



Roj: STSJ PV 255/2016 - ECLI:ES:TSJPV:2016:255
Id Cendoj: 48020330012016100027
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Bilbao
Sección: 1
Nº de Recurso: 428/2013
Nº de Resolución: 44/2016
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚMERO 428/2013

DE Ordinario

SENTENCIA NÚMERO 44/2016

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D^a. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a quince de febrero de dos mil dieciséis.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 428/2013 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna: RESOLUCIÓN DE 21-5-2013 DE LA AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA EN EL EXPEDIENTE SANCIONADOR 05/2012 CONCURSO PINOSOLO EN QUE SE ACUERDA DECLARAR QUE HA RESULTADO ACREDITADA UNA INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 1.1. DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA QUE ES RESPONSABLE LA RECURRENTE; DECLARAR QUE HA RESULTADO ACREDITADA UNA INFRACCION DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA QUE ES RESPONSABLE LA RECURRENTE Y SE IMPONE A LA RECURRENTE UNA MULTA SANCIONADORA POR IMPORTE DE 89.000 EUROS. =.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : ARCAIN INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, S.L., representada por la Procuradora D^a. MARÍA MONTSERRAT COLINA MARTÍNEZ y dirigida por la Letrada D^a. PILAR OCHOA GÓMEZ.

- **DEMANDADA** : AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, representada y dirigida por los LETRADOS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO.

-**OTRAS DEMANDADAS**: DGM DE ARQUITECTOS S.L.P., EXCAVACIONES VIUDA DE SAINZ, S.A. y AROS ESTUDIOS DE ARQUITECTURA, S.A., representadas y dirigidas, respectivamente, por los Procuradores D^a. LUCILA CANIVELL CHIRAPOZU, ALBERTO ARENAZA ARTABE y D. LUIS PABLO LÓPEZ- ABADÍA RODRIGO y por los Letrados D^a. EMMA RIOJA ITURRITZA, D. GUILLERMO IBARRONDO ZAMAKONA y D^a. PATRICIA PALACIOS PESQUERA

Ha sido Magistrado Ponente el Il^{mo}. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha de 20 de Junio de 2.013, la Procuradora de los Tribunales Doña María Montserrat Colina Martínez, actuando en representación de "Arcain Ingeniería y Arquitectura, S.L" interpuso recurso contencioso-administrativo contra Resolución sancionadora del Consejo Vasco de la Competencia de 21 de mayo de 2.013. Dicho recurso quedó registrado con el nº 428/2.013.

SEGUNDO.- Admitido a trámite por Decreto de Secretaría de 11 de Julio de 2.013 y recibido el expediente común al R.C- A nº 407/2.013 , con personamiento de diversas partes e incidencias procesales al respecto resueltas por Decreto de 23 de Octubre de dicho año, la Diligencia de 26 de Noviembre dio inicialmente traslado a la recurrente para formalizar el escrito de demanda, que, previa rectificación de documentos y soportes del expediente, se reiteró en fecha de 10 de marzo de 2.014 por plazo restante de 4 días.

Por medio de Auto fechado el 12 de diciembre de 2.013, -f. 287 a 292, Tomo I de estas actuaciones procesales principales-, se acordó la medida cautelar de suspensión de dicha Resolución, condicionada a la constitución de garantía.

TERCERO.- En escrito de demanda formalizado el 18 de marzo de 2.014, -f. 319 a 343. Tomo II-, expuso la firma social recurrente el fundamento de su pretensión principal de que se anulase la Resolución recurrida, -con una petición subsidiaria sobre la reducción legal proporcional de la multa-, y fundamento que se resume del modo que sigue;

Como antecedente se señala que la sociedad actora había sido contratada por el Ayuntamiento de Leioa en el año 2.006, como apoyo a la Oficina Técnica Municipal para la, "*redacción de proyectos y dirección de obras de Urbanización*" junto con otras firmas de ingeniería y arquitectura para los ejercicios de 2.007 y 2.008, prorrogables.

Con la finalidad de crear un espacio lúdico-deportivo en la zona de *Pinosolo-Torresolo* , el Ayuntamiento se propuso desarrollar tres actuaciones, A), - *Zona lúdica exterior al complejo*-, B, -Edificio "**La Ola Artificial**" , y C),- *Complejo Deportivo Pinosolo* -, lo que dio lugar a diferentes tareas y encargos de asistencia por parte de la actora que, así redactó el proyecto y dirigió la obra de la actuación A, con igual cometido de redacción del proyecto en la actuación B, lo que supuso en este caso que el mismo se presentase en dos ejemplares - formato papel y formato CD-, ante el propio Ayuntamiento, (octubre de 2.008) y ante la sociedad pública foral hoy denominada *Azpiegitura, S.A* (agosto-setiembre de 2.008).

El plano "*xref\\Copia del projectado.dwg*", al que se constantemente aludirá más tarde por los litigantes, aparecía solo en el formato digital del proyecto en un archivo editable *dwg* , y no en el archivo *pdf* del mismo.

Respecto de la actuación C, o Complejo Deportivo, se le encomendaron sucesivas labores de asistencia técnica previas y coetáneas al concurso para su adjudicación, (trabajos de campo, estudio de necesidades, redacción del pliego de condiciones técnicas -PCT), y participación con dos sobre tres miembros en la primera de las Comisiones Evaluadoras para asignación de puntos en función de criterios no consistentes de fórmulas matemáticas (65% del total), de los que la concesión de 27,5 puntos dependía de la actora.

Convocado el concurso para redacción del proyecto, dirección y ejecución del referido complejo deportivo *Pinosolo* el 29 de agosto de 2.009, el PCT exigía a los licitadores que tuviese encaje global con las otras actuaciones de olas artificiales y la zona lúdico-deportiva exterior. Sigue después al exposición del detalle de las actuaciones de las dos Comisiones Evaluadoras sucesivas, cada una de las cuales dio origen a distintos acuerdos de adjudicación provisional (y en la segunda de las cuales no participó por causa de un recurso estimado frente a la primera adjudicación provisional a DGM), insistiendo en que su mayoría de miembros en la primera no le permitía predeterminar el sentido de la misma, de suerte que ninguno de los informes de ese comité asignó la máxima puntuación a la UTE con la que se le relaciona (*Aros-Viuda de Sainz*) en el parámetro en el que el plano podría haber tenido relevancia, y que quedó segunda clasificada en la propuesta arquitectónica a ellos vinculada.

Tras referirse a la denuncia de la firma DGM ante el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia contra las mercantiles *Arcain, Aros, Viuda de Sainz y Pujol Arquitect* ura, con fundamento en que existía concertación entre ellas porque uno de los 62 planos presentados por la UTE (finalmente adjudicataria) en su oferta era similar a fragmento localizado en el archivo contenido en el CD entregado por *Arcain* a las Administraciones convocantes, y describir los trámite seguidos hasta la Resolución impugnada, en que se le sancionaba a la actora juntamente con dicha sociedad "*Aros Estudio de Arquitectura, S.A*", desenvuelve la fundamentación en derecho que tiene por conveniente que, en resumen, se centra en cuatro cuestiones:

-Prescripción de la acción sancionadora. Se defiende en este apartado que apreciándose dos infracciones, de los arts. 1.1 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, la CVC argumenta acerca de un intercambio de información estratégica entre ambas sociedades que explicaría la similitud entre los planos contrastados y revelaría la concertación entre ambas tendente a alterar las condiciones de igualdad en el concurso público con aptitud para falsear la competencia en el mismo, pero incurre en contradicciones acerca de la viabilidad temporal de su producción, que en unos párrafos es un intercambio de información previo a los pliegos de la licitación y se prolonga hasta la segunda adjudicación provisional, (en que interviene *Arcaín*) el 20 de Julio de 2.010, mientras que en otras fases argumentales se extiende hasta la adjudicación definitiva en que se manifiesta la afectación a la competencia, con lo que la prescripción correría desde el 12 de febrero de 2.011 y no se habría consumado el 19 de Julio de 2.011 cuando se le comunicaba a la actora el procedimiento incoado.

Mantiene por el contrario, en base al artículo 68.2 LDC, que el día inicial del cómputo es de la comisión de la infracción y no el del día en que se adviertan los efectos distorsionadores sobre el mercado afectado, lo que llevaría al momento del intercambio de información anticompetitivo del que no se deja constancia en el expediente, pero en el que sí se data en setiembre y octubre de 2.008 la aparición pública del archivo o documento gráfico del que el CVC deduce la connivencia. Por ello, la prescripción de dos años de la infracciones graves se habría consumado en setiembre de 2.010.

-Ausencia de conducta sancionable en materia de defensa de la competencia. Se bifurcan los argumentos respecto de ambas infracciones;

-Respecto del tipo de infracción del artículo 1.1 (conducta colusoria) se observa que falta todo elemento probatorio aun indiciario que acredite el acuerdo de voluntades o práctica concertada paralela pero, en todo caso, una presunción de intercambio de información no encajaría en el tipo por asimilación con un acuerdo de voluntades, con diversas citas al respecto. No está avalado probatoriamente que existiera tal intercambio de información pero, así todo, nunca se daría una estrategia conjunta repetida en el tiempo tendente a desvirtuar la competencia. Se pone de manifiesto que el archivo en cuestión figuraba entre los documentos entregados tanto al Ayuntamiento como a *Azpiegitura* y mientras estuvo en poder de *Arcaín* debió ser puesto a disposición de las 42 empresas que retiraron la documentación del concurso de la "*Ola Artificial*" y pudo ser consultado por los licitadores del concurso del polideportivo para cumplir con el PCT, siendo muy complicado suponer el intercambio de información cuando la información no estuvo en poder de uno solo de ellos, sino que era accesible para todos los interesados, accediendo a ella la propia DGM. Pero, aun supuesto ese intercambio a efectos dialécticos, tampoco podrá hablarse de concertación o acuerdo de voluntades entre los sancionados, que no puede inferirse de una conducta puntual y anecdótica, ya que si ambas hubiesen actuado de manera concertada, además de ese intercambio de información se hubieran previsto de medidas que salvaguardaran el que *Aros* alcanzase la adjudicación, siendo así que *Arcaín* ni siquiera se reservó en la Comisión el apartado de valoración de la propuesta arquitectónica. Respecto de la exigencia de una *aptitud anticompetitiva* de la conducta de los concertados, niega que la conducta tuviera por finalidad limitar la competencia en el mercado ni aptitud para generar efectos restrictivos probables, (se insiste en que difícilmente se hubiese propiciado en tal caso que pudiera ser conocida por todos los interesados, ni se explica por qué se entregó al Ayuntamiento y a la otra entidad pública el CD para que así fuese). Tampoco era apta, a la vista de las opciones que hubieran cabido para asegurar la supuesta finalidad, por lo que, de darse por acreditada la práctica colusoria, se trataría de una conducta accesorias y sin virtualidad para incidir sobre las condiciones de competencia en la licitación del mencionado complejo deportivo.

-Respecto del tipo infractor del artículo 3º observa que cuando faltaban solo 21 días de plazo máximo de 18 meses para resolver el expediente, la CVC decidió suspenderlo y ampliar la calificación de los hechos discutidos a tal figura de actos de competencia desleal, cuya aplicación al caso no resiste el contraste con la jurisprudencia y doctrina administrativa referida a los elementos necesarios de distorsión sensible de las condiciones de la competencia y de afectación al interés público. Se examinan tanto el artículo 129.2 LCSP de 2.007 sobre el secreto de las proposiciones -con el que nada tendría que ver *Arcaín* conforme a la argumentación de los folios 324-325-, faltando igualmente el aspecto de dimensión pública más allá del interés de los licitadores privados, así como la afección al interés público económico, cuyo bien jurídico protegido se diferencia respecto del propio de la legislación contractual de las AA.PP.

-Ausencia de prueba de cargo, previo examen de las exigencias de la doctrina constitucional respecto de la prueba indiciaria, con invocación de los hechos acreditados por medio de prueba directa que resultarían contradictorios con la idea de concertación que la resolución impugnada mantiene. -F. 337 a 339-.

-Desbordamiento del límite legal máximo de la sanción imponible. Se plantea en este capítulo impugnatorio que la cuantía de la multa impuesta excede del límite legal del artículo 63.1.b) LDC que, conforme a la declaración anual de IVA del ejercicio anterior, no podía superar los **63.855,23 €**. Se incluye además una agravante muy cualificada que no se encuentra entre las previstas por el artículo 64.2 (por ser consultor externo de la Administración licitadora) y en contradicción con la afirmación anterior de que el hecho de no ser competidoras ambas debía ser tenido en cuenta a la hora de fijar la gravedad de la conducta.

-Falta de objetividad y apartamiento arbitrario de precedente . Se alude con este enunciado a la Resolución de la CVC de 7 de setiembre de 2.012 en expediente 7/2.011 aportada en copia con la interposición, -f. 155 a 202-, con la que se establecen las coincidencias oportunas y que concluyó sin sanción.

CUARTO.- En trámite de contestación evacuado el 13 de mayo de 2.014, -f. 362 a 426, Tomo II de estos autos-, los Servicios Jurídicos Centrales del Gobierno Vasco en representación de la Autoridad Vasca de la Competencia se opusieron a la pretensiones de la firma recurrente, haciendo nueva y completa narración de los hechos y pasando a dar réplica a los principales fundamentos de la recurrente, con defensa de las siguientes posiciones:

-Respecto de la *prescripción* -f. 367 a 373-, la oposición se ciñe a defender que se tome el día que se tome como inicial del cómputo de los dos años, no se ha producido la misma. Se presupone para ello que se está ante infracciones de naturaleza continuada o permanente cuyo *dies a quo* sería aquel en que hayan cesado tales conductas. Se aclara que el 11 de febrero de 2.011 se fija en la Resolución sancionadora no ateniéndose a que sea la fecha de la denuncia, sino a la adjudicación del concurso público, lo que responde a la lógica de la acción concertada y del momento en que culminan, como pronto, los actos anticompetitivos desplegados de mutuo acuerdo por ambas sociedades, y no así a la del momento del canje del plano que iba a aparecer sorpresivamente en la documentación de redacción del proyecto de la "**Ola Artificial**", en que el intercambio de información ni se inicia ni culmina, y que no es sino una de las actuaciones que conforman la infracción dentro de un plan preconcebido y de actuaciones que la Resolución recurrida detalla en sus párrafos 48, 92 y 94 y que diversifica en dos diferentes fases, (preparación de la licitación; evaluación de las ofertas). Concluye que, aunque se tomasen como alternativa ya la fecha de presentación de la oferta por la *UTE Pinosolo* en noviembre de 2.009, ya la de la participación de ARCAIN en la Comisión de Evaluación en fechas de febrero y julio de 2.010, la acción no habría tampoco prescrito.

-Respecto de la inadecuada aplicación de la *prueba de presunciones*, -f. 378 a 408-, se desarrolla con gran extensión el núcleo principal de la oposición a la pretensión contraria. Calificando la conducta colusoria sancionada como la propia de los acuerdos colusorios tendentes a alterar el resultado de una licitación pública, ("*bid rigging*"), y tras proclamar con diversas citas la validez constitucional y en el derecho europeo de la prueba indiciaria y su gran operatividad en el campo de la defensa de la competencia en que rara vez quedara huella documental de las prácticas, sin desconocer el derecho a la presunción de inocencia, desarrolla su discurso en relación con tres fases diferenciadas de preparación de la licitación del Complejo Deportivo en que se produce el hecho, sin explicación a la luz de las exigencias del proyecto de la "*Ola Artificial*", de la inclusión en el mismo de un plano de cubiertas correspondientes al edificio de dicho "*Complejo Deportivo*", lo que enlaza con diversos hechos probados, (presentación de trabajos preliminares por *Arcaín* en febrero de 2.008; encontrarse trabajando *Pujol Arquitectura S.LP* desde Junio a Diciembre de ese año a iniciativa de *Aros* en los estudios preliminares del Complejo Deportivo; entrega el 20 de agosto y el 11 de setiembre de 2.008 por *Arcaín* a *Azpiegiturak* de copia en papel primero y de una copia en CD del proyecto con diferente documentación por incluirse en el segundo un plano de cubiertas del Complejo Deportivo con cotas detalladas y con similitudes esenciales con el plano de cubierta de la oferta que *UTE Pinosolo* iba a presentarse en Noviembre de 2.009; convocatoria del concurso el 29 de agosto de 2.009; y presentación de la referida oferta por la mencionada UTE en que se integra la sociedad mercantil *Aros*).

Se examina la conexión lógico temporal de las actuaciones dispares de ambas mercantiles, con la consecuencia, tomada del informe del Arquitecto Jefe del Servicio de Proyectos de la Dirección de Vivienda de la CAPV, de que, para contar con el plano detallado que se inserta en el archivo por parte de *Arcaín*, era imprescindible conocer las necesidades previas, parcela, cotas y superficies de manera que su autor, (*Pujol*) tenía que ser conocedor de tales datos fiables en base a los trabajos preliminares realizados por *Arcaín*, que no eran públicos y cuyo desarrollo no le correspondía a dicha firma sino que serían objeto de licitación pública un año y medio después. Y descartado que el plano de cubierta lo realizara *Arcaín*, la lógica le lleva a deducir el conocimiento por parte de *Aros*, que fue quien contrató con *Pujol* los trabajos preliminares de la contratación del Complejo con más de un año de antelación a que se licitara públicamente. Se rebaten diversas afirmaciones actoras, como la referida a que dicho plano fuese puesto a disposición de las licitadoras

que concurrieron al concurso de la "Ola Artificial" para lo que, según informe pericial que adjunta, carecía además de interés. En suma, el acceso previo por parte de la licitadora Aros a una información relevante permite formular la oferta con garantías de éxito, concluyendo al folio 392 en favor de la tesis defendida por la Administración demandada.

Respecto de una segunda fase, ya convocado el concurso del Complejo Deportivo, se hacen consideraciones sobre la culminación del acuerdo entre ambas, - autora del PBT y licitadora que ha obtenido ventaja competitiva al disponer de información previa relevante-, con el papel desempeñado por la primera en el seno de la Comisión de Evaluación mediante la intervención en dos de los tres sucesivos informe que dieron lugar a la adjudicación a AROS del proyecto, -con previo extenso análisis de las similitudes técnicas de ambas cubiertas como acreditadamente correspondientes a un mismo edificio aun con diferente grado de desarrollo que no pueden aquí recogerse con mayor detalle-.

-Sobre la tipificación de las conductas infractoras, -f. 408 a 421-, se hace examen diferenciado de las que conciernen al artículo 1.1 de la Ley 15/2.007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia de las que inciden sobre la figura del artículo 3º de la misma, con un muy extenso desarrollo de conceptos que se enuncian en cuanto a la primera desde la conjunción de que existan varios operadores económicos (no desdicho en el caso de *Arcaín* porque fuese colaborador del Poder Adjudicador publico), una *práctica concertada*, y la aptitud de la misma para restringir la competencia. Respecto de los actos de competencia desleal que afecten al interés público por falsear la libre competencia del artículo 3º de la LDC , se defiende asimismo su concurrencia en el caso enjuiciado, lo que remite al artículo 15 la Ley 3/1.991, de Competencia Desleal .

-Sobre la debida *cuantificación de la sanción* y el apartamiento de los precedentes en su imposición, y frente al punto de vista de la actora de que se infringe el artículo 63.1.b) LDF al superarse el límite que resultaría de la declaración anual de IVA de 2.012, cuyo 5% del volumen total de negocio solo alcanzaría en este caso a 63.855 € frente a los 89.000 € que se le imponen, se rechaza tal criterio en base a la cuentas anuales depositada en el Registro Mercantil, al igual que se refuta la mención al precedente representado por la Resolución de la AVC de 7 de setiembre de 2.012 en expediente 7/2.011, con el que solo se daría la coincidencia de referirse ambos a licitaciones públicas, pero afectando allí a dos competidoras directas en un concurso que se declaró finalmente desierto, lo que no ocurre en este caso. Se hace defensa igualmente de la circunstancia agravante apreciada en base al artículo 64 de la LDC .

En el proceso ha intervenido asimismo como parte demandada la firma social DGM de Arquitectos, S.L.P, cuya contestación obra a los folios 449 a 499, y que con nuevo apoyo en informe pericial aportado a cargo de Arquitecta Sra. Isidora , -f. 571 a 592-, centra la parte adicional de sus planteamientos en las infracciones incurridas en el procedimiento de adjudicación del contrato. -F. 465 a 487-.

QUINTO.- Fijada la cuantía del proceso en 89.000 Euros por Decreto de 28 de Enero de 2.015, y recibido el proceso a prueba por medio de Auto de 2 de marzo de 2.015, previos otras presentaciones de documentos y trámites contradictorios y de recurso subsiguientes que culminaron por Auto de 23 de julio de 2.015, las diligencias de prueba admitidas por Auto de 2 de marzo de 2.015 con inicial señalamiento de vista para el día 22 de abril de 2.015, suspendida a solicitud de una de las partes, -f. 783-, se practicaron en audiencia pública celebrada el 13 de mayo que fue objeto de la grabación que obra al folio 784.

SEXTO.- Abierto el trámite de Conclusiones Sucintas, fueron evacuadas las mismas por la parte actora en fecha de 17 de setiembre de 2.015, -f. 844 a 856-; por los Servicios Jurídicos de la CAPV el 27 de Octubre -f. 870 a 906-, y por la representación d DGM de Arquitectos, S.L.P el 30 de octubre de 2.015, -f. 907 a 945-.

SÉPTIMO.- La Diligencia de 3 de Noviembre de 2.015 declaró pendientes de votación y fallo los autos, -compuestos de 952 folios en tres tomos-, que se acordó por Providencia para el pasado día 21 de Enero de este año 2.016.

Y por los siguientes;

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Versa el proceso sobre la impugnación de la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia de 21 de mayo de 2.013, -en adelante por su acrónimo CVC-, que en expediente 5/2.012, a denuncia de la firma DGM de Arquitectos, S.L.P, -DGM-, y entre otros pronunciamientos, declaró la comisión de infracciones de los artículos 1º.1 y 3º de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de la firma actora, -en lo sucesivo ARCAIN-, con imposición de sanción pecuniaria de **89.000 €**. Consta el texto íntegro de dicha Resolución a los folios 21 a 78 de estos autos.

Ya expuestos en el amplio resumen de los antecedentes de la presente cuales son los motivos de impugnación y de resistencia frente a ella que han desarrollado los litigantes -en el seno de un proceso con dos años y medio de trámite que la Sala tiene por excesivamente dilatado en el tiempo y en la extensión argumental de que se han valido las partes, en función de su objeto e interés económico tanto como en la vertiente relativamente reducida de los puntos y las cuestiones que suscita-, este Tribunal los va a examinar sin más preámbulos y con la directriz de decidirlos con la mayor precisión y síntesis que la congruencia posibilite.

- Comenzando según su orden por la **prescripción** de la acción sancionadora , el artículo 68 de la Ley 15/2.007 establece que *"las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las graves a los dos años y las leves al año. El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado."* (Subrayado nuestro)

Ante la clara disyuntiva legal la parte actora opta en su fundamentación por la idea más o menos explícita de que la infracción o infracciones por las que se le sanciona han de referenciarse a un momento fijo en el tiempo. Aún negadas las infracciones, las hipótesis que se pueden barajar tendrían que determinar un hito de carácter puntual o instantáneo que se pudiese tomar como término inicial o *"a quo"* del cómputo de los dos años.

Sin embargo, si la Resolución acaso no llegue a precisar un lapso continuado inequívoco y cierto en su origen y culminación, no por ello fija una fecha precisa de comisión de la infracción, de manera que la conducta colusoria o el concierto de voluntades que aprecia siempre se habrían desarrollado con cierta continuidad y permanencia, lo que en la lógica de la imputación se extendería cuando menos al momento en que por agotados los recursos y posibilidades de obtener la adjudicación que se pretendería en favor de Aros, o por producida ya ésta, cesase toda razón de ser del concierto.

Esa concepción no permite las alternativas que la recurrente sugiere, pues los eventos fijos anteriores, reales o hipotéticos, -el intercambio de información, la aparición del CD-, no integran los elementos típicos de la infracción ni por ello se puede tener por cometida la misma en tales ocasiones. Más bien cabrá decir que el descubrimiento del plano arquitectónico comprometedor representa la irrupción de un signo, huella o impronta que se filtra o comunica, (incluso concebible como indeseada o pura *aberratio* desde la voluntad de los intervinientes), que no puede determinar el momento de la comisión.

Se inclina por ello necesariamente esta Sala por la tesis de la Administración de la CAPV demandada que ya se ha anticipado que apuesta por la concurrencia de esas infracciones de naturaleza continuada o permanente cuyo *dies a quo* sería aquel en que hayan cesado tales conductas, citando de la Resolución la fecha del 11 de febrero de 2.011 como la de adjudicación del concurso público, en lo que respondería a la lógica de la acción concertada y en que culminan los actos anticompetitivos desplegados de mutuo acuerdo por ambas sociedades.

En la jurisprudencia cabe citar supuestos en que se aprecia esa continuidad a efectos de prescripción aun partiendo de la base de que en el origen se situase un *cártel* (entendido como un *acuerdo formal* entre empresas del mismo sector, cuyo fin es reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado), y así, dice la STS de 1 de junio de 2015 (ROJ. 2559/2015) en Recurso nº 874/2014 , que;

".... puede decirse que el mencionado *cártel* se desarrolló durante el tiempo establecido en la resolución impugnada, esto es entre 2001 y 2010 pudiendo haber habido períodos de paralización de la efectividad del cartel, que no por eso han tenido eficacia interruptiva a efectos de una posible prescripción conforme al art.68.2 de la Ley 15/2007 , que invoca la actora, sino que han podido deberse a ciertos incumplimientos de las obligaciones contraídas entre las empresas integrantes del mismo, pero que conforme se relata en el anterior fundamento de *derecho se ha mantenido de forma uniforme en el tiempo la intención de llegar a un acuerdo* en la fijación de los precios y de otras condiciones en la prestación del servicio de transporte marítimo entre península y Baleares."

Se desestima, por tanto, el referido motivo de ataque contra la Resolución impugnada.

SEGUNDO.- Al referirse en segundo término la parte litigante actora a la *"ausencia de conducta sancionable en materia de defensa de la competencia"*, está proclamando con algunos matices la falta de tipicidad como infracción administrativa de las conductas que se le han indagado, reprochado y sancionado en el expediente de la AVC.

Sin necesidad de reproducir en extenso sus argumentos, se defiende que un supuesto intercambio de información no puede asimilarse al acuerdo de voluntades al que se contrae el artículo 1.1 de la LDC , y que no podría deducirse de una conducta puntual y anecdótica, ya que si ambas hubiesen actuado de manera

concertada, además de ese intercambio de información, se hubieran provisto de medidas que salvaguardaran el que Aros alcanzase la adjudicación, entre otras particularidades ausentes en el caso enjuiciado.

Ahora bien, lo que cabe derivar del discurso de parte en este extremo es que, más que poner en cuestión la tipicidad de la conducta tenida por acreditada conforme a sus exigencias y garantías de predeterminación legal y taxatividad derivables del artículo 25.1 CE en su interpretación por parte del Tribunal Constitucional en SSTC, entre otras muchas, como la 62/1.982, de 15 de octubre ; 36/1.991, de 14 de Febrero ; 174/2.000, de 26 de Junio , o 301/2005, de 21 de Noviembre , - artículo 5.1 de la LOPJ -, está poniéndose el énfasis en la falta de subsunción en el tipo de los hechos y circunstancias alternativas que la recurrente tiene por verdadero sustrato de su pretensión.

En tal sentido, por tanto, la cuestión se confunde con la de la prueba misma del acuerdo de voluntades que se proclama por la Administración sancionadora y lo único que cabe destacar en torno a esta alegación referida al artículo 1.1 de la LDC , es que, como repite el TS, citando la Sentencia de 27 de setiembre de 2.013 , *"la actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia a"*.

La STS de 2 de Noviembre de 2.015 (ROJ: STS 4603/2015) Recurso 1.523/2.013 recoge en su texto una notable teorización al respecto procedente de la CNC, diciendo que

"Pero frente a esta técnica penalista de la tipicidad o de deslinde preciso de lo que está prohibido (y, por exclusión, lo no penado), el Derecho de la competencia (nacional y comparado) utiliza la técnica de la cláusula general prohibitiva, precisamente porque la utilización de la técnica de la tipicidad penal, en un ámbito como el mercado, atentaría al principio de seguridad jurídica, atendida la dificultad o imposibilidad de tipificar con la precisión exigida en el Derecho penal la multiplicidad de formas que puede adoptar el comportamiento restrictivo de los operadores económicos en el mercado. Una cláusula general prohibitiva de la colusión (art. 1.1 LDC y 101.1 TFUE) que se define por relación a los destinatarios (todo operador económico), al medio por el cual la conducta se establece (toda forma de concertación: acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas) y, en particular, por la finalidad perseguida y prohibida (la causación actual o potencial de un daño a la competencia efectiva en los mercados). Por tanto, una cláusula general o tipo abierto deliberadamente impreciso que constituye, en cierta forma, un mandato implícito del legislador a las autoridades administrativas y jurisdiccionales encargadas de su aplicación para elaborar de forma progresiva el Derecho de la competencia.

Esa imposibilidad manifiesta de tipificar las infracciones *antitrust* (como también de competencia desleal) con la precisión exigida en el derecho penal desemboca en la falta de identidad entre la tipicidad penal y la definición de conducta prohibida por el Derecho de la competencia. Por ello, una consolidada jurisprudencia comunitaria en materia de defensa de la competencia ha considerado que una serie de actos distintos, separados pero que se suceden en el tiempo, pueden integrar una infracción única y continuada, siempre que se inscriban en un plan conjunto debido a su objeto idéntico anticompetitivo (entre otras, STJUE de 7/01/2004 Aalborg Portland A/S, As. C-204/00 y acumulados; STJG de 8/07/2008 BPB , As. T-53/03 aptdo. 252). (....)"

Y como entendemos que esa caracterización típica de la figura no es puesta en duda para el caso de concurrir la versión fáctica y circunstancial que la Resolución contempla, el motivo no es como tal acogible en este apartado, a resultas de lo que más adelante se considere sobre la acreditación de tales supuestos de hecho.

Con respecto en cambio al artículo 3º es más plausible el examen sobre si la conducta reprochada está incurso en el mismo. Ello, en la medida en que predeterminase unas conductas y situaciones que no han sido definidas por el acto administrativo sancionador o que lo hayan sido en base a una interpretación *ultra vires* de la norma sancionadora.

Es presupuesto de partida que la sociedad mercantil recurrente rechaza su aplicación al caso en base a los elementos necesarios respecto de una *distorsión sensible* de las condiciones de la competencia y de la afectación al interés público, concluyendo que nada tiene que ver en el caso el artículo 129.2 LCSP de 2.007 sobre el secreto de las proposiciones, -folios 324-325-, y que falta también el aspecto de dimensión pública más allá del interés de los licitadores privados, así como la afeción al interés público económico, cuyo bien jurídico protegido se diferencia respecto del propio de la legislación administrativa contractual.

Dicho precepto del artículo 3º de la LDF 15/2.007, de 3 de Julio, señala que *"La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público"*, siendo el artículo 62.3.c) el que sanciona como infracción grave el referido falseamiento de la libre competencia en los términos del artículo 3º.

La Resolución de la CVC que dedica a este punto sus cardinales 81 a 101, -f. 60 a 72 de estos autos-, tras analizar sus elementos y las objeciones opuestas, extrae como conclusión que las conductas llevadas a cabo por *Arcaín* y la *UTE Pinosolo* infringen el artículo 129.2 de la LCSP de 2.007, implicando la vulneración del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal 3/1991, de 10 de Enero, en tanto infracción de normas jurídicas que regulan la actividad concurrencial. Sin embargo, en el cardinal 102 se hace una consideración que termina por restar eficacia y alcance a la doble calificación en concurso de infracciones, pues se dice que *"los hechos que han motivado la incoación del procedimiento sancionador son susceptibles de infringir la Ley de Defensa de la Competencia por un parte, como conducta colusoria del artículo 1 y, por otra parte, como falseamiento de la libre competencia por actos desleales con afectación al interés público el artículo 3 de la misma norma"*, y se estaría hablando así de la posible calificación disyuntiva de la misma conducta y no de un concurso de infracciones. Esta parece ser la opción definitiva cuando el órgano colegiado resolutorio, apreciando que los hechos podrían subsumirse en dos tipos, añade que, **"dado que los mismos constituyen una unidad, ...para evitar la existencia de vulneración del principio *non bis in idem*, procederá a imponer una única sanción"**. La figura del concurso ideal antes sugerida por el CVC, - artículo 77 CP -, queda así desvanecida y sin consecuencias punitivas para las sociedades sancionadas.

En todo caso, aunque sea por exhaustividad, la Sala coincide esencialmente en que la implicación de ese precepto del artículo 3º resulta forzada y que muchos de sus elementos objetivos y de finalidad o tendencia resultan incluso inherentes a la infracción básica del artículo 1.1.

El artículo 129. 2 de la Ley de Contratos del Sector Público 30/2.007, de 30 de Octubre, indicaba, (como luego lo haría el artículo 145.2 del T.R de 2.011) que; *"Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 132 y 166 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo"*. En principio el sujeto activo de ese deber de sigilo en la propia Administración, órgano de contratación o poder adjudicador, dentro del ámbito del procedimiento concurrencial de que se trate, lo que implica que cuente con las facultades y prerrogativas propias de su posición contractual para dotarlo de efectividad real, y que en el ejercicio de éstas puedan imponerse también determinadas cargas para los aspirantes, ofertantes o licitadores que garanticen a la postre el resultado legalmente dispuesto.

Ahora bien, la fundamentación de la Resolución extiende el espectro de esa obligación al marco de las relaciones entre una sociedad mercantil contratada como asistente o consultora por la futura Administración convocante del concurso, con otras eventuales futuras licitadoras y en relación con la eventual proposición que estas llegarían a hacer en el procedimiento concurrencial que se convocaría muchos meses después, y necesario es proclamar que ni sobre *Arcaín* ni sobre las que serían sociedades integrantes de la *UTE Pinosolo* pesaba en aquellos momentos el deber emanado de la legislación de contratos administrativo de no comunicarse o intercambiar informaciones técnicas, por ser el artículo mencionado una disposición legal que no constituye ni genera prohibiciones propias de la general sujeción de los administrados, extramuros de todo procedimiento concurrencial y cuando no existe siquiera oferta o proposición. Antes bien, lo que gravitaba sobre ellas es la ya antes referida *"cláusula general prohibitiva"* del artículo 1º LDC de no falsear la competencia mediante acuerdos o prácticas concertadas, en la proyección que acabaría teniendo sobre el ámbito público de la contratación y en la que se subsume igualmente la prohibición genérica o particular de cada *"mercado"*, de respetar las reglas de la libre concurrencia.

No apreciamos, por ello, que haya concurrido la infracción autónoma e independiente de una regulación específica determinante de acto de competencia desleal que lleve a una calificación doble, agravada, concursal o siquiera sobreabundante de los hechos imputados.

TERCERO.- La representación procesal de la firma social recurrente denuncia la *ausencia de prueba de cargo* en contra de su patrocinada, previo examen de las exigencias de la doctrina constitucional respecto de la prueba indiciaria, y para ello contrapone hechos acreditados por medio de prueba directa que resultan a su juicio desvirtuadores de la idea de concertación que la resolución impugnada declara.

Es casi innecesario, a la vista de la positiva atención que esa posibilidad les merece a las diferentes partes procesales y a la misma Resolución recurrida, insistir en el rol que la prueba indirecta o por indicios puede llegar a jugar en materias como la examinada.

Por tomar una breve cita de corte muy clásico en su concepción, entre las últimas referidas a cuestiones de Defensa de la Competencia, la ya antes aludida STS de 1 de junio de 2015 recuerda que, *"la utilización de la prueba de indicios ha sido admitida en el ámbito del derecho de la competencia por el Tribunal Supremo, ya en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997, 26 de octubre de 1998 y 28 de enero de 1999, entre otras. 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, conforme exige la LEC 1/2000 (art. 386.1), y ello concurre en el presente caso"*.

Dado que el orden contencioso-administrativo no se coloca *"en el lugar y el derecho"* de la Administración sancionadora, sino en estricta posición revisora, no es cometido actual extraer consecuencias propias y directas de todo el material en que el CVC se ha basado, y que se presuponen coincidentes con la tesis de cargo que la Administración demandada ha reproducido en el proceso, -Antecedente de Hecho Cuarto-, sino decidir la validez del método probatorio empleado y la racionalidad y consistencia de sus resultados de cara al ejercicio de potestades administrativas punitivas y la subsunción en la norma aplicada en el marco del debate suscitado entre los litigantes.

La parte accionante ha puesto especial acento primeramente en que es hecho cierto que entregó en el año 2.008 al Ayuntamiento de Leioa y a la sociedad foral *Kirolgintzan*, (hoy *Azpiegitura*), sendos CDs del proyecto de **"Ola Artificial"** en los que aparecía el archivo *"xref\1 Copia del proyectado.dwg"*, y que uno de los 62 planos que la *UTE Pinosolo* presentó con su oferta en el concurso convocado en agosto de 2.009 por *Leioa Kirolak*, era similar al incluido en tal archivo y que, incluso, existían caracteres comunes cuya ruta coincidía con una carpeta de archivos del arquitecto colaborador de Aros en el proyecto, (*Pujo I*), pero rechaza que tales hechos constituyan indicios de un intercambio de información ni de actuación concertada alguna entre ambas sociedades de cara a que la UTE resultara adjudicataria del concurso sobre el *Complejo Deportivo*, faltando el enlace preciso entre tales hechos y la consecuencia obtenida, pues esa conclusión ignora hechos tales como que la entrega por parte de *Arcaín* lo fue para que a su vez el CD fuera entregado a todos los licitadores de *"la Ola"* y del Complejo Deportivo merced a recomendación del PCPT del posterior concurso redactado por la actora. También que ese PCPT, aparte de posibilitar ese conocimiento de los licitadores, no le reservaba a su redactora la intervención en la Comisión evaluadora de las ofertas técnicas ni el control de la parte de valoración en que tal archivo podía ser valorado, (en manos de técnicos ajenos). O que participara de manera casual en la primera de tales Comisiones en tareas ajenas a esa valoración y la *UTE* no consiguiera en ella la máxima puntuación en los factores en que el archivo pudiera tener alguna repercusión o influencia.

Bastante más razonable que lo que la Resolución impugnada deduce sería suponer que el archivo le fue entregado a *Arcaín* por los servicios técnicos municipales de cara al proyecto de *"La Ola"*, como ella ha sostenido aun sin existir constancia formal, como no existe tampoco de otros materiales entregados por la Administración.

Refutadas con detalle estas hipótesis por la Administración de la CAPV en nombre de la Autoridad de la Competencia, la Sala entiende en efecto que el relato que indiciariamente ha llevado a la CVC a imputar la infracción litigiosa cuenta con la suficiente solidez lógica y presuntiva exigibles en claves probatorias de trascendencia constitucional, y que se distancia por ello de toda hipótesis de tono conjetural o adornada de mera probabilidad, para alcanzar el grado de certeza que deriva de que no quede difuminada por otras alternativas de alguna mínima previsibilidad y acreditación.

El contexto significativo y básico (aun con múltiples matices que en ningún caso divergen en su sentido general), es que, con notable antelación a convocarse un concurso público para adjudicar la realización de un complejo deportivo, se puso en evidencia a través de la filtración informática de un plano, que unos trabajos ya prematuramente encargados al respecto por una futura UTE licitadora a un estudio de arquitectura, estaban en poder de la sociedad que iba a realizar el pliego de prescripciones técnicas de ese futuro concurso (con valor en torno a los 50 millones de Euros), de manera que la referida sociedad colaboradora con la Administración convocante ya los tenía en cuenta con motivo de realizar el proyecto previo para otra obra (*La Ola Artificial*) relacionada con el futuro complejo deportivo a licitar y con la que tendría que mantener coherencia arquitectónica. Posteriormente, ya en trámite el concurso en que la UTE presentaba ese mismo

proyecto, la sociedad autora de los pliegos participaba mayoritariamente en dos sucesivas Comisiones de Evaluación en que la referida UTE obtenía la mejor valoración y, con ello, la adjudicación provisional.

La nítida inferencia racional que resulta acerca de que entre ambas sociedades, cualesquiera fuesen sus móviles y su nivel de concisión, existió un concierto de voluntades prohibido por el artículo 1.1 de la LDC, y que el acuerdo contaba con el despliegue de medios idóneos para alcanzar el logro propuesto, no queda empañada por virtud de los argumentos que el recurso trata de poner en valor.

De una parte, damos por atinada y consistente la postura de la Administración demandada que descarta por inverosímil y por probatoriamente desacreditada la afirmación de que el archivo filtrado procediese de la entrega hecha por el propio Ayuntamiento o su ente deportivo, pues ni consta como tal, ni se asienta en una previsión contractual o de otro tipo que pudiera hacerla creíble y necesaria. Como se ha señalado al principio era precisamente la recurrente la encargada por el Ayuntamiento para realizar ese proyecto de "**La Ola Artificial**", lo que supuso que el mismo se presentase en dos formatos ante el propio Ayuntamiento o su sociedad delegada en octubre de 2.008, y se ignora el sentido que podría tener que el propio municipio, necesitado de colaboración externa en la realización de tales proyectos, fuese quien, al contrario, proporcionase los elementos técnicos a las empresas contratadas a tal fin.

Respecto de la puesta indirecta a disposición de los demás licitadores de ambos concursos, comenzando por la propia sociedad denunciante, (DGM), del CD que contenía el archivo en formato "*autocad*", ha sido objeto de enconada discusión en el proceso e incluso se ha planteado al término del mismo una iniciativa probatoria de la parte recurrente que tenía por objeto justificar, a través de la sociedad pública foral *Azpiegitura, S.A U*, que el CD en formato que contenía el referido archivo había estado a disposición de cuantos licitadores lo hubieran solicitado, habiéndolo obtenido DGM en fecha de 10 de Agosto de 2.009. -f. 716 a 718 de los autos-.

Aunque esa actividad probatoria fue definitivamente descartada por medio de Auto de 23 de Julio de 2.015, -f. 830-831-, a cuyos fundamentos nos remitimos en lo relativo a su calificación y admisibilidad, y aunque no puede ser objeto de atención probatoria sustitutoria la transcripción hecha por la parte que la proponía, que queda sin garantía de audiencia ni posterior contradicción, sí tiene la Sala que apuntar que no ha considerado la posterior conveniencia de recabarla de oficio bajo una u otra forma, según la hipótesis abierta por el referido Auto, en tanto no considera que los extremos sobre los que pudiera informarse ofrezcan auténtica trascendencia ni contengan ninguna revelación decisiva.

Es decir, que entendemos que la tesis actora de que el archivo en cuestión quedó puesto a disposición de todos los eventuales licitadores a raíz de su entrega a las entidades y sociedades convocantes y que todo ellos, -y no solo DGM-, pudieron conocerlo, no altera el relato circunstancial básico desde el que se acredita la colusión de intereses de las sociedades sancionadas. Y ello porque, para empezar, nada justifica que la inclusión del archivo problemático en uno de los CD, -verdadero *big bang* del conflicto-, respondiese a una decisión deliberada y consecuente de la actora y no a un simple *lapsus*, con lo que la deconstrucción de dicho relato no sería causal ni valorable en términos de conducta humana racional. Y en todo caso, porque tampoco esa difusión nominal y no comprobada en su efectividad salvo para DGM, produciría efectos enervatorios de la eficacia del concierto de voluntades de los sancionados, pues, siendo de considerar lo que expone el informe técnico aportado a los folios 429 a 435 de los autos sobre la irrelevancia de su incorporación al CD por no contener parámetros urbanísticos como alienaciones, alturas, ocupación de parcela, o encaje volumétrico del edificio ya diseñado al que correspondía, ninguno de los licitadores no concertados podía por sí mismo conocer la repercusión del modelo ofrecido por ese CD hasta no convocarse el concurso y acaso hasta conocer las demás ofertas, y tampoco estaba en condiciones efectivas de adaptarlo en su integridad al nuevo proyecto partiendo solo de esa imagen y a corto plazo, sin haber recurrido a su origen desde tiempo atrás como lo había hecho la concursante que resultaría adjudicataria.

En suma, la supuesta difusión del modelo no acreditaría una desactivación de las condiciones de falseamiento de la competencia que son elemento constitutivo de la infracción.

En lo relativo al papel casual, modesto e irrelevante de cara a la adjudicación que la actora se atribuye en las Comisiones de Evaluación de los criterios no matemáticos determinantes de la mejor puntuación a los ofertantes, se está ante un aspecto que en su contemplación aislada resulta neutro y que no podría ser contestado más que desde el futurible de que la oferta de Aros nunca iba a ser la más favorable para los intereses públicos como, en cambio, así podría ocurrir que fuese.

Sin embargo, el significado de esa intervención opera en el contexto mucho más amplio y envolvente del dominio que la sociedad actora ejercía sobre la totalidad de condicionantes del concurso público, desde

la redacción del proyecto antecedente y relacionado de la "Ola", hasta la redacción de los pliegos de prescripciones técnicas del Complejo Deportivo, de manera que es más que presumible, según máximas de experiencia, que su participación en las Comisiones de Evaluación que sucesivamente se constituyeron sirviera, *de iure* y de facto, para garantizar que el proyecto ganador fuese el mejor considerado por dicha sociedad colaboradora.

Desde esa perspectiva, debe relativizarse, si no desdeñarse, la circunstancia de que no valorase ella con exclusividad los aspectos técnicos del proyecto que resultaban conflictivos y que, compartida la actividad y calificación otorgada con el tercer miembro de la Comisión (sin cualificación técnica en ingeniería o arquitectura según se indica) en el aspecto de "**solución y propuesta técnica**", con 45 puntos máximos frente al total de 65, -f. 323 de los autos-, Aros no obtuviese la mejor puntuación en ninguna de las dos ocasiones en ese factor de solución arquitectónica, pues no constando cual fue la aportación en puntos que *Arcaín* llegó a atribuir en ese criterio de valoración, si consta cuando menos que con los otros 20 puntos que en exclusiva le correspondía otorgar a la misma, -y poco importa que fuese en relación con otros criterios-, Aros se alzaba en las dos ocasiones sucesivas con la adjudicación provisional del concurso.

Con ello queda acreditada la idoneidad de la participación de la actora en tales comisiones para alcanzar el resultado que los concertados se habrían propuesto sin perjuicio de que, como decimos, ese resultado se hubiese acaso podido igualmente obtener, -dentro del particular contexto en que el concurso se celebró por razón de sus antecedentes y posición de ventaja alcanzada-, sin la directa intervención favorecedora de *Arcaín*, tal y como habría ocurrido en base a la tercera evaluación por parte de una Comisión distinta. En todo caso, ese resultado quedaba garantizado en el caso de las dos primeras evaluaciones, y por ello tampoco puede descartarse que se evitase forzar las apariencias y se atenuase la rotundidad de esa intervención.

CUARTO- Respecto a la indebida *cuantificación de la sanción*, se debe hacer igualmente una precisión sobre su planteamiento a la vista de los términos de los escritos de conclusiones de ambas partes principales.

Como resumen, la representación de *Arcaín* señala en que se calculó el 5% del volumen total de negocios y no el correspondiente al mercado afectado, que es el que sostiene que procedería con cita de varias SSTS fechadas en el año 2.014, debiendo atenderse a los beneficios obtenidos en el concurso del *complejo Pinosolo* como mercado afectado, y que es dato que brilla por su ausencia en las actuaciones. -F. 855-.

La CAPV defiende que se han respetado los límites legales del artículo 63.1.b), rechazando la toma en cuenta de la declaración de IVA de 2.012, pues debería estarse a las cuentas depositadas en el Registro Mercantil. Respecto de la interpretación de "*volumen total de negocios*" se remite a la última jurisprudencia, citando la STS de 22 de Junio de 2.015, (RJ. 3.419).

En rigor, la recurrente introduce una variante que presenta cierto tono de motivo o *cuestión* nueva, - artículo 65.1 LJCA -, dado que en su demanda se limitaba a sostener la superación del límite que suponía la multa de **89.000 €**.

Por demás, como opone la Administración demandada, tampoco la novedosa interpretación que se formula cuenta con el respaldo jurisprudencial que dicha parte actora le atribuye, y por citar otra Sentencia de entre las más recientes, la STS de 17 de junio de 2015 (ROJ. STS 2.937/2.015) Recurso 2.072/2.014, viene rechazar el criterio del volumen total que preconizan las Conclusiones de la actora en relación con el mencionado límite del artículo 63.1 LDC, según párrafos que, por su gran extensión, seleccionamos con cursivas nuestras;

" La Sala de instancia se plantea el problema interpretativo de "determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora". Y, atendidos los criterios de proporcionalidad, finalidad represiva de la norma y "*ámbito de vulneración*", concluye que "[...] *el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción*".

Aun reconociendo que la tesis mayoritaria de la Sala de instancia tiene una base argumental no desdeñable, nuestra interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 está más en la línea del voto discrepante, que hace suya el Abogado del Estado como base de esta segunda parte del recurso de casación. Ello determinará su estimación, limitada a este punto, y la subsiguiente revocación de la sentencia con ese mismo alcance.

(...) El volumen o cifra de negocios (o de facturación, o de ventas) es un dato o indicador contable que revela, repetimos, la capacidad y situación económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, permite calcular *a priori* la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él. A la "situación económica del culpable" se refieren asimismo los artículos 50 y 52 del Código Penal a los efectos de la imposición de las multas.

(...) Partiendo de la premisa que acabamos de enunciar, compete al legislador decidir si el "volumen de negocios" sobre el que debe aplicarse el porcentaje máximo de la escala sancionadora es, en el caso de las empresas con actividad en varios mercados, bien el global o "total", bien el parcial correspondiente a uno o varios de sus ámbitos de actividad económica. De hecho, en algún precedente significativo el propio legislador cambió la norma sectorial sancionadora para pasar, intencionadamente, de uno a otro: el artículo 82.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 (Ley 11/1998) fijaba como importe de la sanción pecuniaria para las infracciones muy graves "el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio". Dicho artículo fue derogado por la nueva Ley 32/2003 cuyo artículo 56.1.a) precisamente modificó el cómputo de los ingresos brutos de la entidad infractora, cifra sobre la que se aplica el porcentaje máximo del uno por ciento para fijar el importe de la sanción, atendiendo desde entonces a los ingresos obtenidos por la entidad infractora tan sólo "en la rama de actividad afectada".

La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" *de aquel volumen*. *En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción*. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.

(...) Esta última consideración conduce por sí sola a la aplicación del artículo 64.1 de la Ley 15/2007. En él se ofrece a la autoridad administrativa -y al juez en su función revisora de plena jurisdicción- la suficiente cobertura para atender, como factor relevante entre otros, a la cifra o volumen de negocios de la empresa infractora en el sector o mercado específico donde se haya producido la conducta.

En efecto, el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.

Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007.

(...) Las consideraciones expresadas en la Sentencia transcrita conducen a la estimación del recurso formulado por el representante de la Administración en lo que respecta a la expresión "*volumen total de negocios*" contenida en el artículo 63.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Lo cual no obsta, como se indica en el texto transcrito de nuestra Sentencia de 29 de enero de 2015, a que el volumen y la incidencia del sector afectado constituya un factor relevante a la hora de fijar la cuantía concreta de la multa dentro del porcentaje correspondiente al carácter leve, grave o muy grave de la infracción (fundamento de derecho noveno de dicha Sentencia).

Por tanto, la cuestión subordinada que en las conclusiones se suscita habría de quedar rechazada en la medida misma en que la parte recurrente estaría exclusivamente cuestionando la aplicación del concepto de "*volumen total de negocios*" al límite del 5% del referido artículo 63.1.b).

Una vez sentado lo anterior, no se ha formulado una oposición plenamente eficaz a la pretensión inicial actora de que el límite máximo de sanción se estableciese para el caso en **63.855,23 €** que se derivaría de aplicar dicho porcentaje al volumen de operaciones declarado en el IVA de 2.012 (que consta a los folios 153-154 de los autos). Las cuentas anuales depositadas en el RM que menciona la Administración demandada no consta que hayan sido efectivamente determinantes de la imposición de la multa de 89.000 €, -sobre cuya obtención la Resolución mantiene silencio en su apartado 114-, y, en todo caso, se ha traído a los autos la documentación atinente a ese depósito de cuentas de 2.012, -f. 683 a 709-, de las que "*de visu*" se obtendría una cifra de negocios algo superior a la que la declaración del IVA recogía (**1.331.635,69 €**, al folio 691), pero no coincidente con la base de la que se deducirían los 89.000 €.

En la perspectiva de la congruencia lo que procederá en suma estimar ese límite del 5% sobre tal cifra de negocios contable, cuya aplicabilidad tampoco ha sido refutada por la recurrente, y extraer las consecuencias derivadas sobre la parcial invalidez de la Resolución recurrida en este punto.

Queda así fijado ese límite, -y también derivadamente el *quantum* de la sanción según lo que ahora añadiremos-, en la cifra de **66.581,78 €**.

Con respecto a la circunstancia de agravación aplicada, el artículo 64.2 de la Ley señala que, para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:

a) La comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente Ley.

b) La posición de responsable o instigador de la infracción.

c) La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

d) La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente según lo previsto en el artículo 62".

A la vista de dicha disposición, que la CVC haya considerado la particular influencia de la sociedad recurrente de cara a afectar a la competencia en tanto que consultor municipal en la licitación, se inscribe plenamente en el sentido de tales agravaciones, específicamente en la de la letra b), y representa una particularización legítima y adecuada de la misma.

Ninguna contradicción media con el hecho declarado de que, por no ser competidoras las sociedades, se derivasen consecuencias lenitivas sobre la gravedad de la infracción, pues a lo que se alude con ello no es a una circunstancia de atenuación dentro del tipo infractor, sino a que precisamente, de ser competidoras, la infracción hubiese resultado encuadrable entre las muy graves conforme al artículo 62.4.

*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** . ").*

Se desestima, por tanto, este submotivo de impugnación.

QUINTO.- Una última consideración debe ir dedicada al apartamiento del precedente propio que la sociedad mercantil recurrente reprocha al órgano colegiado sancionador.

Prevalece en este punto, sin embargo, sobre toda influencia de la doctrina del precedente administrativo, el control que los Tribunales ejercen sobre el conjunto de las Administraciones Públicas, no solo sobre el ejercicio de potestades regladas sino también discrecionales, fijando el contenido concreto de las circunstancias fácticas y de la norma aplicable. -Así, STC. 144/1.988, de 12 de Junio -.

No obstan a lo anterior ciertas manifestaciones de la doctrina jurisprudencial en torno al principio de igualdad en la aplicación de la Ley, al decir que el que haya de serlo "**dentro de la legalidad**" no impide que cuando la ordenación aplicable presente lagunas, contenga imprecisiones o suscite dudas, "*las decisiones anteriores puedan alcanzar fuerza vinculante para llenar la laguna o resolver la oscuridad de las normas, precisamente en conexión con el principio de igualdad*". - STS, Sala Tercera, de 24 de Febrero y 8 de Julio de 1989 , 30 de Enero , 5 y 9 de Febrero de 1990 , 4 de Abril y 17 de Julio de 1.991 -.

Pero, como decimos, no esa la situación general ante cualquier invocación de un precedente administrativo que, como es el caso, haya llegado a una exención de sanciones para un supuesto determinado -que el Tribunal ahora no examina ni revisa en su adecuación a la legalidad-, y ya en sentencias anteriores como la de 22 de mayo de 2006 (ROJ STSJ PV 1847/2006) R.C-A 1.309/2.004 , hemos añadido que, "*si se quiere ver en cambio una quiebra del sentido del precedente administrativo por inmotivado cambio de criterio entre resoluciones administrativas, - artículo 54.1.c) LRJ-PAC -, habría de tener alcance productor de*



indefensión en este proceso, (lo que no ocurre), pues en lo demás, el precedente administrativo carece de toda fuerza vinculante de fondo en el fuero jurisdiccional ".

SEXTO.- Derivándose de lo anterior el parcial acogimiento del recurso, no corresponde hacer preceptiva imposición de costas. - Artículo 139.1 LJCA -.

No se alcanza la cuantía que el artículo 86.2.b) LJCA, en redacción transitoria, establece como *suma gravaminis* para abrir el cauce de la Casación, por lo que la presente sentencia es firme y no cabe contra ella recurso alguno.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, la Sala (Sección Primera), dicta el siguiente;

FALLO

QUE ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA MARÍA MONTSERRAT COLINA MARTÍNEZ EN NOMBRE DE "ARCAIN INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, S.L." FRENTE AL ACUERDO DE LA COMISIÓN VASCA DE LA COMPETENCIA DE 21 DE MAYO DE 2.013, QUE EN EXPEDIENTE 5/2.012, IMPUSO A LA RECURRENTE SANCIÓN DE 89.000 EUROS, Y CONFIRMÁNDOLA EN LO DEMÁS, ANULAMOS DICHO ACUERDO EN CUANTO AL EXCESO DE LA SANCIÓN RESPECTO A LA SUMA DE 66.581,78 EUROS, SIN HACER IMPOSICIÓN DE COSTAS.

Esta sentencia es **FIRME** y NO cabe contra ella RECURSO ordinario alguno, sin perjuicio de lo cual, las partes podrán interponer los que estimen pertinentes. Conforme dispone artículo 104 de la LJCA, en el plazo de DIEZ DÍAS, remítase oficio a la Administración demandada, al que se acompañará el expediente administrativo y testimonio de esta sentencia, a fin de que la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. Hágase saber a la Administración que en el plazo de DIEZ DÍAS deberá acusar recibo de dicha documentación e indicar el órgano responsable del cumplimiento del fallo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se dejará testimonio en los autos, lo pronunciamos, mandamos, y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 15 de febrero de 2016.