

Id. Cendoj: 28079230062013100027
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 04/01/2013
Nº de Recurso: 657/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. SANCION POR INFRACCION ART. 1 LEY 15/2007. LICITACIONES DE CARRETERAS.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a cuatro de enero de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 657/2011 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la **Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora D^a Paloma Ortiz-Cañavate L** evenfeld, en nombre y representación de **SORIGUE, SA**, contra Resolución de fecha 19 de octubre de 2011 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre **sanción por infracción de la Ley de Defensa de Competencia**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 9 de mayo de 2012, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"A LA SALA SOLICITO Que teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma, junto con documentos que se acompañan, se sirva admitirlo y, en sus méritos, tenga por formulado escrito de Demanda contra la Resolución de fecha 19 de octubre de 2011 dictada por la CNC en el expediente sancionador número S10226/10, Licitaciones de Carreteras, relativo a la presunta infracción por parte de SORIGUÉ del artículo 1 de la LDC , mediante la cual se impone a esta Parte una sanción consistente en una multa por importe de un millón setecientos setenta y dos mil seiscientos noventa y cinco

euros (1.772.695 €), declarando en consecuencia la nulidad de la Resolución impugnada por lo que respecta al establecimiento de la responsabilidad de esta parte y declarando en consecuencia y expresamente la correspondiente reducción de la sanción impuesta sobre la base de los fundamentos jurídicos expuestos y de los errores acreditados."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "*Sentencia desestimatoria, con expresa condena en costas a la recurrente.*"

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 19 de junio de 2012 acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de 26 de noviembre de 2012 se señaló para votación y fallo el día 18 de diciembre de 2012, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en el expediente sancionador S/0226/10/ *Licitaciones de Carreteras* , en cuya parte dispositiva se resuelve lo siguiente:

"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 ALARIO OBRA CIVIL, S.L.;

ALVARO VILLAESCUSA, S.A.; ARCEBANSÁ, S.A.; ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A.; ASFALTOS DE LEÓN, S.A.; ASFALTOS GUEROLA, S.A.; ASFALTOS LOS SANTOS, S.A.; ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A.; BECSA, S.A.; CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L. (anteriormente denominada OSCAL OBRAS Y SERVICIOS, S.L.) y solidariamente, su matriz GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS, S.L.; CEYD, S.A.; COMPAÑÍA GENERAL DE HORMIGONES Y ASFALTOS, S.A.; CONALVI, S.L.; CONRADO JIMÉNEZ E HIJOS, S.A.; CONSTRUCCIÓN INTEGRAL DE FIRMES CPA, S.A.; CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE, S.A.; CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ, S.A.; CONTRATAS IGLESIAS, S.A.; COPISA CONSTRUCTORA PIRENAICA, S.A.; CYES INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada CONSTRUCCIONES Y ESTUDIOS, S.A.); ECOASFALT, S.A.; EIFFAGE INFRAESTRUCTURAS, S.A.; EMILIO BOLADO, S.L.; EOC DE OBRAS Y SERVICIOS, S.A.; EUROPEA DE ASFALTOS, S.A.; EXCAVACIONES SAIZ, S.A.; EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A.; GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A.; MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A.; OBRAS HERGÓN, S.A.; OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A.; OBRASCÓN- HUARTE-LAIN, S.A.; OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.; PADELSA INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada PAVIMENTOS DEL SURESTE, S.A.); PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS S.L. (anteriormente denominada PAVIMENTOS ASFÁLTICOS SALAMANCA, S.L.); PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A.; PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA, S.A.; PAVIMENTOS BARCELONA, S.A.;

PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. (anteriormente denominada PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.A.); RAFAEL MORALES, S.A.; SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A.; SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES; SORIGUÉ, S.A.; TEBYCÓN, S.A.; TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L. (anteriormente denominada TRABAJOS BITUMINOSOS, S.A.); 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:

- 100.000€ a ALARIO OBRA CIVIL, S.L.;
- 1.163.180€ a ALVARO VILLAESCUSA, S.A.;
- 1.032.455€ a ARCEBANSA, S.A.;
- 1.218.525€ a ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A.;
- 1.102.500€ a ASFALTOS DE LEÓN, S.A.;
- 432.110€ a ASFALTOS GUEROLA, S.A.;
- 100.000€ a ASFALTOS LOS SANTOS, S.A.;
- 2.353.115€ a ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A.;
- 717.965€ a BECSA, S.A.; 128
- 100.000€ a CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L. (anteriormente denominada OSCAL OBRAS Y SERVICIOS, S.L.) y, solidariamente, a su matriz GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS, S.L.;
- 115.245€ a CEYD, S.A.;
- 95.000€ a COMPAÑÍA GENERAL DE HORMIGONES Y ASFALTOS, S.A.;
- 209.070€ a CONALVI, S.L.;
- 138.770€ a CONRADO JIMÉNEZ E HIJOS, S.A.;
- 100.000€ a CONSTRUCCIÓN INTEGRAL DE FIRMES CPA, S.A.;
- 417.280€ a CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE, S.A.
- 5.055.380€ a CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ, S.A.;
- 232.660€ a CONTRATAS IGLESIAS, S.A.;
- 1.131.625€ a COPISA CONSTRUCTORA PIRENAICA, S.A.;
- 130.395€ a CYES INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada

CONSTRUCCIONES Y ESTUDIOS, S.A.);

- 1.428.945€ a ECOASFALT, S.A.;
- 890.620€ a EIFFAGE INFRAESTRUCTURAS, S.A.;
- 287.880€ a EMILIO BOLADO, S.L.;
- 742.075€ a EOC DE OBRAS Y SERVICIOS, S.A.;
- 100.000€ a EUROPEA DE ASFALTOS, S.A.;
- 127.580€ a EXCAVACIONES SAIZ, S.A.;
- 1.084.430€ a EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A.;
- 3.172.395€ a GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A.;
- 1.601.900€ a MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A.;
- 555.960€ a OBRAS HERGÓN, S.A.;
- 5.551.455€ a OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A.;
- 276.855€ a OBRASCÓN-HUARTE-LAIN, S.A.;
- 100.000€ a OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.;
- 288.340€ a PADELSA INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada PAVIMENTOS DEL SURESTE, S.A.);
- 2.136.225€ a PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS S.L. (anteriormente denominada PAVIMENTOS ASFÁLTICOS SALAMANCA, S.L.);
- 1.859.885€ a PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A.;
- 946.235€ a PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA, S.A.;
- 787.650€ a PAVIMENTOS BARCELONA, S.A.;
- 954.200€ a PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. (anteriormente denominada PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.A.);
- 1.146.215€ a RAFAEL MORALES, S.A.;
- 449.200€ a SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A.; 129
- 100.000€ a SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES;
- 1.772.695€ a SORIGUÉ, S.A.;
- 1.118.165€ a TEBYCÓN, S.A.;

- 503.100€ a TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L. (anteriormente denominada TRABAJOS BITUMINOSOS, S.A.);

- 105.960€ a VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.

TERCERO. Declarar que no ha quedado acreditado la comisión de infracción por parte de

ALVARGONZÁLEZ CONTRATAS, S.A., BENITO ARNÓ E HIJOS, S.A., CARIJA S.A.; CONSTRUCCIONES SEVILLA NEVADO, S.A.; OBRAS, PAVIMENTOS E INSTALACIONES INDUSTRIALES, S.L. y CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO, S.A.

CUARTO. Instar a la Dirección de Investigación la incoación de expediente sancionador contra CAMPEZO CONSTRUCCIÓN, S.A. por su participación en los hechos que se describen en esta Resolución.

QUINTO. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución. "

2. Los antecedentes de hecho de la resolución impugnada, tal y como recogidos por la misma y en lo que a la recurrente afecta, son resumidamente los siguientes:

"1.50 SORIGUE, S.A, Constituye la división de construcción del Grupo Sorigué cuyo accionista único es la empresa Finycar S.L. dedicada a la promoción inmobiliaria. Sorigué constituye obra civil, edificación y obras hidráulicas. La empresa se localiza en Barcelona aunque opera en la mayor parte del territorio nacional, especialmente Cataluña y Aragón.

SORIGUÉ, S.A. ha participado en 4 licitaciones (32-A-4240, 32-MU-5630, 32-V-5870 y 32-LE-4000) y 1 reunion (16 de diciembre de 2008) ."

Entre otras, las pruebas que acreditan esta circunstancia son las siguientes:

"-. Reunión del 16 de diciembre de 2008, en lugar indeterminado (folio 1.111). Los documentos "Archivos Excel sobre siete licitaciones" de los folios 1.994 a 2.007 en su esquina superior derecha (celdas E7, F7 y G7) contienen el siguiente texto: "Fecha Reunión..... 16/12/2008". En esta reunión, que se desconoce dónde tuvo lugar, participaron las 34 empresas recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" (folio 1.111). Algunas de estas empresas estuvieron representadas por la misma persona, escribiendo cada participante en la reunión su nombre y su número de teléfono en el documento de PADECASA (folio 1.111). El objeto de esta reunión habría sido alcanzar un acuerdo sobre el vencedor y las oferta a presentar en cada una de las siete licitaciones públicas recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" (folio 1.111), también incluidas en el Archivo Excel "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984). Se trataría de licitaciones de obras en las siguientes provincias: Alicante. Albacete. Ávila. Cantabria. Murcia. Soria. Valencia. La hoy recurrente participó. (folios 5635 a 5648)

3. La primera parte de la demanda la dedica la actora a la consideración sobre la carencia de elementos probatorios directos que acrediten suficientemente la participación de SORIGUE en la infracción, pues entiende que deben darse dos elementos para que opere el mecanismo de colusión: el previo acuerdo en las ofertas económicas de cada licitación entre las empresas participantes y el pago y cobro de

pagarés entre la empresa finalmente adjudicataria y las restantes licitadoras para compensar las ofertas.

En relación con SORIGUE entiende que no se ha probado ninguno de ambos elementos.

A continuación alega la actora error y falta de justificación del cálculo de la sanción impuesta.

También se aduce, en tercer lugar, la falta de proporcionalidad en el método establecido por la CNC para determinar la sanción.

Por último considera que se han cometido errores en la cuantificación de la sanción. Debe reducirse por existir un error en la determinación del mercado relevante, un error en la determinación de la duración de la infracción, y un error de cálculo en la cuantificación de la sanción.

4. 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 actora argumenta que ha tenido lugar una aplicación errónea de la prueba de presunciones, especialmente porque la CNC habría extrapolado a PADECASA elementos de juicio que no guardan relación alguna con ella y que afectan a otras compañías. Sostiene que la prueba indiciaria no admite la presunción horizontal o "por ósmosis" aplicando a un tercero las conclusiones obtenidas en relación a otros.

El Tribunal Supremo en relación con la prueba indiciaria que es la que sustenta la condena de la recurrente en la sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993) afirmó:

"[...] el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en

Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."

En este caso, hay un conjunto de indicios que son valorados por la Administración de los que resultan que se celebraron reuniones de la actora con sus competidoras en el sector de las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocadas en todo el territorio nacional, para conocer que ofertas planeaban presentar a los concursos a los que habían sido invitadas. El resultado fué la adopción de acuerdos para modificar las ofertas, incrementando el coste para el ente que adjudica el contrato mediante la disminución del importe de las bajas a ofrecer, en las referidas licitaciones.

Estos elementos probatorios, al menos a título indiciario, son los siguientes:

- Documentación entregada por el denunciante.
- Documentación hallada en los registros de sedes de empresas, consistente con la anterior.
- Documentos y archivos excel localizados en lugares diferentes y que guardan total coherencia y relación unos con otros.
- El propio resultado de las licitaciones, las bajas ofertadas coinciden con las que aparecen en la documentación aportada o incautada.
- Coincidencias entre las distintas licitaciones examinadas.
- Semejanzas entre los distintos ficheros sobre pagos a realizar.
- Participación en 4 licitaciones (32-A-4240, 32MU-5630, 32-V-5870 y 32-LE-4000) y en la reunión del 16 de diciembre de 2008.
- Varias partes han reconocido en sus alegaciones que la reunión de 16 de diciembre de 2008 (folio 1111) fue convocada en el marco de la Asociación de Fabricantes de Mezclas Asfálticas para la Construcciones y Obras Públicas (ASEFMA) (folio 5654, 8524).

La Sala considera que si bien las distintas pruebas aisladamente consideradas pudieran no acreditar por sí 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.

Por medio de este conjunto de indicios se acredita que la hoy actora participó en las dos reuniones de las que se ha obtenido documentación, tomó parte en dos licitaciones analizadas, y aparece mencionada en los documentos de los que resulta la existencia

del cartel.

A partir de estos indicios, esta Sala considera que se han probado de forma suficiente los hechos base: se celebran contactos y reuniones, participan empresas invitadas a participar en determinado tipo de licitaciones, se comunican sus ofertas, se detallan las bajas a ofertar. Y el resultado es que la baja más alta siempre es mucho más reducida que la inicialmente prevista por el licitador con la oferta más ventajosa para la Administración. Y en alguno de los concursos públicos, se ha acreditado que se calcula porcentualmente, y en relación con la baja de cada uno, un importe en euros que es una parte de la diferencia que resulta, a favor del adjudicatario y en contra de la Administración que convoca y adjudica el concurso de comparar la cifra con la baja más alta inicialmente prevista y la cifra con la baja más pequeña finalmente ofertada. Ha tenido lugar la demostración del enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado y la consecuencia obtenida por la CNC, y que este razonamiento no es arbitrario ni absurdo sino que es coherente y razonable.

El hecho de que sólo resultase invitada en cuatro de las licitaciones, no excluye su participación en el cártel, que, como razona la resolución impugnada, es único y continuado. La Sala ha venido considerando especialmente relevante (SSAN recaídas en los recursos nº 631 y 635/2011 , entre otras):

Se remite este Tribunal expresamente a los hechos descritos en el apartado "*Documentación relevante*" subapartados 119 a 123, y al archivo excel de Excavaciones Saiz (folio 1106) así como, fundamentalmente, su asistencia a una de las dos reuniones (folio 1111 y folios 194 y siguientes).

También existe indicio cualificado sobre los cobros percibidos por SORIGUE tal y como se recoge pormenorizadamente en la resolución impugnada con remisión a los folios del expediente y a la documentación contable obrante en el mismo.

En definitiva, la Sala ha considerado que al igual que los otros casos analizados en relación con otras de las muchas empresas sancionadas por la misma conducta existe prueba suficiente como para desvirtuar su presunción de inocencia.

5. También la Sala ha dado ya respuesta al resto de las cuestiones planteadas por lo que debemos atenernos a lo ya declarado entre otras, en las indicadas sentencias en aplicación del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Particularmente la actora con carácter subsidiario error en la cuantificación de la sanción:

En primer lugar por una indebida consideración del mercado relevante afectado. En segundo lugar por un error en la determinación de la duración de la infracción, y por último, arbitrariedad en la cuantificación de la sanción por no estar esta debidamente individualizada.

La CNC en la resolución impugnada parte de la base de la gravedad de las conductas sancionadas, y recuerda que según el artículo 63.1. letra c) pueden ser multadas las empresas responsables de una infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la ley 15/2007 "*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*".

La CNC ha optado por establecer un importe básico, que es *"una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción."* Sobre el que se aplicarán los criterios que recoge el artículo 64, y en concreto, en las letras a) a e) es decir, *"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"*.

Con este fundamento, se parte de la base de que la actuación ilícita afectaba a licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.), y se parte solo del volumen de negocios correspondiente a las licitaciones de mejora, refuerzo y rehabilitación de firmes y plataformas: dice literalmente la resolución que *"Se trata siempre de obras que tienen que ver con la mejora y conservación del estado del firme, no a contratos de servicios. Es a ello obviamente a lo que la Dirección de Investigación se refería y lo que debe considerarse a efectos del volumen de ventas afectado, de la misma forma que algunas de las partes hablan también en sus escritos de obras de conservación"*.

La dimensión del mercado es nacional: como señala la CNC, las empresas se presentan a licitaciones de obras a ejecutar por todo el territorio nacional. Incluso cuando la Administración que convoca es autonómica pueden presentarse empresas de cualquier parte del territorio. La Sala comparte la consideración de que *"Las empresas que cuentan con los medios técnicos y económicos pueden concurrir independientemente de quien sea la autoridad que convoque. Esta sustituibilidad entre licitaciones desde el lado de la oferta lleva necesariamente a definir un único mercado para todas ."*

El criterio que la CNC ha elegido para determinar la proporcionalidad inicialmente, es correcto, pues tiene en consideración el alcance de la participación de la empresa en la infracción, por entender que no pueden ser sancionadas de igual forma, siempre sobre la base del volumen de negocios afectado, empresas que tuvieron una implicación mínima que las que tuvieron una implicación máxima. En este caso, la empresa solo participó en dos licitaciones.

La CNC ha razonado que *"La infracción es muy grave y ha tenido efectos que han sido constatados. Como muchas de las partes alegan, es cierto que la colusión se ha acreditado en un número limitado de licitaciones del total de las convocadas, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de fijar el coeficiente de sanción. Pero también es necesario tener en cuenta el número de licitaciones en que ha participado cada empresa. Por ello, 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%."*

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. Se ha minorado en el importe de las obras de construcción cuando la empresa afectada justificó que el volumen de negocios en su día remitido incluía tales cifras, o que se incluían cifras de contratos de servicios de conservación. (SAN de 28 de

noviembre de 2012, dictada en el Recurso 635/2011).

Asimismo en nuestra SAN de 4 de enero de 2013 (Rec. 631/2011) acabamos de decir:

Considera, por último la actora que la sanción impuesta ha sido cuantificada erróneamente. A su juicio ha existido una incorrecta delimitación del mercado relevante, deben excluirse las licitaciones adjudicadas o cuyas ofertas se hayan presentado con anterioridad a 2008. Así la cifra a tomar en consideración para el cálculo de la sanción sería la de 815.890 euros, cantidad que se correspondería con la única obra adjudicada a PADELSA dentro del período de la infracción, en el mercado de producto definido por la Resolución y además por procedimiento restringido que es la obra *"Rehabilitación estructural del firme en las carreteras N-344, P.K.31 al 67 y 73,800 al 101,500 y la MU-30, PP.KK.0,000 al 9,900. Provincia de Murcia"* .

También alega que el limitado efecto que habría tenido la infracción no justificaría en ningún caso una sanción superior al 12% del supuesto volumen de negocios afectado y que la CNC no ha valorado la delicada situación financiera de la recurrente ni las previsiones de caída drástica de la inversión pública.

La CNC en la resolución impugnada parte de la base de la gravedad de las conductas sancionadas, y recuerda que según el artículo 63.1. letra c) pueden ser multadas las empresas responsables de una infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la ley 15/2007 *"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"* .

La CNC ha optado por establece un importe básicos, que es *"una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción."* Sobre el que se aplicarán los criterios que recoge el artículo 64, y en concreto, en las letras a) a e) es decir, *"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"*.

Con este fundamento, se parte de la base de que la actuación ilícita afectaba a licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.), y se parte solo del volumen de negocios correspondiente a las licitaciones de mejora, refuerzo y rehabilitación de firmes y plataformas: dice literalmente la resolución que *"Se trata siempre de obras que tienen que ver con la mejora y conservación del estado del firme, no a contratos de servicios. Es a ello obviamente a lo que la Dirección de Investigación se refería y lo que debe considerarse a efectos del volumen de ventas afectado, de la misma forma que algunas de las partes hablan también en sus escritos de obras de conservación . "*

La dimensión del mercado es nacional: como señala la CNC, las empresas se presentan a licitaciones de obras a ejecutar por todo el territorio nacional. Incluso cuando la Administración que convoca es autonómica pueden presentarse empresas de cualquier parte del territorio. La Sala comparte la consideración de que *" Las empresas que cuentan con los medios técnicos y económicos pueden concurrir independientemente de quien sea la autoridad que convoque. Esta sustituibilidad entre licitaciones desde el lado de la oferta lleva necesariamente a definir un único mercado*

para todas . "

El criterio que la CNC ha elegido para determinar la proporcionalidad inicialmente, es correcto, pues tiene en consideración el alcance de la participación de la empresa en la infracción, por entender que no pueden ser sancionadas de igual forma, siempre sobre la base del volumen de negocios afectado, empresas que tuvieron una implicación mínima que las que tuvieron una implicación máxima. En este caso, es máxima, pues participó en las 14 licitaciones. No puede por tanto prosperar la alegación relativa a que EXTRACO participó como mucho en ocho licitaciones de 2009, pues se acreditó su participación en las catorce, y en este sentido es especialmente relevante que al operar la colusión con continuidad, se constituyera en un mecanismo con cierto carácter de estabilidad.

En cuanto a la no aplicabilidad del párrafo II del apartado 14 de la Comunicación de la CNC sobre el cálculo del importe de las multas, esta Sala estima que no se ha razonado por la resolución. En efecto, al analizar los efectos se señala que *" Se ha acreditado que en estas licitaciones los acuerdos colusorios desplegaron sus efectos y las bajas se vieron alteradas en beneficio de las empresas y en detrimento del presupuesto público. Obviamente ha existido un beneficio ilícito procedente de esta conducta cuyo reparto a ciencia cierta no se conoce con detalle para las 14 licitaciones "* y a continuación se señala:

"Resultan inaceptables los argumentos esgrimidos por algunas empresas de que este tipo de colusión no afecta significativamente a los consumidores o de que en ausencia de ella el resultado hubiera sido el mismo. Pocas infracciones pueden dañar tanto y a una base tan amplia. Al suponer un mayor coste de la licitación y, con ello, un mayor cargo presupuestario, está afectando nada menos que a todos los contribuyentes. Merece la máxima reprobación las conductas de quienes están dispuestos a realizar bajas cercanas al 30% y se ponen de acuerdo para realizarlas del orden del 3%, dividiéndose entre los participantes ese ilícito beneficio, que no se puede ocultar resulta paralelo al perjuicio que a la Administración que convoca el concurso, y en definitiva al conjunto de los ciudadanos, ocasiona. "

Pero donde a juicio del Abogado del Estado se está recogiendo que el mercado en el que se ha producido la colusión corresponde a un input productivo susceptible de provocar efectos en cascada en otros mercados es cuando la resolución señala que la distorsión de las bajas contribuye a falsear los precios del mercado, porque se indica que de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público los órganos de contratación deben tratar de que los precios se ajusten a los que dicta el mercado. Se cita expresamente, 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..."

La CNC no ha fundamentado el porcentaje en esta parte de la Comunicación, y por esta razón no ha realizado argumentación alguna sobre el hecho de que es procedente aumentar hasta el 30% el porcentaje, cuando se trata de un mercado que corresponde a un input productivo susceptible de provocar efectos en cascada a distintos mercados. Pero esta falta de razonamiento carece de consecuencias a los efectos estudiados.

La CNC ha razonado que " *La infracción es muy grave y ha tenido efectos que han sido constatados. Como muchas de las partes alegan, es cierto que la colusión se ha acreditado en un número limitado de licitaciones del total de las convocadas, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de fijar el coeficiente de sanción. Pero también es necesario tener en cuenta el número de licitaciones en que ha participado cada empresa. Por ello, 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%.*" Es decir, se llega al 30% por una razón que no guarda relación con el apartado 14.

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 a CNC mediante Acuerdo de 19 de julio de 2011. Se ha minorado en el importe de las obras de construcción cuando la empresa afectada justificó que el volumen de negocios en su día remitido incluía tales cifras, o que se incluían cifras de contratos de servicios de conservación.

La ley no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general.

En la decisión de la Comisión Europea de 23 de junio de 2010 asunto COMP/39092 se analizó el problema que suscita la recurrente desde el punto de vista de la llamada "incapacidad contributiva" en los siguientes términos:

"(17) Diez empresas alegaron su incapacidad contributiva al amparo del apartado 35 de las Directrices sobre Multas de 2006. La Comisión examinó dichas alegaciones y analizó cuidadosamente la situación financiera de dichas empresas y el contexto económico y social particular.

(18) A la hora de evaluar la situación financiera de la empresa, la Comisión examinó las declaraciones financieras recientes y actuales de la empresa, así como sus proyecciones para ejercicios venideros. La Comisión consideró una serie de coeficientes financieros que medían la solidez, rentabilidad, solvencia y liquidez de las empresas, así como su situación de capital y flujo de tesorería. Además, la Comisión tuvo en cuenta las relaciones con los socios financieros exteriores, tales como los bancos y los accionistas. El análisis también tuvo en cuenta los planes de reestructuración.

(19) La Comisión evaluó el contexto económico y social particular de cada empresa cuya situación financiera se constató que era suficientemente crítica. En este contexto, se tuvo en cuenta el impacto de la crisis económica y financiera mundial en el sector de los productos para el cuarto de baño. La Comisión también llegó a la conclusión, válida para las cinco empresas afectadas, de que la multa causaría una pérdida significativa de valor de sus activos.

(20) Como resultado del análisis de la Comisión, las multas de tres empresas se redujeron en un 50 % y las de otras dos, en un 25 %, dada su difícil situación financiera."

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso.

6. La reforma de la ley jurisdiccional en materia de costas procesales se publicó en el BOE de 11 de octubre de 2011, señalando su disposición final que entraría en vigor a los veinte días de dicha publicación. Por lo tanto entró en vigor el día 31 de octubre de 2011 y quedó redactado como sigue:

"art. 139.1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho."

En consecuencia, y habiéndose interpuesto este recurso el día 5 de diciembre de 2011 procede la condena en costas a la parte actora.

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

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **SORIGUE, SA** , contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.