

Id. Cendoj: 28079230062013100013
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 08/01/2013
Nº de Recurso: 656/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la Competencia.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a ocho de enero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 656/2011 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA** representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Sofía Pereda Gil contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 19 de diciembre de 2011 expediente S/00226/10 licitaciones de carreteras. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 1.859.885 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO : La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo el 5 de diciembre de 2011 contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 21 de mayo de 2012 solicitó " *dicte sentencia por la que estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta representación, declarando*

a) de estimarse los motivos contenidos en los fundamentos de derecho primero, segundo y/o tercero la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida por incurrir en los vicios de nulidad establecidos en el artículo 62.1 apartados e) y a) LRJ-PAC respectivamente, al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, por haberse vulnerado el derecho de defensa de mi representada

y/o por violar su derecho a la presunción de inocencia, o

b) de estimarse parcialmente el motivo contenido en el Fundamento Tercero, la nulidad parcial de la resolución recurrida en lo que respecta a la declaración de infracción respecto de la o las subastas en cuya concertación no se considere acreditada la participación de PASAVAL, reduciendo correspondientemente la sanción según lo expuesto en el Fundamento Quinto, o

c) subsidiariamente, de estimarse el motivo contenido en el Fundamento Cuarto, la anulación de la resolución en lo relativo al importe de la sanción impuesta a PAVASAL y su correspondiente reducción en los términos expuestos en el Fundamento Quinto de la presente demanda" .

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 29 de junio de 2012. No solicitado el recibimiento a prueba se presentaron conclusiones por las partes. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo el 16 de octubre de 2012, lo que se efectuó para el 11 de diciembre de 2012.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución de 19 de noviembre de 2011 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictada en el expediente S/00226/10 licitaciones de carreteras.

En la parte dispositiva declara acreditado la comisión por las empresas sancionadas de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 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"* . Declara responsable entre otras a la recurrente y acuerda imponerle una multa de 1.859.885 euros.

El mecanismo de coordinación operaba en licitaciones públicas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas organizadas en base al procedimiento restringido en el que las empresas invitadas a presentar una oferta económica en las referidas subastas celebraron reuniones con el objeto de poner en común para una o varias licitaciones las ofertas que presentarían bajo condiciones competitivas. Una vez conocidas estas bajas competitivas (o bajas iniciales) las empresas habrían acordado que la empresa que, de acuerdo con dichas bajas, hubiera resultado vencedora de la subasta, fuera efectivamente la adjudicataria final de la misma, pero acordando para todas las empresas una nuevas bajas (bajas modificadas) que serían las que efectivamente presentaría cada una de ellas y que serían inferiores a las que habrían presentado en condiciones de competencia. A continuación las bajas competitivas de cada empresa y la nueva baja acordada por el vencedor eran incluidas junto con el presupuesto máximo de cada obra (obtenido de los pliegos) en las hojas de cálculo preparadas para cada licitación, obteniéndose la diferencia monetaria a repartir y la cantidad correspondiente a cada empresa por participar en la licitación modificando su oferta económica prevista. (apartado 8 de los antecedentes de hecho).

Señala la CNC que al menos en 14 licitaciones públicas ha operado el citado

mecanismo. En lo que respecta a PAVASAL la resolución le imputa haber participado en 5 de las 14 subastas a las que se refiere la resolución: subasta 32-A-4240 (Alicante), 32-V-5870 (Valencia), 32-MU-5630 (Murcia) 32-AB-4420 (Albacete) y 32-LE-4000 (León).

En cuanto a los efectos señala que en al menos ocho de los catorce concursos analizados en este expediente, según obra en el HP 8, la conducta ilícita aquí perseguida ha ocasionado un perjuicio al erario público, a las cuentas públicas, y en definitiva a los contribuyentes que asciende a la cifra de 14.185.735,06 euros por la diferencia entre la baja que hubiera presentado en condiciones competitivas (alrededor de una media del 30% sobre el presupuesto máximo de licitación) y la finalmente presentada tras esa "subasta previa" (que se reducía en media a un 3% del presupuesto máximo de licitación)

SEGUNDO: Al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

1. Infracción de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

2. Vulneración del derecho fundamental de defensa por cambio de la calificación jurídica sin habersele dado audiencia.

3. Infracción del principio de presunción de inocencia, al sancionar a PAVASAL por su supuesta participación en prácticas colusorias en relación con las ofertas a presentar a cinco subastas, a pesar de que la CNC no ha aportado las pruebas necesarias para acreditar la participación de PAVASAL en la supuesta concertación en relación con ninguna de estas subastas.

4. Cuantía de la sanción.

TERCERO: La actora alega en primer lugar que la resolución es nula de pleno derecho porque se ha producido la infracción de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (art. 62.1.e) de la Ley 30/1992) porque según resulta del encabezamiento del acuerdo de la CNC, se adoptó el día 19 de octubre de 2011 por el Presidente y este no podía intervenir en la adopción del acuerdo porque el Real Decreto 1421/2011 de 14 de octubre acordó su cese.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2012 que se remite a las sentencias de 15 de marzo de 1991 y 19 de febrero de 2008 *"tienen el carácter de reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados las siguientes:*

a) Las que afectan a la convocatoria de los miembros componentes de tales órganos, en cuanto que afectan a la asistencia de los mismos y al preciso conocimiento de los asuntos a tratar en la correspondiente sesión.

b) Las que se refieren a la elaboración y ulterior comunicación del orden del día, en tanto que comprenden las materias objeto de deliberación y, en su caso, posterior aprobación.

c) Las que establecen un determinado quórum de asistencia y votación, en la medida que determinan la pormenorizada participación en la sesión de que se trate.

d) Las que comprenden el sentido preciso de la deliberación de los distintos asistentes, en orden a identificar la específica votación de cada uno de esos asistentes.

e) Las que determinan la concreta composición del respectivo órgano colegiado, con particular e ineludible intervención del presidente y del secretario, además de los vocales o restantes miembros, a los efectos de precisar el número, calidad y circunstancias de los mismos, con expresa nominación individual y con una específica y detallada referencia a la condición en que intervienen en cada caso, según las funciones que legalmente les puedan corresponder. "

En este caso a la vista de la citada jurisprudencia no puede apreciarse infracciones de las reglas esenciales de la formación de la voluntad de los órganos colegiados ya que no alega el recurrente vulneración de ninguna de estas reglas y en concreto en este caso de las establecidas en el artículo 26 a 30 del Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia aprobado por Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero referidas a la convocatoria , celebración de sesiones (presencia del Presidente y al menos tres Consejeros e inclusión en el orden del día), deliberación, y por último la adopción de acuerdo estableciendo el artículo 30 que *"Los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos de los miembros presentes. En caso de empate, éste será dirimido por el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia mediante su voto de calidad"*

Durante todas estas fases el Presidente del Consejo ostentaba tal condición, por lo tanto no se ha producido vulneración alguna de las reglas esenciales de la formación de la voluntad de ese órgano colegiado. Hay que tener en cuenta que la finalidad de este precepto es que en el proceso de formación de la voluntad del órgano colegiado se respeten las reglas esenciales del procedimiento. Una vez deliberado y votado el asunto, la formulación escrita del acto es la expresión de la decisión previamente adoptada, por lo que el hecho de que la resolución del Consejo se haya dictado días después del cese del Presidente no determina que se hayan vulnerado las reglas esenciales de formación de la voluntad de ese órgano colegiado ya que lo relevante a efectos de la declaración de nulidad es que en ese proceso (convocatoria, deliberación y votación) se respeten esas reglas esenciales teniendo tal carácter las fijadas por el Tribunal Supremo en sentencias de 15 de marzo de 1991 , 19 de febrero de 2008 , 9 de diciembre de 2011 y 23 de febrero de 2012 .

A esta misma conclusión llegamos en nuestra sentencia de 25 de octubre de 2012 dictada en el recurso 698/2011 en la que dijimos siguiente:

"Del propio texto del Acuerdo impugnado resulta que una vez levantada la suspensión "El Consejo de la CNC deliberó sobre el asunto en distintas sesiones y falló esta Resolución el 13 de octubre de 2011".

Resulta así que el texto es el reflejo de una decisión que ya había sido adoptada cuando el día 15 de octubre se publica en el BOE el Real Decreto 1421/2011. Aun dando por supuesto que la firma tuviera lugar el día 19 de octubre, esta no hace sino materializar el acuerdo deliberado y votado antes de publicarse el cese del Presidente de la CNC en el BOE. En el art. 31 del Real Decreto 331/2008 se establece que de cada sesión que celebre el Consejo de la CNC se levantará acta por el Secretario del Consejo, y que esta acta especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado y los puntos principales de las deliberaciones. Si bien dicha acta no figura en el expediente la Sala entiende que la referencia contenida en el Acuerdo a la deliberación recoge parte del

contenido de la misma.

Por otro lado, se habrían respetado, en cualquier caso, las reglas que en relación con el quórum necesario para adoptar acuerdos el Consejo de la CNC recoge el art. 26 del Real Decreto 331/2008 ".

Cita el recurrente la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2010 pero se refiere a un supuesto de defectuosa constitución del Tribunal calificador por la falta de asistencia del Secretario a la realización del tercer ejercicio exigiendo las bases de la convocatoria para la válida constitución del órgano colegiado la presencia del Secretario. En este caso no existe una defectuosa composición del órgano colegiado en el momento de la deliberación y votación del asunto.

Cita asimismo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de junio de 1994 asunto PVC C-137/92 pero también se refiere a un supuesto distinto referido al procedimiento de autenticación de los actos de la Comisión existiendo en ese caso un incumplimiento del artículo 12 del Reglamento interno vigente en aquel momento que establecía que *«los actos adoptados por la Comisión, en reunión o mediante procedimiento escrito, serán autenticados, en la lengua o en las lenguas en que sean auténticos, con las firmas del Presidente y del Secretario ejecutivo»* (apartado 74). En ese caso no constaban las citadas firmas y se consideró como un incumplimiento del requisito sustancial de forma ya que el *"El procedimiento de autenticación de los actos de la Comisión, constituye por sí mismo una garantía suficiente para controlar, en caso de impugnación, la correspondencia perfecta de los textos notificados o publicados con el texto adoptado por la Junta de Comisarios y, por lo tanto, con la voluntad de su autor. En efecto, en la medida en que este texto figura como anexo al acta y la primera página de ésta va firmada por el Presidente y el Secretario General, existe entre dicha acta y los documentos a los que se refiere un vínculo que permite tener seguridad respecto al contenido y la forma exactos de la decisión de la Junta"*. En este caso no existe duda que la resolución del Consejo expresa la voluntad del órgano colegiado que adoptó la misma al estar firmado por todas los Consejeros que intervinieron en la deliberación y votación del asunto.

CUARTO: Vulneración del derecho fundamental de defensa.

Considera el recurrente que se ha producido una modificación en la calificación de la infracción puesto que la Dirección de Investigación considera que existen 14 carteles y en cambio el Consejo considera que se trata de una infracción única. Entiende que ello le ha ocasionado indefensión ya que no se ha dado la oportunidad a las empresas imputadas de pronunciarse al respecto.

Aun cuando pudiera entenderse que ha habido una recalificación, no determinaría en ningún caso determinaría la anulación de la resolución recurrida dado que no se ha producido una alteración de los elementos fácticos contenidos en el pliego de cargos sino una distinta valoración jurídica de los mismos. Los hechos han permanecido inalterables y se basan en las mismas pruebas. Este cambio de calificación jurídica sin alterar los hechos contenidos en el pliego de cargos puede ser realizado por el Consejo, al estar previsto en el artículo 51.4 de la LDC siempre que se de audiencia al interesado. *" Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas"*. En este caso no se ha dado audiencia al interesado, pero no

razona el recurrente por qué se le ha causado indefensión, teniendo en cuenta que ni siquiera discute en el recurso contencioso-administrativo que la calificación efectuada por el Consejo sea incorrecta y asimismo para graduar la sanción impuesta se ha tenido en cuenta el número de subastas en que ha participado cada empresa.

QUINTO : Infracción del principio de presunción de inocencia, al sancionar a PAVASAL por su supuesta participación en prácticas colusorias en relación con las ofertas a presentar a cinco subastas, a pesar de que la CNC no ha aportado las pruebas necesarias para acreditar la participación de PAVASAL en la supuesta concertación en relación con ninguna de estas subastas.

Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T- 110/07 al referirse a la carga de la prueba:

45...."En atención a la naturaleza de las infracciones contempladas, así como a la naturaleza y grado de severidad de las sanciones correspondientes, el principio de la presunción de inocencia se aplica a los procedimientos relativos a violaciones de las normas de competencia aplicables a las empresas que pueden conducir a la imposición de multas o multas coercitivas (véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999 [TJCE 1999, 153] , Hüls/Comisión, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, apartados 149 y 150, y Montecatini/Comisión, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, apartados 175 y 176).

46 De este modo, es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión) , apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE , apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999 , Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Rec. p. II-93, apartado 47).

47 Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión , apartado 44 supra , apartado 63, y la jurisprudencia citada).

48 Además, 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 por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión apartado 44 supra , apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)."

Efectivamente como señala el recurrente en el escrito de demanda la documentación

recabada para acreditar la existencia de la infracción es incompleta pero ello no determina per se que no se considere acreditada la comisión de la misma ya que la resolución recurrida parte de elementos de prueba fragmentarios que engarza con un conjunto de indicios, correspondiendo examinar si esos indicios apreciados globalmente constituyen a juicio de esta Sala una prueba de infracción de las normas sobre competencia.

En lo que respecta a PAVASAL la resolución le imputa haber participado en la coordinación en 5 de las 14 subastas a las que se refiere la resolución: subasta 32-A-4240 (Alicante), 32-V-5870 (Valencia), 32-MU-5630 (Murcia) 32-AB-4420 (Albacete) y 32- LE-4000 (León)

La subasta de León fue licitada, ofertada y adjudicada con anterioridad a la reunión de 16 de diciembre de 2008 no existiendo constancia en el expediente documento alguno que acredite la existencia de una reunión de concertación.

Las subastas de Murcia, Albacete, Valencia y Alicante. Se refiere a ellas los apartados 4), 5), 6) y 7) del antecedente de hecho 6 de la resolución recurrida. En todas ellas según la CNC la oferta vencedora habría sido acordada en la reunión de 16 de diciembre de 2008. Durante esa reunión las participantes habrían informado a las demás de la baja que tendrían preparada para presentar a la licitación (baja inicial). Conocido el vencedor de esa subasta previa se acordaba la baja que la empresa que iba a resultar adjudicataria debía presentar (baja final) y se establecía la cantidad a repartir (diferencia entre el presupuesto inicial del vencedor y el nuevo presupuesto) y la parte correspondiente a cada una de las participantes. Todas las obras fueron licitadas en el año 2008 y adjudicadas en el año 2009.

Murcia: Presupuesto máximo de licitación 11.489.278,07 euros. Baja inicial 26,7% y final 5,37 %. La cantidad a repartir por modificar sus ofertas ascendería a .2.485.130,85 euros.

Alicante: Presupuesto máximo de licitación 10.104.800,95 euros. Baja inicial (la que hubiera ofertado sin acuerdo) de 30,6% y final (la ofertada tras el acuerdo) de 4,98%. La cantidad a repartir por modificar sus ofertas ascendería a 2.534.284,07 euros.

Albacete: Presupuesto máximo de licitación 2.367.823,88 euros. Baja inicial 21,15,7% y final 4,15 %. La cantidad a repartir por modificar sus ofertas ascendería a 402.530,06 euros.

Valencia: Presupuesto máximo de licitación 8.795.733,13 euros. Baja inicial 27,05% y final 5,25 %. La cantidad a repartir por modificar sus ofertas ascendería a euros.1.917.469,82 euros.

Se van a examinar por separado cada una de las subastas.

1) La subasta de León. La resolución recurrida se refiere a ella en el apartado 12) del antecedente de hecho 6 de la resolución recurrida (folio 59 y 60 de la resolución recurrida)

"12) 32-LE-4000 (León) «N-630 Rehabilitación estructural del firme L.P. Asturias-León. P.k. 87,10 al p.k. 142,60».

Según la información facilitada por el Ministerio de Fomento como contestación al

requerimiento de información formulado por la Dirección de Investigación de fecha de 15 de mayo de 2010 (folio 2083), la licitación fue convocada el 18 de enero de 2008, siendo el objeto de la misma la rehabilitación estructural del firme de un tramo de la N-630 entre Asturias y León. El presupuesto máximo de la licitación se fijaba en 6.103.859,35 euros, siendo invitadas 14 empresas a presentar 14 ofertas económicas. La ejecución de la obra fue adjudicada a Asfaltos de León con una oferta de 5.727.251,23 euros, equivalente a una baja del 6,17%.

Las 14 empresas licitantes y sus correspondientes ofertas fueron: Alvargonzález Contratas, SA 5.905.484 euros y baja de 3,25%; Asfaltos de León, SA 5.727.251,23 euros y baja de 6,17%; Construcciones y Obras Llorente, SA 5.733.965,47 euros y baja de 6,06%; Constructora Hormigones Martínez, SA 5.754.108 euros y baja de 5,73%; Contratas y Obras San Gregorio, SA 5.836.510,31 euros y baja de 4,38%; Copisa Constructora Pirenaica, SA 5.743.731,65 euros y baja 5,9%; Ecoasfalt, SA 5.798.056 euros y baja 5,01%; Extraco Construccions e Proxectos, SA 5.876.795,78 euros y baja 3,72%; Misturas Obras e Proxectos, SA 6.094.703,56 euros y baja de 0,15%; Ovisa Pavimentos y Obras, SL 5.932.951,29 euros y baja 2,8%; Pavalas Empresa Constructora, SA 5.921.353,96 euros y baja 2,99%; Probisa Tecnología y Construcción, SL (anteriormente denominada Probisa Tecnología y Construcción, SA) 5.841.393,4 euros y baja 4,3%; Sorigué, SA 6.103.859,35 euros y baja de 0%; y Trabajos Bituminosos, SL (anteriormente denominada Trabajos Bituminosos, S.A) 6.073.340,05 euros y baja 0,5%.

Las empresas participantes habrían acordado que la empresa que iba a resultar adjudicataria, Asfaltos de León, ofertaría una baja de 6,17%, mientras que las 13 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.

La veracidad del acuerdo descrito se obtiene del análisis de la hoja de cálculo de «Ingresos y Pagos 1.xls» de Misturas (folio 1984), en la que se recoge un pago de Asfaltos de León a Misturas y Extraco por valor de 66.226,87 euros (celda H28, folio 1984) y 66.226,87 euros (celda H26, folio 1984), con motivo de una licitación en «N-630-León» (celdas E26 y E28, folio 1984) por presentar ofertas modificadas superiores a la presentada por Asfaltos de León (baja de 6,17%), confirmando que el funcionamiento del cártel descrito en las licitaciones anteriores sería de aplicación también en ésta.

Estos pagos de Asfaltos de León a Misturas y Extraco no se han encontrado en las contabilidades de estas empresas.

Acerca de esta licitación también se observa que todas las empresas licitantes habrían participado en otras licitaciones pactadas ya acreditadas, salvo Alvargonzález, Collosa y San Gregorio, que únicamente aparecen en esta licitación, y Ovisa, aunque participa también en la licitación de la A-64 de ASTURIAS y es filial de Probisa. Estas empresas ofertan unas bajas de 3,25%, 6,06%, 4,38% y 2,8%, respectivamente".

Esta prueba se considera insuficiente para acreditar que PAVASAL intervino en la concertación de esta subasta ya que en el folio 1984 no se recoge pago alguno a PAVASAL con motivo de la licitación de León y por otra parte el hecho de que los licitantes en esta subasta lo fueran también en otras subastas para las que la CNC considera acreditada la existencia de una conducta colusoria no puede ser en ningún

caso una prueba válida de la existencia de concertación respecto de la subasta de León. Es necesario poner de relieve como señala el recurrente que no existe en la resolución y en el expediente ninguna prueba que permita a la CNC concluir que se produjera reunión alguna en la que participa PAVASAL ni que la misma comunicara o acordara por otro medio la baja que pretendía presentar en dicha subasta (ni iniciales ni supuestamente acordadas). De hecho, dos empresas que se presentaron únicamente a la subasta de León de entre las 14 objeto del expediente no han sido sancionadas por considerar la CNC que no disponía pruebas suficientes para ello. Así la CNC reconoce (folio 96) en relación con seis subastas entre la que se encuentra la subasta de León, que " *no se tiene información sobre quienes asistieron a las supuestas reuniones a las que la Dirección de Investigación alude, ni documentos fruto del acuerdo que mencionen a la totalidad de los participantes, ni el importe de la totalidad de las bajas inicialmente ofertadas*".

2). En relación a la subasta de Murcia adjudicada a PADELSA (apartado 6 del antecedente de hecho 6, folio 52 a 55 de la resolución recurrida). La resolución recurrida señala lo siguiente:

"En esta licitación, al igual que en la licitación de Valencia, la información contenida en el manuscrito de Padecasa (folio 1.111) es insuficiente para cumplimentar la tabla anterior, ya que faltarían las bajas iniciales que habrían ofertado Pavasal. En relación a Pavasal..., empresas de las que no se disponen las bajas iniciales que habrían ofertado, cabe señalar que las dos empresas estuvieron presentes en la reunión celebrada el 16 de diciembre de 2008 como se acredita en el documento manuscrito de Padecasa (folio 1.111). Además, estas empresas también han participado en otras licitaciones analizadas en este expediente, concretamente, Pavasal ha participado en las licitaciones de Alicante (32-A-4240), Albacete (32-AB-4420), Valencia (32-V-8570) y León (32-LE-4000)" (folio 55)

Por tanto los únicos indicios que acreditan según la relación de hechos probados la participación en la concertación de Pavasal en relación con esta subasta es que estuvo presente en la reunión de 16 de diciembre de 2008 y que ha participado en otras licitaciones analizadas en el expediente, no siendo admisible en derecho sancionador que se pretenda acreditar la participación en la concertación de una determinada subasta basándose únicamente en el hecho de haber participado en otras subastas. Tampoco se indica la existencia de apuntes contables en PAVASAL o la empresa adjudicataria en los archivos de otras empresas participantes que acrediten un flujo económico a favor de PAVASAL

2) En relación a la subasta de Albacete adjudicada a la UTE formada por BECSA Y RAFAEL MORALES (apartado 7 del antecedente de hecho 6 de la resolución recurrida folios 52 a 55). La resolución recurrida dice lo mismo que en relación a la subasta de Murcia en relación a Pavasal.

"En esta licitación, al igual que en las licitaciones de Valencia y Murcia, la información contenida en el manuscrito de Padecasa (folio 1.111) es insuficiente para cumplimentar la tabla anterior, ya que faltarían las bajas iniciales que habrían ofertado Pavasal (y otras) ".....

En relación a Pavasal (y otras) , de las que no se disponen las bajas iniciales que habrían ofertado en esta licitación, cabe señalar que las tres empresas estuvieron presentes en la reunión celebrada el 16 de diciembre de 2008 como se acredita en el documento manuscrito de Padecasa (folio 1.111). Además, estas empresas también

han participado en otras licitaciones analizadas en este expediente, concretamente, Pavasal ha participado en las licitaciones de Alicante (32-A-4240), Murcia (32 MU-5630), Valencia (32-V-8570) y León (32-LE-4000)."

Nos remitimos a lo razonado en el apartado anterior, señalando que esos de hechos probados no acreditan la participación de Pavasal en relación con esta subasta

3) En relación a la subasta de Alicante. (antecedente de hecho 4, folio 43-45 de la resolución recurrida) Esta obra fue adjudicada a PAVASAL aquí recurrente. En relación a esta subasta alega el recurrente que la baja inicial que PAVASAL habría comunicado no figura en el folio 1.111 en el lugar que debía figurar ya que según la CNC la baja inicial para la subasta de Alicante es una de las que figura en el renglón de la tabla correspondiente a PABASA/ EUROASFALT. Así indica que la resolución señala respecto de la supuesta baja inicial de PAVASAL para la subasta de Alicante, que "*se deduce que en las notas manuscritas de la reunión de 16 de diciembre de 2008 se habría confundido PABASA con PAVASAL*".

La CNC no se limita a realizar esa afirmación sino que recoge los elementos que le permiten llegar a esa deducción y así señala (folio 45) que "*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 1984) y con los datos oficiales de la licitación (folio 2049), partiendo de que la empresa adjudicataria de la obra fue Pavasal y de que en la hoja de cálculo preparada para esta licitación (folio 1996) 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*".

Hace referencia por tanto la CNC a apuntes en la contabilidad de Misturas y Extraco que corresponde a la suma de los pagos que PAVASAL debe realizar a los mismos por la licitación pública de Alicante, no dando el recurrente ninguna explicación alternativa a estos flujos económicos teniendo en cuenta que el ingreso coincide con el porcentaje establecido en la hoja de cálculo ingresos y pagos 1.xls de MISTURAS (folio 1984).

4) En relación a la subasta de Valencia (antecedente de hecho 5, folio 46-49 de la resolución recurrida) Esta obra fue adjudicada a PAVASAL aquí recurrente. En relación a esta subasta alega que la baja inicial de PAVASAL puede ser atribuida a ASCAN empresa cuyo nombre se encuentra en el renglón inmediatamente superior al de PAVASAL, pero entiende esta Sala que no es así y corresponde a PAVASAL al resultar adjudicataria en la subasta previa por presentar la baja inicial más baja, constando al igual que en la subasta de Alicante apuntes en la contabilidad de Misturas y Extraco que corresponde a la suma de los pagos que PAVASAL debe realizar a los mismos por la licitación pública de Valencia, no dando tampoco el recurrente ninguna explicación alternativa a estos flujos económicos teniendo en cuenta que coinciden con el porcentaje establecido en la hoja de cálculo ingresos y pagos 1.xls de MISTURAS (folio 1984).

Por lo tanto en lo que respecta a PAVASAL la resolución le imputa haber participado en la coordinación en 5 de las 14 subastas a las que se refiere la resolución: subasta 32-A-4240 (Alicante), 32-V-5870 (Valencia), 32-MU-5630 (Murcia) 32-AB- 4420 (Albacete) y 32-LE-4000 (León), considerando esta Sala que solo consta acreditado que ha participado en 2 de las 14 subastas: 32-A 4240 Alicante, 32-V-5870 Valencia,

El hecho de que se reduzca el número de licitaciones en que se considera que ha

participado, no afecta a la conducta imputada, sino sólo a la graduación de la sanción. De hecho el recurrente así lo recoge en su escrito de demanda en el que solicita como petición subsidiaria en su apartado b) que en el caso de que se considere que su participación ha sido menor se reduzca el importe de la sanción.

SEXTO: En cuanto al importe de la multa.

Alega el recurrente que el mercado afectado por los hechos debe limitarse a las 14 subastas objeto del expediente sin que pueda extenderse a la totalidad de la obra de rehabilitación licitada y ello porque no existe en la resolución ni en el expediente elemento de prueba que permita extender los eventuales efectos de los hechos objeto del expediente a la "totalidad de la obra de rehabilitación licitada". En relación a PAVASAL no puede tomarse en consideración su facturación en toda la obra de rehabilitación de firmes licitada puesto que respecto a la inmensa mayoría de las licitaciones de rehabilitación en las que la empresa ha intervenido en 2008 y 2009 no existen indicios de infracción.

La Comunicación de la CNC sobre cuantificación de las sanciones de 6 de febrero establece que el importe básico de la sanción "se calculará como una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción (párrafo 9). Ese volumen de ventas afectado por la infracción se define como " *la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos durante el tiempo en que la infracción haya tenido lugar*".

La resolución de la CNC señala que " *Se ha constatado que el mecanismo colusorio afectaba a licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.). Éste es el ámbito donde era susceptible que la infracción produjera efectos y el que debe considerarse como referencia a efectos del cálculo del importe básico de la sanción*". El propio recurrente no discute que el mercado de producto puede ser el fijado por la Comisión (conservación y rehabilitación de firmes de carreteras y autovías) pero entiende que el mercado del producto afectado se limita a las 14 subastas restringidas objeto del expediente, lo que no se comparte. Se indica en la resolución recurrida (fundamento de derecho primero, folio 72) que " *La Dirección de Investigación considera que los efectos de las conductas investigadas han sido significativos en forma de mayores costes para la administración convocante, habiéndose podido calcular en algunos casos el sobreprecio como se recoge en el HP 8. y añade «Asimismo, la conjunción de estos acuerdos en las distintas licitaciones analizadas tiene efectos sobre la competencia que van más allá de dichas licitaciones, en la medida que crea unos mecanismos de colaboración entre las distintas empresas imputadas, que distorsionan la competencia entre las mismas en los años 2008 y 2009 en otros ámbitos del mercado relevante identificado, lo que también puede tener efectos perjudiciales sobre los consumidores en forma de menor oferta y mayores precios*". Asimismo señala la CNC en el fundamento de derecho séptimo al referirse a los efectos (folio 121); " *sus efectos nocivos no se quedan en la afectación al presupuesto público a través de esas 14 licitaciones. Primero, porque existe el riesgo de que el mecanismo afecte a otras. y segundo, porque la distorsión de las bajas contribuye a falsear los precios del mercado. No hay que olvidar que de acuerdo con la LCSP los órganos de contratación deben tratar de que los precios se ajusten a los que dicta el mercado. Así, el artículo 76.2 dispone sobre el cálculo del valor estimado de los contratos: «La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso*

de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato...(folio 151 de la resolución recurrida) "

Alega que se infringe el principio de proporcionalidad ya que el criterio aplicado por la Administración provoca que empresas como PAVASAL que habría participado en una minoría de las 14 obras objeto del expediente se le imponga una multa superior a la impuesta a la empresa que habría participado en la colusión relativa a un número superior de subastas. Efectivamente sucede lo que afirma la recurrente, pero no se aprecia se haya vulnerado el principio de proporcionalidad ya que como indica la resolución recurrida al tomar el volumen de negocios de las empresas en las licitaciones de rehabilitación de carreteras se tiene en cuenta el peso en el mercado afectado de las diferentes empresas responsables pero al mismo tiempo el porcentaje a aplicar al volumen de negocios afectado para el cálculo de la sanción se eleva en función del mismo número de licitaciones en que la colusión está acreditada y la empresa ha participado. De esta manera, la conjunción de los criterios "volumen de negocio afectado" y "grado de implicación en la infracción" contribuyen a garantizar la proporcionalidad de la sanción sobre bases objetivas.

SEPTIMO: Conforme a lo razonado procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo ya que se anula la resolución recurrida en la parte que acuerda imponer a PAVASAL una multa de 1.859.885 euros que deberá ser reducida a la cantidad que resulte de aplicar los criterios fijados en la resolución recurrida, teniendo en cuenta que sólo consta acreditado que ha intervenido en las licitaciones de 32-A 4240 Alicante, 32-V-5870 Valencia.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 19 de diciembre de 2011 expediente S/00226/10 licitaciones de carreteras y en consecuencia se anula la resolución recurrida en la parte que acuerda imponer a PAVASAL una multa de 1.859.885 euros que deberá ser reducida a la cantidad que resulte de aplicar los criterios fijados en la resolución recurrida, teniendo en cuenta que sólo consta acreditado que ha intervenido en las licitaciones de 32-A 4240 Alicante, 32-V-5870 Valencia. No se hace condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.