



Roj: **SAN 1041/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:1041**

Id Cendoj: **28079230062017100099**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/03/2017**

Nº de Recurso: **78/2014**

Nº de Resolución: **121/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1041/2017,**
AAAN 804/2017

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000078 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00997/2014

Demandante: MUTERS SPAIN

Procurador: D^a. CONSUELO RODRÍGUEZ CHACÓN

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de marzo de dos mil diecisiete.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 78/14 promovido por la Procuradora D^a. Consuelo Rodríguez Chacón actuando en nombre y representación de **MUTERS SPAIN** contra la resolución de 26 de diciembre de 2013, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 319.100 euros por la comisión de una infracción única de la Ley de Defensa de la Competencia. Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la cual se acuerde:

"declare no ser conforme a derecho la resolución del Consejo de la CNMC de fecha 26 de diciembre de 2013.

Consecuentemente, anule la imposición de la multa sancionadora, subsidiariamente, reduzca la cuantía de la sanción impuesta, pues ésta no habría sido en ningún caso valorada."

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 15 de febrero de 2017.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución de 26 de diciembre de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se impuso a MUNTERS SPAIN, S.A.U una sanción de multa de 319.100 euros por la comisión de una infracción prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente S/0423/12 "MUNTERS", era del siguiente tenor literal:

PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia , constitutiva de una infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la misma Ley .

SEGUNDO.- Declarar responsables de dicha infracción a MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L. y a MUNTERS SPAIN, S.A.U y declarar responsables solidarios de la infracción cometida por MUNTERS SPAIN S.A.U. a MUNTERS AB, AB CARL MUNTERS, MUNTERS EUROPE AB y MUNTERS BELGIUM NV-SA.

TERCERO.- Imponer las siguientes sanciones a las autoras de la conducta infractora:

Trescientos diecinueve mil cien euros (319.100 €) a MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L.

Trescientos diecinueve mil cien euros (319.100 €) a MUNTERS SPAIN, S.A.U de la que responderán solidariamente MUNTERS SPAIN S.A.U. a MUNTERS AB, AB CARL MUNTERS, MUNTERS EUROPE AB y MUNTERS BELGIUM NV-SA.

CUARTO. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1) Por escrito de 17 de abril de 2012 el General Jefe de la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra (JAEMALET), en su calidad de órgano de contratación del expediente de contratación número 2 0911 2011 0173 00 *"adquisición de diverso material de campamento"* , remitió a la entonces Comisión Nacional de la Competencia diversa documentación relativa a dicho expediente por si se derivasen de la misma hechos que pudieran constituir conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

2) Con fecha 7 de mayo de 2012, la Dirección de Investigación requirió información a las empresas MUNTERS SPAIN y Manufacturas Metálicas Madrileñas (MMM) con el fin de determinar la posible existencia de indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, requerimientos que obtuvieron la respuesta por parte de dichas entidades que resulta de los folios 46 y siguientes del expediente administrativo.

3) El 11 de junio de 2012, la Dirección de Investigación decidió llevar a cabo una información reservada bajo la referencia S/0423/12; y, tras las actuaciones que igualmente constan, con fecha 3 de julio de 2012, acordó la incoación de expediente sancionador contra MUNTERS SPAIN y MMM por conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

4) Requerida diversa información, y ampliado el expediente sancionador contra las empresas MUNTERS AB, AB CARL MUNTERS, MUNTERS EUROPE y MUNTERS BELGIUM, integrantes del mismo grupo empresarial que

MUNTERS SPAIN, como responsables solidarios de las conductas contrarias a la competencia presuntamente realizadas por MUNTERS SPAIN, el 2 de abril de 2013, recayó pliego de concreción de hechos, frente al cual las empresas afectadas formularon las oportunas alegaciones. Y, con fecha 22 de mayo siguiente, la Dirección de Investigación dispuso el cierre de la instrucción.

5) En cumplimiento de lo prevenido en el artículo 50.4 de la Ley de Defensa de la Competencia, el 5 de junio de 2013, la Dirección de Investigación emitió propuesta de resolución, frente a la que las expedientadas presentaron las alegaciones que tuvieron por conveniente.

6) Elevada dicha propuesta, junto con el expediente administrativo, para su resolución al Consejo, éste dictó el acuerdo ahora recurrido el 26 de diciembre de 2013.

SEGUNDO.- En dicha resolución se reflejan como hechos probados, que

MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS, S.L. tiene como objeto social, entre otros, el diseño, investigación, desarrollo, fabricación, explotación, suministro, mantenimiento, reparación, ensamblaje, instalación, montaje, distribución, representación, exportación e importación, comercialización, compra y venta al por mayor y al por menor de todo tipo de electrodomésticos, maquinaria manual, eléctrica y electrónica, herramientas, vehículos, equipos informáticos, electrónicos, eléctricos de telecomunicación, telefonía, sonido, imagen, ordenadores, programas informáticos, mobiliarios, así como todo tipo de productos informáticos, ofimáticos, consumibles y productos afines; y que, entre otros productos, y en cuanto aquí interesa, comercializa generadores de aire caliente, cuyos componentes básicos adquiere a MUNTERS SPAIN.

La resolución recurrida analiza también el mercado de producto en relación con los acuerdos suscritos entre el Grupo MUNTERS y MMM respecto de las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa para el suministro de calentadores móviles de tiendas de campaña del Ejército de Tierra, y delimita el mercado afectado, tras las consideraciones que reproduce del pliego de concreción de hechos, en el de *"calentadores móviles en general, dado que las adaptaciones que requieren los calentadores móviles demandados por el Ministerio de Defensa no parecen ser tan particulares como para limitar significativamente que los fabricantes y comercializadores de calentadores móviles puedan adaptar las características de sus productos a las necesidades del Ministerio de Defensa en un corto periodo de tiempo"*.

Destaca, además, la circunstancia de que, en la propuesta de resolución, la extinta Dirección de Investigación, a la vista de las alegaciones presentadas, estimó necesario analizar en mayor profundidad la delimitación del mercado de producto relevante, que había dejado abierta en el pliego de concreción de hechos, y así entendía que debían delimitarse dos mercados de productos relevantes relacionados con los calentadores de aire móviles, verticalmente ligados entre sí: un primer mercado correspondería a la fabricación y comercialización mayorista de calentadores de aire móviles, en el que estaría presente MUNTERS pero no MMM por cuanto el producto ofertado por ésta *"... es sustancialmente idéntico al de MUNTERS"*; y un segundo mercado, que sería el de comercialización minorista de calentadores de aire móviles, en el que sí estarían presentes MMM, SUPEIM (otra de las empresas concursantes) y MUNTERS.

Indica la resolución recurrida que, aunque la delimitación exacta de ambos mercados se deja abierta, la Dirección de Investigación supuso que la adquisición de los calentadores de aire móviles por el Ministerio de Defensa con un color y unos accesorios específicos no impediría a MUNTERS poder ofertar sus propios calentadores directamente al mismo Ministerio si así lo desease, sin necesidad de introducir modificaciones sustanciales en su propio producto. De todo lo cual concluyó, que MUNTERS y MMM son competidores entre sí, como ya había advertido en el pliego de concreción de hechos, en el mercado de comercialización minorista de calentadores de aire móviles.

Hechas estas consideraciones sobre el objeto social de MANUFACTURAS METÁLICAS MADRILEÑAS y sobre el mercado afectado, el relato de hechos probados se centra en los relacionados con las conductas finalmente sancionadas, que tienen que ver con las licitaciones al Ministerio de Defensa, en particular, con la llevada a cabo en el año 2011, para lo cual la resolución parte de la información aportada por la ya citada Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra (JAEMALET), en su calidad de órgano de contratación.

De acuerdo con la misma, en todos los expedientes de contratación del Ejército de Tierra cuyo objeto era la adquisición de calentadores de tienda, convocados desde el año 2005 hasta el año 2010, resultó adjudicataria la empresa MMM.

La resolución sancionadora se refiere, en primer lugar, al expediente de contratación del Ministerio de Defensa de 2011 -aunque, como veremos, alude también al expediente de contratación de 2010-, e indica que, con fecha 18 de julio de 2011, se publicó en el BOE la Resolución de JAEMALET por la que se anunciaba el procedimiento para la contratación de diverso material de campamento (grupos electrógenos y calentadores de tiendas) en el

expediente de contratación número 2 0911 2011 0173 00. El expediente se dividía en dos lotes, siendo el lote 2 el relativo a los calentadores de tiendas ahora controvertido. A la adjudicación del mismo se presentaron siete empresas, de las que solo cuatro fueron aceptadas a licitación al ser las únicas que cumplían con los requisitos exigidos para ser objeto de calificación. Tales eran MMM, SUMINISTROS PENINSULARES IMPORTADOS, S.L. (SUPEIM), SUYFA y TECNOVE.

En dicho expediente, MMM presentó un certificado de MUTERS SPAIN de fecha 21 de julio de 2011, en el que ésta le autorizaba en exclusiva la distribución y venta al Ministerio de Defensa español, para el expediente indicado, del generador de aire caliente GRYP 25 AP/GALAXY 25 AP.

Al mismo tiempo, SUPEIM -otra de las empresas concurrentes- presentó un certificado de MUTERS BELGIUM de fecha 31 de agosto de 2011, por el cual le autorizaba la distribución y venta del generador de aire caliente GRYP 25 para el mismo expediente.

Relaciona a continuación la resolución recurrida las ofertas económicas presentadas por las empresas participantes en la licitación, y así,

MMM, 712.720 €.

SUPEIM, 483.800 €.

SUYFA, 514.480 €.

TECNOVE, 636.964 €.

Y recoge el informe del Vocal Técnico en el que se llevó a cabo la valoración de las ofertas técnicas presentadas en la fase de licitación, con las siguientes puntuaciones definitivas:

MMM, 2,34 puntos.

SUPEIM, 0 puntos.

SUYFA, 0 puntos.

TECNOVA, 0 puntos.

En el informe técnico se consideraron inaceptables las ofertas técnicas de las empresas SUPEIM, SUYFA y TECNOVA, por lo que obtuvieron 0 puntos.

Antes de resolverse el concurso, el 27 de septiembre de 2011, MMM presentó un escrito a la Mesa de Contratación del Ejército de Tierra al que adjuntaba unas declaraciones de MUTERS SPAIN en las que esta empresa afirmaba que MMM era la única distribuidora oficial en exclusiva del producto GRYP 25 AP/GALAXY 25 AP para el Ministerio de Defensa Español y que, por lo tanto, no suministraría dicho producto a ninguna otra empresa. Además, consta que el 29 de septiembre siguiente MUTERS EUROPE envió un correo a SUPEIM en el que ponía en su conocimiento que MUTERS SPAIN tenía un acuerdo con otra empresa para suministrar calentadores al Ejército Español, lo que significaba que MUTERS BELGIUM no podía entregar los equipos pedidos por SUPEIM.

Con fecha 28 de octubre de 2011, la Mesa de Contratación del Ejército de Tierra propuso la adjudicación del lote 2 a MMM por 712.720 €. Sin embargo, el Órgano de Contratación, apartándose de esta propuesta, resolvió el 10 de noviembre de 2011 adjudicar el lote 2 a SUPEIM por un importe de 483.800 €. Requerida el 7 de febrero de 2012 esta empresa a fin de formalizar el correspondiente contrato de suministro, SUPEIM presentó el 7 de marzo siguiente un escrito en el que solicitaba la retirada de su oferta, aduciendo como motivo para ello que su proveedor había roto el acuerdo comercial para el suministro de los equipos. Al mismo tiempo, denunciaba que las actuaciones por las que había tenido que retirar su oferta podrían constituir una infracción a la legislación de defensa de la competencia.

Directamente relacionado con ello, en el relato de hechos probados la resolución sancionadora refiere que el 13 de septiembre de 2011 MUTERS BELGIUM había emitido una carta de aclaración expresa confirmando el certificado de fecha 31 de agosto de 2011 por el cual autorizaba la distribución y venta del generador de aire caliente GRYP 25 para el mismo expediente a favor de SUPEIM. Dicha carta de aclaración fue presentada por SUPEIM como respuesta a su exclusión como licitadora del expediente por parte de la mesa de contratación, por no haber aportado certificado original del fabricante. Una vez realizada la subsanación mediante la presentación de la carta de aclaración, el órgano de contratación había revocado la exclusión y admitido a licitación la oferta de SUPEIM.

Por otra parte, con fecha 24 de enero de 2012, MUTERS SPAIN emitió un certificado en el que señalaba que autoriza a MMM la distribución y venta en exclusiva, durante 1 año a partir de la fecha de firma del certificado,

al Ministerio de Defensa español, del generador de aire caliente a gas-oil portátil serie GRYP 25 AP/GALAXI 25 AP (NATO RAL 6031), indicando en el mismo certificado que, puesto que MMM era la única empresa que ostentaba dicha exclusividad, se consideraría sin validez cualquier otro documento emitido a tal efecto.

Finalmente, alude la resolución también al expediente de contratación del Ministerio de Defensa de 2010 y pone de manifiesto que, de acuerdo con los documentos facilitados por JAEMALET, en el año 2010 se convocó otro expediente de contratación por procedimiento abierto cuyo lote 2 se refería también a la adquisición de calentadores de tiendas.

Las empresas participantes en esa licitación presentaron las ofertas que especifica, en concreto,

MMM, 178.180 €.

SUPEIM, 87.999,68 €.

ARPA, 157.530 €.

Para poder presentarse a este expediente de 2010, SUPEIM presentó un certificado emitido por MUTERS SPAIN de fecha 14 de septiembre de 2010 para la distribución y venta al Ministerio de Defensa español del calentador GRUP 25 AP/GALAXY 25 AP. Por su parte, MMM tenía un certificado de MUTERS SPAIN de fecha 6 de septiembre de 2010 para la distribución y venta en exclusiva de un pedido de 200 unidades del mismo producto al Ministerio de Defensa español.

En este expediente, además de la oferta económica, se hacía una valoración técnica y logística, cuya puntuación fue la siguiente:

MMM, 3,8324 puntos.

SUPEIM, 3,5824 puntos.

ARPA, 3,447 puntos.

También se puntuaba la mejora sobre el período de garantía, con el resultado de

MMM, 1 punto.

SUPEIM, 1 punto.

ARPA, 0 puntos.

Tras estas valoraciones, la adjudicación se hizo a favor de la oferta presentada por MMM.

De los hechos probados expuestos dedujo la CNC una conducta consistente en un acuerdo entre competidores de naturaleza anticompetitiva por objeto y efectos, tal y como describe en su fundamento de derecho cuarto, prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia al *"haber pactado la limitación de la competencia en las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa para la compra de calentadores móviles de tiendas de campaña"*. Y, frente a las alegaciones de las sancionadas, que sostenían que se trataba de un acuerdo vertical de los previstos en el artículo 2.4.a) del Reglamento (UE) 330/2010, al que resultaba de aplicación la exención prevista en dicho precepto, rechaza que los acuerdos adoptados entre MUTERS y MMM pudieran tener, en este caso concreto, tal carácter, pues se dirigieron a *"procurar un determinado resultado en el procedimiento de licitación"*. A este efecto anticompetitivo añade la resolución recurrida también un efecto lesivo en el mercado que se materializó en la imposibilidad de que SUPEIM se hiciera con el contrato convocado por el Ministerio de Defensa en 2011 pues, a pesar de presentar una oferta económicamente más competitiva que MMM (483.800 euros frente a 712.720 euros), y ser la adjudicataria inicial, no pudo formalizar el contrato de suministro como consecuencia de la estrategia común seguida conjuntamente por MUTERS y MMM que implicaba que MUTERS BELGIUM dejara de suministrar calentadores a SUPEIM, forzándole a renunciar a aquella formalización.

TERCERO .- Expuestos los antecedentes procedimentales que culminaron en la resolución sancionadora, así como los hechos que ésta considera probados y que constituyen la base de la imputación de MUTERS SPAINH, es preciso analizar los concretos motivos en los que la entidad actora fundamenta su pretensión anulatoria.

La recurrente cuestiona, en primer lugar, la descripción de los hechos que hace la resolución recurrida pues omite que, el acuerdo de exclusividad suscrito con MMM previo a la adjudicación del contrato impedía a MENTER SPAIN suministrar los calentadores a SUPEIM en el marco del expediente de contratación.

En segundo lugar, que SUPEIM conocía el acuerdo de exclusividad vigente entre MUTERS SPAIN y MMM desde, al menos, el 9 de agosto de 2011, seis meses antes de que JAEMALET le requiriese para la formalización

del contrato y, por tanto, SUPEIM contaba con opciones para adquirir productos análogos a los calentadores de MUTERS y concurrir con ellos a la licitación.

Finalmente, que en lugar de tratar de adquirir productos de los competidores de MUTERS SUPEIM trató de convertirse en distribuidor oficial de la marca MUTERS a través de la filial belga del grupo ocultándole la existencia del acuerdo de exclusividad entre MUTERS SPAIN y MMM.

Es cierto que la resolución recurrida no recoge estos hechos pero de aquí no se deduce, como se pretende, que cualquier perjuicio que se le hubiera podido ocasionar al órgano de contratación por tratar de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa se debe a la conducta de SUPEIM que en vez de procurarse el suministro del insumo requerido de las distintas opciones del mercado pretendió hacerse con los calentadores de MUTERS a toda costa.

En realidad, el informe del órgano de contratación de fecha 12 de abril de 2012 precisa que *"la cancelación del acuerdo comercial con el adjudicatario del contrato por parte de la filial belga del fabricante, se produce por la presión de la filial española, para impedir la adquisición del producto con la oferta más económica (un 32, %) que la de su representada, tal y como se desprende del correo electrónico remitido por Muters España de fecha 27/09/2011 y hora 11:13.*

Es más, en el correo de 22 de febrero de 2012 de Kruger a SUPEIM se dice "Los acuerdos comerciales de exclusividad del modelo Galaxi25AP-Gryp25AP (NATO), siguen vigentes entre Cleaning Machines, S. L., Manufacturas Metálicas Madrileñas, S. L., y Muters Spain S. A. U., y todas las delegaciones y fábricas de Muters en el mundo.

El único proveedor o suministrador de esta máquina para el Ministerio de Defensa Español es Manufacturas Metálicas Madrileñas, S. L.

No sigan insistiendo con este modelo de máquina porque nadie se lo va a suministrar a ustedes."

En ese mismo informe, el órgano de contratación destaca que SUPEIM S.L. en su escrito de retirada de la oferta, aporta copia de la página web del distribuidor en España (KRUGER) del fabricante MUTERS, de la que se desprende que es posible adquirir **un** ejemplar de los solicitados en el expediente, a un precio más ventajoso, que cada uno de los ofertados para adquirir 400 unidades de la empresa Manufacturas Metálicas Madrileñas, a la sazón señalado como distribuidor exclusivo para el Ministerio de Defensa.

Estos datos desvirtúan la trascendencia que la recurrente pretende dar a los hechos cuya omisión en la resolución recurrida denuncia.

CUARTO.- Sostiene en segundo lugar la demanda, que MUTERS SPAIN no compite entre sí con MMM y que la resolución recurrida no explica qué interés podría tener en controlar una licitación en la que nunca tuvo interés en participar.

Sobre esta primera cuestión ya nos hemos pronunciado en la sentencia de 22 de febrero de 2017 , rec. 99 / 2014 a cuyos razonamientos nos remitimos.

Pese a lo que afirma la actora, Munter SPAIN y MMM son competidoras porque operan en el mismo mercado de referencia, mercado que comprende *"la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos".*

Para justificar su planteamiento, es decir, que no son competidoras, la recurrente sostiene que los calentadores de Muters no pueden ser intercambiables o sustituibles con los calentadores modificados por MMM para su uso militar pues las características técnicas, precios y uso previsible de ambos productos son totalmente diferentes y, por lo tanto, las empresas que los fabrican o modifican no son competidoras entre sí, atendida la definición del parágrafo 10 de las Directrices de la Comisión sobre Acuerdos Horizontales.

Al respecto, conviene recordar que, conforme al artículo 1 (*Definiciones*) del Reglamento (UE) 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, *"A efectos del presente Reglamento, se entenderá por: a) «acuerdos verticales», los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios..."*.

En su artículo 2, y bajo la rúbrica "Exención", establece que *"1. Con arreglo al artículo 101, apartado 3, del Tratado y sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, se declara que el artículo 101, apartado 1, del Tratado no se aplicará a los «acuerdos verticales». Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan «restricciones verticales»". Y añade en el apartado 4 que "La exención prevista en el*

apartado 1 no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras. No obstante, se aplicará cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y: a) el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor y no una empresa competidora en el plano de fabricación, o b) el proveedor sea un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministre sus bienes y servicios en el nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales".

Sin embargo, la propia MUTERS SPAIN (folios 61 a 64 del expediente administrativo) reconoce que vende también a los clientes finales productos de los comercializados en España, es decir, interviene en el mercado minorista en competencia con MMM.

Ella misma explica las tres divisiones de productos que comercializa en España precisando que *"Los canales de venta de dichos productos son: Distribuidores - Centrales de compra y comercios minoristas - Instaladores e Ingenierías - Clientes finales"*, y precisa el porcentaje de venta que supone cada uno de dichos canales en las tres divisiones, porcentaje que, en el caso de clientes finales, oscila entre el 15% y el 35%.

Además, la resolución recurrida destaca que, en ocasiones, la propia MUTERS SPAIN se ha presentado a procedimientos de licitación para la adjudicación de contratos del sector públicos, de igual modo que ha vendido directamente sus productos a empresas del sector privado. Las dos empresas, MUTERS SPAIN y MMM no están en planos distintos y el acuerdo no establece las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios, sino que dicho acuerdo busca limitar la competencia de cara a las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa para la adquisición de calentadores de aire móviles. De hecho, MMM contesta en carta de 16 de mayo de 2012 a la Dirección de Investigación (folio 46) que *" el ámbito Geográfico: Exclusivo para la entrega de dicho expediente y para el Ministerio de Defensa.*

Punto 2 de su comunicado:

5.- Con relación a este producto la exclusividad se refiere a suministros para el expediente de referencia.

Puede concluirse, por ello, la intervención de MUTERS SPAIN en el mercado minorista y, por tanto, en competencia directa con MMM.

QUINTO.- MUTERS SPAIN insiste en que no opera en el mismo mercado de referencia que MMM y, por tanto, no es competidora con ella porque no se cumple ninguno de los requisitos establecidos en el párrafo séptimo de la Comunicación de la Comisión sobre definición de mercado relevante para la aplicación del derecho de la competencia comunitario de 9 de diciembre de 1997, según el cual el mercado de referencia *"comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables y sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos"*.

Sostiene la recurrente que sus calentadores no pueden considerarse intercambiables o sustituibles con los calentadores modificados por MMM para su uso militar, pues las características técnicas, precios y uso previsible de ambos productos son totalmente diferentes.

Pues bien, el resultado de la prueba practicada en el recurso contencioso administrativo nº 99/2014, interpuesto por Manufacturas Metálicas Madrileñas, mediante informe emitido por el Ingeniero Industrial D. Virgilio , confirma lo que MMM sostenía y que recoge la resolución recurrida, es decir, que los productos no sufren transformación alguna y que los accesorios, servicios y garantías establecidos en los pliegos de la licitación del Ministerio de Defensa no pueden ser considerados requisitos técnicos especiales.

Debemos destacar que la Sala valora en el presente recurso el citado informe emitido a instancia de MMM porque Muters Spain se personó en el citado recurso y tuvo oportunidad de formular alegaciones a dicho informe.

El informe referido explica que *"MMM ha sido proveedora del ejército de calefactores para tiendas de campaña modelo GALAXI 25 AP entre los años 2005 y 2010. Explica el técnico que para cumplir las condiciones establecidas en el pliego de condiciones técnicas del suministro fue preciso acompañar el equipo base con algunos elementos que se describen a continuación: funda de lona plastificada, saco para recoger los accesorios, manguera de poliamida, caperuza de chimenea y un termostato ambiente."*

Concluye el técnico que *"los equipos calefactores se suministran al ejército en las condiciones en que se reciben del proveedor CLEANING MACHINES SL, sin que se produzca alteración o modificación alguna en su constitución. Únicamente se incorporan al pedido los accesorios detallados anteriormente, estos accesorios se suministran físicamente separados del equipo sin ser ensamblados al mismo y envueltos en una bolsa preparada al efecto.*

Al menos existen tres fabricantes diferentes al del equipo de referencia, con distribuidores en la Comunidad Europea que se ajustan de la misma forma a las condiciones establecidas en el Pliego de condiciones técnicas para para el calentador de tiendas emitido por el Mando de Apoyo Logístico del Ejército con fecha 22 de febrero de 2011. Existen por lo tanto, al menos tres alternativas al producto de referencia con distribuidores en la Comunidad Europea."

Por lo tanto, podemos concluir que lo único que introduce MMM son unos accesorios pero no alteran ni modifican en su constitución los calentadores, de manera que el producto es el mismo y, en consecuencia, MUNTERS y MMM son competidoras entre sí y ambas entidades operan en el mismo mercado.

Sostiene la recurrente, para reforzar su tesis, de que no compite en el mercado que la resolución recurrida no explica por qué podría estar interesada en controlar el resultado de una licitación en la que jamás tuvo interés en participar.

Si examinamos la licitación de 2011, vemos como el 28 de octubre de 2011, la Mesa de Contratación del Ejército de Tierra propone la adjudicación del lote 2 a MMM por 712.720 € (folio 4), pero el Órgano de Contratación, con fecha 10 de noviembre de 2011, se aparta de la propuesta de la Mesa de Contratación y resuelve adjudicar el lote 2 a SUPEIM, por un importe de 483.800 € (folio 4). La notificación de la adjudicación a SUPEIM se realizó el 5 de diciembre de 2011.

Sin embargo, SUPEIM se vio obligada a renunciar a la adjudicación al no disponer de los calentadores pues MUNTERS hizo valer el llamado acuerdo de distribución exclusiva con MMM. De éste modo, la cancelación del acuerdo comercial con el adjudicatario del contrato por parte de la filial belga del fabricante, se produce por la presión de la filial española, para impedir la adquisición del producto con la oferta más económica (un 32,%). La adjudicación del contrato a MMM, su distribuidora se hace por 712.720 € frente a los 483.800 € que ofertaba la que resultó adjudicataria, SUPEIM.

Ese acuerdo de distribución exclusiva que otorga MUNTERS a SUPEIM excluye de la licitación a ésta al impedirla disponer de los calentadores que le suministraba MUNTERS BELGIUM. El interés de los acuerdos suscritos entre MUNTERS y MMM se encuentra en la voluntad conjunta de ambas de excluir a competidores en la licitación y, de manera directa, de la mercantil SUPEIM, a cuyo favor se pronunció inicialmente el órgano de contratación.

SEXTO.- Tales hechos integran una conducta típica, restrictiva de la competencia pues no es que MUNTER SPAIN estableciera un mecanismo de distribución de sus productos en España a favor de una empresa determinada o para un cliente concreto, sino que a través de ese acuerdo alteró la adjudicación de la licitación, impidiendo a la empresa más competitiva la formalización de un contrato que ya le había sido adjudicado y para el que su filial belga había proveído inicialmente el suministro de los calentadores. Esa actuación perjudicó además al órgano de contratación al que impidió seleccionar al licitador que presentara la oferta económicamente más ventajosa (SUPEIM), con el consiguiente incremento del gasto público

El acuerdo de distribución exclusiva de MUNTER SPAIN a favor de MMM integra un acuerdo horizontal entre competidores, constitutivo de una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC y, en consecuencia, la comisión de una infracción muy grave ex artículo 62.4.c de la LDC.

SÉPTIMO.- Denuncia la recurrente la infracción del principio de culpabilidad por no existir elemento intencional o volitivo. A su juicio, MUNTERS se limitó a dar cumplimiento a un acuerdo vigente de exclusividad sin prever que la denegación del suministro pudiera perjudicar a SUPEIM dada la existencia de alternativas en el mercado y que se limitó a anular el certificado de suministro de calentadores a SUPEIM cuando comprobó que ésta le había ocultado la exclusividad previamente otorgada a MMM.

Sin embargo, el elemento intencional se encuentra en que *el Órgano de Contratación, con fecha 10 de noviembre de 2011, se aparta de la propuesta de la Mesa de Contratación y resuelve adjudicar el lote 2 a SUPEIM, por un importe de 483.800 €, decisión que se notifica a SUPEIM el 5 de diciembre de 2011 y es el 24 de enero de 2012 cuando MUNTERS SPAIN emite un certificado (folio 69) en el que autoriza a MMM la distribución y venta en exclusiva, durante 1 año a partir de la fecha de firma del certificado, al Ministerio de Defensa español, del generador de aire caliente a gas-oil portátil serie GRYP 25 AP / GALAXI 25 AP (NATO RAL 6031). En este certificado precisa que siendo MMM la única empresa que ostenta dicha exclusividad, se considerará sin validez cualquier otro documento emitido a tal efecto, lo que impide a SUPEIM suministrar los calentadores y la obliga a renunciar al contrato.*

Esta actuación revela que los acuerdos suscritos entre MUNTERS y MMM se dirigían a la exclusión de competidores en la licitación y, de manera directa, de la mercantil SUPEIM, a cuyo favor se pronunció inicialmente el órgano de contratación.

OCTAVO.- En cuanto a la denuncia de la falta de proporcionalidad de la sanción, ésta se ha impuesto con arreglo a los criterios fijados en la "Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea" (BOE de 11 de febrero de 2009). Y por ese único motivo, esta Sección estima parcialmente el recurso porque la cuantía de la multa impuesta debe anularse al no respetar el principio de proporcionalidad por infracción del principio de jerarquía normativa a partir de un método de cálculo no conforme a Derecho, al realizarse al margen de lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley de defensa de la Competencia, como así se ha declarado por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013) y otras posteriores.

Procede por ello la estimación parcial del recurso en el único sentido de anular la sanción de multa impuesta y disponer se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a fin de que determine e imponga dicha multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, de la aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos por el Tribunal Supremo.

NOVENO .- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas dado el carácter parcialmente estimatorio del fallo.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo nº **78/2014**, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. María Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y en representación de la mercantil "**MUNTER SPAIN, S.A.**" contra la resolución dictada en fecha 26 de diciembre de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador S/0432/12 MUTERS, y, en consecuencia, se anula por ser contraria al ordenamiento jurídico pero en el único y exclusivo aspecto relativo a la cuantía de la multa impuesta que se deja sin efecto por ser contraria a derecho

2.- Disponer se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije el importe de la multa en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

Sin hacer expresa imposición de costas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 30/03/2017 doy fe.