



Roj: **SAN 1084/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1084**

Id Cendoj: **28079230062014100155**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **12/03/2014**

Nº de Recurso: **666/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a 12 de marzo de 2014.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la *Sección Sexta* de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo**, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 666/11, seguido a instancia de "CEYD SA", representada por el Procurador de los Tribunales D. Luis Ortiz Herraiz, con asistencia letrada, y como Administración demandada la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de **Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la cuantía se fijó en menos de 600.000 €, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Frago. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO :- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. La recurrente es una empresa oventense cuya actividad principal es la construcción de obra pública civil y de edificaciones, además de su actividad en el sector inmobiliario.
2. Según se indica en el FJ 1º de la resolución recurrida, el objeto de la investigación se ha centrado en una serie de contactos y reuniones entre empresas competidoras en el sector de las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de formes y plataformas convocadas en todo el territorio nacional. Su objeto ha sido conocer las ofertas que iba a presentar cada una, para presentar bajas inferiores a las ofertadas en condiciones competitivas y así aumentar artificialmente las ofertas económicas realizadas ante cada licitación. Las empresas involucradas en el acuerdo se repartían, a modo de compensación, la diferencia entre la oferta final y la competitiva, asignando mayores cantidades a las empresas que hubieran presentado bajas más elevadas en competencia.
3. La recurrente, según se indica en la resolución recurrida, participó en la licitación 32-O-5360 en el que fueron invitadas a participar 5 empresas. Las bajas ofertadas fluctuaron entre el 0% de la recurrente al 1,02% de la mercantil PAS, situando las otras tres ofertas por debajo del 1% de descuento, habiendo reconocido PAS la existencia de pacto colusorio en esta licitación.
4. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), mediante resolución de fecha 19 de octubre de 2011, adoptó las siguientes decisiones:
 - a) Declarar que la actuación de la entidad recurrente es constitutiva de una infracción del artículo 1.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas y, en particular, el importe de las bajas presentadas en dichas licitaciones.

- b) Imponer a la entidad recurrente una multa de 115.245 euros.
- c) Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de la resolución.

SEGUNDO:- Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Falta de motivación:

-La CNC, para justificar la afirmación de que, en ausencia de pagos, el cártel solo tendría sentido si rota la posición del vencedor en la licitación, señala que "se deduce de los hechos acreditados que hay empresas supuestamente participante en el cártel que no se han adjudicado ninguna licitación, Carija y Ceyd", lo que constituye una argumentación jurídica autorrecurrente. Destaca que Ceyd participó en una sola licitación y Carija, que no fue sancionada, lo hizo en dos.

-Resultaría ilógico que la recurrente formara parte un cártel constituido para una sola obra, y además no percibiera retribución o ventaja económica por ello, dado que este dato no se ha acreditado.

-La CNC justifica la participación de la recurrente en el cártel con argumentos como "es necesariamente conecedor", y "de algún modo partícipe" en los hechos probados, sin hacer mención, al menos, a indicios probatorios.

2. Aplicación manifiestamente contradictoria del criterio sancionador:

-La situación de Carija, empresa no sancionada y que participó en dos licitaciones, es idéntica a la de la recurrente: no se ha acreditado que participaran en reuniones, ni existe prueba documental de pagos.

3. Falta de requisitos para la condena basada en prueba de presunciones:

-La recurrente realizó su oferta conforme a criterios de mercado, fijando el precio conforme a razonamientos técnicos, y buscando no quedar excluida de futuras licitaciones.

-Invoca la STS de 22-9-2009, para concluir que la presentación de ofertas por encima del precio máximo puede tener una explicación legítima, atendido el poder de negociación de la Administración con respecto de las empresas.

4. Indebida apreciación del alcance de la confesión de PAS.

- De la confesión de PAS no puede deducirse que exista indicio alguno de culpabilidad de la recurrente.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión, tras recordar el funcionamiento del cártel y los medios probatorios empleados por la CNC para sancionar a las otras empresas, en relación a la recurrente se alegó lo siguiente: la página 103 de la resolución recurrida justifica la imposición de la sanción y a ella se remite, subrayando que la licitación en la que participó la recurrente fue objeto de pacto colusorio, al así haberlo reconocido PAS, a lo que se une el reducido número de participantes y el importe mínimo o inexistente de las bajas.

CUARTO:- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO:- Señalado el día 11 de marzo de 2014 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO:- Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la Resolución de fecha 19 de octubre de 2011, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en cuya virtud se acordó:

1. Declarar que la actuación de la entidad recurrente es constitutiva de

una infracción del artículo 1.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas de



conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas y, en particular, el importe de las bajas presentadas en dichas licitaciones.

2. Imponer a la entidad recurrente una multa de 115.245 euros.

3. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de la resolución.

SEGUNDO: La recurrente articula su demanda, esencialmente, en un doble reproche a la resolución impugnada. Por una parte le imputa falta de motivación y por otra, violación del derecho a la presunción de inocencia y al principio de igualdad, en la medida en que la CNC no ha contado con elementos de prueba suficiente para imponer la sanción, y, además porque en un supuesto idéntico no ha procedido a sancionar a otra empresa concurrente.

TERCERO: La falta de motivación invocada se confunde con la denunciada falta de pruebas por parte de la Comisión para imponer la sanción, pues, en realidad, podemos concluir que la resolución, aunque de forma muy escueta expresa la razón por la que la CNC ha decidido que la sanción debía ser impuesta. En este sentido se ofrecen como argumentos, que la recurrente participó en una licitación en la que una de las partes concurrentes manifiesta que sí existió acuerdo colusorio, aunque ciertamente no indica que fuera con la recurrente, y además que "dado el reducido número de participantes y el importe de las bajas, incluida la suya, se infiere que Ceyd ha tenido que ser necesariamente conocedor y de algún modo participante en la colusión acreditada".

En estas circunstancias podemos concluir que ha existido motivación del acto, pues la CNC ha exteriorizado los argumentos por los que estima que debe imponerse la sanción, y la recurrente ha podido interponer el correspondiente recurso, centrado, como pasamos a examinar, en la falta de acreditación de los razonamientos contenidos en la resolución impugnada, justamente para poner de manifiesto que las vagas y genéricas referencias que se han empleado como motivación, responden más a un desideratum, que a una rigurosa subsunción de los hechos en un tipo sancionador definido, realizada sobre la base de elementos probatorios suficientes.

CUARTO: El análisis de las pruebas invocadas por la CNC para justificar la imposición de la sanción, reflejadas en la página 103 de la resolución impugnada, no resiste un análisis mínimamente detallado, por lo que ya anticipamos que el recurso debe ser estimado.

Tal y como señala el Abogado del Estado, es rigurosamente cierto que esta Sala ha considerado, en lo esencial, ajustada a derecho la resolución de la CNC de 19 de octubre de 2011, y en consecuencia ha declarado que los acuerdos sancionados con origen en el expediente S/0226/10, son constitutivos de una práctica colusoria, subsumible en la figura de un cártel en los términos descritos en los antecedentes de esta resolución. Para llegar a esta conclusión se ha tenido en cuenta, sustancialmente, la prueba documental hallada en los locales de las empresas Padecasa y Misturas en la que los pagos a las distintas empresas son anotados, además de otros elementos incriminatorios como declaraciones de competidores reconociendo su participación en los hechos, y la constatación de la intervención de la misma cadena de empresas en todas las licitaciones examinadas, con una coherencia prácticamente total en la distribución de las bajas ofertadas.

Estas pruebas, analizadas en su conjunto, han constituido un grupo de indicios consistente y suficiente, sin que las empresas afectadas, participantes sistemáticos en las distintas licitaciones, hayan ofrecido una explicación alternativa razonable.

En el presente caso, sin embargo, concurren circunstancias singulares que lo distinguen de los supuestos mencionados. Así, en ninguno de los documentos mencionados aparece una referencia a la recurrente, sin que tampoco de su documentación pueda deducirse que ha intervenido en este tipo de prácticas, o realizado pago alguno por ellas. Además, ninguna otra empresa se refiere específicamente a la recurrente como miembro del cártel, subrayando que la confesión de PAS, que reconoce que la licitación objeto de examen en este proceso estuvo sujeta a un pacto colusorio, en ningún momento menciona a la recurrente como integrante del mismo. Circunstancia muy particular que concurre en este caso, es que, a diferencia de lo ocurrido en los supuestos en los que se ha confirmado la sanción, la recurrente no ha participado en una cadena de licitaciones, ya que sólo lo ha hecho en la que motiva estas actuaciones y sin que tampoco la CNC haya podido concretar en qué consistió el beneficio que obtenía la recurrente participando en este cártel, pues no fue adjudataria de la obra, ni consta que haya recibido pago o ventaja alguna por participar, facilitando la adjudicación fraudulenta de la obra.

Así las cosas, nos encontramos con que el único elemento con el que la CNC podría justificar la imposición de la sanción es el relativo a la cuantía de la baja ofertada por la recurrente. Dejando aparte la escasa entidad probatoria de este elemento aislado, debemos concluir que la explicación ofrecida por la recurrente sobre el hecho de que su baja fuera en realidad el 0% sobre el precio máximo de licitación, es decir, que no presentó baja alguna, es perfectamente razonable.



Por una parte, subraya la importancia, con la finalidad de mantenerse en el mercado y ser considerada por la Administración en ofertas futuras, de presentarse a las licitaciones a las que, como la presente, es invitada por la Administración. Por otra parte, señala que un examen económico de su particular situación, muestra que en caso de haber obtenido la adjudicación, hubiera debido subcontratar parte de las obras de rehabilitación de firmes, lo que unido al precio de fluctuación del betún asfáltico, con riesgo de pérdidas por ello entorno a 716.820 euros, le aconsejaba realizar una oferta conservadora, razón por la que procedió en la forma indicada.

A la falta de elementos probatorios suficientes por parte de la Comisión, se añade la falta de explicación sobre las razones por las que una empresa que se encontraba en idéntica situación que la recurrente, con la particularidad de que participó en dos licitaciones, no fue sancionada.

En estas circunstancias, procede estimar el recurso y anular la resolución recurrida.

QUINTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA , procede imponer las costas a la Administración demandada, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Estimamos el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la Administración demandada. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ , al tiempo de notificar la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma no cabe recurso de casación ordinario.

PUBLICACIÓN..- La anterior sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, en audiencia pública.