



Roj: **SAN 4402/2012 - ECLI:ES:AN:2012:4402**

Id Cendoj: **28079230062012100508**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/10/2012**

Nº de Recurso: **678/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veinticinco de octubre de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 678/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE S.A. (SEÑOR)** representada por la Procuradora Sra. Pérez-Mulet Díez Picazo frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2011, relativa a **expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia**, con una cuantía de 449.200 euros. Siendo Ponente la Magistrado D^a **MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 26 de abril de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando el acto administrativo enjuiciado. Subsidiariamente, en atención a la reducida participación de SENOR en los hechos sancionados, reduzca la sanción al mínimo establecido por la CNC, es decir, 100.000 euros. subsidiariamente reduzca la sanción en la suma que estime oportuna la Sala teniendo en consideración lo manifestado por la parte en relación con los criterios de la Comunicación de la CNC en materia de cuantificación de las sanciones. Subsidiariamente, reduzca la sanción a 271.596,80 euros correspondiente a la cantidad obtenida tras el acuerdo alcanzado entre las empresas participantes en la licitación de Cantabria.

TERCERO -. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO -. Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

La representación procesal de ANGED quién no había contestado a la demanda, presentó escrito de conclusiones para solicitar la estimación del recurso.

QUINTO -. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 23 de octubre de 2.012 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS



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

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

SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A. (SENOR) es una empresa localizada en Santander, especializada en construcción completa, reparación y conservación de edificaciones. La matriz de la empresa es el Grupo Jespab S.A., con el 99% del capital, que a su vez participa en Composán Construcción, especialista en pavimentos y productos especiales de aislamiento .

Las licitaciones objeto del expediente sancionador están relacionadas con la rehabilitación, el refuerzo, la conservación y el mantenimiento de firmes.

Los demandantes de estos servicios son las Administraciones Públicas, que para su contratación de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público recurre a procedimientos de licitación. Los procedimientos más habituales para la adjudicación de estas obras son el procedimiento abierto y el procedimiento restringido.

La clasificación requerida habitualmente para contratar en licitaciones cuyo objeto es una obra de rehabilitación o refuerzo de firmes y plataformas es la clasificación G4f: "G" (grupo: viales y pistas); "4" (subgrupo de actividad): "con firmes de mezclas bituminosas" y "f" (presupuesto de la obra contratada, o anualidad media si el contrato es superior al año): a partir de 2.400.000 euros. También en alguna ocasión se requiere la clasificación G5f. El "5" responde al subgrupo de actividad "señalizaciones y balizamientos viales".

El número de empresas que tiene o está en condiciones de obtener esta clasificación es elevado, lo que supone que la oferta de estos servicios se encuentra relativamente atomizada. Junto a empresas de mayor tamaño que operan a escala nacional, existen numerosos operadores de ámbito local y dimensiones reducidas.

Para la realización de este tipo de obras se emplea, además de maquinaria, mezclas bituminosas entre otros materiales. Algunas empresas se encuentran verticalmente integradas, esto es, prestan servicios de rehabilitación y refuerzo de firmes a empresas que a su vez producen los asfaltos.

Las empresas cuyas instalaciones se encuentran próximas al lugar en el que han de realizarse las obras de rehabilitación pueden contar por ello con una cierta ventaja comparativa de costes en la licitación. No es infrecuente tampoco que presenten ofertas a las licitaciones empresas integradas en UTE que buscan complementar sus capacidades o aprovechar la ventaja competitiva del socio local.

Según cifras del Ministerio de Fomento (folios 2.049 a 2.225), a nivel nacional entre 2007 y 2009 se licitaron 141 obras de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, en los que se presentaron un total de 380 empresas.

Por su parte, según cifras de PROVILSA (folios 1.789 a 1.809) en Castilla y León entre 2007 y 2009 se licitaron 25 obras de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, y se presentaron a los concursos un total de 52 empresas.

En relación con la concreta licitación "Rehabilitación de firmes en la A-8 y A-67, varios pp.kk". que tuvo lugar en Cantabria, la información facilitada por el Ministerio de Fomento como contestación al requerimiento de información formulado por la Dirección de Investigación de fecha de 21 de mayo de 2010 (folio 2.107), fue convocada el 14 de agosto de 2008, siendo el objetivo de la misma la rehabilitación de firmes de la A-8 y A-67. El presupuesto máximo de la licitación se fijaba en 11.258.206,12 euros, siendo invitadas 16 empresas (una de ellas formando UTE con otra) a presentar 15 ofertas económicas. La ejecución de la obra fue adjudicada a MISTURAS con fecha de 1 de abril de 2009 con una oferta de 10.897.942,48 euros equivalente a una baja del 3,2%.

Entre los licitadores se encontraba la empresa SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A. con una oferta de 10.928.340,67 euros y baja 2,93%.

En una reunión celebrada el día 16 de diciembre de 2008 las empresas participantes en la licitación se informaron sobre las respectivas ofertas económicas, y específicamente sobre la baja que tenían previsto presentar a la licitación. Se estableció así que la empresa adjudicataria sería MISTURAS con una baja del 32,8%. En el folio 1.111 del expediente aparece un "Documento manuscrito de PADECASA" en el que se reflejan las bajas que habría presentado cada empresa en condiciones competitivas.



Una vez establecido quién sería el adjudicatario, acordaron que MISTURAS ofertara una baja no del 32.8% sino del 3.2% y las restantes empresas formularían bajas inferiores. Una vez determinada así la baja de la adjudicataria, 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. En el folio 2000 aparece una hoja excel que recoge las cifras encontrada en la inspección de la sede de MISTURAS.

Resultó así que la cantidad a repartir entre las empresas que participaron en el acuerdo, por modificar sus ofertas económicas, resultó ser de 3.332.429,01 euros, repartida proporcionalmente entre las empresas en función de las bajas que habrían ofertado sin acuerdo.

Las cifras que resultan de la documentación obtenida por la CNC durante la inspección de las sedes de MISTURAS (folio 2.000) y PADECASA (folio 1.111), coinciden con exactitud con las cantidades recogidas en la columna L del Archivo Excel "Ingresos y Pagos 1.xls" (folio 1.984), encabezada como "Cantabria Pagos", relativas a los ingresos a realizar por MISTURAS a las restantes empresas participantes en el acuerdo y en la licitación 32-S-5580 en la provincia de Cantabria como consecuencia del acuerdo para alterar las ofertas económicas a presentar.

Once de estos pagos a realizar por MISTURAS se han encontrado en la contabilidad de esta empresa en sus extractos de cuentas por cliente y proveedor (folios 2.230 a 2.251).

Concretamente, y en lo que a este litigio afecta:

- Efectuó un pago a Servicios y Obras del Norte, S.A. (SEÑOR) por valor de 271.596,80 euros. Está recogido en la celda L34 del folio 1.984 y calculado en la celda F17 del folio 2.000, en concepto de "Refuerzo de firme. Rehabilitación estructural del firme en las carreteras N-651 (P.K. 1,900 al 30,815) y FE-14 (P.K. 4,340 al 4,860) (folio 1.993). Está contabilizado en el extracto de la cuenta por proveedor de Servicios y Obras del Norte, S.A. con fecha de 20 de mayo de 2009 y concepto de "S/FRA. 270/2009- 1504" por la cuantía de 271.596,80 euros (folio 2.235).

SEÑOR solo participó en este acuerdo.

TERCERO - 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.

SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A. participó en la licitación 32-S-5580 en la que se ha acreditado la existencia de colusión. Su identidad figura en los documentos que prueban la colusión en dicha licitación y que revelan su participación en la reunión relativa a la misma. De hecho figura entre las empresas que han recibido pagos de acuerdo con la contabilidad de MISTURAS.

La actora considera que debe mantenerse la conclusión obtenida por la Dirección de Investigación sobre la existencia de catorce cárteles y no de uno único. Alega que solo se podría considerar una infracción única sobre la base de declararla continuada, y no concurren los elementos que esta propia Sala habría establecido para que concurra una infracción administrativa continuada.

En contra de esta alegación la lectura de la resolución impugnada demuestra que se califica como "*infracción compleja en la que puedan subsumirse múltiples acuerdos*" pero en cualquier caso "*una infracción única*".

Los hechos probados ponen de manifiesto que tuvieron lugar contactos y reuniones entre empresas competidoras en el sector de las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocadas en todo el territorio nacional. Estas reuniones y contactos tenían la finalidad de conocer las ofertas que iba a presentar cada una con el fin último de presentar bajas inferiores a las ofertadas en condiciones competitivas. La diferencia entre la oferta competitiva y la oferta final de la empresa adjudicataria se repartía proporcionalmente entre las empresas involucradas. La proporción se establecía



partiendo del importe de la baja prevista por cada una, es decir, a mayor baja mayor compensación. Estos pagos se formalizaban mediante pagarés expedidos por la adjudicataria.

No puede entenderse que cada hecho es una infracción, sino que varios hechos constituyen una única infracción: en este caso hay un mismo mecanismo, diseñado de forma que opera en todos los casos de manera idéntica. Siempre convoca la licitación la Administración, siendo irrelevante que en unas ocasiones sea el Ministerio de Fomento y en otras determinadas empresas públicas. Siempre se busca el mismo objetivo, acordar el precio a ofertar, que se establece modificando, para disminuirla, la baja que por ser la de mayor cuantía asegurará automáticamente la adjudicación. Y el exceso de precio a pagar por la Administración licitante se reparte entre las empresas que han participado en el acuerdo.

Por otra parte, como se estableció en el expediente administrativo, en una misma reunión se acordaron los precios de distintas licitaciones, pese a que no todas las empresas participantes en la reunión hubieran sido convocadas a todas las licitaciones acordadas. Y es especialmente relevante para la valoración de esta estrategia como una única infracción el hecho de que el mecanismo de pago de compensaciones no funcionaba de manera independiente para cada licitación, sino que en ocasiones las empresas compensaban entre sí pagos de diferentes licitaciones.

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

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

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

Deben en consecuencia desestimarse tanto la alegación relativa a la improcedente unificación en una única infracción de conductas diferenciadas y autónomas entre sí, como las relacionadas con esta, es decir la segunda, relativa a la inexistencia de un único cártel, y la tercera, según la cual se habría infringido su derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad al haber sido sancionada por conductas que no habría realizado.

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

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

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

La actora sostiene que no es de aplicación la Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 porque no hay un volumen de ventas afectado por la infracción, esta no ha producido ni puede producir efectos en ningún mercado, y al haber un único acuerdo sin efecto de continuidad no hay una duración en el tiempo de la infracción.



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

En cuanto a la duración, la CNC razona que es relevante lo que define como "juego repetido" del mecanismo puesto en práctica, y que por estas características no puede entenderse que el pacto se circunscribe al periodo de licitación. Es relevante recordar que los pagos se efectúan después y que tal acuerdo despliega efectos en la contratación administrativa, con sus especiales características.

Respecto de los efectos, la Sala comparte igualmente la apreciación de que a mayor coste de la obra, mayor desembolso del presupuesto público y dado que los contribuyentes soportan las consecuencias, la conducta afecta a todos los contribuyentes siquiera sea de forma indirecta. En el caso en el que participa la recurrente, es especialmente significativo que prevista una baja del 32% se acuerde una baja del 3,2% con las correspondientes consecuencias para el presupuesto público.

La actora cita la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2009 dictada en el recurso de casación 315/2008.

En esta sentencia el Alto Tribunal efectúa diversas puntualizaciones que son de tener en cuenta para valorar las alegaciones de la actora, pero que no llevan a la conclusión planteada por esta.

La primera es la relativa al mercado relevante:

"Ahora bien, el examen del mercado en el que se produce el pacto colusorio puede ser útil para apreciar el alcance de la conducta concertada si contribuye a esclarecer, en un sentido o en otro, la conexión entre los hechos indiciarios probados y la conclusión de que, conforme a las reglas del criterio humano, se produjo aquélla. De modo singular, el análisis será procedente para explicar la racionalidad (o para excluir la irracionalidad) de las conductas imputadas sobre la base de la aplicación de la prueba de presunciones cuando el sector en cuestión, o las operaciones enjuiciadas, presenten ciertos rasgos que no se avienen con la utilidad económica -para sus autores- de algunos acuerdos colusorios. Y aquel mismo análisis será pertinente para deducir si, por su ocasionalidad, el acuerdo colusorio resulta una excepción más o menos coherente con la conducta habitual de las empresas imputadas."

En este caso la racionalidad económica del acuerdo para la actora es evidente: una empresa que no es adjudicataria cobra una cantidad significativa por participar en unos acuerdos para disminuir la baja a presentar a la Administración en diversos concursos. En circunstancias en que no hubiera tenido lugar el acuerdo no habría percibido cantidad alguna caso de no resultar adjudicataria.

En cuanto a los precios:

"Ello tiene una primera consecuencia: el comportamiento de las empresas que facilitan los productos puede venir, en buena lógica, determinado por su conocimiento de los precios de las demás ya que, dado el régimen de publicidad de los concursos, son conocidas por todas y cada una de ellas las ofertas precedentes de las demás (tras la apertura de las plicas) para los mismos productos, siendo igualmente conocidos los precios de adjudicación de cada uno de los hospitales que requieren el suministro. Circunstancia a la que se añade el hecho, ya reseñado, de que todas conocen o pueden conocer sin dificultad los precios de cada uno de los concursos de todo el territorio nacional, obteniendo de este modo una referencia valiosa para fijar los que ellas mismas ofertarán. Y no cabe olvidar que los órganos de contratación públicos venían obligados a fijar un precio de los contratos "adecuado al mercado", según disponía el artículo 14.1. in fine de la legislación aplicable en aquel momento (texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio)."

En este caso la cuestión reside en que quien va a ser adjudicataria reduce la baja del 32% al 3,2% y reparte la diferencia obtenida en el precio del contrato entre las demás licitadoras.

Las características del mercado de radiofármacos y del mercado de asfaltado de carreteras públicas no son las mismas, por lo que no es de aplicación al caso el razonamiento utilizado en aquel supuesto por el Alto Tribunal para analizar la racionalidad de la presentación de ofertas por encima del precio máximo de licitación. En el supuesto de autos, no se ha ofrecido una explicación alternativa que justificase por una parte el descenso



de las bajas, y por otra el reparto "equitativo" del exceso del importe obtenido por la adjudicataria sobre el que tenía previsto obtener antes de disminuir la baja.

En cuanto a la alegada falta de motivación, se considera que una resolución administrativa o una sentencia están motivadas no solo, como resulta de la pretensión actora, cuando analizan minuciosamente todas y cada una de las alegaciones de las partes, sino, como es el caso, cuando se explicitan las razones por las que se alcanza el resultado en este caso de declaración de comisión de una infracción a la LDC, de responsabilidad como autor de la misma, y la imposición de una sanción.

La resolución da respuesta a las cuestiones sustanciales suscitadas por la ahora recurrente.

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

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

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

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

Se ha tenido en cuenta que solo participó en una licitación, y no se aprecia la concurrencia de la alegada atenuante de "colaboración".

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso.

QUINTO -. Por imposición legal, y no apreciándose la concurrencia de circunstancias que justifiquen un pronunciamiento diferente, debe condenarse a la actora al pago de las costas.

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

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS**

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE S.A. (SEÑOR)**, contra Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2011 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia. Con condena a la recurrente al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así , por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltrma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.