



Roj: **SAN 401/2022 - ECLI:ES:AN:2022:401**

Id Cendoj: **28079230062022100052**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/01/2022**

Nº de Recurso: **429/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000429 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 51158/2016

Demandante: AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A

Procurador: D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ADIF

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiséis de enero de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 429/16 promovido por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de **AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A**, contra la resolución de 30 de junio de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 1.235.507 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, e intervenido como codemandada la Entidad Pública Empresarial ADIF, representada por la Procuradora D^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que "... tenga por formalizada en tiempo y forma DEMANDA en el recurso contencioso-administrativo de referencia, interpuesto por AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A. contra la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el 30 de junio de 2016 en el Expediente NUM000 , Infraestructuras Ferroviarias, y, previos los trámites oportunos, dicte sentencia por la que estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta representación, declarando la nulidad o anulación de la Resolución recurrida, y la sanción impuesta en ella a AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A. o, en todo caso, la reduzca sensiblemente".

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

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 20 de octubre de 2021, en que tuvo lugar. Prolongándose la deliberación a sesiones posteriores.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 30 de junio 2016 por el Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar la existencia de una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , consistente en acuerdos o prácticas concertadas para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios en los procedimientos de contratación convocados por GIF/ADIF, que se ha llevado a cabo al menos desde el 1 de julio de 1999 y hasta al menos el 7 de octubre de 2014.."

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de dicha infracción a las siguientes empresas y personas físicas:

1.- AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A., por su participación en las conductas desde 1 de julio de 1999 hasta el 7 de octubre de 2014.

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

1.- AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A.: 1.235.507 euros

(...)"

Como antecedentes de dicha resolución pueden destacarse los siguientes:

1) Tras las actuaciones que refleja el expediente administrativo, propiciadas por el escrito presentado ante la CNMC por ADIF con fecha 29 de mayo de 2014, la Dirección de Competencia acordó el 29 de julio siguiente el inicio de una información reservada al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En el marco de dicha información realizó, con fechas 7 y 8 de octubre de 2014, inspecciones en las sedes de las empresas AMURRIO, DF RAIL, JEZ y ALEGRÍA.

2) Solicitada a ADIF, y aportada por esta, información sobre los expedientes de contratación de desvíos ferroviarios convocados por dicha entidad desde el año 2005, con fecha 2 de diciembre de 2014, y de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, el Director de Competencia acordó la incoación de expediente sancionador contra las empresas AMURRIO, DF RAIL, FELGUERA, DURO FELGUERA, JEZ y ALEGRÍA, por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE.

3) Incorporada al expediente información diversa que fue requerida a las incoadas, el 7 de septiembre de 2015 se dictó Pliego de Concreción de Hechos que se notificó a las partes a fin de que presentaran las alegaciones correspondientes. Y cerrada la fase de instrucción por acuerdo de 23 de noviembre de 2015, el 1 de diciembre siguiente el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento, que fue asimismo notificada a las partes, formulando alegaciones DURO FELGUERA RAIL, S.A.U. y DURO FELGUERA, S.A.; D. Gaspar ; D. Gumersindo y Don Heraclio ; AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A.; D. Horacio y Don Indalecio



; JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L.; TALLERES ALEGRIA, S.A.; D. Jaime y D. Jeronimo ; D. Julián ; y D. Carlota .

4) El 18 de enero de 2016 se elevó la Propuesta al Consejo, acordándose la remisión de información a la Comisión Europea conforme a lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002; y el 7 de abril de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó requerir a las empresas incoadas información sobre el volumen de negocios total de cada una de ellas en 2015.

5) Aportada la referida información, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló en su reunión de 30 de junio de 2016 la resolución contra la que se dirige el recurso contencioso administrativo que dio origen al presente proceso.

SEGUNDO.- La resolución impugnada, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A. (AMURRIO) como una sociedad mercantil constituida en diciembre de 1994 y domiciliada en Amurrio (Álava) que desarrolla su actividad en el sector del diseño, creación, elaboración e instalación de aparatos de vía, así como a la fabricación de equipos para diversos sectores industriales. En cuanto a la distribución de su accionariado, alude a la existencia de dos accionistas al 50% que controlan conjuntamente la compañía: VOSSLOH COGIFER, S.A (Francia) y TALLERES DE AMURRIO, S.A. Además, señala que AMURRIO tiene una participación del 100% en la empresa MONTAJES FERROVIARIOS LLANERAS, S.L., y del 50% en BURBIOLA, S.A.

También destaca que la Dirección de Competencia amplió la incoación del procedimiento a dos personas físicas en su condición de representantes legales de la empresa o de integrantes de sus órganos directivos, y ello a los efectos de la aplicación de la sanción prevista en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio: Don Horacio , Director General y representante legal de la empresa; y Don Indalecio , Presidente y también representante legal.

Particular relevancia tiene la delimitación del mercado de producto respecto del cual la resolución hace una serie de consideraciones previas relacionadas con la evolución del transporte ferroviario en España y, en particular, con la aparición de la alta velocidad que determinó que ADIF se dividiera en 2013 en dos tipos de actividades diferenciadas: ADIF Red Convencional y ADIF Alta Velocidad.

A partir de ello, la CNMC expone de manera sintética qué son los desvíos ferroviarios y los elementos complementarios necesarios para el buen funcionamiento del sistema.

En cuanto ahora interesa, explica que el diseño y fabricación de los desvíos ferroviarios ha sido realizado en función de la velocidad de circulación, lo que llevaría a diferenciar entre los desvíos convencionales, aptos para velocidades máximas de hasta 200 km/h, y los desvíos de alta velocidad, aptos para velocidades máximas de hasta 350 km/h.

Por tener, como veremos después, particular importancia para analizar la legalidad de la conducta de la empresa recurrente, reproducimos las consideraciones que contiene la resolución respecto de los desvíos de alta velocidad:

"En el caso de los desvíos de alta velocidad, se ha producido una evolución tecnológica que ha permitido a su vez una evolución de los desvíos. De tal manera que se ha pasado del desvío AV1 de la línea Madrid-Sevilla del ao 1992, al desvío AV2 de la línea Madrid-Lleida-Barcelona-Frontera francesa del ao 2000, al desvío AV3 en el ao 2006 en esta misma línea, y finalmente al desvío AV4 a partir del ao 2011. De los diferentes desvíos de alta velocidad señalados anteriormente, los únicos que han sido fabricados a partir de una tecnología íntegramente concebida por las empresas españolas del sector son los desvíos AV4, mientras que en el resto de los casos la mayor parte de la tecnología utilizada en la fabricación de los componentes que forman los desvíos era de origen alemán (BWG Butzbacher Weichenbau GmbH), o francés (COGIFER)...".

La CNMC limita el ámbito geográfico al territorio español. Y hace a continuación una serie de consideraciones sobre la estructura del mercado que también han de tener una clara proyección en la calificación de las conductas.

En efecto, destaca como particularidad de dicha estructura que, desde el lado de la oferta de desvíos ferroviarios y otros elementos complementarios como los aparatos de dilatación, se caracteriza por la existencia de un grupo reducido de empresas que los fabrican y comercializan en España, aludiendo en concreto a la entidad aquí recurrente, AMURRIO, así como a JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA (actualmente DF RAIL), quienes desde hace años fabricaban los denominados desvíos convencionales.

En cuanto a los desvíos de alta velocidad AV1, AV2 y AV3, pone de manifiesto que las empresas AMURRIO, ALEGRÍA y JEZ los han fabricado utilizando fundamentalmente tecnología alemana y francesa, mientras que



FELGUERA desarrolló un prototipo de desvío de alta velocidad que presentóa ADIF en 2008, y que esta no llegó a homologar.

También advierte que, en el caso del desvío AV4, la tecnología es íntegramente española, desarrollada por las cuatro empresas citadas -AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA-.

Desde el lado de la demanda, esta se reduciría en España a pocas entidades dedicadas a la construcción y administración de infraestructuras ferroviarias, fundamentalmente ADIF, por lo que el volumen de demanda depende, dice la CNMC, de decisiones políticas acerca de los planes de construcción y renovación de las infraestructuras ferroviarias.

En particular, refiere la resolución que, a través de expedientes de licitación, ADIF ha contratado este tipo de material ferroviario con las citadas cuatro empresas, optando por separar la contratación del suministro de desvíos ferroviarios de modo que no los incluye en los contratos de obras o mantenimiento en cuyo ámbito se deben utilizar. Ello explicaría que ADIF convoque periódicamente licitaciones para el aprovisionamiento de dichos estos desvíos.

TERCERO.- A continuación, la resolución recurrida incorpora un prolijo relato de hechos probados siguiendo la estructura expuesta en la propuesta de resolución, donde la Dirección de Competencia distingue tres grupos en la contratación de componentes: los contratos adjudicados por GIF desde 1999 hasta 2004; los contratos adjudicados por ADIF de 2005 a 2009; y los contratos adjudicados por ADIF desde 2010 hasta octubre de 2014.

1- En cuanto a los primeros -contratos adjudicados por GIF, entidad que hasta la creación de ADIF en enero de 2005 convocaba y adjudicaba los expedientes de contratación de desvíos ferroviarios convencionales y de alta velocidad y demás aparatos de vía desde 1999 hasta 2004-, se licitaron veinte expedientes de contratación de los cuales la UTE AJA (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) resultó adjudicataria de trece, siendo así que los restantes siete expedientes de contratación que no fueron adjudicados a dicha UTE fueron declarados desiertos (dos licitaciones) o correspondieron a la empresa ALEGRÍA (cinco licitaciones) al tratarse de expedientes referidos a aparatos de dilatación.

Hemos de referirnos a la Unión Temporal de Empresas citada por ser elemento determinante para enjuiciar la ilicitud de las conductas de las incoadas.

Así, la resolución describe la gestación de la UTE al relatar que representantes de las empresas AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA, junto con responsables de GIF/AVE y TIFSA (Tecnología e Investigación Ferroviaria, S.A.), se reunieron el 26 de mayo de 1999, y en dicha reunión fue GIF quien propuso formar una UTE a las empresas AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA. Posteriormente, representantes de las tres empresas se reunieron en Madrid el 1 de julio de 1999 y adoptaron la decisión de constituir una UTE, tal y como se refleja al folio 532 del expediente. Es también destacable, en el proceso de formación de la voluntad de concurrir en UTE a las licitaciones convocadas por GIF, lo acordado en la reunión mantenida por las tres empresas el 26 de octubre de 1999 en la cual, al final del acta, se dice que "Se encuentra en proceso de formación la UTE que con el nombre de AJA vamos a constituir con Amurrio y Jez para el suministro de desvíos de alta velocidad...".

De acuerdo con ello, y una vez adoptada la decisión de crear una UTE, firmaron el acuerdo de constitución el 17 de marzo de 2000, concurriendo bajo esta estructura organizativa en el concurso convocado por GIF referido al Contrato de Suministro y Transporte de Desvíos Ferroviarios de Alta Velocidad para la línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa, Tramo: Zaragoza-Lleida (Puente de Ebro-Lleida), expediente licitado el 4 de febrero de 2000, acordando con fecha 15 de febrero de 2001 una fórmula similar para para concurrir al expediente de la línea Segovia-Medina del Campo, Tramo Olmedo-Medina del Campo; y extendiendo finalmente la concurrencia como UTE en los expedientes de que fue convocando posteriormente GIF y más tarde, y bajo una fórmula similar, ADIF.

Destaca la CNMC que en ese período las tres empresas optaron por no competir entre ellas y se presentaron en forma de UTE a todos los expedientes de contratación de desvíos ferroviarios convocados por procedimiento abierto o por procedimiento negociado sin publicidad cuya licitación previa había quedado desierta, adoptando la UTE en cada caso el nombre de AJA. Y describe además los contactos acreditados en este período entre las tres empresas.

2- Respecto de los contratos adjudicados por ADIF desde enero de 2005 hasta diciembre de 2009, licitó quince expedientes de contratación de desvíos ferroviarios y otros aparatos complementarios, y la Unión Temporal de Empresas AJA resultó adjudicataria de nueve de ellos, mientras que los seis restantes fueron adjudicados a la empresa ALEGRÍA (cuatro licitaciones) y a dos UTES alternativas formadas por las mismas empresas imputadas AMURRIO, FELGUERA, JEZ y ALEGRÍA en septiembre de 2007 y AMURRIO y ALEGRÍA en septiembre de 2008.



También con relación a este período detalla la resolución los encuentros, reuniones e intercambios de información que precedieron a las adjudicaciones, y que estarían documentados en el expediente, así como la posición de FELGUERA- posteriormente absorbida por DF RAIL- quien se habría presentado inicialmente como competidora en 2005 y que concurrió en UTE con las otras tres empresas por primera vez en la licitación de 29 de junio de 2007.

3- Finalmente, y en cuanto a los contratos adjudicados por ADIF desde enero de 2010 hasta el 31 de octubre de 2014, se trata de diecisiete expedientes de contratación que fueron adjudicados en ocho ocasiones a la UTE formada por las cuatro empresas, en otras cinco a la UTE AJA, y los restantes cuatro contratos correspondieron a las empresas AMURRIO (tres licitaciones) y JEZ (una licitación).

Como hechos destacables de este período alude la resolución a la intervención *"cada vez más importante de FELGUERA en los acuerdos para formar UTE entre las cuatro empresas (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA)"*.

También se refiere a las tensiones producidas entre las empresas que formaban la UTE AJA; al hecho de que las mismas *"... eran conscientes de que no estaban actuando correctamente"*, con referencia a los correos que evidenciarían esa percepción; y, especialmente, pone de manifiesto el cambio de actitud de ADIF que optaría desde entonces por las ofertas individuales hasta el punto de que, a partir de 2014, *"... comunica a las cuatro empresas (AMURRIO, JEZ, ALEGRA y FELGUERA) que tienen que dejar de presentar ofertas en UTE"*, lo que habría propiciado una nueva estrategia entre las empresas que también describe.

CUARTO.- Sobre la base que proporcionan los hechos probados relacionados en la resolución, la CNMC acoge finalmente la propuesta presentada por la Dirección de Competencia en el sentido de declarar *"... la existencia de una infracción única y continuada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, consistente en acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas Amurrio Ferrocarril y Equipos, S.A., Duro Felguera Rail, S.A.U. (sucesora de Felguera Melt, S.A.), Jez Sistemas Ferroviarios, S.L. y Talleres Alegría, S.A., para el reparto, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios en los procedimientos de contratación convocados por GIF/ADIF"*.

La propuesta alcanza a la declaración de responsabilidad de los directivos de dichas empresas que cita y a quienes sanciona en aplicación de lo dispuesto en el artículo 63.2 de la LDC y en el artículo 10.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por razón de su participación directa en el diseño e implementación de los acuerdos o prácticas concertadas entre las citadas empresas.

Por otra parte, supone que las prácticas anticompetitivas, que se habrían prolongado cuando menos desde el 1 de julio de 1999 hasta el 7 de octubre de 2014, responderían a una estrategia global dirigida a distorsionar la competencia efectiva en el mercado de desvíos ferroviarios y elementos complementarios en España, considerando que las empresas AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA, FELGUERA y DF RAIL, optaron *"... sin justificación y de manera recurrente por presentar ofertas conjuntas en forma de UTE en las licitaciones de GIF/ADIF relacionadas con los desvíos ferroviarios y elementos complementarios, y en los pocos casos en los que ofertaron de forma individual, llegaron a acuerdos sobre la forma de ofertar y el reparto de los trabajos a realizar, con el objetivo evidente de no competir en las licitaciones, repartos que incluso en varios casos se realizaron antes de las licitaciones"*.

Y advierte que las conductas que se atribuyen a las incoadas produjeron un incremento de los precios de adjudicación de las licitaciones respecto de los que se habrían conseguido de operar en libre competencia, con el consiguiente perjuicio para el interés público.

QUINTO.- Razones de índole procesal aconsejan abordar en primer lugar, de entre los distintos motivos que se esgrimen en la demanda, el relativo a la válida constitución y actuación en UTE de las empresas incoadas pues, de prosperar, como entendemos que debe hacerlo, haría innecesario el análisis de los restantes.

Téngase en cuenta, además, que es esta una cuestión esencial dada la importancia que en la operativa de participación en las licitaciones ha tenido la utilización de la Unión Temporal de Empresas, lo que aparece destacado en la resolución misma al advertir que la mayoría de las adjudicaciones se hizo bajo esta forma de participación.

Se trata, por otra parte, de una de las alegaciones primeras a la propuesta de resolución a la que dio contestación la CNMC, para quien *"El principal modus operandi de las empresas para llevar a cabo las conductas descritas, al menos, esos 15 años, ha consistido, como ya se ha sealado, en asociarse con carácter permanente a través de la creación de una UTE para concurrir de manera conjunta a la práctica totalidad de los contratos que se han convocado y adjudicado en el mercado de referencia por parte de GIF y ADIF. Con ello, han conseguido eliminar cualquier atisbo de competencia a la hora de concurrir a las licitaciones públicas ofertadas por las entidades de gestión de infraestructuras y que es, como ya hemos sealado, la principal fuente de negocio de*

estas empresas en este mercado. De los 50 contratos adjudicados por GIF/ADIF en el periodo investigado (1999 a 2014), 37 (el 74%) de ellos han sido adjudicados a la UTE", negando que pudiera haber una justificación objetiva económico-financiera, tecnológica o de falta de capacidad para atender las exigencias de las licitaciones convocadas para entender necesario haber concurrido de manera conjunta a las mismas.

En su demanda, AMURRIO parte de una posición contraria al sostener que la concurrencia en UTE resultaba indispensable para poder participar en las licitaciones de desvíos ferroviarios convocados por GIF/ADIF, y afirma que no hay restricción de la competencia (ni por tanto infracción de la LDC) en la constitución o compromiso de UTE para la concurrencia a licitaciones cuando, como aquí dice que ocurre, las empresas integrantes de la UTE "carecieran de la capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual".

Recuerda en este sentido que, en 1999, el GIF decidió que los tres únicos fabricantes de desvíos ferroviarios existentes en España en ese momento -TALLERES ALEGRÍA, JEZ y AMURRIO- debían fabricar conjuntamente en España los desvíos para las nuevas líneas de alta velocidad Madrid-Lleida y Madrid-Barcelona utilizando para ello las únicas dos tecnologías existentes en ese momento, la alemana y la francesa, pues los fabricantes españoles no tenían tecnología propia. Y se refiere a la propuesta del mismo GIF de formar una UTE entre las tres empresas, que resultaría acreditada a los folios 530 y 531.

También pone de relieve que esa exigencia se repetiría posteriormente, pues ADIF impuso en 2010 a los fabricantes "... la constitución de una UTE, esta vez entre cuatro empresas, al requerir para la fabricación del AV4 -denominado "Desvío ADIF de Alta Velocidad" en el Documento de Cesión que obra en los folios 1883 y 1884- la participación también de DURO FELGUERA junto a los tres fabricantes que habían participado en el desarrollo y fabricación del AV1". Lo que estaría corroborado por las notas de una reunión entre TALLERES ALEGRÍA, JEZ y AMURRIO celebrada el 1 de marzo de 2011 y que obra al folio 722 del expediente, en el que se habría planteado la integración de DURO FELGUERA impuesta por ADIF - "ADIF quiere una UTE a 4 empresas al 25%".

Y argumenta que la constitución de UTEs entre los fabricantes de desvíos ferroviarios era indispensable para suministrar al GIF/ADIF en las cantidades y plazos que requería puesto que ningún fabricante español disponía de la tecnología necesaria para fabricar los desvíos de alta velocidad exigidos, ni contaba con la capacidad de producción necesaria para suministrar las cantidades requeridas en los plazos que imponía.

A su juicio, esta circunstancia habría sido suficientemente acreditada, sin que la prueba aportada al efecto hubiera sido rebatida en la resolución impugnada.

SEXTO.- El análisis de esta cuestión exige partir del hecho de que las UTEs no suponen en sí mismas una restricción de la competencia, y pueden por el contrario contribuir a asegurar está especialmente en los procesos de licitaciones en los que, de no acudir a dicha forma de colaboración, algunas empresas no podrían participar en los mismos.

Así lo reconoce la misma CNMC al afirmar que la utilización de UTE o de AIE para participar en procedimientos de licitación puede tener efectos positivos, al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de PYMES que pongan en común recursos complementarios.

Las UTEs se rigen por la ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional, cuyo artículo 2 revela ya la preocupación del legislador por la incidencia que la actividad de estas formas organizativas puede tener en materia fiscal y de defensa de la competencia, por lo que previene que tanto las UTEs como las Agrupaciones de Empresas deben estar sometidas a vigilancia permanente por parte de las autoridades de ambos ámbitos: "Las actividades y repercusiones económicas de las Agrupaciones de Empresas y Uniones Temporales de Empresas serán objeto de especial vigilancia por el Ministerio de Hacienda, para constatar si su actividad se ha dedicado exclusivamente al cumplimiento del objeto para el que fueran constituidas. El cumplimiento de esta función se realizará por la Inspección Financiera Tributaria, sin perjuicio, y con independencia de la aplicación por los Organismos o Tribunales correspondientes de las medidas ordinarias o especiales establecidas o que se establezcan para evitar actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia".

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, es ejemplo también de dicha prevención frente a la posible utilización de la UTE para encubrir prácticas anticompetitivas, y así establece en su artículo 69.2 que "Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas. Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase



que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos".

De acuerdo con esta caracterización, hemos recordado en Sentencia de 30 de julio de 2018, recurso núm. 566/016, que la UTE implica un sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, sin que esta colaboración tenga personalidad jurídica. También en la de 15 de octubre de 2012, F.J. 5º, advertíamos que " *la creación de UTEs en sí mismas no constituyen un acuerdo anticompetitivo y los acuerdos para su formación deben analizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se producen*".

Para examinar las posibles restricciones a la competencia generadas por la concurrencia bajo el sistema de colaboración que suponen las UTEs debemos partir de lo establecido en el párrafo 237 de la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 14 de enero de 2011), según el cual, " *Por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente (...)*".

Y la explicación que incorpora la propia Comunicación es particularmente esclarecedora al añadir en este mismo apartado que " *Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1º*".

Apunta de este modo, como criterio determinante para enjuiciar el alcance anticompetitivo de la UTE, el de su necesidad objetiva o la indispensabilidad de esta forma organizativa de modo que, si la intervención de varias empresas bajo una UTE es necesaria, objetivamente, para que puedan participar en una licitación -por exigirlo así razones económicas, geográficas, técnicas o de otra índole-, se entiende que los acuerdos que puedan adoptar encaminados a tomar parte en la misma no resultan anticompetitivos, y ello por el hecho de que las empresas no son competidoras entre sí, pues no podrían concurrir de manera individual.

Acerca de la aplicación y de la incidencia que sobre la participación de UTEs en procedimientos de licitación tiene la Comunicación sobre acuerdos de cooperación horizontal se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de marzo de 2021, recurso núm. 1363/2020, que recopila y sistematiza la doctrina del Tribunal de Justicia sobre esta materia.

Razona dicha sentencia, en cuanto a la referida Comunicación, que " *... es oportuno reiterar aquí lo señalado por esta Sala en la ya citada sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3º), seguida luego por la sentencia nº 66/2019, de 28 de enero (casación 1396/2017, F.J. 3º), acerca de la eficacia y virtualidad de tales Directrices. Como señalábamos en aquellas ocasiones, las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales. Así lo destacan las STJUE de 14 de junio de 2011, Pfeiderer (C-360/09, Rec. p. I-5161), apartado 21; en un sentido similar también la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 209, conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no pueden calificarse de norma jurídica, así como la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Arkema/Comisión (C-520/09 P, Rec. p. I-8901 apartado 88), conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no establecen más que reglas de conducta. Ahora bien, tales directrices, en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia, pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia. Podemos, por tanto, referir que el artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que hemos transcrito con anterioridad (antiguo artículo 81.3 TCE) debe interpretarse en el sentido de que contiene una excepción a lo establecido en los dos apartados anteriores; y sobre el significado y alcance de tal excepción existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial del TJUE de la que hicimos reseña en nuestra sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre (casación 2452/2017, FF.JJ. 8º y 9º) a la que antes nos hemos referido. Siguiendo la línea interpretativa del Tribunal de Justicia, en esa sentencia citada de 17 de septiembre de 2018 señalábamos (F.J. 8º) que, a efectos de determinar la adecuación o disconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia, para que opere la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE, que exime de la prohibición establecida en el artículo 101.1, es necesario que se cumplan acumulativamente los cuatro requisitos anotados, a saber: 1º) que el acuerdo contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2º) que los consumidores participen de forma equitativa en el beneficio resultante; 3º) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, 4º) que no*



se ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate".

Además, el Tribunal Supremo aborda la cuestión de a quien corresponde justificar la concurrencia de los requisitos que autorizan la aplicación del artículo 81.3 -101.3 del Tratado-, y se remite en esto a la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 (asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P).

En dicha sentencia el Tribunal de Justicia hace las consideraciones siguientes:

"78 La Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia aplicó erróneamente la jurisprudencia relativa al reparto de la carga de la prueba y al grado de prueba exigido en el marco del artículo 81 CE , apartado 3. Censura el apartado 242 de la sentencia recurrida, así como los apartados 269 y 303 de dicha sentencia, que remiten a la jurisprudencia, a los criterios y a los principios aplicables al control de las concentraciones. Ahora bien, a su juicio, no existe ninguna analogía entre el examen de los efectos contrarios a la competencia de una concentración y el de la aplicación del artículo 81 CE , apartado 3.

79 A diferencia de los asuntos sobre concentraciones en los que, según la Comisión, las partes notificantes no soportan ninguna carga de la prueba particular, es reiterada jurisprudencia que, en el contexto de la referida disposición, corresponde a las empresas interesadas presentar a la Comisión pruebas que demuestren que el acuerdo cumple los requisitos establecidos por dicha disposición. La Comisión invoca, para fundamentar su demostración, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión (56/64 y 58/64 , Rec. p. 429), así como de 17 de septiembre de 1985, Ford-Werke y Ford of Europe/Comisión (25/84 y 26/84 , Rec. p. 2725).

(...)

82 Es necesario señalar por un lado, que, en los apartados 233 a 236 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia recordó la jurisprudencia, los principios y los criterios que rigen la carga de la prueba y el grado de prueba exigido en lo que respecta a la petición de exención con arreglo al artículo 81 CE , apartado 3. Puso de manifiesto, acertadamente, que corresponde a quien invoca dicha disposición demostrar, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurren los requisitos exigidos para obtener una exención (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84 , Rec. p. 2545, apartado 45).

83 Por tanto, la carga de la prueba incumbe a la empresa que solicita que se le aplique la exención con arreglo al artículo 81 CE , apartado 3. Sin embargo, los elementos de hecho que invoca dicha empresa pueden obligar a la otra parte a dar una explicación o una justificación sin la cual es posible concluir que se ha satisfecho la carga de la prueba (véase, en este sentido, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 279)".

El Tribunal Supremo transcribe además el siguiente párrafo de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de enero de 2004 (asunto T-67/01): "*Compete a la empresa solicitante aportar todos los elementos acreditativos necesarios para demostrar la justificación económica de una exención y demostrar que satisface cada uno de los cuatro requisitos exigidos por el artículo 81 CE , apartado 3, que tienen carácter cumulativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión, antes citada, apartados 52 y 61, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1992, Publishers Association/Comisión, T-66/89 , Rec. p. II-1995, apartado 69). Asimismo, corresponde a esta empresa demostrar que las restricciones causadas a la competencia cumplen los objetivos que persigue el artículo 81 CE , apartado 3, y que estos últimos no pueden alcanzarse sin dichas restricciones (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2002, Compagnie générale maritime y otros/Comisión, T-86/95 , Rec. p. II-1011, apartado 381)".*

Y recuerda, en esa misma línea, que la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal señala en su apartado 48 que cuando en un caso concreto se haya demostrado la presencia de una restricción de la competencia a efectos del artículo 101.1 del Tratado, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3, añadiendo la misma Comunicación, con cita del artículo 2 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (hoy artículos 101 y 102 del TFUE), que « (...) la carga de la prueba de los dispuesto en el artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen esta disposición. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es».

También en igual sentido reitera la cita de la antes mencionada sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 que, en su párrafo 92, declara que para que un acuerdo pueda quedar exento con arreglo al artículo 81.3 TCE (hoy 101.3 del TFUE) es necesario que contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, contribución que no puede identificarse con todas las ventajas que las empresas que participan en dicho acuerdo obtienen del acuerdo en relación con su actividad "... sino con

ventajas objetivas apreciables que puedan compensar los inconvenientes que el acuerdo genera en el ámbito de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia Consten y Grundig/Comisión, antes citada, pp. 502 y 503)".

Finalmente, el Tribunal Supremo identifica la cuestión sobre la cual debía pronunciarse con el objeto de la formación de jurisprudencia, que sería la de "... determinar en qué supuestos cabe considerar que un acuerdo de asociación entre competidores, para participar en un concurso público, constituye una práctica restrictiva de la competencia por el objeto o por sus efectos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y acerca de delimitar cuáles son los factores de naturaleza económica o jurídica que debe tomar en consideración la autoridad de competencia". A lo que añade que "También tiene por objeto precisar el alcance del artículo 1.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de delimitar cuáles son los presupuestos y requisitos exigibles para aplicar la excepción contenida en dicho precepto legal, en relación con los acuerdos de cooperación horizontal, entre empresas competidoras, formalizados a través de la constitución de una Unión Temporal de Empresas creada ad hoc para participar en licitaciones públicas.

Más concretamente, en los términos que refiere el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 de octubre de 2020, la cuestión planteada en el recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consisten en interpretar los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, en consonancia con lo establecido en las Directrices Horizontales de la Comisión Europea, a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la excepción contenida en los citados preceptos en relación con acuerdos de cooperación horizontal y, más concretamente, en relación con la creación de UTEs para participar en licitaciones de concursos públicos".

Es indiscutible el interés que en el asunto que ahora enjuiciamos tiene todo ello.

No obstante, y atendidos los términos en que se planteaba la controversia que analiza el Tribunal Supremo, concluye lo siguiente:

"Ahora bien, es obligado señalar que en el presente recurso de casación -igual que en el proceso de instancia- no ha existido en realidad controversia sobre la interpretación que debe darse a los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101.3 TFUE, ni sobre la jurisprudencia que los interpreta y aplica. Más bien al contrario, la sentencia recurrida en casación hace diversas referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de este Tribunal Supremo en relación con tales preceptos, sin que los recurrentes en casación hayan manifestado discrepancias con las nociones y categorías jurídicas a que se refiere la sentencia.

Donde las recurrentes discrepan de la sentencia recurrida es en la valoración que en ella se hace de los datos y elementos de prueba disponibles, y, en definitiva, en la delimitación de las circunstancias fácticas concurrentes en el caso concreto que se examina..."

Por ello, y en cuanto a la formación de doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación del artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con lo dispuesto en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, declara que "Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala considera que, puesto que no existen cuestiones jurídicas a dilucidar; y dado que las cuestiones de hecho quedan excluidas del recurso de casación (artículo 87 bis. 1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), no siendo revisable en casación la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, no resulta necesario modificar, completar ni matizar la jurisprudencia que hemos dejado reseñada en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia".

Todo lo cual evidencia, en definitiva, la necesidad de realizar un análisis en cada supuesto que tenga en cuenta las circunstancias concurrentes, no solo de las empresas que participan en la licitación, sino de las condiciones de esta en la medida en que puedan determinar la necesidad objetiva o indispensabilidad de concurrir en una UTE.

SÉPTIMO.- Lo expuesto en el fundamento anterior nos coloca ya en disposición de abordar la cuestión fundamental a la que cabe reconducir el motivo relacionado con la válida intervención de las UTEs en las licitaciones de GIF/ADIF, cual es la de determinar si existía una necesidad objetiva de concurrir bajo este sistema de colaboración entre empresas, tal y como las conceptúa el artículo 7.Uno de la Ley 18/1982, de 26 de mayo. Y, directamente relacionado con ello, si esa necesidad ha sido justificada suficientemente por la parte sobre la cual pesa la carga de hacerlo, es decir, la actora.

En primer lugar, ha de decirse que resulta indiscutible a la vista de la documentación que integra el expediente administrativo que GIF, primero, y después ADIF, propiciaron la presentación conjunta de licitaciones.



Así resulta, respecto de GIF, de la reunión documentada al folio 530 del expediente, celebrada el 26 de mayo de 1999, y en la que el representante de AMURRIO transcribe que *"nos proponen formar una UTE entre las tres empresas y adjudicarnos inicialmente estos prototipos..."*.

También al folio 1878 se recogen anotaciones manuscritas tomadas por el representante de la entidad aquí recurrente, AMURRIO, en una reunión que tuvo lugar el 1 de junio de 1999 en Viena, y que probarían que el GIF comunicó a los fabricantes la necesidad de llegar a un acuerdo para la fabricación de los desvíos de alta velocidad para las líneas Madrid-Lleida y Madrid-Barcelona. El contenido de dichas anotaciones es muy expresivo de las instrucciones recibidas, en especial en cuanto al cumplimiento del plazo, para el que habrían de llegar las empresas a un acuerdo al que se les conminaba expresamente, reflejando de manera literal que *"... La reunión de mañana es para tomar compromiso entre todos en este sentido o en el otro. En menos de un año hay que suministrar todos los desvíos del primer tramo. [...] Tiene que haber garantía de suministro (plazo y precio)..."*.

La prueba de que después ADIF impuso también la constitución de una UTE, incorporando en este caso a la cuarta empresa, DURO FELGUERA, para la fabricación del AV4, se encuentra en las anotaciones relativas a una reunión entre TALLERES ALEGRÍA, JEZ y AMURRIO el 1 de marzo de 2011, obrante al folio 722 del expediente, y en las que se indicaba que *"ADIF quiere una UTE a 4 empresas al 25%"*.

Y particular relevancia ha de atribuirse al hecho, destacado por AMURRIO en su demanda, de que DURO FELGUERA había de aportar elementos requeridos por ADIF de los que las demás empresas carecían, evidenciando con ello la necesidad objetiva de participación en UTE. Se refiere en este sentido al compromiso de constitución de UTE suscrito en 2012 entre los cuatro fabricantes, que obra a los folios 485 a 490, y en el cual se indicaba que para participar en próximos concursos de desvíos ferroviarios para líneas de alta velocidad del tipo AV4 *"es necesario combinar las diferentes tecnologías de las cuales son propietarias las distintas empresas firmantes"*.

Por lo demás, la resolución misma no cuestiona el hecho de que la utilización de las UTEs fuera promovido por GIF/ADIF, pero tampoco hace consideración alguna acerca de que ello pudiera resultar irrelevante para la calificación de las conductas.

En opinión de esta Sala, que sea la entidad pública la que inste al acuerdo entre licitadores, o les requiera, incluso, como sucedió aquí, a que concurran específicamente en una UTE, si bien no enerva la eventual ilicitud de todos los acuerdos a que puedan llegar las empresas que participan bajo este sistema de colaboración, sí constituye una circunstancia a valorar en cuanto a la prueba de la necesidad objetiva de la UTE que, sin duda, ha de tenerse en cuenta.

A probar, además, esa necesidad objetiva o indispensabilidad de concurrir conjuntamente contribuye de manera eficaz el informe pericial aportado por la parte actora.

En dicho informe, partiendo de la descripción del proceso de producción de desvíos ferroviarios de Alta Velocidad y Convencionales de la fábrica de AMURRIO y de las limitaciones que, precisamente por las exigencias de fabricación de dichos desvíos, presentan sus instalaciones, expone razonadamente por qué resultaba imposible para dicha fábrica acometer por sí sola la fabricación de los desvíos requeridos por GIF/ADIF en el período 2000-2014. Toma en consideración para ello las condiciones de los contratos adjudicados, que alcanzan en dicho período el número de cuarenta en el caso de AMURRIO, así como el hecho, no reflejado en la resolución, de que la empresa resultó adjudicataria de otras licitaciones en el año 2005, lo que supuso que asumió la fabricación, individualmente o en UTE, de un total de 711 desvíos de Alta Velocidad y de 2.138 desvíos convencionales.

A partir de ello, justifica que, con un número máximo de montaje al mes de tres desvíos de Alta Velocidad y de doce desvíos convencionales, hubiera sido imposible licitar por separado al carecer de capacidad de producción para atender las cantidades requeridas. Refleja al respecto que en el período analizado AMURRIO fabricó el 33% de los desvíos de Alta Velocidad y el 26% de los desvíos convencionales licitados por GIF/ADIF.

En sus conclusiones, el informe indica que *"Amurrio tuvo que acudir en UTE con otras empresas para poder acometer la producción de los desvíos solicitados por ADIF/GIF, pues no hubiese podido cumplir con los plazos establecidos en los pliegos de haber acudido en solitario, debido a las restricciones de producción con las que cuenta la sociedad, que hubiesen imposibilitado no sólo acometer la producción de desvíos para ADIF/GIF, sino que también hubiese interferido con la producción realizada para otros clientes"*.

Además, habría quedado acreditado que AMURRIO carecía por sí sola de la capacidad tecnológica necesaria para suministrar individualmente desvíos ferroviarios de alta velocidad al GIF/ADIF en el periodo 1999 a 2014, así como que el GIF obtuvo licencias de tecnología a favor de la UTE formada por los fabricantes españoles de desvíos, constandingo en el expediente los contratos firmados al efecto entre la UTE y los fabricantes extranjeros



COGIFER, francés, y VAE y BWG, alema. Son hechos admitidos en la misma resolución que TALLERES ALEGRIA y JEZ tenían acceso a la tecnología alemana, y AMURRIO a la tecnología francesa.

Ello lleva a la CNMC a considerar que podrían haber establecido puntualmente otro tipo de alianzas bilaterales.

Ha de decirse, sin embargo, que tal aseveración se basa solo en la particular apreciación de la Comisión, y carece de cualquier otro apoyo probatorio que permita suponer que podía mantenerse la viabilidad de la contratación por este sistema de alianzas bilaterales no obstante la premura de los plazos exigidos por el licitador. Teniendo en cuenta, insistimos, que la constitución de una UTE fue una exigencia de GIF, quien obtuvo las licencias de tecnología a favor de la propia UTE.

OCTAVO.- Si la existencia de necesidades objetivas del acuerdo de cooperación horizontal que supone la concurrencia bajo un UTE tiene un sólido sustento probatorio en cuanto acabamos de exponer, es importante destacar también otra cuestión de indudable relevancia para la decisión del asunto, cual es que la propia CNMC reconoce la posible validez de la UTE en relación con determinadas licitaciones, pero no en todas. Es decir, admitiría la necesidad objetiva de los acuerdos adoptados entre las empresas sancionadas, pero solo en algunos de los contratos adjudicados.

La resolución lo refleja así en diversos pasajes, como cuando manifiesta, en el fundamento de derecho cuarto, apartado 4.1.b), que *"De los 50 contratos adjudicados por GIF/ADIF en el periodo investigado (1999 a 2014), 37 (el 74%) de ellos han sido adjudicados a la UTE, sin que en la mayoría de ellos exista una justificación objetiva económico-financiera, tecnológica o de falta de capacidad para atender en plazo las demandas de GIF/ADIF, que permita considerar la necesidad de haber concurrido de manera conjunta a la licitación..."* admitiendo de este modo que en algunos estaría justificada la concurrencia en UTE. O al advertir, en el apartado 4.1.c del mismo fundamento, que *"...tanto la propia actuación de las empresas como sus volúmenes de negocio en el mercado afectado evidencian que no era necesario acudir en UTE a gran parte de los contratos licitados por GIF/ADIF"*, por lo que reconoce también aquí que en una parte de los contratos la UTE sería admisible.

Sin embargo, al razonar acerca de la comisión de una infracción consistente en reparto de mercado, acuerdo de precios e intercambio de información comercial sensible, que es la que finalmente atribuye a las incoadas, afirma con carácter general (fundamento de derecho cuarto, apartado 4.1.a) que *"las empresas han utilizado injustificadamente un medio como es la UTE con la intención de repartirse de manera ilícita y sostenida en el tiempo el mercado de suministro de desvíos ferroviarios, que ha implicado además un acuerdo de precios de licitación entre las partes y un intercambio de información estratégica entre las empresas. Son muchas las evidencias que acreditan la existencia de las conductas llevadas a cabo por las empresas. Así, en lo que se refiere al reparto del mercado, ya desde el 1999, fecha en la que se crea la UTE con el conocimiento de GIF, las partes toman la decisión de eliminar la competencia acudiendo sistemáticamente a todos los concursos licitados por GIF/ADIF de manera conjunta y repartiéndose los contratos a partes prácticamente iguales entre ellas"*.

Con esta calificación la CNMC prescinde de la posible validez de la utilización de la UTE en algunos de los contratos, pese a admitirla en la propia resolución, para afirmar que la concurrencia de modo conjunto obedecía, en todos los contratos por los que licitaron las empresas sancionadas, a la *"decisión de eliminar la competencia"*.

Podría haber discriminado los casos en que existía una justificación objetiva de la concurrencia en UTE -que, insistimos, admite-, de aquellos otros en los que la participación conjunta tendría un alcance anticompetitivo, y calificar la infracción partiendo de esa distinción. Sin embargo, la calificación de las conductas, y con ello la determinación de la sanción, se hace bajo la premisa de que, en todos los casos -la resolución alude a *"... todos los concursos licitados por GIF/ADIF"*-, la intención perseguida por las empresas concertadas era eliminar la competencia, lo que resulta abiertamente contradictorio con el planteamiento de la misma resolución al admitir la licitud de algunas de las participaciones conjuntas. E incompatible con los hechos acreditados, que pondrían de manifiesto la indispensabilidad de la concurrencia conjunta en los términos que hemos expuesto.

En definitiva, la estimación del recurso resulta obligada porque la prueba obrante en el expediente administrativo y la aportada por la parte actora, en particular el informe pericial, permitirían, en una valoración conjunta, considerar acreditada la necesidad objetiva -derivada de razones tecnológicas y de capacidad productiva- de concurrir conjuntamente a las licitaciones, prueba que no habría sido desvirtuada de contrario. Es significativo a tal efecto que en el escrito de conclusiones el Abogado del Estado no haga referencia alguna a la prueba aportada por la entidad recurrente, limitándose a remitirse a lo expuesto en la contestación a la demanda, sin ninguna consideración adicional.

Y porque la resolución califica la infracción sobre la base de la ilicitud de la concurrencia en UTE de las empresas incoadas en todas las licitaciones en que intervinieron, atribuyéndoles el propósito, también en todas



ellas, de eliminar la competencia, lo que no se aviene, ni con los hechos probados, ni con los hechos admitidos en la resolución misma.

NOVENO.- Las costas de esta instancia habrán de ser satisfechas por la Administración demandada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

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

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de **AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A**, contra la resolución de 30 de junio de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 1.235.507 euros.

2.- Anular la referida resolución en cuanto a la sanción impuesta a la entidad recurrente, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de las costas a la Administración demandada.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.