



Roj: **SAN 2197/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2197**

Id Cendoj: **28079230062014100285**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **16/05/2014**

Nº de Recurso: **643/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a dieciseis de mayo de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Cyes Infraestructuras S. A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Juan Luís Cárdenas Porras, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2011**, relativa sanción siendo la cuantía del presente recurso 130.395 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Cyes Infraestructuras S. A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Juan Luís Cárdenas Porras, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2011, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día seis de mayo de dos mil catorce.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2011, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 130.395 euros por resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de 17 de julio de Defensa.

SEGUNDO : La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:



"PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de la que son responsables...CYES INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada CONSTRUCCIONES Y ESTUDIOS, S.A.);... 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 a dichas licitaciones.

SEGUNDO. Imponer las siguientes multas a las autoras de la infracción:...

130.395€ a CYES INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada CONSTRUCCIONES Y ESTUDIOS, S.A.);..."

TERCERO : Antes de entrar en el examen de la cuestión de fondo, hemos de examinar las cuestiones relativas a la falta de competencia de la CNC y la omisión de solicitud del preceptivo informe a la Comunidad Autónoma, que, aunque no han sido alegadas en la demanda, han sido objeto de análisis en otras sentencias sobre la misma Resolución de la CNC.

Pues bien, el artículo 1 de la Ley 1/2002 de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia establece:

"Artículo 1 Puntos de conexión

1. Corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.

2. En todo caso, se considera que se altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, en los siguientes casos:

a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

b) Cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

3. Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma."

El artículo 5.4 de la misma Ley, determina:

"Cuatro. La Comisión Nacional de la Competencia, en el ejercicio de las funciones que le son propias, recabará del órgano autonómico informe preceptivo, no vinculante, a emitir en el plazo de veinte días, en relación con aquellas conductas previstas en los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia o los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea que, afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma..."

En sus fundamentos jurídicos, la Resolución impugnada, afirma:

"La aseveración de la Dirección de Investigación sobre la existencia de catorce carteles frente a uno en respuesta a las alegaciones de las partes ciertamente no puede ser compartida por el Consejo. Sin perjuicio de su carácter de infracción compleja en la que puedan subsumirse múltiples acuerdos, el Consejo no tiene duda de que se trata de una infracción única.

Estamos ante un mecanismo que opera repetidamente, con el mismo objeto y bajo las mismas pautas, en diversas licitaciones, sin perjuicio de que varíe el órgano que convoca la licitación o el territorio donde vaya a



situarse la obra. Puede considerarse que este mecanismo colusorio da lugar a diferentes acuerdos para cada licitación, pero cada uno de los acuerdos es parte de una estrategia única, como dedujo PAS tras la primera reunión a la que fue invitado. De hecho, se ha acreditado que en una misma reunión se han alcanzado acuerdos sobre licitaciones diferentes que han sido convocadas de manera próxima en el tiempo, a pesar de que no todas las empresas estaban seleccionadas para las mismas licitaciones. También se ha acreditado que el mecanismo de pago de compensaciones no funcionaba de manera independiente para cada licitación, sino que en ocasiones las empresas compensaban entre sí pagos de diferentes licitaciones.

La diversidad de empresas participantes en este mecanismo colusorio y el hecho de que no estén todas presentes en todas las licitaciones no impide mantener la calificación de infracción única. Primero, porque la participación depende no sólo del interés de la empresa en participar, sino también de que fueran previamente convocadas por el órgano licitador para participar en el procedimiento restringido. De ahí las manifestaciones de determinadas empresas, como SAIZ, EIFFAGE o SORIGUÉ de que, supuestamente desconocedoras del mecanismo colusorio, tras ser preseleccionadas para la licitación recibieron la invitación a participar en el mismo. Por otro lado, el hecho de que no se muestre interés en acudir a una licitación no quiere decir que la empresa no sea participe en la colusión. Lo será si, cuando acude a la licitación -y resulta seleccionada- entra en el juego del mecanismo colusorio.

Segundo, porque no se debe perder de vista que, tal y como han caracterizado las propias partes, en este mercado hay numerosas empresas de alcance regional que solo tienen incentivo a participar en licitaciones que les son más próximas.

Tercero, porque hay un grupo significativo de empresas que aparecen con más asiduidad en las licitaciones donde la colusión ha sido acreditada y que coinciden, de acuerdo con algunas manifestaciones, con aquellas que han efectuado las invitaciones para participar en las reuniones y en el mecanismo descrito.

En definitiva, sin perjuicio de la responsabilidad que en su caso corresponda a cada parte, estamos ante una única infracción del artículo 1 de la LDC. Como se deduce de los hechos acreditados, dicha infracción ha afectado a licitaciones de rehabilitación de firmes y plataformas adjudicadas a lo largo de los ejercicios 2008 y 2009. Se trata además de una infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62.4.a) de la LDC y, como tal, merecedora de sanción."

La CNC afirma la existencia de un solo cártel, una única infracción, que excede del ámbito de una Comunidad Autónoma. La conducta que se imputa a las interesadas en el presente expediente, no es la participación en concretas licitaciones, sino su participación en un cartel. La circunstancia de una menor participación afectará a la graduación de la sanción, pero no a la imputación, que lo es, como decimos, la participación en el cártel.

No se han infringido los preceptos citados.

CUARTO : Los hechos que la CNC declara probados, que la Sala acoge como tales y que no han sido desvirtuados, en cuanto son especialmente relevantes, son los siguientes:

"CYES INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada CONSTRUCCIONES Y ESTUDIOS, S.A.) (CYES). Empresa constructora valenciana especializada en el ámbito portuario, desarrolla proyectos de edificación e infraestructuras de obra civil (autovías, carreteras, obras ferroviarias, puentes, estructuras y cimentaciones, aeropuertos, obras hidráulicas y urbanización), conservación, mantenimiento de infraestructuras, ingeniería, concesiones, medio ambiente y servicio. La empresa matriz es Cyes Inversión y Gestión S.L."

Respecto a los hechos imputados, destacamos:

"Las licitaciones objeto del expediente sancionador están relacionadas con la rehabilitación, el refuerzo, la conservación y el mantenimiento de firmes.

Los demandantes de estos servicios son las Administraciones Públicas, que para su contratación de acuerdo con la LCSP recurre a procedimientos de licitación. Los procedimientos más habituales para la adjudicación de estas obras son el procedimiento abierto y el procedimiento restringido.

La clasificación requerida habitualmente para contratar en licitaciones cuyo objeto es una obra de rehabilitación o refuerzo de firmes y plataformas es la clasificación G4f: "G" (grupo: viales y pistas); "4" (subgrupo de actividad): "con firmes de mezclas bituminosas" y "f" (presupuesto de la obra contratada, o anualidad media si el contrato es superior al año): a partir de 2.400.000 euros. También en alguna ocasión se requiere la clasificación G5f. El "5" responde al subgrupo de actividad "señalizaciones y balizamientos viales".

El número de empresas que tiene o está en condiciones de obtener esta clasificación es elevado, lo que supone que la oferta de estos servicios se encuentra relativamente atomizada. Junto a empresas de mayor tamaño que operan a escala nacional, existen numerosos operadores de ámbito local y dimensiones reducidas.



Para la realización de este tipo de obras se emplea, además de maquinaria, mezclas bituminosas entre otros materiales. Algunas empresas se encuentran verticalmente integradas, esto es, prestan servicios de rehabilitación y refuerzo de firmes empresas que a su vez producen los asfaltos.

Las empresas cuyas instalaciones se encuentran próximas al lugar en el que han de realizarse las obras de rehabilitación pueden contar por ello con una cierta ventaja comparativa de costes en la licitación. No es infrecuente tampoco que presenten ofertas a las licitaciones empresas integradas en UTE que buscan complementar sus capacidades o aprovechar la ventaja competitiva del socio local.

Según cifras del Ministerio de Fomento (folios 2.049 a 2.225), a nivel nacional entre 2007 y 2009 se licitaron 141 obras de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, en los que se presentaron un total de 380 empresas.

Por su parte, según cifras de PROVILSA (folios 1.789 a 1.809) en Castilla y León entre 2007 y 2009 se licitaron 25 obras de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, en los que se presentaron un total de 52 empresas"

Continúa la Resolución:

"Reunión del 16 de diciembre de 2008, en lugar indeterminado (folio 1.111). Los documentos "Archivos Excel sobre siete licitaciones" de los folios 1.994 a 2.007 en su esquina superior derecha (celdas E7, F7 y G7) contienen el siguiente texto: "Fecha Reunión..... 16/12/2008". En esta reunión, que se desconoce dónde tuvo lugar, participaron las 34 empresas recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" (folio 1.111). Algunas de estas empresas estuvieron representadas por la misma persona, escribiendo cada participante en la reunión su nombre y su número de teléfono en el documento de PADECASA (folio 1.111). El objeto de esta reunión habría sido alcanzar un acuerdo sobre el vencedor y las oferta a presentar en cada una de las siete licitaciones públicas recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" (folio 1.111), también incluidas en el Archivo Excel "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984). Se trataría de licitaciones de obras en las siguientes provincias:

- o Alicante.
- o Albacete.
- o Ávila.
- o Cantabria.
- o Murcia.
- o Soria.
- o Valencia.

(134) Como se refleja en el folio 1.111, las empresas participantes en esta reunión fueron:

1. CYES.
2. GUEROLA.
3. SENOR.
4. EMILIO BOLADO.
5. ASCAN.
6. PAVASAL.
7. COPISA.
8. PROBISA.
9. HORMIGONES MARTÍNEZ.
10. PAVIMENTOS DEL SURESTE (PADELSA).
11. EOC.
12. MISTURAS.
13. EXTRACO.
14. PAS.



15. SORIGUÉ.
16. BECSA.
17. RAFAEL MORALES.
18. TEBYCON.
19. CONALVI.
20. ARCEBANSA.
21. GEVORA.
22. CONTRATAS IGLESIAS.
23. ELSAN.
24. ÁLVARO VILLAESCUSA.
25. PABASA.
26. EUROASFALT.
27. TRABIT.
28. ECOASFALT.
29. VÍAS Y CONSTRUCCIONES
30. EIFFAGE.
31. HERGONSA.
32. OCA.
33. OHL.
34. PADECASA.

Posteriormente varias partes han reconocido en sus alegaciones que la reunión fue convocada en el marco de la Asociación de Fabricantes de Mezclas Asfálticas para la Construcciones y Obras Públicas (ASEFMA) (folio 5654, 8524)."

La licitación en la que participó la recurrente, se describe en la Resolución impugnada en los siguientes términos:

"32-A-4240 (ALICANTE) "A7, N-340 y N-332. Rehabilitación de firme"

Según la información facilitada por el Ministerio de Fomento como contestación al requerimiento de información formulado por la Dirección de Investigación de fecha de 21 de mayo de 2010 (folio 2.049), la licitación fue convocada el 4 de septiembre de 2008, siendo el objeto de la misma la rehabilitación de firmes de la A-7, N-340 y N-332. El presupuesto máximo de la licitación se fijaba en 10.104.800,95 euros, siendo invitadas 16 empresas (cuatro de ellas formando dos UTE) a presentar 14 ofertas económicas. La ejecución de la obra fue adjudicada a PAVASAL con fecha de 28 de mayo de 2009 con una oferta de 9.601.581,86 euros, equivalente a una baja del 4,98%.

Las 16 empresas licitantes (cuatro de ellas en dos UTE) y sus correspondientes ofertas fueron: ARCEBANSA, S.A. 9.953.228,94 euros y baja 1,5%; ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A. 9.800.646,43 euros y baja 3,01%; BECSA, S.A. (en UTE con RAFAEL MORALES, S.A.) 9.705.660,84 euros y baja 3,95%; CYES INFRAESTRUCTURAS, S.A.

(anteriormente denominada CONSTRUCCIONES Y ESTUDIOS, S.A.) (en UTE con ASFALTOS GUEROLA, S.A.) excluidos; CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ, S.A. 9.650.084,9 euros y baja 4,5%; COPISA CONSTRUCTORA PIRENAICA, S.A. 9.845.107,56 euros y baja 2,57%; ECOASFALT, S.A. 9.797.000,01 euros y baja 3,05%; EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A. 9.909.777,92 euros y baja 1,93%; GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A. 10.011.836,78 euros y baja 0,92%; MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A. 10.000.720,76 euros y baja 1,03%; PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A. 9.601.581,86 euros y baja 4,98%; PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS, SL. (anteriormente denominada PAVIMENTOS ASFÁLTICOS SALAMANCA, S.L.) 9.993.648,14 euros y baja 1,1%; PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. (anteriormente denominada PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.A.) 10.072.396 euros y baja 0,32%; y SORIGUÉ, S.A. 9.975.459,5 euros y baja 1,28%.



En relación a la oferta de CYES (en UTE con GUEROLA), que fue excluida de la licitación, podría considerarse que su exclusión habría sido consecuencia de una "baja temeraria" provocada por el resto de empresas participantes como se ha descrito anteriormente. Sin embargo, estas empresas constan como participantes en la reunión del 16 de diciembre de 2008 en la que se acordó la modificación de las ofertas de esta licitación (folio 1.111).

La oferta vencedora habría sido acordada por el cártel en la reunión del 16 de diciembre de 2008. Durante la reunión cada una de las 16 empresas participantes habría informado a las demás de la oferta económica, concretamente de la baja, que tendría preparada para presentar en la licitación, averiguándose que la empresa adjudicataria sería PAVASAL con una baja del 30,6%. Las bajas que habrían presentado cada empresa están recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" en la parte superior del folio 1.111.

Conocido el vencedor de la licitación, las empresas participantes habrían acordado que la empresa que iba a resultar adjudicataria (PAVASAL) ofertaría una baja de 4,98%, mientras que las 15 empresas restantes ofertarían bajas inferiores. Fijada la baja vencedora se procedería a calcular la diferencia entre el presupuesto inicial vencedor y el nuevo presupuesto, obteniéndose la cantidad a repartir y la parte correspondiente a cada una de las participantes, para ello se utilizaría la Hoja de Excel encontrada en la inspección de la sede de MISTURAS preparada para esta licitación (folio 1.996). Completando esta hoja de cálculo con los datos manuscritos del documento de PADECASA (folio 1.111) y el presupuesto máximo de la licitación (10.104.800,95 euros) se obtiene el siguiente resultado....

De esta manera, la cantidad a repartir entre las 16 empresas, pertenecientes al cartel y participantes en esta licitación, por modificar sus ofertas económicas ascendería a 2.534.284,07 euros, repartida proporcionalmente entre las empresas en función de las bajas que habrían ofertado sin acuerdo.

Si se combina la información del documento manuscrito de PADECASA (folio 1.111), con la información contenida en la hoja de cálculo "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984) y con los datos oficiales de la licitación (folio 2.049), partiendo de que la empresa adjudicataria de la obra fue PAVASAL y de que en la hoja de cálculo preparada para esta licitación (folio 1.996) se incluía también a esta empresa, se deduce que en las notas manuscritas de la reunión de 16 de diciembre de 2008 se habría confundido PABASA con PAVASAL.

De la hoja de cálculo de "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984), se obtiene que, para esta licitación, los pagos a recibir EXTRACO y MISTURAS por modificar su oferta económica serían 214.902,29 euros (celda I8, folio 1.984) y 215.879,12 euros (celda I10, folio 1.984) respectivamente, por lo que basándonos en estas cifras se puede calcular que la "Suma Bajas" (celda E49, folio 1.996) tendría que ser 259,44 y, por tanto, que la baja competitiva de MISTURAS habría sido 22,1% y la baja de ELSAN habría sido 11,79%.

Estos pagos a recibir por MISTURAS y EXTRACO por valor de 215.879,12 euros (celda I10, folio 1.984) y 214.902,29 euros (celda I8, folio 1.984) de PAVASAL se han encontrado en las contabilidades de cada empresa (folios 2.231 y 2.576) en los respectivos extractos de cuenta por cliente de PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA S.A.

En primer lugar, el pago de PAVASAL a MISTURAS por valor de 215.879,12 euros se contabiliza en un apunte en la contabilidad de MISTURAS con fecha de 31 de julio de 2009 y concepto "N/FRA. 200001860001", por valor 347.162,36 euros (folio 2.231) que corresponde a la suma de los pagos que PAVASAL debe realizar a MISTURAS por la licitación pública de Alicante (32-A-4240) por valor de 215.879,12 euros (celda I10, folio 1.984) y por la licitación de Valencia (32-V-5870) por valor de 131.283,24 euros (celda H10, folio 1.984). Cabe puntualizar, que la licitación de Valencia también fue adjudicada a PAVASAL y acordada por el cártel, generando los correspondientes pagos de esta empresa a las restantes participantes. La cantidad del apunte contable de MISTURAS por estas dos licitaciones, 347.162,36 euros, se recoge en la hoja de cálculo "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984) en las celdas K10 y M10. Esta cantidad de 347.162,36 euros habría sido abonada por PAVASAL a MISTURAS mediante dos pagarés por valor de 173.581,18 euros cada uno con vencimientos el 30 de noviembre de 2008 y 30 de abril de 2010 respectivamente (folios 2.253 y 2.254).

En segundo lugar, el pago de PAVASAL a EXTRACO por valor de 214.902,29 euros se contabiliza en un apunte en la contabilidad de EXTRACO con fecha de 31 de julio de 2009 y concepto "N/FRA. 001007530001", por valor de 345.249,33 euros (folio 2.576) que corresponde a la suma de los pagos que PAVASAL debe realizar a EXTRACO por la licitación pública de Alicante (32-A-4240) por valor de 214.902,29 euros (celda I8, folio 1.984) y por la licitación de Valencia (32-V-5870) por valor de 130.347,04 euros (celda H8, folio 1.984). La cantidad del apunte contable de EXTRACO por estas dos licitaciones, 345.249,33 euros, se recoge en la hoja de cálculo "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984) en las celdas K8 y M8."

QUINTO : Previamente a la calificación jurídica de la conducta hemos de examinar dos cuestiones, la relativa a la valoración de la prueba y la prueba de indicios.



La conducta por la que se sanciona a la ahora recurrente, que la CNC entiende tipificada en el art. 1 de la Ley 15/2007 es la participación en la organización de un mecanismo para acordar ofertas en las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas. Este mecanismo de coordinación operaba en licitaciones organizadas en base al procedimiento restringido; entre las empresas invitadas a presentar oferta económica se producían contactos y reuniones, que tenían por objeto analizar, para una o varias licitaciones, las ofertas que las empresas invitadas a cada una de ellas tenían previsto presentar en condiciones competitivas.

Conocidas las bajas competitivas y la empresa que habría resultado vencedora sin acuerdo, se mantiene a la misma pero se acuerda una nueva baja para el vencedor mucho más reducida que la que habría ofertado en condiciones de competencia. El resto de empresas realizarían ofertas con bajas inferiores a la acordada para la vencedora. No se ha establecido si existe algún método sistemático para calcular la nueva baja a ofertar por la empresa adjudicataria, pero en todos los casos sería más reducida que las bajas competitivas recogidas en los documentos manuscritos de las reuniones.

Pues bien, valorando la prueba en su conjunto, tanto los documentos como la confesión de los hechos de algunas implicadas, como la operativa en las licitaciones, los participantes, adjudicatarios y las rebajas, se llega, sin duda, a la conclusión de que el relato fáctico anterior ha quedado plenamente probado y que la recurrente participó en un acuerdo.

En cuanto a la prueba de indicios, es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos, comportamiento de la actora en la licitación y la propia confesión de algunas implicadas -, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan.

Efectivamente, el que la recurrente hubiese sido excluida de la licitación por ofertar un plazo de ejecución que implicaba automáticamente su exclusión, no altera la existencia de un acuerdo y que la empresa ganadora de la licitación fuese la que se acordó, pues la recurrente, como indica en la demanda, ofertó un plazo de ejecución que hacía imposible que fuese adjudicataria, y por ello no suponía una real competencia respecto de las demás participantes.

Tampoco es relevante que el empleado que asistió a la reunión en la que se adoptaron los acuerdos, no fuese apoderado de la actora. Lo cierto es que, tras la participación del empleado en la reunión, la recurrente concurrió a una de las licitaciones afectadas por el cártel, lo que pone de manifiesto su participación en el mismo.

En cuanto a la modificación de los hechos por la CNC, pues la Dirección determinó la existencia de catorce cárteles y la CNC sólo uno, no se trata de alteración de los hechos sino de valoración de los mismos, esto es, de su interpretación, y sin que tal calificación sea sustancial a los hechos imputados, por esta razón no es de aplicación el artículo 54.1 de la LDC , sin que fuera necesario someter la cuestión a las partes.

El artículo 1 de la Ley 15/2007 :

"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."*



De los hechos relatados resulta la existencia de diferentes acuerdos, insertos, como señala la CNC, en una estrategia global, que de forma efectiva modificaron los precios en las distintas licitaciones.

Respecto del mercado afectado, la Sala comparte las apreciaciones de la CNC:

"En el párrafo 100 del PCH la Dirección de Investigación sitúa el mercado relevante en el ámbito de las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.). No obstante, en su explicación aporta cifras de la inversión total en conservación de infraestructuras, en particular en carreteras, que puede incluir otros conceptos. Además, en su requerimiento de información a las partes sobre volumen de negocios solicitó las cifras correspondientes a las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas."

Respecto a la conducta:

"La aseveración de la Dirección de Investigación sobre la existencia de catorce carteles frente a uno en respuesta a las alegaciones de las partes ciertamente no puede ser compartida por el Consejo. Sin perjuicio de su carácter de infracción compleja en la que puedan subsumirse múltiples acuerdos, el Consejo no tiene duda de que se trata de una infracción única."

Estamos ante un mecanismo que opera repetidamente, con el mismo objeto y bajo las mismas pautas, en diversas licitaciones, sin perjuicio de que varíe el órgano que convoca la licitación o el territorio donde vaya a situarse la obra. Puede considerarse que este mecanismo colusorio da lugar a diferentes acuerdos para cada licitación, pero cada uno de los acuerdos es parte de una estrategia única, como dedujo PAS tras la primera reunión a la que fue invitado. De hecho, se ha acreditado que en una misma reunión se han alcanzado acuerdos sobre licitaciones diferentes que han sido convocadas de manera próxima en el tiempo, a pesar de que no todas las empresas estaban seleccionadas para las mismas licitaciones. También se ha acreditado que el mecanismo de pago de compensaciones no funcionaba de manera independiente para cada licitación, sino que en ocasiones las empresas compensaban entre sí pagos de diferentes licitaciones."

La diversidad de empresas participantes en este mecanismo colusorio y el hecho de que no estén todas presentes en todas las licitaciones no impide mantener la calificación de infracción única. Primero, porque la participación depende no sólo del interés de la empresa en participar, sino también de que fueran previamente convocadas por el órgano licitador para participar en el procedimiento restringido. De ahí las manifestaciones de determinadas empresas, como SAIZ, EIFFAGE o SORIGUÉ de que, supuestamente desconocedoras del mecanismo colusorio, tras ser preseleccionadas para la licitación recibieron la invitación a participar en el mismo. Por otro lado, el hecho de que no se muestre interés en acudir a una licitación no quiere decir que la empresa no sea participe en la colusión. Lo será sí, cuando acude a la licitación -y resulta seleccionada- entra en el juego del mecanismo colusorio."

Segundo, porque no se debe perder de vista que, tal y como han caracterizado las propias partes, en este mercado hay numerosas empresas de alcance regional que solo tienen incentivo a participar en licitaciones que les son más próximas."

Tercero, porque hay un grupo significativo de empresas que aparecen con más asiduidad en las licitaciones donde la colusión ha sido acreditada y que coinciden, de acuerdo con algunas manifestaciones, con aquellas que han efectuado las invitaciones para participar en las reuniones y en el mecanismo descrito."

En definitiva, sin perjuicio de la responsabilidad que en su caso corresponda a cada parte, estamos ante una única infracción del artículo 1 de la LDC. Como se deduce de los hechos acreditados, dicha infracción ha afectado a licitaciones de rehabilitación de firmes y plataformas adjudicadas a lo largo de los ejercicios 2008 y 2009. Se trata además de una infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62.4.a) de la LDC y, como tal, merecedora de sanción."

Respecto a la duración, compartimos la apreciación de la CNC:

"Pero es que, además, los acuerdos sancionados operan como un continuo. Como ya se ha expuesto, estos acuerdos constituyen un mecanismo que permite alterar el importe de las bajas de las licitaciones en beneficio de las empresas. Dado el carácter de juego repetido que tienen estas licitaciones de rehabilitación de carreteras, el mecanismo puede operar con cierta estabilidad. Ello se deduce de los hechos probados, donde se comprueba cómo operó en licitaciones convocadas en diferentes momentos temporales y adjudicadas a lo largo de 2008 y 2009, periodo en el que se sitúa la infracción."

Todo ello sin perjuicio de que, como luego veremos, a cada empresa deba atribuírsele una duración específica a efectos de la imputación de volumen de ventas afectado para el cálculo del importe básico de la sanción... Para el cálculo del volumen de ventas afectado y a la vista de las fechas de convocatoria y adjudicación de las



licitaciones para las que la colusión se ha acreditado, se toma en cuenta el volumen de negocios de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de carreteras de la siguiente forma:

- Para las empresas que sólo han participado en la licitación convocada y adjudicada por PROVISA en 2009, se toma la mitad del volumen de negocios de ese ejercicio. Esa misma proporción se toma para las empresas que han tomado parte solo en licitaciones adjudicadas en 2008.

- Para las empresas que han participado en licitaciones adjudicadas en 2009 acordadas en la reunión de 16 de diciembre de 2008, se toma el importe equivalente a un mes de facturación de 2008 (prorrateando entre 12 el volumen de ventas de ese ejercicio) y el volumen de negocios de 2009.

- Para las empresas que han participado en licitaciones adjudicadas en 2008 y 2009, se toma la mitad del volumen de negocios de 2008 y el volumen de negocios de 2009."

SEXTO : Respecto de la presunción de inocencia, ha quedado desvirtuada, como hemos expuesto antes, por la actividad probatoria descrita. Hemos de añadir, además, lo declarado en nuestra sentencia de 8 de abril de 2013, recurso 655/2011 :

"La valoración que hace la CNC se sustenta en el conjunto de elementos probatorios, analizados y descritos en la resolución impugnada. Estos elementos aisladamente considerados, como si solo y exclusivamente existiera uno de ellos no bastan para probar la conducta de la recurrente, pero la suma de estos si constituye prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia de la recurrente. El TGUE en la sentencia Siemens/ Comisión de 3 de marzo de 2011 recordó que "según la jurisprudencia, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, la prueba de un cartel puede nacer de un conjunto de indicios concordantes (véase el anterior apartado 48). En consecuencia, Siemens no puede pretender que se desestime tal prueba alegando que, considerados de forma aislada, los indicios específicos invocados por la Comisión no bastan para demostrar los comportamientos que se le imputan. En efecto, por definición, los componentes específicos que forman parte de ese conjunto concordante de indicios presentados por la Comisión, considerados de forma aislada, no pueden constituir pruebas completas de ese comportamiento".

En relación con la culpabilidad, afirma la recurrente, no era su intención entrar en el tipo de prácticas que enjuiciamos. Ahora bien, lo cierto es que la recurrente participó en una reunión y en una licitación; y, por ello, en un caso, aplicó la mecánica que describimos. Afirmar que un proceso tan complejo y que necesita de comportamientos perfectamente coordinados pueda realizarse sin conciencia y conocimiento, es impensable. Tampoco podemos aceptar el desconocimiento de ilicitud de la conducta, pues es una operativa a, todas luces, contraria a Derecho.

La Resolución impugnada, razona la responsabilidad de la recurrente en los siguientes términos:

"CYES INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada CONSTRUCCIONES Y ESTUDIOS, S.A.) ha participado en una licitación (32-A-4240), en UTE con ASFALTOS GUEROLA, S.A. de la que fueron excluidos por el plazo ofertado.

No obstante, consta acreditado que en la reunión de 16 de diciembre de 2008 asistió un representante de la UTE conformada por GUEROLA Y CYES y que puso de manifiesto su oferta al resto de participantes. CYES manifiesta que esta persona sería un empleado no apoderado. CYES no tuvo conocimiento de la reunión ni dio instrucciones al respecto.

No puede aceptarse como estándar que la empresa solo quede involucrada en un acuerdo cuando quien acude a una reunión o expresa la intención comercial de la empresa es un apoderado de la misma. Un trabajador que acude en nombre de una empresa a una reunión también puede generar en los demás participantes la confianza de que lo que pone de manifiesto es la intención competitiva de la empresa y ello puede ser bastante para coordinar las estrategias competitivas y alterar la competencia en el mercado. Por ello el Consejo no puede acoger el argumento defendido por CYES."

Compartimos estos planteamientos. La responsabilidad de la recurrente se ha establecido de forma individual.

Respecto a la proporcionalidad hemos de considerar la afectación significativa al interés público, la concertación que examinamos alteró los precios de las licitaciones a cargo de fondos públicos, y existió un enriquecimiento sin causa para las empresas no adjudicatarias que participaron en la conducta, precisamente a cargo de dichos fondos públicos. Por otra parte, la conducta eludió las normas administrativas que garantizan la transparencia en la contratación administrativa y el acierto en la selección de la oferta más ventajosa, y tendió directamente a impedir su aplicación.

A la recurrente se le aplicado el porcentaje del 5%.



La actora no realiza alegación alguna sobre la mecánica en la cuantificación de la multa impuesta, ni en la demanda ni en conclusiones.

En cuanto al marco temporal para la aplicación de la sanción, resulta claro que debieron considerarse las cifras del año 2010, no las del 2009.

El artículo 62 de la Ley 15/2007 establece:

"4. Son infracciones muy graves:

a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales."

El artículo 63 de la misma Ley:

"1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a. Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b. Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."

De estos preceptos resulta que el año a considerar es, efectivamente el 2010, pero ello para la aplicación de los porcentajes del precepto anterior. La recurrente en ningún caso afirma que la multa impuesta haya excedido del 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, que sería el grado medio, ni razona que la cuantía aplicada sea desproporcionada, en relación al máximo del 10%, señalado. Tal omisión de toda argumentación impide a la Sala considerar que la cuantía impuesta en concepto de multa sea desproporcionada en el margen del 0% al 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

No podemos, por ello, apreciar desproporción en la cuantificación de la multa.

SEPTIMO : De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

Toda vez que se ha desestimado el recurso, procede imposición de costas a la recurrente conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Cyes Infraestructuras S. A.** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Juan Luís Cárdenas Porras, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2011** , debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos** , con imposición de costas a la recurrente.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.