

Id. Cendoj: 28079230062013100252
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 29/05/2013
Nº de Recurso: 654/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: ANA ISABEL RESA GOMEZ
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veintinueve de mayo de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 654/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **EIFFAGE INFRAESTRUCTURAS, S.A.** representada por el Procurador Sr. Batlló Ripoll 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 a **expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia**, con una cuantía de 1.877.170 euros. Ha comparecido como codemandada Probisa, Tecnología y Construcción S.L. representada por el Procurador Sr. Lanchares Perlado, siendo Ponente la Magistrado D^a ANA ISABEL RESA GOMEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 5 de diciembre de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 20 de marzo de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando la resolución impugnada, o subsidiariamente recalifique la conducta imputada a Eiffage como infracción leve de la LDC y, en todo caso, anule o reduzca el importe de la sanción impuesta, de acuerdo con las razones expuestas en el cuerpo de este escrito.

TERCERO -. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma,

y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso, sin que la codemandada contestase a la demanda.

CUARTO -. No solicitado el recibimiento del pleito a prueba y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 28 de mayo de 2013 en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO -. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 19 de octubre de 2011 en el expediente sancionador S/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

SEGUNDO -. En la parte dispositiva de la resolución impugnada se declara acreditada 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 1.877.170 euros.

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.

La Sala considera que si bien las distintas pruebas aisladamente consideradas pudieran no acreditar por si solas e individualmente la conducta prohibida, su conjunto deja claramente probados los hechos que, en relación con la empresa actora, son declarados por la CNC, quien señala que al menos en 14 licitaciones públicas ha operado el citado mecanismo. En lo que respecta a EIFFAGE INFRAESTRUCTURAS SA la resolución le imputa haber participado en 1 licitación 32-AV-2970 y en la reunión de 16 de diciembre de 2008.

En este caso la empresa recurrente ha reconocido expresamente su conformidad con los hechos imputados, lo que ha sido tenido en cuenta por la CNC como circunstancia atenuante para la determinación del importe de la sanción de multa.

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

1. Inadecuada valoración de la posición y contribución de Eiffage Infraestructuras en la conducta sancionada.
2. Recalificación de la conducta como infracción leve de la LDC.
3. Inadecuada definición del mercado relevante
4. Carácter incorrecto y en todo caso desproporcionado de la multa impuesta a Eiffage Infraestructuras.

Aduce la parte actora que el contexto y características de su participación en la infracción imputada y sancionada, que no discute aunque justifica, debió ser tenido en cuenta por la CNC o para ser excluida de sanción o, en su caso, para recalificar su conducta como infracción leve. Y en cuanto al importe de la sanción considera ser desproporcionada pues la misma se ha calculado en base a todas las licitaciones realizadas en conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas sin distinguir entre subastas restringidas o abiertas ni entre autoridades convocantes.

CUARTO: Como ya dijimos en nuestra sentencia de fecha 25 de octubre de 2012 recaída en el recuso nº 678/11 , cuyo criterio reiteramos, no puede entenderse que cada hecho es una infracción, sino que varios hechos constituyen una única infracción: en este caso hay un mismo mecanismo, diseñado de forma que opera en todos los casos de manera idéntica. Siempre convoca la licitación la Administración, siendo irrelevante que en unas ocasiones sea el Ministerio de Fomento y en otras determinadas empresas públicas. Siempre se busca el mismo objetivo, acordar el precio a ofertar, que se establece modificando, para disminuirla, la baja que por ser la de mayor cuantía asegurará automáticamente la adjudicación. Y el exceso de precio a pagar por la Administración licitante se reparte entre las empresas que han participado en el acuerdo.

Por otra parte, como se estableció en el expediente administrativo, en una misma reunión se acordaron los precios de distintas licitaciones, pese a que no todas las empresas participantes en la reunión hubieran sido convocadas a todas las licitaciones acordadas. Y es especialmente relevante para la valoración de esta estrategia como una única infracción el hecho de 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.

Esta Sala considera que la calificación como una infracción única es conforme a derecho, pues cada empresa se beneficia del mecanismo organizado en mayor o menor medida según sea su situación para ser invitada a participar en una, varias o todas las licitaciones, pero como señala la CNC es responsable de la infracción cuando participa en el mecanismo colusorio.

En cuanto a la falta de obtención de beneficio por la no participación en las restantes

13 licitaciones, no es este el elemento definitorio del elemento objetivo de la infracción. Se produce un diseño que solo tiene sentido si se generaliza, de manera que queda organizado un acuerdo para que en cada caso los llamados a participar en la licitación se repartan la menor baja. Es un elemento a tener en cuenta la obtención de un concreto beneficio económico a costa del Estado, pero no es el único ni el definitorio del cártel, porque en cada licitación es una empresa la que ofrece una baja más ventajosa, lo que se ignora antes de producirse los contactos.

Cuestión distinta es que le corresponda una sanción mayor o menor en función de su participación en una o varias licitaciones.

Deben en consecuencia desestimarse tanto la alegación relativa a la Inadecuada valoración de la posición y contribución de Eiffage Infraestructuras en la conducta sancionada y la recalificación de la conducta como infracción leve de la LDC.

QUINTO: En relación con el cálculo del importe de la sanción, de la lectura del acto administrativo impugnado resulta que se establece que las conductas son constitutivas de infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la LDC . Estas infracciones, según dispone el artículo 63.1.c) LDC pueden ser sancionadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

El artículo 64 recoge los elementos a valorar por la Administración a fin de determinar el importe de la sanción, que son entre otros:

- a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción;
- b) la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables;
- c) el alcance de la infracción;
- d) la duración de la infracción;
- e) el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos;
- f) los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; y
- g) las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

En el fundamento jurídico séptimo de la resolución impugnada se señala como ha procedido la CNC a calcular el importe básico de la sanción. Ahí se analiza por qué *"el argumento de que cada licitación sea considerada un mercado definido va muy unido al argumento, también expresado por varias de las partes de que el volumen de negocios a considerar a efectos del cálculo de la sanción debe ser el volumen de negocios de la empresa correspondiente a cada licitación. Sin embargo las empresas no facturan (o no deberían hacerlo) por aquellas licitaciones que no ganan. Emplear este criterio es tanto como eximir del pago de la sanción a aquellas empresas que coluden pero que no resultan adjudicatarias"* Y concluye que existe un mercado afectado en el que la conducta puede desplegar potencialmente sus efectos.

En cuanto a la duración, la CNC razona que es relevante lo que define como "juego

repetido" del mecanismo puesto en práctica, y que por estas características no puede entenderse que el pacto se circunscribe al periodo de licitación. Es relevante recordar que los pagos se efectúan después y que tal acuerdo despliega efectos en la contratación administrativa, con sus especiales características.

Señala la resolución impugnada que para el cálculo 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 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. La CNC parte de un 5% del volumen de negocios afectado, que reduce en el caso de la actora en un 15% por haber reconocido los hechos y su participación en la infracción.

La CNC en la resolución recurrida se remite a la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 indicando que *"guían su actuación a la hora de cuantificar sanciones con pleno respeto a los criterios de suficiencia y proporcionalidad establecidos por el Tribunal Supremo"*. Conforme a dicha comunicación, la cuantificación de la sanción por infracción de la normativa de competencia se realiza en las fases siguientes: 1) Determinación del importe básico de la sanción. 2) Aplicación de un coeficiente de ajuste al importe básico en función de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y 3) Ajuste, cuando proceda, de la cantidad obtenida en el punto 2) A los límites establecidos en la LDC y al beneficio ilícito obtenido por el infractor como consecuencia de la infracción.

Respecto de los efectos, la Sala comparte igualmente la apreciación de que a mayor coste de la obra, mayor desembolso del presupuesto público y dado que los contribuyentes soportan las consecuencias, la conducta afecta a todos los contribuyentes siquiera sea de forma indirecta. En el caso en el que participa la recurrente, es especialmente significativo que se acordase una baja del 5,12% con las correspondientes consecuencias para el presupuesto público.

En el supuesto de autos, no se ha ofrecido una explicación alternativa que justificase por una parte el descenso de las bajas, y por otra el reparto "equitativo" del exceso del importe obtenido por la adjudicataria sobre el que tenía previsto obtener antes de disminuir la baja.

En relación con la proporcionalidad de la sanción impuesta, la Sala considera que mediante la utilización de coeficientes relacionados con el grado de participación de la empresa en la infracción se da cumplimiento al principio de proporcionalidad.

En el supuesto de autos, la CNC realiza una aplicación razonable del principio de proporcionalidad, a la vista de las graves consecuencias que la conducta enjuiciada ha tenido para el erario público, y sobre la base del conjunto de circunstancias, previstas por la LDC, que ha tenido en consideración.

Como señaló el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de mayo de 2004 :

« Pues, en efecto, el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha

servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción. »

En el presente supuesto se ha tenido en cuenta que solo participó en una licitación, y se aprecia la concurrencia de la atenuante de "colaboración", por haber reconocido los hechos y su participación en la infracción.

SEXTO: Conforme a lo razonado procede desestimar el recurso contencioso-administrativo y a tenor de lo establecido en el artículo 139 de la LRJCA , en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, aplicable por razón de la fecha de interposición del presente recurso, procede imponer las costas a la parte recurrente.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA ISABEL RESA GOMEZ, Magistrada de la Sección.

FALLAMOS

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

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **EIFFAGE INFRAESTRUCTURAS, S.A.** 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 que confirmamos por su adecuación a derecho, con imposición de costas a la parte actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma 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 .- 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.