



<http://civil-mercantil.com/>

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de 10 de abril de 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6.ª)

Rec. n.º 689/2011

SUMARIO:

Sanciones. Competencia. Coordinación de comportamientos para alterar el resultado de licitaciones públicas. Prueba. Valoración. Indicios. La utilización de la prueba de indicios en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo. Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. 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.

PRECEPTOS:

Ley 1/2002 (coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia), arts. 1 y 5.4.

Ley 15/2007 (Defensa de la competencia), arts. 1, 54.1, 62 y 63.

PONENTE:

Doña Concepción Mónica Montero Elena.

SENTENCIA

Madrid, a diez de abril de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Excavaciones Saiz S. A. , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Manuel Lancharas Perlado, frente a la Administración del Estado , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2011 , relativa sanción siendo la cuantía del presente recurso 127.580 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

<http://civil-mercantil.com/>

Primero.

Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Excavaciones Saiz S. A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Manuel Lanchares Perlado, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2011, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

Segundo.

Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

Tercero.

Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día uno de abril de dos mil catorce.

Cuarto.

En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.

Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2011, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 127.580 euros por resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de 17 de julio de Defensa.

Segundo.

La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

"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...EXCAVACIONES SAIZ, 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:...

<http://civil-mercantil.com/>

127.580 euros a EXCAVACIONES SAIZ, S.A.;..."

Tercero.

Antes de entrar en el examen de la cuestión de fondo, hemos de examinar las alegaciones relativas a la falta de competencia de la CNC y la omisión de solicitud del preceptivo informe a la Comunidad Autónoma.

Pues bien, El artículo 1 de la Ley 1/2002 de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia establece:

"Artículo 1 *Puntos de conexión*

1. Corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.

2. En todo caso, se considera que se altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, en los siguientes casos:

a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

b) Cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

3. Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma."

El artículo 5.4 de la misma Ley, determina:

"Cuatro. La Comisión Nacional de la Competencia, en el ejercicio de las funciones que le son propias, recabará del órgano autonómico informe preceptivo, no vinculante, a emitir en el plazo de veinte días, en relación con aquellas conductas previstas en los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia o los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea que, afectando a un ámbito

<http://civil-mercantil.com/>

supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma..."

En sus fundamentos jurídicos, la Resolución impugnada, afirma:

"La aseveración de la Dirección de Investigación sobre la existencia de catorce carteles frente a uno en respuesta a las alegaciones de las partes ciertamente no puede ser compartida por el Consejo. Sin perjuicio de su carácter de infracción compleja en la que puedan subsumirse múltiples acuerdos, el Consejo no tiene duda de que se trata de una infracción única.

Estamos ante un mecanismo que opera repetidamente, con el mismo objeto y bajo las mismas pautas, en diversas licitaciones, sin perjuicio de que varíe el órgano que convoca la licitación o el territorio donde vaya a situarse la obra. Puede considerarse que este mecanismo colusorio da lugar a diferentes acuerdos para cada licitación, pero cada uno de los acuerdos es parte de una estrategia única, como dedujo PAS tras la primera reunión a la que fue invitado. De hecho, se ha acreditado que en una misma reunión se han alcanzado acuerdos sobre licitaciones diferentes que han sido convocadas de manera próxima en el tiempo, a pesar de que no todas las empresas estaban seleccionadas para las mismas licitaciones. También se ha acreditado que el mecanismo de pago de compensaciones no funcionaba de manera independiente para cada licitación, sino que en ocasiones las empresas compensaban entre sí pagos de diferentes licitaciones.

La diversidad de empresas participantes en este mecanismo colusorio y el hecho de que no estén todas presentes en todas las licitaciones no impide mantener la calificación de infracción única. Primero, porque la participación depende no sólo del interés de la empresa en participar, sino también de que fueran previamente convocadas por el órgano licitador para participar en el procedimiento restringido. De ahí las manifestaciones de determinadas empresas, como SAIZ, EIFFAGE o SORIGUÉ de que, supuestamente desconecedoras del mecanismo colusorio, tras ser preseleccionadas para la licitación recibieron la invitación a participar en el mismo. Por otro lado, el hecho de que no se muestre interés en acudir a una licitación no quiere decir que la empresa no sea participe en la colusión. Lo será si, cuando acude a la licitación -y resulta seleccionada- entra en el juego del mecanismo colusorio.

Segundo, porque no se debe perder de vista que, tal y como han caracterizado las propias partes, en este mercado hay numerosas empresas de alcance regional que solo tienen incentivo a participar en licitaciones que les son más próximas.

Tercero, porque hay un grupo significativo de empresas que aparecen con más asiduidad en las licitaciones donde la colusión ha sido acreditada y que coinciden, de acuerdo con algunas manifestaciones, con aquellas que han efectuado las invitaciones para participar en las reuniones y en el mecanismo descrito.

En definitiva, sin perjuicio de la responsabilidad que en su caso corresponda a cada parte, estamos ante una única infracción del artículo 1 de la LDC . Como se deduce de los hechos acreditados, dicha infracción ha afectado a licitaciones de rehabilitación de firmes y plataformas adjudicadas a lo largo de los ejercicios 2008 y 2009. Se trata además de una infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62.4.a) de la LDC y, como tal, merecedora de sanción."

La CNC afirma la existencia de un solo cártel, una única infracción, que excede del ámbito de una Comunidad Autónoma. La recurrente sostiene tanto la falta de competencia como la necesidad de solicitar informe preceptivo, en que se refiere a una sola licitación, que es la que le afecta. Pero la conducta que se imputa a las interesadas en el presente expediente, no es la participación en concretas licitaciones, sino su participación en un cártel. La circunstancia de una menor participación afectará a la graduación de la sanción, pero no a la imputación, que lo es, como decimos, la participación en el cártel.

<http://civil-mercantil.com/>

No se han infringido los preceptos citados.

Cuarto.

Los hechos que la CNC declara probados, que la Sala acoge como tales y que no han sido desvirtuados, en cuanto son especialmente relevantes, son los siguientes:

"EXCAVACIONES SAIZ, S.A.. Empresa constructora, con sede en Burgos, especializada en excavaciones y demoliciones, alquiler de maquinaria, transportes con góndola y fabricación de hormigón, morteros, áridos y asfaltos. Sus accionistas indirectos (personas físicas) coinciden en parte con los de GEHORSA, empresa también imputada en el expediente, si bien se trata de empresas independientes. Esta empresa fue inspeccionada por la CNC el 15 de octubre de 2009."

Respecto a los hechos imputados, destacamos:

"Archivo Excel de EXCAVACIONES SAIZ (folio 1.106). Durante la inspección en la sede de EXCAVACIONES SAIZ, en el ordenador de D. Cirilo, Encargado de Obras de la empresa, se localizó un archivo denominado "REP. SUBASTAS RESTRINGIDAS.xlsx". Este documento guarda una gran similitud de forma con los siete archivos de Excel encontrados en la sede de MISTURAS que hacían referencia a licitaciones del Ministerio de Fomento y que estaban preparados para ser cumplimentados con la información intercambiada en una reunión entre algunas de las empresas involucradas en este expediente. En el caso del documento encontrado en EXCAVACIONES SAIZ (folio 1.106), éste, a diferencia de los encontrados en MISTURAS, está cumplimentado en su totalidad, incluyéndose los datos de una licitación cuyo presupuesto es de 1.930.607,55 euros, que correspondería con la licitación de PROVILSA, 4.1-BU-29. BU-561, Villarcayo (CL-629)-Santander (BU- 526), P.K. 0,000-20,200. (en adelante 4.1-BU-29) (folios 9, 1.268 y 1.798).

Del análisis de la estructura de la hoja de cálculo se desprende que los campos cumplimentados por el autor del documento son:

- "PPTO 1.930.607,55" (celda B2, folio 1.106), correspondiente al presupuesto de la licitación 4.1-BU-29.
- "BAJA (%): 8,15" (celda E1, folio 1.106) que corresponde con la baja por la que la licitación se adjudicó a CPA (folio 9, 1.268 y 1.798).
- "BAJA (%)" de cada empresa: "CPA 28", "TEBYCON 21,98", "EXTRACO-ALARIO 18,70", "MISTURAS 18,63", "OXCAL- CAMPEZO 24,16", "SAIZ 13", "Asfaltos León (TECONSA) 15,02" y "PADECASA 16,92". Estas bajas son las que habrían realizado por estas empresas antes de alcanzar un acuerdo entre ellas.
- Las dos fechas de las celdas A17 y A18: "25-ene" y "25-abr".

El resto de las cifras del documento habrían sido generadas automáticamente por la hoja de cálculo en base a las siguientes fórmulas:

- La "DIFERENCIA" (celda E2, folio 1.106) se obtendría de multiplicar el presupuesto de la licitación (celda B2) por la diferencia entre la baja que habría ofertado el vencedor en competencia, CPA, con una baja de 28% (celda C4), y la baja con la que CPA resultó adjudicatario, 8,15% (celda E1), todo ello partido por 100. Fórmula Excel: =B2*(C4-E1)/100.
- "SUMA BAJAS (%)" (celda C13, folio 1.106) resultado de sumar todas las bajas competitivas de cada empresa participante. Fórmula Excel: =SUMA (C4:C12).



<http://civil-mercantil.com/>

- "IMPORTE POR PUNTO" (celda C14, folio 1.106) resultado de dividir la Diferencia (E2) entre la Suma de Bajas (celda C13). De esta manera se obtendría la cantidad correspondiente a cada empresa por cada punto porcentual de su baja competitiva. Fórmula Excel: =E2/C13.

- Columna E, celdas 4 a 11. Cantidad a recibir por cada empresa por participar en la licitación modificando su baja. Se obtendría de multiplicar el "Importe por Punto" (celda C14) por la baja competitiva de cada empresa (celdas C4 a C11). A mayor baja porcentual, correspondería mayor pago. Fórmula Excel: =C4*C14 para cada empresa de la C4 a la C11.

- Celda E14. Suma de las cantidades a recibir por cada empresa que coincide con la "Diferencia" (celda E2). Fórmula: =SUMA (E4:E12).

- Celdas B17, "15.925,88", y B18, "15.925,88", adyacentes a las dos fechas "25-ene" (celda A17) y "25-abr" (celda A18) que corresponde a la mitad de la celda E9, "31.851,75" que sería la cantidad acordada que le correspondería a EXCAVACIONES SAIZ por participar en esta licitación. Fórmulas Excel: =E9/2.

- Celda B20, "31.851,75", correspondiente a la suma de las celdas B17 y B18. Coincide con la celda E9 que sería la cantidad acordada que le correspondería a EXCAVACIONES SAIZ por participar en esta licitación.

A su vez, este documento encontrado en la sede de EXCAVACIONES SAIZ refleja fielmente un documento manuscrito aportado por el denunciante, D. Cirilo (folio 7), correspondiente a su asistencia a una reunión celebrada el 16 de junio de 2009 en el Hotel XXX de Burgos en representación de su empresa en aquel momento, CAMPEZO CONSTRUCCIONES, S.A.U. El denunciante habría recibido la orden de asistir a la reunión de D. Cirilo, Director Técnico de CAMPEZO. A la reunión del Hotel XXX también se hace referencia manuscrita en un documento recabado durante la inspección a la sede de CPA (folio 2.397).

En el documento manuscrito aportado por el denunciante (folio 7) se recoge idéntica información a la contenida en la hoja de Excel encontrada en la sede de EXCAVACIONES SAIZ (folio 1.106), con la palabra "Pagarés" señalando a las fechas "25 Enero" y "25 Abril".

Continúa la Resolución:

"La Dirección de Investigación ha acreditado la celebración de las siguientes reuniones:

(130) Reunión del 16 de junio 2009, Burgos (Hotel XXX) (folios 7, 1.106 y 2.397). El hecho de encontrar información sobre esta reunión en tres lugares distintos (denunciante, EXCAVACIONES SAIZ y CPA) confirma su veracidad y la celebración de la misma.

(131) El documento "Archivo Excel de EXCAVACIONES SAIZ" (folio 1.106) acredita la validez de las anotaciones manuscritas aportadas por el denunciante, y ex-empleado de CAMPEZO, D. Cirilo, sobre la celebración de la reunión el 16 de junio de 2009 en el Hotel XXX de Burgos, a la que él mismo asistió en representación de CAMPEZO (folio 7).

(132) El objeto de esta reunión habría sido alcanzar un acuerdo para modificar las ofertas a presentar en la licitación de PROVILSA 4.1-BU-29. En esta reunión habrían participado once empresas que habrían presentado las ocho ofertas de la licitación 4.1-BU-29, formando tres UTE de dos empresas cada una: 1. CPA., 2. UTE EXCAVACIONES SAIZ y GEHORSAL, 3. TEBYCON, 4. UTE ALARIO y EXTRACO, 5. MISTURAS, 6. UTE CAMPEZO y OSCAL, 7. ASFALTOS LEÓN, 8. PADECASA."



<http://civil-mercantil.com/>

La licitación en la que participó la recurrente, se describe en la Resolución impugnada en los siguientes términos:

"En la denuncia que originó este expediente se señalaba la existencia de un cártel que habría acordado la modificación de las ofertas económicas a presentar en la licitación pública "C-15. BU-561 de Villarcayo (CL-629) - Santelices (BU-526), P.K. 0,000 a 20,200. Clave: 4.1-BU-29", provincia de Burgos convocada, por PROVILSA (folio 4 a 10).

Según la información facilitada por PROVILSA como contestación al requerimiento de información formulado por la Dirección de Investigación de fecha de 25 de mayo de 2010 (folio 1.798), la licitación fue convocada el 5 de marzo de 2009, siendo el objeto de la misma la conservación y modernización de carreteras entre Villarcayo (CL-629) - Santelices (BU-526). El presupuesto máximo de la licitación se fijaba en 1.930.607,55 euros, siendo invitadas 11 empresas (tres de ellas formando UTE con otra) a presentar 8 ofertas económicas. La ejecución de la obra fue adjudicada con fecha de 29 de julio de 2009 a CPA con una oferta de 1.773.263,03 euros, equivalente a una baja del 8,15%.

Las 11 empresas licitantes (tres de ellas en UTE) fueron: GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS, S.L. (en UTE con CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L.) con oferta de 1.804.152,76 euros y baja de 6,55%; TEBYCÓN, S.A. con oferta de 1.805.118,06 euros y baja de 6,5%; EXCAVACIONES SAIZ, S.A. (en UTE con COMPAÑÍA GENERAL DE HORMIGONES Y ASFALTOS, S.A.) con oferta 1.775.000 euros y baja de 8,06%; MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A. con oferta de 1.810.909 euros y baja de 6,2%; CONSTRUCCIÓN INTEGRAL DE FIRMES CPA, S.A. con oferta de 1.773.263,03 euros y baja de 8,15%; PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA, S.A. con oferta de 1.785.554,65 euros y baja de 7,51%; ALARIO OBRA CIVIL, S.L. (en UTE con EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A.) con oferta de 1.787.742 euros y baja de 7,4%; ASFALTOS DE LEÓN, S.A. con oferta de 1.882.342,36 euros y baja de 2,5%;

La oferta vencedora de CPA habría sido acordada por el cártel en la reunión del 16 de junio de 2009, celebrada en el Hotel XXX de Burgos. Las bajas que cada empresa habría presentado están recogidas en la documentación manuscrita aportada por el denunciante (folio 7) y en el Archivo Excel de EXCAVACIONES SAIZ "REP.SUBASTAS RESTRINGIDAS.xlsx" (folio 1.106), figurando en el Excel que la empresa adjudicataria de esta obra, CPA habría presentado una baja del 28%....

Conocido el vencedor de la licitación, las empresas participantes habrían acordado que esta empresa (CPA) continuara adjudicándose la licitación, pero ofertando una baja de 8,15%, mientras que las diez empresas restantes (tres de ellas en UTE) ofertarían bajas inferiores. Fijada la baja vencedora (8,15%) se procede a calcular la diferencia entre el presupuesto inicial vencedor y el nuevo presupuesto, obteniéndose la cantidad a repartir y la parte correspondiente a cada una de las participantes. Para ello se utilizaría la citada Hoja de Excel "REP.SUBASTAS RESTRINGIDAS.xlsx" (folio 1.106).

La cantidad a repartir entre las once empresas participantes en esta licitación (seis de ellas en tres UTE), pertenecientes al cartel, por modificar sus ofertas económicas sería de 383.225,60 euros (celdas E2 y E14). Esta cantidad se repartiría proporcionalmente entre las empresas en función de las bajas que habrían ofertado sin acuerdo. La cantidad correspondiente a cada empresa se recoge en la columna E entre las filas 4 y 11.

Se ha acreditado la emisión de dos pagarés por valor del 50% cada uno y vencimientos el 25 de enero y el 25 de abril (de 2010), como lo demuestra la anotación "Pagarés" del documento manuscrito aportado por el denunciante (folio 7) en el que se vincula esta palabra con una flecha a "25 Enero" y "25 Abril", fechas que también aparecen en la hoja de Excel de EXCAVACIONES SAIZ "REP.SUBASTAS RESTRINGIDAS.xlsx" (celdas A17 y A18, folio 1.106), junto a la cifra de 15.925,88 correspondiente al

<http://civil-mercantil.com/>

50% de la cantidad a percibir por EXCAVACIONES SAIZ (31.851,75 euros) al modificar su oferta económica en la licitación 4.1- BU-29.

Esta cantidad de 15.925,88 euros a pagar por CPA a EXCAVACIONES SAIZ también aparece en el Archivo Excel de CPA "PREV.JEFE.C.ELEC.xls" (folio 1.270), localizado durante la inspección de la sede de CPA, que contiene el valor de los pagarés "de PROVILSA" con vencimiento de enero de 2010..."

Respecto a los reconocimientos de hechos por algunas de las implicadas, se señala en la Resolución, en lo que ahora interesa:

" SAIZ y COMPAÑÍA GENERAL DE HORMIGONES (GEHORSA) reconocen su asistencia a la reunión en el Hotel XXX el 16 de junio de 2009 y la existencia de los mecanismos de coordinación entre empresas que describe la Dirección de Investigación, pero niega su participación en los acuerdos."

Quinto.

Previamente a la calificación jurídica de la conducta hemos de examinar dos cuestiones, la relativa a la valoración de la prueba y la prueba de indicios.

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 reconoce su asistencia a la reunión en el Hotel XXX el 16 de junio de 2009 y la existencia de los mecanismos de coordinación entre empresas que describe la Dirección de Investigación, pero niega su participación en los acuerdos, como ya se ha señalado.

Pues bien, valorando la prueba en su conjunto, tanto los documentos como la confesión de los hechos de algunas implicadas, como la operativa en las licitaciones, los participantes, adjudicatarios y las rebajas, se llega, sin duda, a la conclusión de que el relato fáctico anterior ha quedado plenamente probado y que la recurrente participó en un acuerdo.

En cuanto a la prueba de indicios, es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.



<http://civil-mercantil.com/>

Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos, comportamiento de la actora en la licitación y la propia confesión -, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan.

En cuanto a la modificación de los hechos por la CNC, pues la Dirección determinó la existencia de catorce cárteles y la CNC sólo uno, no se trata de alteración de los hechos sino de valoración de los mismos, esto es, de su interpretación, y sin que tal calificación sea sustancial a los hechos imputados, por esta razón no es de aplicación el artículo 54.1 de la LDC, sin que fuera necesario someter la cuestión a las partes.

El artículo 1 de la Ley 15/2007 :

"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

De los hechos relatados resulta la existencia de diferentes acuerdos, insertos, como señala la CNC, en una estrategia global, que de forma efectiva modificaron los precios en las distintas licitaciones.

Respecto del mercado afectado, la Sala comparte las apreciaciones de la CNC:

"En el párrafo 100 del PCH la Dirección de Investigación sitúa el mercado relevante en el ámbito de las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.). No obstante, en su explicación aporta cifras de la inversión total en conservación de infraestructuras, en particular en carreteras, que puede incluir otros conceptos. Además, en su requerimiento de información a las partes sobre volumen de negocios solicitó las cifras correspondientes a las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas."

Respecto a la conducta:

"La aseveración de la Dirección de Investigación sobre la existencia de catorce carteles frente a uno en respuesta a las alegaciones de las partes ciertamente no puede ser compartida por el Consejo. Sin perjuicio de su carácter de infracción compleja en la que puedan subsumirse múltiples acuerdos, el Consejo no tiene duda de que se trata de una infracción única.



<http://civil-mercantil.com/>

Estamos ante un mecanismo que opera repetidamente, con el mismo objeto y bajo las mismas pautas, en diversas licitaciones, sin perjuicio de que varíe el órgano que convoca la licitación o el territorio donde vaya a situarse la obra. Puede considerarse que este mecanismo colusorio da lugar a diferentes acuerdos para cada licitación, pero cada uno de los acuerdos es parte de una estrategia única, como dedujo PAS tras la primera reunión a la que fue invitado. De hecho, se ha acreditado que en una misma reunión se han alcanzado acuerdos sobre licitaciones diferentes que han sido convocadas de manera próxima en el tiempo, a pesar de que no todas las empresas estaban seleccionadas para las mismas licitaciones. También se ha acreditado que el mecanismo de pago de compensaciones no funcionaba de manera independiente para cada licitación, sino que en ocasiones las empresas compensaban entre sí pagos de diferentes licitaciones.

La diversidad de empresas participantes en este mecanismo colusorio y el hecho de que no estén todas presentes en todas las licitaciones no impide mantener la calificación de infracción única. Primero, porque la participación depende no sólo del interés de la empresa en participar, sino también de que fueran previamente convocadas por el órgano licitador para participar en el procedimiento restringido. De ahí las manifestaciones de determinadas empresas, como SAIZ, EIFFAGE o SORIGUÉ de que, supuestamente desconocedoras del mecanismo colusorio, tras ser preseleccionadas para la licitación recibieron la invitación a participar en el mismo. Por otro lado, el hecho de que no se muestre interés en acudir a una licitación no quiere decir que la empresa no sea participe en la colusión. Lo será si, cuando acude a la licitación -y resulta seleccionada- entra en el juego del mecanismo colusorio.

Segundo, porque no se debe perder de vista que, tal y como han caracterizado las propias partes, en este mercado hay numerosas empresas de alcance regional que solo tienen incentivo a participar en licitaciones que les son más próximas.

Tercero, porque hay un grupo significativo de empresas que aparecen con más asiduidad en las licitaciones donde la colusión ha sido acreditada y que coinciden, de acuerdo con algunas manifestaciones, con aquellas que han efectuado las invitaciones para participar en las reuniones y en el mecanismo descrito.

En definitiva, sin perjuicio de la responsabilidad que en su caso corresponda a cada parte, estamos ante una única infracción del artículo 1 de la LDC. Como se deduce de los hechos acreditados, dicha infracción ha afectado a licitaciones de rehabilitación de firmes y plataformas adjudicadas a lo largo de los ejercicios 2008 y 2009. Se trata además de una infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62.4.a) de la LDC y, como tal, merecedora de sanción."

Respecto a la duración, compartimos la apreciación de la CNC:

"Pero es que, además, los acuerdos sancionados operan como un continuo. Como ya se ha expuesto, estos acuerdos constituyen un mecanismo que permite alterar el importe de las bajas de las licitaciones en beneficio de las empresas. Dado el carácter de juego repetido que tienen estas licitaciones de rehabilitación de carreteras, el mecanismo puede operar con cierta estabilidad. Ello se deduce de los hechos probados, donde se comprueba cómo operó en licitaciones convocadas en diferentes momentos temporales y adjudicadas a lo largo de 2008 y 2009, periodo en el que se sitúa la infracción.

Todo ello sin perjuicio de que, como luego veremos, a cada empresa deba atribuírsele una duración específica a efectos de la imputación de volumen de ventas afectado para el cálculo del importe básico de la sanción... Para el cálculo del volumen de ventas afectado y a la vista de las fechas de convocatoria y adjudicación de las licitaciones para las que la colusión se ha acreditado, se toma en cuenta el volumen de negocios de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de carreteras de la siguiente forma:

<http://civil-mercantil.com/>

- Para las empresas que sólo han participado en la licitación convocada y adjudicada por PROVISA en 2009, se toma la mitad del volumen de negocios de ese ejercicio. Esa misma proporción se toma para las empresas que han tomado parte solo en licitaciones adjudicadas en 2008.

- Para las empresas que han participado en licitaciones adjudicadas en 2009 acordadas en la reunión de 16 de diciembre de 2008, se toma el importe equivalente a un mes de facturación de 2008 (prorrateando entre 12 el volumen de ventas de ese ejercicio) y el volumen de negocios de 2009.

- Para las empresas que han participado en licitaciones adjudicadas en 2008 y 2009, se toma la mitad del volumen de negocios de 2008 y el volumen de negocios de 2009."

Sexto.

La recurrente sostiene que se ha infringido el principio de tipicidad en cuanto se subsume la infracción en el artículo 1 cuando correspondería aplicar el 62, ambos de la LDC .

Este último precepto determina:

"4. Son infracciones muy graves:

a) El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

b) El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.

c) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones."

Pero la recurrente olvida lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo 62:

"Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves."

Este precepto no contiene la tipificación de la conducta, sino que clasifica, según su gravedad, las tipificadas en los artículos 1, 2, y 3.

Respecto de la presunción de inocencia, ha quedado desvirtuada, como hemos expuesto antes, por la actividad probatoria descrita. Hemos de añadir, además, lo declarado en nuestra sentencia de 8 de abril de 2013, recurso 655/2011 :

"La valoración que hace la CNC se sustenta en el conjunto de elementos probatorios, analizados y descritos en la resolución impugnada. Estos elementos aisladamente considerados, como si solo y exclusivamente existiera uno de ellos no bastan para probar la conducta de la recurrente, pero la suma de estos si constituye prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia de la recurrente. El TGUE en la sentencia Siemens/Comisión de 3 de marzo de 2011 recordó que "según la jurisprudencia, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, la prueba de un cartel puede nacer de un conjunto de indicios concordantes (véase el anterior apartado 48). En consecuencia, Siemens no puede pretender que se desestime tal prueba alegando que, considerados de forma aislada, los indicios



<http://civil-mercantil.com/>

específicos invocados por la Comisión no bastan para demostrar los comportamientos que se le imputan. En efecto, por definición, los componentes específicos que forman parte de ese conjunto concordante de indicios presentados por la Comisión, considerados de forma aislada, no pueden constituir pruebas completas de ese comportamiento".

En relación con la culpabilidad, afirma la recurrente, que si bien concurrió a una reunión, puso de manifiesto que no era su intención entrar en el tipo de prácticas que enjuiciamos. Ahora bien, lo cierto es que la recurrente participó en la reunión y en una licitación; y, por ello, en un caso, aplicó la mecánica que describimos. Afirmar que un proceso tan complejo y que necesita de comportamientos perfectamente coordinados pueda realizarse sin conciencia y conocimiento, es impensable. Tampoco podemos aceptar el desconocimiento de ilicitud de la conducta, pues es una operativa a, todas luces, contraria a Derecho.

La Resolución impugnada, razona la responsabilidad de la recurrente en los siguientes términos:

"EXCAVACIONES SAIZ, S.A. se presentó a la licitación convocada por PROVILSA 4.1-BU-29 en UTE con GEHORSA, con la que comparte, parcialmente, accionistas indirectos. Asistió un técnico de la empresa a la reunión del Hotel XXX ante la convocatoria de TEBYCON, dice que sin conocer la finalidad de la misma. En ella CPA y TEBYCON expusieron el mecanismo de colusión y a petición de los mismos SAIZ manifestó que su oferta incluiría una baja del 13%. De regreso a la oficina este técnico de la empresa confeccionó el Excel que fue encontrado en la inspección. La empresa manifiesta que:

"(...) el Gerente le indica que no es voluntad de la empresa entrar en este tipo de operaciones, por lo que recibe instrucciones claras y concretas de no volver a acudir a reunión alguna en la que se traten estos temas, que no se van a recoger ni por supuesto cobrar los pagarés de compensación de puntos y que nos presentaremos a la obra con los datos que del estudio resulten, sin modificar en modo alguno nuestra proposición económica".

La empresa finalmente participó en la licitación en UTE con GEHORSA y ofertaron una baja del 8,06%.

Incluso si se diera por buena la argumentación de la empresa, debe recordarse, en primer lugar, que no ha acreditado que se separara públicamente del acuerdo. En palabras del TJUE "la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y pone en riesgo que se descubra. Esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar, por tanto, la responsabilidad de la empresa en el marco de un acuerdo único." (STJUE de 7 de enero de 2004 (asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219-00 P, párrafo § 84). Mediante Resolución de 29 de junio de 2011 (S/0224/10 COLOMER) este Consejo también ha puesto de manifiesto que el hecho de participar en reuniones donde se fraguan acuerdos anticompetitivo y mantener silencio, sin apartarse públicamente de ello, sitúa a la empresa como parte del cartel, en la medida en que genera al resto de participantes la percepción de que coopera y contribuye con ello al perfeccionamiento de la práctica.

Pero es que además no puede aceptarse el argumento de que EXCAVACIONES SAIZ no siguió lo acordado en la reunión a la que asistió. En el Excel confeccionado por EXCAVACIONES SAIZ consta el porcentaje con el que CPA se adjudicaría la licitación: 8,15%. Fijada esta baja vencedora se procede a calcular la diferencia entre el presupuesto inicial vencedor y el nuevo presupuesto, como se muestra en el Excel reproducido en el HP 6.1 y, por tanto, la baja que según el acuerdo la empresa debe ofertar.

Por otro lado, tal y como se dice en ese mismo Hecho Probado, en el documento manuscrito aportado por el denunciante (folio 7) figura la anotación "Pagarés" que se vincula con una flecha a "25 Enero" y "25 Abril", fechas que también aparecen en la hoja de Excel de EXCAVACIONES SAIZ "REP.SUBASTAS

<http://civil-mercantil.com/>

RESTRINGIDAS.xlsx" (celdas A17 y A18, folio 1.106), junto a la cifra de 15.925,88 correspondiente al 50% de la cantidad a percibir por EXCAVACIONES SAIZ (31.851,75 euros) al modificar su oferta económica en la licitación 4.1-BU-29.

Esta cantidad de 15.925,88 euros a pagar por CPA a EXCAVACIONES SAIZ también aparece en el Archivo Excel de CPA "PREV.JEFE.C.ELEC.xls" (folio 1.270), localizado durante la inspección de la sede de CPA, que contiene el valor de los pagarés "de PROVILSA" con vencimiento de enero de 2010.

En vista de todo ello, EXCAVACIONES SAIZ debe ser considerada responsable de la infracción por su participación en el acuerdo ilícito relativo a la licitación convocada por PROVILSA en UTE con GEHORSA."

Compartimos estos planteamientos. La responsabilidad de la recurrente se ha establecido de forma individual, y no queda desvirtuada por el hecho de concurrir en UTE.

Respecto a la proporcionalidad hemos de considerar la afectación significativa al interés público, la concertación que examinamos alteró los precios de las licitaciones a cargo de fondos públicos, y existió un enriquecimiento sin causa para las empresas no adjudicatarias que participaron en la conducta, precisamente a cargo de dichos fondos públicos. Por otra parte, la conducta eludió las normas administrativas que garantizan la transparencia en la contratación administrativa y el acierto en la selección de la oferta más ventajosa, y tendió directamente a impedir su aplicación.

A la recurrente se le aplicado el porcentaje del 5% y la atenuante del 5%.

La actora no realiza alegación alguna sobre la mecánica en la cuantificación de la multa impuesta, ni en la demanda ni en conclusiones.

Señala que debieron considerarse las cifras del año 2010, no las del 2009.

El artículo 62 de la Ley 15/2007 establece:

"4. Son infracciones muy graves:

a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales."

El artículo 63 de la misma Ley:

"1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a. Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b. Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."

<http://civil-mercantil.com/>

De estos preceptos resulta que el año a considerar es, efectivamente el 2010, pero ello para la aplicación de los porcentajes del precepto anterior. La recurrente en ningún caso afirma que la multa impuesta haya excedido del 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, que sería el grado medio, ni razona que la cuantía aplicada sea desproporcionada, aún considerando las atenuantes, en relación al máximo del 10%, señalado. Tal omisión de toda argumentación impide a la Sala considerar que, aún valorando las atenuantes declaradas por la CNC, que la cuantía impuesta en concepto de multa sea desproporcionada en el margen del 0% al 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

No podemos, por ello, apreciar desproporción en la cuantificación de la multa.

Septimo.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

Toda vez que se ha desestimado el recurso, procede imposición de costas a la recurrente conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Excavaciones Saiz S. A ., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Manuel Lancharés Perlado, frente a la Administración del Estado , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2011 , debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos , con imposición de costas a la recurrente.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



<http://civil-mercantil.com/>