

RESOLUCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA **(Expte. VS/0226/10, LICITACIONES CARRETERAS)**

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 5 de junio de 2013.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo) con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente VS/0226/10, LICITACIONES CARRETERAS, cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia de 30 de noviembre de 2012 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que estima parcialmente el recurso interpuesto por VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. contra la Resolución del Consejo de 19 de octubre de 2011.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 19 de octubre de 2011, el Consejo, en el marco del expediente S/0226/10, LICITACIONES CARRETERAS dictó Resolución acordando los siguientes términos:

“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... VÍAS Y CONSTRUCCIONES, 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:... 105.960€ a VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.;...”

2. Sobre la declaración de responsabilidad de VIAS, la RCNC dice lo siguiente (FD Sexto):

Por tanto, VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. debe ser considerada responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las licitaciones 32-AV-2970 AVILA, 32-SO-2940 SORIA convocadas por el Ministerio de Fomento.

3. Sobre los criterios para el cálculo de la sanción dice la RCNC lo siguiente (FD Séptimo):

Se parte del volumen de negocios de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.) en 2008 y 2009 que cada empresa ha aportado en respuesta al requerimiento de información de la Dirección de Investigación de 21 de septiembre de 2010 y, en su caso, al requerimiento realizado por el Consejo de la CNC mediante Acuerdo de 19 de julio de 2011.

(...)

Así considerado el volumen de ventas afectado y aplicando los coeficientes de ponderación previstos en la comunicación en función de la duración, obtenemos el volumen de ventas total del periodo (ya ponderado por los coeficientes de duración) que se recoge en el cuadro adjunto para cada una de las empresas responsables de la infracción.

VIASCON	4.113.373 €	1.256.649 €	1.513.735 €
---------	-------------	-------------	-------------

(...) se considera adecuado aplicar un porcentaje del 5% a las que hayan participado en una sola de las licitaciones, incrementando dicho coeficiente en dos puntos adicionales por cada licitación en la que la empresa haya participado, limitándolo como máximo a un porcentaje del 30%.

VIASCON	2	1.513.735 €	7%	105.961 €
---------	---	-------------	----	-----------

4. Contra dicha Resolución, VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo nº 679/2011, ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.
5. Mediante Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 30 de noviembre de 2012 se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. contra la citada Resolución del Consejo, cuyo fallo resuelve:

*“...debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la cuantificación de la multa, y en consecuencia **debemos anularla y la anulamos, ordenando** a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios 2010, determinando tal volumen según los criterios de la resolución impugnada y los datos aportados por la recurrente, y sin que pueda exceder la multa del 10% de los mismos, **confirmando** la Resolución en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.”*

6. En fecha 24 de mayo se ha recibido en la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) testimonio de la sentencia recaída, con expresión de su firmeza, ordenando se lleve a puro y debido efecto lo en ella acordado.

7. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su reunión plenaria de 5 de junio de 2013.
8. Es interesado en este expediente VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Conforme a lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, “Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignan”.

SEGUNDO. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional a que hace referencia el Antecedente de Hecho Quinto de la presente Resolución, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. En concreto, en su Fundamentación Jurídica señala lo siguiente:

“La recurrente sostiene que se le ha impuesto una sanción superando el máximo legal.

Antes de analizar concretamente tal alegación hemos de señalar que el sistema que determinan los señalados preceptos se basa en dos elementos esenciales respecto de las infracciones muy graves:

- 1.- el volumen de negocios que ha de considerarse es el del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa,*
- 2.- el máximo legal previsto es el 10% de dicho volumen.*

En el presente caso la sanción se impone en Resolución de 19 de octubre de 2011, que refleja el acuerdo del día 13, y por lo tanto el volumen de negocios a considerar es el del ejercicio de 2010. No es correcta la magnitud considerada por la CNC en cuanto se refiere a otro ejercicio. Este argumento ha sido expresamente esgrimido por la recurrente y la Sala ha de acogerlo.

En segundo lugar la recurrente aporta como documento número 2 con la demanda la cifra de negocio del ejercicio de 2010 y afirma que la multa impuesta excede del 10% de tal cifra.

El documento presentado no coincide en las cifras – probablemente por un error en los puntos y comas – con las cifras recogidas en la demanda. Pero lo cierto es que hemos de acoger la alegación que analizamos en cuanto el volumen de negocios es el del 2010 y la cuantía de la multa no puede exceder del 10% del mismo. Por tanto hemos de estimar el recurso en este aspecto y ordenar a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que

resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios 2010, determinando tal volumen según los criterios de la resolución impugnada y los datos aportados por la recurrente, y sin que pueda exceder la multa del 10% de los mismos.

Por último es de resaltar que si bien en otros casos de empresas afectadas por esta Resolución no se ha adoptado esta decisión, ello es debido a que no se acreditó que la multa impuesta excediese del 10%, ni siquiera se alegó tal extremo, ni se discutió el ejercicio al que habría de venir referida la multa.

En vista de ello, la Sala ordena a la CNC *“que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios 2010, determinando tal volumen según los criterios de la resolución impugnada y los datos aportados por la recurrente, y sin que pueda exceder la multa del 10% de los mismos”.*

La Sala confirma la Resolución en sus restantes pronunciamientos ratificando, entre otros extremos, que se trata de una infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62.4.a) de la LDC, la imputación de la actora (responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las licitaciones 32-AV-2970 AVILA, 32-SO-2940 SORIA convocadas por el Ministerio de Fomento) y la duración de la conducta. Dice en concreto la SAN en su Fundamento de Derecho Quinto:

“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.”*

TERCERO. De acuerdo con el artículo 63.1.c) de la LDC el límite de la multa para las infracciones muy graves es de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa que, como la SAN señala, en este caso sería el 2010. Es decir, la sanción calculada conforme a los criterios que se citan en la Resolución y con los que la Sala ha manifestado estar conforme no puede exceder en ningún caso el 10% del volumen de negocios total de la empresa en 2010.

Como consta en los Hechos Probados de la RCNC (HP 1.53):

VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. (VIASCON). Octava empresa por facturación total en construcción a nivel nacional. Desarrolla su actividad como empresa generalista en los sectores del ferrocarril, autovías y carreteras, aeropuertos, hidráulicas, costas y puertos, industriales y urbanizaciones, edificación residencial y no residencial, medioambientales. Pertenece al 100% al Grupo ACS, concretamente, a Dragados S.A. Su sede está en Madrid, aunque opera en toda España.

De acuerdo con la información facilitada por la empresa mediante escrito presentado el 9 de agosto de 2011, su facturación en 2010 ascendió a 697.756.000 euros (folio 10283 del expediente S/226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS). Esta información ha sido reiterada en los mismos términos ante la Audiencia Nacional (Anexo 2 del escrito de demanda).

El importe máximo de la sanción que en su caso pudiera corresponderle a VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. es un 10% de dicha cuantía, esto es, 69.775.600 euros, superior a la sanción que le corresponde a VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. según los criterios de la resolución impugnada.

Por tanto, la sanción determinada según los criterios de la resolución impugnada y con los datos aportados por la recurrente, teniendo en cuenta el volumen de negocios total de la empresa en 2010 y sin que pueda exceder la multa el 10% del mismo sería de 105.960 euros.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo

HA RESUELTO

PRIMERO.- Proceder a imponer a VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. la sanción calculada conforme lo expuesto en el Fundamento de Derecho Tercero, en ejecución de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 2012.

SEGUNDO.- Dar traslado de esta Resolución a la Audiencia Nacional en prueba de la ejecución de su Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2012.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, a la Audiencia Nacional y notifíquese a la parte interesada.