mera intención de presentarse o no a una determinada licitación.

Constituye “*información comercialmente sensible*” toda información que IRIDIUM no compartiría habitualmente con un tercero ajeno a la empresa y, en particular, información que pueda permitir al destinatario conocer o anticipar la conducta de IRIDIUM en el mercado, por ejemplo, información no incluida en la memoria anual de Grupo ACS o en sus cuentas anuales. Como regla general, los datos recientes tienen un carácter más sensible que los históricos, y los datos desagregados o detallados son más sensibles que aquellos que se presentan de una forma agregada.

A título de ejemplo, puede constituir información estratégica o comercialmente sensible aquella relativa a:

- Precios actuales o futuros, incluidos descuentos, rebajas, promociones y demás términos de una oferta económica a una licitación;
- Precios aplicados recientemente y, en todo caso, durante el último año;
- Términos técnicos de una oferta futura a una licitación;
- Cifras de ventas, datos de costes o márgenes.
- Cuotas de mercado, datos sobre capacidad la capacidad y sistemas de producción.
- Identidad de proveedores.
- Información sobre tecnologías de fabricación, derechos de propiedad intelectual o industrial o conocimientos técnicos.
- Estrategias comerciales futuras, incluida la intención de concurrir o no a una licitación o de presentar ofertas en relación con un contrato determinado, si no se está valorando concurrir en Consorcio o no se concurriría en Consorcio junto con dicho competidor.
- Información relativa a los términos y condiciones de una oferta presente o futura a una licitación.
- Condiciones de demanda o suministro o indicadores financieros.
- Estrategias, presupuestos, planes o políticas de negocio o de marketing;
- Planes de expansión o contratación de negocio, o planes de acceso a nuevos mercados o de retirada de un mercado en el que IRIDIUM o sus competidores operan actualmente;

El intercambio de información comercialmente sensible entre competidores supone en sí mismo una infracción grave de la normativa de la competencia, sin necesidad de que se demuestre que las empresas partícipes en el intercambio han hecho uso efectivo de la información intercambiada.

En el supuesto de que un competidor propusiera intercambiar información sensible, o compartiese con personal de IRIDIUM información de dichas características, es necesario

manifestar de forma expresa y clara la negativa a recibir o intercambiar información y comunicar el incidente a la asesoría jurídica a la mayor brevedad.

Si surge alguna situación de riesgo desde la perspectiva de competencia y, en concreto, siempre que se haya enviado o recibido información sensible a o de un competidor, deberá informarse a la mayor brevedad a la asesoría jurídica según dispone el “*Protocolo de seguimiento de encuentros y contactos con competidores y con la Administración*” de IRIDIUM.

4.3 CONSORCIOS Y CONDUCTAS COLUSORIAS

IRIDIUM rechaza plenamente cualquier conducta que atente contra la libre competencia en el mercado y mantiene, en particular, una política de tolerancia cero ante las prácticas que impliquen la manipulación de licitaciones públicas y otras infracciones especialmente graves de la normativa de defensa de la competencia.

Así, la constitución de Consorcios puede resultar también contraria a la normativa de defensa de la competencia cuando se enmarca en una conducta colusoria más amplia, es decir, cuando el Consorcio se crea como medio para alterar el funcionamiento normal de un procedimiento de contratación o como mecanismo de compensación a favor de uno o varios competidores.

Una vez constituido un Consorcio, debe prestarse especial atención, y contactar a la mayor brevedad con asesoría jurídica en los supuestos en que existan dudas o indicios razonables de que:

- La constitución del Consorcio o cualquier otra forma de colaboración, como la subcontratación, responde a un acuerdo previo con otras empresas para concurrir conjuntamente a todos o a determinados contratos con anterioridad a que se hayan publicado las condiciones de contratación de dichas licitaciones, por ejemplo, acuerdos para concurrir en Consorcio a todas las licitaciones que convoque una determinada Administración o en una determinada región.
- La constitución del Consorcio responde a la voluntad de las empresas integrantes del Consorcio en estar presentes en todos o en varios de los lotes en que se ha dividido un determinado contrato.
- La constitución del Consorcio responde a la necesidad de compensar a un competidor

por su conducta en una licitación anterior o por la promesa de un comportamiento futuro, por ejemplo, por haberse abstenido de presentar oferta, por haber concurrido conjuntamente con IRIDIUM o con otras sociedades de Grupo ACS, o por haberlas subcontratado.

5 INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento de las disposiciones previstas en el presente Protocolo y la legislación aplicable puede conllevar consecuencias graves para la Compañía, sus personas trabajadoras, personal directivo y los miembros de su órgano de administración. Por esta razón, el presente Protocolo tiene la consideración de norma de obligado cumplimiento y su vulneración supondrá una infracción de la misma, en cuyo caso la Compañía adoptará las medidas disciplinarias que sean procedentes, de acuerdo con la legislación laboral y el Régimen Sancionador contenido en el Convenio Colectivo de aplicación, sin perjuicio de otras responsabilidades en que el infractor hubiera podido incurrir.