



Roj: **SAN 2205/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2205**

Id Cendoj: **28079230062024100244**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/04/2024**

Nº de Recurso: **885/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso: 0000885 /2019**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 06680/2019**

**Demandante: INDRA S.A**

**Procurador: D<sup>a</sup>. SILVIA VÁZQUEZ SENIN**

**Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

**Codemandado: ADIF ALTA VELOCIDAD , ALSTOM TRANSPORTE SAU**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL**

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a veintinueve de abril de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 885/19 promovido por la Procuradora D<sup>a</sup>. Silvia Vázquez Senin, en nombre y representación de **INDRA S.A**, contra la resolución de 14 de marzo de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción de 870.000 euros de multa, por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de ésta Sala, se dicte sentencia por la que se acuerde estimar el presente recurso Contencioso- Administrativo y en consecuencia :

*" s e declare no ajustada a Derecho y se anule la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada en el expediente NUM000 . Electrificación y electromecánica ferroviarias, por los motivos expuestos en la demanda, por cuanto, en lo que a INDRA se refiere, declara la existencia de una infracción del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia a la que califica de Cártel y le impone una multa de 870.000 € y declara la existencia de una prohibición de contratar (Resuelve 1, 2 y 7). De la misma manera, se solicita que se declare la ilegalidad del programa de clemencia aplicado y de la exoneración y reducción de multas y declaraciones de prohibición de contratar, apreciadas por la Resolución recurrida, ultra vires de la Ley de Defensa de la Competencia (Resuelve 4).*

*Subsidiariamente, y en caso de ser desestimada la pretensión anterior, se declare no ajustada a Derecho la sanción de 870.000 € y la declaración de prohibición de contratar con el sector público impuestas por ilegales y por adolecer de falta de motivación y ser desproporcionada."*

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

**TERCERO.-** El Procurador D. German Marina Grimau, en nombre y representación de la entidad ALSTOM presentó escrito solicitando la desestimación de la demanda al igual que la Procuradora D<sup>a</sup> Sharon Rodríguez de Castro, en nombre de ADIF AV.

**CUARTO.-** Mediante auto de 27 de julio de 2020, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, por ALSTOM y ADIF AV, se fijó la cuantía del recurso en 870.000 euros, se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo, por unidos los documentos aportados con los escritos de demanda y contestación, se fijó día para la ratificación de la prueba pericial que se llevó a cabo y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

**QUINTO.-** Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 31 de enero de 2024, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 7 de febrero de 2024, en que tuvo lugar, si bien la deliberación se prolongó en sesiones sucesivas.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 14 de marzo de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción de 870.000 € euros de multa, por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente " NUM000 , Electrificación y electromecánica ferroviaria," era del siguiente tenor literal:

*"Primero.Declarar acreditadas las siguientes infracciones muy graves de los artículos 1 de la Ley 16/1989 y de la Ley 15/2007, y del artículo 101 del TFUE .*

*a) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de contratos en el mercado para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, de la que son responsables, en los términos previstos en el fundamento cuarto de la presente resolución, las siguientes empresas:*

*(...)*

*b) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de contratos en el mercado para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, de la que*



son responsables, en los términos previstos en el fundamento cuarto de la presente resolución, las siguientes empresas:

(...)

c) Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en acuerdos de reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad, de la que son responsables, en los términos previstos en fundamento cuarto de la presente resolución, las siguientes empresas:

INDRA

Segundo. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en las infracciones a las que se refiere el resuelve anterior, procede imponer las siguientes sanciones:

a) En el cártel consistente en la adopción de acuerdos de repartos de contratos en el mercado para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad:

(...)

b) En el cártel consistente en la adopción de acuerdos de repartos de contratos en el mercado para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional:

(...)

c) En el cártel, consistente en el reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad:

INDRA 870.000 euros.

La resolución, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la LDC, acuerda: a) Eximir del pago de la multa a ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U., a su matriz ALSTOM, S.A., y a sus directivos."

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1) El 4 de mayo de 2016, la empresa ALSTOM, S.A. presentó ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, una solicitud de exención del pago de la multa a los efectos del artículo 65 de la LDC o, en su caso, subsidiariamente, de reducción de su importe, a los efectos del artículo 66 de la citada Ley. Ponía en conocimiento de la CNMC la posible comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, y la solicitud de exención se refería a las eventuales sanciones derivadas del acuerdo para la manipulación y reparto de un proyecto de electrificación y electromecánica ferroviarios, denominado Follo Line, en el que habría participado una filial de ALSTOM, S.A. En la solicitud de exención, junto con la documentación presentada, se incorporaba información y elementos de prueba de la infracción.

2) A la vista de la información remitida, la DC inició una información reservada y, con fecha 1 de julio de 2016, concedió la exención condicional a ALSTOM, S.A. y sus filiales, en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC, por haber sido la primera empresa en aportar elementos de prueba que posibilitaban la realización de una inspección en relación con la infracción comunicada.

3) Los días 11 a 13 de julio de 2016, la DC llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de ALSTOM y ELEC NOR, S.A. (ELEC NOR) y los días 18 a 20 de enero de 2017 en las sedes de COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A., (COBRA), ELECTRÉN S.A., (ELECTRÉN), SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES, S.A. (SEMI) y SIEMENS, S.A. (SIEMENS).

4) A partir de la información obtenida en dichas inspecciones, y de la aportada por ALSTOM, la DC acordó con fecha 30 de mayo de 2017, la incoación del expediente NUM000 Electrificación y Electromecánica Ferroviarias, contra las empresas ALSTOM y su matriz ALSTOM, S.A., COBRA y su matriz ACS, COMSA y su matriz COMSA CORPORACION DE INFRAESTRUCTURAS, S.L., CITRACC y su matriz DELEJOR13, S.L.U., CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (CYMI) y su matriz ACS, COSEMEL; ELEC NOR; ELECTRÉN y su matriz ACS, EYM y su matriz OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. (OHL), GRUPO ISOLUX CORSAN, S.A., INABENSA y su matriz ABENGOA, S.A., INDRA, SEMI y su matriz ACS, NEOPUL y su matriz SACYR, S.A., SIEMENS y su matriz SIEMENS, A.G., y TELICE y su matriz FUENTEBLANDOR HOLDING, S.L.

5) El 10 de noviembre de 2017, SIEMENS, S.A. presentó una solicitud de reducción del importe de la multa a los efectos del artículo 66 de la LDC, y en relación con las prácticas llevadas a cabo en el mercado español para la fabricación, instalación, suministro y mantenimiento de sistemas de electrificación ferroviarios.

6) Con fecha 21 de diciembre de 2017, la DC amplió el acuerdo de incoación a ISOLUX INGENIERÍA, S.A. y a quince directivos de empresas ya incoadas por su participación en las conductas investigadas en este expediente: directivos de ALSTOM: D. Clemente, D. Enrique y D. Eutimio; de COBRA: D. Federico y D. Florian; de CYMI: D. Geronimo; de ELECTRÉN: D. Hermenegildo y D. Ildefonso; de SEMI: D. Íñigo; de CITRACC: D. Jorge; de ELECNOR: D. Lucio y D. Mateo; de INABENSA: D. Modesto; de INDRA: D. Ovidio y de SIEMENS: D. Primitivo.

7) Con fecha 26 de febrero de 2018, el Instructor formuló pliego de concreción de hechos conforme a lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Pliego del que se dio oportuno traslado a las empresas y directivos interesados, quienes presentaron frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

8) Tras las actuaciones e incidencias que refleja el expediente administrativo, con fecha 19 de julio de 2018, se acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento y el 22 de agosto siguiente, el Director de la Dirección de Competencia adoptó la propuesta de resolución, que fue elevada, junto con las alegaciones de las empresas y directivos, a la Sala de Competencia que acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE.

9) El 31 de enero de 2019, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerir a las empresas el volumen de negocios correspondiente al año 2018, quedando suspendido el plazo máximo para resolver el procedimiento en aplicación del artículo 37.1 a) de la LDC; plazo que fue ampliado a solicitud de varios interesados por cinco días. Y, una vez levantado, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó la resolución que ahora se impugna el 14 de marzo de 2019.

**SEGUNDO.-** Con carácter general, la resolución recurrida expone que las prácticas investigadas en este expediente abarcan la fabricación, suministro, instalación y/o mantenimiento y reparación de sistemas de electrificación - incluyendo líneas aéreas de contacto o catenarias, alimentación eléctrica, subestaciones eléctricas y otros componentes que aseguren el suministro eléctrico y su mantenimiento y de equipos electromecánicos de líneas ferroviarias de tren convencional y alta velocidad. Básicamente, un sistema de electrificación ferroviaria comprende el conjunto de elementos que provee energía a las unidades de tracción eléctrica de un ferrocarril, sean éstas locomotoras o formaciones autopropulsadas, para que puedan desplazarse sin utilizar motores de combustión.

Por tanto, un sistema de electrificación comprende tres grandes bloques: i) líneas de alta tensión para alimentación del sistema desde la red de transporte, ii) subestaciones transformadoras y/o acondicionadoras de la tensión y iii) líneas de alimentación de energía al material móvil y circuito de retorno.

En cuanto al mercado afectado, y tras describir el marco normativo, identifica el mercado de producto con el de la fabricación, suministro, instalación y/o mantenimiento y reparación de sistemas de electrificación - incluyendo líneas aéreas de contacto o catenarias, alimentación eléctrica, subestaciones eléctricas y otros componentes que aseguren el suministro eléctrico y su mantenimiento y de equipos electromecánicos de líneas ferroviarias de tren convencional y alta velocidad.

Hace diversas consideraciones acerca de cada uno de estos conceptos, de las características de las redes convencional y de alta velocidad, y de la definición que ha hecho de este tipo de mercados la Comisión Europea en diversas operaciones de concentración, para concluir que Sala de Competencia de la CNMC se muestra conforme con la Dirección de Competencia en la definición de los mercados afectados por las conductas objeto de análisis en el expediente en cuestión, en la que distingue, por un lado, mercados que afectan a trenes de alta velocidad y convencionales, y por otro lado a mercados que afectan a los sistemas de electrificación y equipos de electromecánica, de tal forma que los mercados así definidos serían los siguientes:

- 1) Mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional.
- 2) Construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad.
- 3) Construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad.

Desde el punto de vista de la demanda, destaca la posición de ADIF y la extensión de las líneas que gestiona tanto en red convencional como en Alta Velocidad; pone de relieve que las Comunidades Autónomas de Cataluña, Valencia, Andalucía y País Vasco han creado un órgano similar al gestor de infraestructuras para la construcción y gestión de nuevas infraestructuras de su competencia y, en algunos casos, también para la explotación; y que, además de las administraciones públicas, la demanda de este tipo de servicios también



puede proceder de empresas privadas que han sido adjudicatarias de los contratos para la construcción de líneas de alta velocidad y requieren acudir a la subcontratación de otras empresas para acometer las obras y servicios relativos a los sistemas de electrificación y elementos electromecánicos.

En cuanto a la oferta, existirían más de veinte empresas activas en estos mercados, con expresa referencia a ALSTOM, SIEMENS, COBRA, ELECENOR, SEMI, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, EIFAGE, EYM, TELICE, VIMAC, S.A., FCC, SEI, NEOPUL, CYMI, ACCIONA, COMSA y CITRACC, todas ellas homologadas por ADIF.

Por último, y desde el punto de vista geográfico, el mercado afectado abarcaría todo el territorio nacional, si bien se cumpliría el criterio de afectación al comercio intracomunitario que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE.

**TERCERO.**- La investigación realizada por la CNMC permitió acreditar, según la resolución recurrida, una serie de acuerdos de repartos de licitaciones entre las empresas sancionadas en cada uno de los tres mercados antes indicados. Así resulta, dice, de la prueba proporcionada en las solicitudes de clemencia de ALSTOM y SIEMENS, en la documentación intervenida en las inspecciones de las sedes de ALSTOM, ELECENOR, COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS y de los requerimientos de información a las empresas incoadas, a ADIF, a la Secretaría General de Infraestructuras del Ministerio de Fomento y a la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía.

De la información obtenida deduce la existencia de acuerdos entre empresas competidoras en los mercados afectados:

- Hechos acreditados en relación con licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional.
- Hechos acreditados en relación con licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad.
- Hechos acreditados en relación con licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad.

Por esa razón, la resolución recurrida distingue tres grandes grupos de conductas ilícitas por la existencia de acuerdos de reparto de licitaciones que entiende constitutivas de cartel en relación con:

licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional.

licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad.

licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad.

La resolución recurrida sanciona a INDRA. por su participación en el cártel para el reparto de licitaciones públicas y privada convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad, desde marzo de 2012 hasta diciembre de 2015.

**CUARTO.**- Los hechos relevantes del cártel para el reparto de licitaciones públicas y privada convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad, desde marzo de 2012 hasta diciembre de 2015, se describen del siguiente modo.

Relata la resolución recurrida que, en los años 2004 y 2005, las empresas COBRA, CYMI, ISOLUX y ESPELSA adoptaron acuerdos para repartirse la subcontratación de las obras de la construcción del túnel de Guadarrama. El acuerdo de reparto se produjo entre COBRA, CYMI y ESPELSA en diciembre de 2004, sumándose ISOLUX en octubre de 2005.

Años más tarde, las empresas ALSTOM e INDRA se repartieron la licitación para el mantenimiento de los túneles de la línea AVE Madrid Valladolid, incluyendo los túneles de Guadarrama. En relación con ello, consta un correo electrónico interno de ALSTOM de 13 de marzo de 2012, en el que se señala lo siguiente:

*" Como sabes se presentarán dos ofertas por un lado Indra y por otro nosotros, aunque la realización es la misma (con pequeñas variaciones) por tanto es necesario que la parte técnica lo desarrolle aquella empresa más especialista por tanto que Indra desarrolle Radio y Prosegur PCI (mándale la plantilla para que sobre la misma te desarrollen todo)".* Correo electrónico interno de ALSTOM de 13 de marzo de 2012, con asunto "Desarrollo técnico y valoración de recursos Túneles Guadarrama", aportado por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 12816).





El 24 de abril de 2012, el Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM informó al Presidente de ALSTOM de la oferta presentada, señalando que tendrían mejor nota técnica que INDRA y, por tanto, al contrario de lo que pensaban, irían ellos con la mayor baja, dándole entonces el Presidente instrucciones sobre el margen bruto de dicha oferta, señalando expresamente "GM al 12% por favor" Correos electrónicos internos de ALSTOM de 24 de abril de 2012, con asunto "Re: Oferta Mantenimiento Túneles Madrid-Valladolid" (folios 12816 y 12817), aportados por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa.

En relación con las obras relacionadas con elementos electromecánicos a realizar en el túnel de Girona, que ofertaba la UTE constructora FCC TECSA-DRAGADOS, el 15 de marzo de 2012, el Director de Operaciones de ALSTOM informó a otro directivo de dicha empresa indicándole los criterios de confección de la oferta, con un margen del 20%, y que una vez preparada ésta, debía cotejarla con la de INDRA, que le iba a facilitar el Jefe de Proyecto de ALSTOM.

" (...) es necesario que para el miércoles (día 21) tengas integrado el precio de la oferta de Girona (que te pasara Jefe Proyecto de ALSTOM) hoy mismo) Los criterios de confección del precio son:

*Se utilizará la base de "costes reales " que hemos tenido del Orense Santiago para aquel alcance que sea igual. - Para unidades de obra que tienen alguna diferencia (ejem puertas) ponemos la oferta de Gunnebo. (...) - Por un margen del 20 % Crea un libro más repartiendo el importe del margen y los indirectos de forma proporcional en todas las unidades que ofertamos (esta será la oferta que presentaremos) Cuando tengas la oferta de la base de costes preparada por favor coteja unidad a unidad con el precio de la oferta de INDRA (te lo pasara Jefe Proyecto de ALSTOM) para conocer dónde están las diferencias" Correo electrónico interno de ALSTOM de 15 marzo de 2012, con asunto "Consolidación de precios AVE GIRONA" (folio 12818), aportado por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa.*

El 29 de marzo de 2012, se elaboró el presupuesto con precios actualizados para el 30% de margen sobre venta y en coordinación con la oferta a presentar por INDRA.

*"(...) Como comentamos ayer, aquí tienes la "foto" de la oferta a presentar a la UTE FCC-Tecsa-Dragados. El precio está coordinado con Indra (ellos han marcado un margen del 27 sobre la venta VS nosotros que vamos al 30%) Los costes han sido contrastados y no hay ningún ítem inventado. Te agradecería si lo ves adecuado que me dieses luz verde para mandarlo mañana (...)"* Correo electrónico interno de ALSTOM de 29 marzo de 2012, con asunto RV: Oferta túneles AVE GIRONA" y documentos adjuntos "Presupuestos-Tunel\_Gerona.xlsx; PresupuestosTunel\_Gerona-Partidas.pdf" y "Presupuestos-Tunel\_Gerona-Resumen.pdf", aportados por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa y recabados en su inspección (folios 2810, 2811 y 12819).

El 30 de marzo de 2012, el Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM informó al Presidente de ALSTOM de la oferta presentada y que la misma formaba parte de una estrategia conjunta con la del mantenimiento de los túneles de la línea Madrid-Valladolid con INDRA.

*"(...) Adjunto TCS para la oferta que te comente ayer de los túneles de Gerona. Le fecha de entrega será la semana después de Semana Santa, seguramente el martes 10. Tal como anticipado ayer, está incluida en una estrategia conjunta con la del Mantenimiento de los túneles de la LAV Madrid Valladolid, con Indra (...)"* Correo electrónico interno de ALSTOM de 30 marzo de 2012, con asunto "RV: Oferta túneles AVE GIRONA" y documento "Tender Control Sheet\_Tuneles AVE Girona.xls" (folios 12820 y 12821), aportado por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa.

Respecto de la licitación para el mantenimiento de los túneles Ourense Santiago, fue publicada el 28 de diciembre de 2010, con presupuesto base de licitación de 27.336.554,32 euros y las ofertas fueron presentadas el 17 de febrero de 2011. Su plazo de ejecución era de 7 meses para la obra y de 36 meses para el mantenimiento.

Este contrato fue adjudicado el 29 de abril de 2011, a la UTE formada por ALSTOM, INDRA SISTEMAS e INDRA SISTEMAS DE SEGURIDAD, que presentó una oferta de 20.606.294,65 euros. La vigencia de este contrato expiraba en marzo de 2015 si bien, dado que había presupuesto reservado para que la UTE pudiese realizar el mantenimiento unos meses adicionales, realizó estas tareas hasta julio de 2015.

Tras finalizar el citado plazo, ADIF acordó la extensión del contrato, por lo que llevó a cabo 4 nuevas licitaciones que daban continuidad al mantenimiento de los túneles Ourense- Santiago. Cada uno de los contratos tuvo un mes de duración (de agosto a noviembre de 2015) y para ello ADIF decidió remitir invitaciones a ALSTOM e INDRA para que presentasen ofertas a cada una de las 4 licitaciones. Correos electrónicos entre INDRA y ALSTOM de 28 de julio de 2015, con asunto "RE: CONCURSO INSTALACIONES DE PROTECCION CIVIL Y SEGURIDAD DE LOS TUNELES DE LAV ORENSE A SANTIAGO SEPTIEMBRE" e interno de ALSTOM de 26 de



junio de 2015 con asunto "RV: CONCURSO INSTALACIONES DE PROTECCION CIVIL Y SEGURIDAD DE LOS TUNELES DE LAV ORENSE A SANTIAGO" (folios 12800 a 12803), aportados por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa.

Ante esta situación, ALSTOM e INDRA, explica la resolución recurrida, coordinaron sus estrategias para repartirse estas cuatro prórrogas convocadas para la extensión del mantenimiento de los túneles, dos para cada una de ellas. Así, tras enviar ADIF el 23 de junio de 2015, carta de invitación para la primera prórroga, el Director de Operaciones de ALSTOM solicitó a su Responsable de Ofertas que presentara a ADIF la oferta a la primera prórroga del contrato en los siguientes términos:

*"(...) El lunes debemos remitir esta oferta, me ha llamado Adif que le urge, debemos enviarla antes de las 12:00 del lunes Esta el asunto coordinado con Indra. El precio de Alstom debe ser 57.950 €, solo debemos mandar la proposición económica (...)".* Correo electrónico interno de ALSTOM de 26 de junio de 2015 (folio 12801), aportado por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa.

Posteriormente, el 28 de julio de 2015, ADIF envió una nueva carta de invitación, correspondiente a la prórroga del mes de septiembre de 2015, con fecha para presentar ofertas de 7 de agosto de 2015. INDRA remitió ese mismo día un correo electrónico a ALSTOM señalando lo siguiente:

*"(...) Esto no es algo parecido o lo mismo que lo que nos adjudicaron el otro día??"* Correo electrónico de INDRA a ALSTOM de 28 de julio de 2015, con asunto: "RV: CONCURSO INSTALACIONES DE PROTECCION CIVIL Y SEGURIDAD DE LOS TUNELES DE LAV ORENSE A SANTIAGO SEPTIEMBRE" (folio 12802), aportados por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa.

A lo que ALSTOM contestó a INDRA:

*"Correcto, Pero del mes de septiembre, como ya hablamos (...)".* Correo electrónico de ALSTOM a INDRA de 28 de julio de 2015 (folio 12802), aportados por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa

En relación con esta prórroga consta, además, un correo electrónico de INDRA a ALSTOM en el que le indica que *"Tenemos que determinar el precio a poner (...)"* Correo electrónico de INDRA a ALSTOM de 28 de julio de 2015, con asunto: "RV: CONCURSO INSTALACIONES DE PROTECCION CIVIL Y SEGURIDAD DE LOS TUNELES DE LAV ORENSE A SANTIAGO SEPTIEMBRE" (folio 12802), aportados por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa. .

En ese caso, la oferta de INDRA sería inferior en 50 euros al presupuesto base, siendo ALSTOM la adjudicataria con una baja de 100 euros, como se constata en el correo electrónico interno de ALSTOM de 29 de julio de 2015. Correos electrónicos internos de ALSTOM de 29 de julio de 2015 (folio 12800), aportados por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa.

*"(...) Tomando como base la oferta realizada el mes pasado, te mando la proposición económica para tu OK, nosotros 100 € más baratos que ppto. e INDRA sería 50 € (...)".* Correos electrónicos internos de ALSTOM de 29 de julio de 2015 (folio 12800), aportados por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa.

Expone la resolución recurrida que la información facilitada por ADIF durante la instrucción confirma que en esa segunda prórroga la oferta de ALSTOM fue de 57.300 euros, mientras que la de INDRA fue superior en 50 euros, 57.350 euros e idéntico proceder tuvo lugar en las restantes prórrogas. Así, la oferta de ALSTOM para la tercera prórroga fue de 57.396,22 euros, inferior en apenas 5,80 euros a la de INDRA que fue de 57.402,02 euros, mientras que en la cuarta prórroga la oferta de ALSTOM fue de 57.257,02 euros, superior en 55 euros a la de INDRA que fue de 57.202,02 euros, tal y como acordaron previamente entre ellas. Contestación de ADIF al requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia (folios 7936, 7940, 7956, 7957, 7988 y 7989).

Por último, consta un reparto entre ALSTOM, INDRA y ELEC NOR de la licitación privada de la UTE ACCIONA-GHELLA (AGJV) para la realización de los sistemas de electrificación y elementos electromecánicos en un túnel de una línea de alta velocidad en Noruega (Proyecto Follo Line) en 2015.

Explica la resolución sancionadora que este reparto, en un principio, se realizó entre ALSTOM y ELEC NOR, ya que dicha licitación únicamente preveía la ejecución de las obras de electrificación en el marco del proyecto Follo Line, pero tras incluir dicho proyecto también los sistemas electromecánicos se sumó INDRA a dicho reparto, de la mano de ALSTOM.

A partir de 19 de noviembre de 2015, se iniciaron negociaciones entre ALSTOM-INDRA y ELEC NOR para el reparto de esta licitación. Correos electrónicos internos de ALSTOM de 16 de noviembre de 2015, con asunto "Follo Line Tender. RFQ" (folios 11418 a 11420), recabados en la inspección de ALSTOM.

El acuerdo firmado por ELEC NOR, ALSTOM e INDRA el 16 de diciembre de 2015, contenía las siguientes estipulaciones:

" - La empresa adjudicataria subcontratará o cederá el alcance integro de la adjudicación a una Unión Temporal de Empresas integrada según los siguientes porcentajes:

ELEC NOR, S.A.: 35%

ALSTOM: 35%

INDRA SISTEMAS: 30% -

Dicha obligación de subcontratación o cesión está en todo caso condicionada a la autorización previa y expresa por parte de AGJV.

- La empresa adjudicataria negociará con AGJV para la obtención de dicha autorización y empleará sus mejores esfuerzos para ello. Los esfuerzos para la obtención de la autorización estarán presididos por el principio de buena fe, en defensa de los intereses de las Partes, que consisten en la conveniencia para las mismas de la participación conjunta en el proyecto en los términos que aquí se describen

- En el caso que finalmente el cliente no acepte la subcontratación o cesión del alcance adjudicado a la Unión Temporal de Empresas, se acuerda que la empresa o el grupo adjudicatario pasará un pedido de suministros, a la otra parte o partes, por un importe equivalente al porcentaje de participación previsto de dicha empresa en la UTE, con un coeficiente de gestión del 6%.

- Las partes se comprometen a informar y consensuar con la otra todas y cada una de las gestiones que se hagan con AGJV". Acuerdo aportado por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 23 y 24).

Expone la resolución que tras valorarse por ELEC NOR y ALSTOM las ofertas a presentar a ACCIONA, finalmente el Director de Ofertas de la Unidad de Sistemas e Infraestructuras de ALSTOM envió a AGJV su oferta definitiva el 16 de diciembre de 2015, así como también ELEC NOR, siendo finalmente adjudicada esta licitación a ELEC NOR por un importe cercano a los 60.000.000 millones de euros. ALSTOM e INDRA han señalado que no ha entrado con posterioridad en ninguna UTE o acuerdo de subcontratación con ELEC NOR en relación con este proyecto.

A la vista de los hechos expuestos entiende la resolución recurrida acreditada la existencia de una infracción única y continuada consistente en el reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad de la que resulta responsable INDRA, desde marzo de 2012 hasta diciembre de 2015.

**QUINTO.-** En su demanda, la parte recurrente denuncia, en síntesis, la incorrecta definición del mercado afectado y la cambiante delimitación de su perímetro, la inexistente referencia de la resolución recurrida a la cuota de mercado, que la conducta no habría tenido efectos negativos sobre la competencia en el mercado. Inexistencia del cartel que fue configurado para justificar la legalidad del programa de clemencia aplicado a ALSTOM y a SIEMENS, la imposibilidad jurídica de la infracción única y continuada, la prescripción de las conductas referidas a 2012, la falta de validez como prueba del acuerdo firmado el 14 de diciembre de 2014 por el ex directivo de INDRA, D. Ovidio .

La imposibilidad de aplicar a INDRA la prohibición de contratar por razones temporales solicitando, subsidiariamente, se plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre el encaje de los arts 61.2 y 3 TRLCSP con los arts 25, 9.3 y 103.1 CE.

Finalmente, en cuanto a la sanción, su falta de motivación. desproporción y falta de motivación.

**SEXTO.-** Critica la demanda que la resolución recurrida define incorrectamente el mercado afectado, en atención al informe pericial Brattle Group, porque existe una tendencia a confundir el mercado con cuatro licitaciones puntuales y no ha tenido en cuenta otras licitaciones y proyectos ferroviarios, con elementos electromecánicos suscitados en el periodo analizado en los que hubo concurrencia y en casi dos terceras partes la oferta de INDRA-ALSTOM no fue adjudicataria.

Critica que la CNMC no ofrezca información sobre el método de cálculo de las cuotas y tampoco analice los efectos en el mercado por considerarlo innecesario.

**SÉPTIMO.-** En realidad, la definición del mercado la hizo la resolución recurrida atendiendo a las conductas investigadas y los mercados en los que estas se realizaron, la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de ave, el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional y la construcción, suministro, instalación y





mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad, por lo que entendemos que la definición de los mercados es adecuada.

Frente a ello, el informe pericial The Brattle considera que la definición de mercado de producto más adecuada es la de equipos electromecánicos en infraestructuras de transporte terrestre distinguiendo cada uno de los equipos o grupos de ellos. Ahora bien, a juicio de la Sala, el mercado de equipos electromecánicos del ferrocarril tiene unas especificidades que le impide ser comparado con el de carreteras y así parece admitirlo el informe pericial cuando dice que este mercado estaría formado por "un conjunto de mercados conexos pero disjuntos" por lo que no vemos razón para ampliar el mercado definido por la resolución recurrida al mercado de equipos electromecánicos de transporte terrestre.

Respecto de la contradicción que advierte INDRA sobre la cuota de mercado conjunta que menciona la resolución recurrida, conviene precisar que dicha cuota no es determinante de la existencia de la conducta colusoria pues esta resulta que se hayan acreditado acuerdos restrictivos de la competencia, lo que en este caso, podemos anticipar, se ha acreditado.

Además, lo que la CNMC ha calculado es la participación de cada una de

las empresas en la facturación total en el mercado afectado durante la infracción para poder determinar la sanción que corresponde a cada una de las empresas infractoras.

**OCTAVO.** Sostiene INDRA que no es competidora en el mercado afectado y que su relación con las otras empresas es de complementariedad de la tecnología que puede prestar cada una de ellas.

Ahora bien, si ello fuera cierto, no hubiera presentado cada empresa oferta para la prestación de dichos servicios de forma individualizada como sucedió con la licitación para el mantenimiento de los túneles de la línea AVE Madrid Valladolid, incluyendo los túneles de Guadarrama o la del túnel de Girona, respecto de la que el correo de ALSTOM de 30 de marzo de 2012 (folios 12820 a 12821) revela una estrategia conjunta con INDRA.

La ausencia de complementariedad se constata ante el hecho de que, como destaca ADIF, el Pliego de licitación del contrato de "Gestión Integral de las instalaciones de Protección Civil y Seguridad de los túneles de pertenecientes a la línea de alta velocidad Madrid-Valladolid", no requería de ninguna tecnología específica de la que solo dispusieran ALSTOM o INDRA pues bastaba contar con una serie de homologaciones u autorizaciones oficiales que empresas de ese nivel poseían. Por esa razón, presentaron ofertas por separado que fueron excluidas no por incumplir las exigencias técnicas requeridas sino por formular bajas temerarias.

Así lo pone de manifiesto el informe de ADIF de 8 de febrero de 2018 (folio 28409) en el que indica a la CNMC que para concurrir al mantenimiento de túneles de alta velocidad no es necesario haber participado en su construcción y describe las características de la solvencia técnica particular exigida.

En la licitación del túnel de Orense- Santiago resultó, cada una de ellas y fruto del previo acuerdo, adjudicataria en las sucesivas prórrogas que se fueron contratando. Así pues, para la prestación de estos servicios ALSTOM e INDRA, empresas competidoras, se repartieron dichas licitaciones de menor cuantía o complejidad para la que la complementariedad alegada por INDRA no era necesaria, presentando tanto ALSTOM como INDRA ofertas, aunque una de ellas era de cobertura.

Por otra parte, la CNMC no ha arrojado una sombra de sospecha sobre las fórmulas de colaboración lo que sucede es que la constitución de las UTEs y la participación a través de ellas no respondía a necesidades técnicas o económicas, y menos aún competitivas, teniendo presente que pesa sobre las entidades que utilizan la UTE la carga de acreditar tales necesidades.

Y es que INDRA no ha aportado ni un solo acuerdo de constitución de las UTEs en las que participó en el que se haga referencia a la necesidad de colaboración por exigencias técnicas o económicas, exigencias y necesidades que pretende acreditar después con los informes aportados que en ningún caso consiguen desvirtuar su falta de justificación objetiva. Al contrario, el informe de ADIF, de 8 de febrero de 2018 (folio 28409) revela que, a partir de una solvencia económica y técnica de carácter general bastaba estar en posesión de homologaciones y autorizaciones oficiales sin mayores niveles técnicos.

En cuanto al acuerdo alcanzado para el denominado proyecto Follo Line, relativo al diseño y construcción de un túnel en la línea de ferrocarril en construcción entre Oslo y Ski en Noruega que la Administración Nacional Noruega de Ferrocarriles había adjudicado en marzo de 2015 a una UTE formada por el grupo español de infraestructuras ACCIONA y la empresa de construcción italiana GHELLA, solicitando ACCIONA ofertas a ELECENOR y ALSTOM. En un principio, esta licitación se repartió entre ALSTOM y ELECENOR, pues la licitación únicamente preveía la ejecución de las obras de electrificación.



Sin embargo, tras incluir dicho proyecto los sistemas electromecánicos se sumó INDRA al reparto, de la mano de ALSTOM, pues dichas empresas venían repartiéndose las licitaciones de equipos electromecánicos desde 2012. Los términos del acuerdo reflejan simplemente el reparto de una licitación entre ALSTOM, INDRA y ELECNOR, en relación con el proyecto Follo Line.

**NOVENO.-** Rechaza INDRA la validez del acuerdo FOLLO LINE de 14 de diciembre de 2015, al cuestionar los folios 33971 a 33973 referidos a D. Ovidio porque los correos referidos no son archivos electrónicos originales y se ha comprobado que no hay rastro de ellos en los servidores de la compañía. Añade que el sr. Ovidio era integrante del grupo 3 de la compañía y cuando la venta era superior a 10 millones las facultades de celebración de contratos requerían la firma mancomunada de un integrante del grupo I, D. Eusebio que habría validado y sin firmar y una semana después, el acuerdo de 14 de diciembre de 2015.

Además, el 25 de noviembre de 2015, el Presidente de INDRA remitió un correo general recordando la obligación de cumplir el programa de compliance, lo que pone de manifiesto que el sr. Ovidio habría actuado por su cuenta.

Concluye que el acuerdo de 14 de diciembre de 2015 no puede vincular a INDRA.

Sin embargo, coincide la Sala con la resolución recurrida, en que es razonable pensar que INDRA conocía las negociaciones sobre FOLLO LINE que desembocaron en un acuerdo de reparto de empresa a la vista de los correos de 19 de noviembre de 2015.

Así, se deduce, inicialmente, del correo de 16 de septiembre de 2015, *Asunto Oportunidad Follo Line Noruega. Importancia alta.*

El correo lo remite Isidoro a varios trabajadores de INDRA, entre ellos Ovidio en el que expone que "ACCIONA ha pedido a ALSTOM e INDRA que coticemos los trabajos asociados en la Excel adjunta. El martes 22 de septiembre necesitamos borrador de precios ya que el miércoles tenemos reunión con ALSTOM para unificarlos y ajustarlos (folio 24174).

El 24 de septiembre de 2015, nuevo correo sobre Follo line de Isidoro a varios trabajadores de INDRA, entre ellos, Ovidio, en el que dice:

*"hemos concluido la estimación en orden de magnitud de la oportunidad mencionada. En esta ocasión vamos de la mano con ALSTOM. Hemos revisado con Ovidio el entregable con lo que, si no tenéis inconveniente, lo compartiremos con ALSTON lo antes posible".* Folio 24176.

Correo de 24 de noviembre de 2015

Por esa razón, cuando el 23 de diciembre de 2015, Ovidio remite a Eusebio el texto del acuerdo y esta contesta "parece que no nos compromete pero hasta que no esté bien analizado no podemos pedir que aprueben esta oferta, lo firmas tú o yo?"

Ovidio contesta "como no compromete a nada ni establece gran cosa creo que sería posible. Si te parece bien lo firmo yo"

Y el sr Eusebio contesta "ok. Adelante". folio 33972.

Entendemos por ello acreditada la validez del acuerdo FOLLO LINE y la voluntad de INDRA de suscribirlo.

**DÉCIMO.-** La valoración de la prueba en los términos expuestos no se ve desvirtuada por la afirmación de INDRA, con apoyo en el informe pericial de The Brattle Group de que se trata de una colaboración entre empresas, necesaria para proveer el servicio y que sin ella no pueden presentar ofertas independientes.

En primer lugar, la prueba resulta de la declaración de ALSTOM y la documentación aportada de la que no advertimos razones para dudar de su fiabilidad corroborada por la documentación intervenida en las inspecciones realizadas en las sedes de ALSTOM y SIEMENS.

Conviene precisar que las solicitudes de clemencia de ALSTOM y SIEMENS se formulan por estas dos empresas, como personas jurídicas, sin perjuicio de la opinión que puedan formular algunos de sus directivos acerca de los hechos en que se funda la clemencia.

Lo relevante es el valor probatorio que pueda tener la declaración de clemencia y si esa declaración o los hechos que contiene se ven confirmados con otros elementos probatorios como en este caso sucede, con la documental intervenida en las inspecciones y la que resulta de los requerimientos de información. La prueba de la intervención de INDRA en el cartel resulta del conjunto de la valoración de la prueba obtenida en las inspecciones realizadas en las sedes de ALSTOM, ELECNOR y SIEMENS cotejada con la información obtenida de los requerimientos realizados a tal efecto a las propias empresas incoadas y a ADIF.



La demanda cuestiona la eficacia probatoria de los documentos aportados por el solicitante de clemencia, pero ha de recordarse que, como declara el Tribunal General de la UE en sentencia de 5 de junio de 2012, Asunto T-214/16.

*"60 En particular, debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos implica a priori, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables ( sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión, T109/02 , T118/02 , T122/02 , T125/02 , T126/02 , T128/02 , T129/02 , T132/02 y T136/02, Rec. p.11947, apartado 166, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado59)".*

*61 Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas si no es respaldada por otros elementos probatorios ( sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartado 219; de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión, T38/02 , Rec. p.114407, apartado 285, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado293).*

*62R 39;Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular la importancia de los indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartado 220, y Peróxidos Orgánicos/Comisión, citada en el apartado 59 supra, apartado 70) y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartados 62 y295).*

(...)

*69 A este respecto, ha de recordarse que, como resulta de la jurisprudencia citada en los apartados 58 a 60supra, las declaraciones realizadas en el marco de la política de clemencia desempeñan un papel importante. Estas declaraciones efectuadas en nombre de empresas revisten un valor probatorio nada desdeñable, por cuanto implican riesgos jurídicos y económicos considerables (véase, asimismo, la sentencia del Tribunal de 24 de marzo de 2011, Aalberts Industries y otros/Comisión, T385/06 , Rec. p.11223, apartado 47). No obstante, de la jurisprudencia citada en los apartados 59 y 61supra se deduce también que las declaraciones realizadas por empresas acusadas en el marco de las solicitudes formuladas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación deben apreciarse con prudencia y, cuando se ponen en entredicho, en general, no pueden considerarse suficientemente probatorias sin ser corroboradas".*

Pues bien, los hechos que resultan de las manifestaciones y de los documentos aportados por los solicitantes de la exención y de la reducción de la multa, ALSTOM y SIMEMENS, respectivamente, que toma en consideración la resolución impugnada, son del todo coherentes con las numerosas pruebas adicionales recogidas en el expediente y a las que haremos referencia a continuación, lo que permite concluir que la comisión de las infracciones por parte de INDRA ha sido suficientemente acreditada.

A lo anterior debemos añadir las peculiaridades que presenta la prueba de esta clase de infracciones.

En sentencia de esta Sección de 27 de junio de 2022, recurso núm. 297/2017, hemos señalado lo siguiente: *"Vistas las diferentes posturas que mantienen ambas partes, debemos, entonces, examinar si efectivamente existen pruebas que permitan dar por acreditada la participación de la recurrente en la infracción única y continuada imputada. Y, en este sentido, ya en sentencia de fecha 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13 , decíamos que: "En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1988, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración". Consideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, decíamos: "(...) es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998/7741 ) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999/274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas,*



*rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados -cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".*

*Ya desde la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso núm. 373/93, el Tribunal Supremo viene declarando al referirse a la prueba de presunciones que "estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda".*

*Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de setiembre de 2006 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), (asuntos acumulados T-44/02 OP, T-54/02 OPM, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP), que, en cuanto a la prueba de presunciones en materia de Derecho de la Competencia, señala que: "Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 55 a 57)".*

*También el Tribunal General en la sentencia de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T-110/07 al referirse a la carga de la prueba declara lo siguiente:*

*"(46)... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión), apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999, Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Rec. p. II-93).*

*(47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).*

*(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)".*

*En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de fecha 12 de diciembre de 2014 declara en el asunto T-562/08 que "... en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 55 a 57; véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada)".*

*En términos similares se pronuncia la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 19 de Junio de 2015, rec. 649/13, sobre el alcance de esta clase de prueba.*





**DÉCIMOPRIMERO.**- A partir de aquí, la resolución recurrida describe siete licitaciones en las que no se justifican mecanismos de colaboración como pueden ser las UTE por la escasa cuantía y complejidad del objeto de licitación que permitían presentarse en solitario. Así, en alguna como la del mantenimiento de túneles se presentan ofertas por separado, pero habiendo concertado previamente el precio a ofertar para garantizar que resultase adjudicataria INDRA o Alstom y presentando la otra una oferta de cobertura asumiendo la adjudicataria el compromiso de subcontratar a la otra.

En las licitaciones analizadas es evidente, a juicio de la Sala, que ALSTOM e INDRA son competidoras en el mismo mercado y que lejos de establecer fórmulas de cooperación lícitas para resolver las dificultades técnicas del objeto del contrato lo que hay son acuerdos de reparto de las propias licitaciones con el objetivo de mantener su posición en el mercado.

**DÉCILOSEGUNDO.**- Rechaza INDRA la calificación de cartel que resulta, a su juicio, de la voluntad de justificar la legalidad del programa de clemencia aplicado a ALSTOM y a SIEMENSA. Considera que no concurre la característica del secreto.

A juicio de la Sala, la calificación de cartel, ex disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, resulta de la valoración conjunta de la prueba y no de la concesión de la clemencia a ALSTOM y posteriormente a SIEMENS pues, como explica la resolución sancionadora ésta es fruto, no solo de las solicitudes de clemencia de ALSTOM y SIEMENS, sino de la documentación intervenida en las inspecciones de las sedes de ALSTOM, ELECNOR, COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS y de los requerimientos de información a las empresas incoadas, a ADIF, a la Secretaría General de Infraestructuras del Ministerio de Fomento y a la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía.

La valoración conjunta de la prueba y el análisis de las siete licitaciones revela una estrategia de reparto consistente en la presentación de las empresas conjuntamente en UTE y otra estrategia consistente en acordar previamente la empresa ganadora y presentar ofertas de cobertura para simular una competencia competitiva a las licitaciones, caso de la línea Madrid- Valladolid o la línea de alta velocidad Orense- Santiago de Compostela en la que los cuatro contratos de mantenimiento fueron objeto de reparto entre ALSTOM e INDRA.

Ha de tenerse en cuenta que la solicitud de exención de ALSTOM, presentada el 4 de mayo de 2016 ya declaró la presentación de ofertas coordinadas por ALSTOM e INDRA fijando las condiciones de las respectivas ofertas para que la adjudicataria subcontratase a la otra, parte de los trabajos, y tras esa solicitud, las inspecciones fueron realizadas los días los 11 a 13 de julio de 2016 siendo completada la solicitud de exención por ALSTOM el 30 de mayo, 20 y 26 de julio, 2, 13 y 22 de septiembre de 2016, y el 8 y 29 de marzo de 2017.

Es con posterioridad, el 10 de noviembre de 2017, cuando SIEMENS, S.A. presentó ante la CNMC una solicitud de reducción del importe de la multa, por lo que no advertimos pacto alguno con ALSTOM, reconociendo ambas la existencia del cartel.

Por lo demás. el requisito del secreto ha de evaluarse en el contexto en el que se desarrollan las conductas que solo conocían ALSTON e INDRA.

**DECIMOTERCERO.**- Rechaza INDRA la calificación de su conducta como una infracción única y continuada porque no hay identidad de sujetos protagonistas de una pluralidad de acciones, no hay un plan ilícito preconcebido sino la voluntad de formular ofertas competitivas complementándose tecnológicamente y no se prueba la participación de cada parte en la infracción.

Considera que no se ha acreditado la continuidad de las conductas en las que ha participado INDRA.

A juicio de la Sala, la continuidad es indudable, por la proximidad de los acuerdos acreditados desde 2012, como resulta del análisis de la prueba anteriormente expuesta que permite constatar que prácticamente en todos los años en los que se prolongaron las infracciones existe prueba de la participación de INDRA en las conductas sancionadas.

Por otra parte, coincidimos en la apreciación de la CNMC de que, en el caso de licitaciones públicas, los acuerdos de reparto se concluyen antes de la adjudicación de los contratos de tal forma que dichos acuerdos prolongan su eficacia durante su ejecución, sin que sea necesario adoptar otros de manera tan frecuente.

Recordábamos, por lo demás, en la reciente sentencia de 28 de diciembre de 2023, recurso núm. 131/2018, la jurisprudencia europea sobre esta cuestión:

*"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia dictada en fecha 24 junio 2015, asunto C-263/2013 refiere lo que es una infracción única y continuada al señalar lo siguiente:*

*"156. Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE , apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando*



uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto», debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto ( sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 41 y la jurisprudencia citada).

157. Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo ( sentencia Comisión/ Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 42 y la jurisprudencia citada)".

Y la Sentencia de 17 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 116) Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

"a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta(...). ... si no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe basarse al menos en pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas (véanse las sentencias del Tribunal de 7 de julio de 1994, Dunlop Slazenger/Comisión, T- 43/92, Rec. p. II-441, apartado 79 , y de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04 , Rec. p. II-4441, apartado 51, y la jurisprudencia citada)".

Frente a lo afirmado por la entidad actora, concurren en el presente caso, las notas que caracterizan a esta clase de infracciones pues la dinámica y naturaleza de las conductas, su prolongación en el tiempo y la existencia de un objetivo común resultan sin duda acreditados a la vista de la prueba recabada a lo largo del expediente.

En efecto, la existencia de un objetivo común perseguido por las entidades sancionadas se advierte en la voluntad de repartirse las licitaciones públicas, falseando la libre competencia y garantizándose las adjudicaciones en la forma, porcentaje y condiciones convenidas por las empresas participantes. En el caso de INDRA, además, es notable el número de licitaciones acordadas en las que ha intervenido, contribuyendo a la estabilidad de los pactos y a su prolongación en el tiempo. Son precisamente dichas características (estabilidad y prolongación en el tiempo) las que ponen de manifiesto el interés que para las empresas participantes suponía el mantenimiento de los acuerdos de reparto y los beneficios que les reportaban pues, de otro modo, no se habrían reiterado.

Por lo tanto, se dan todos los requisitos para entender que estamos en el caso de INDRA ante una infracción única y continuada desde marzo 2012 a diciembre 2015. En un periodo de tres años y medio se han adoptado acuerdos de reparto de siete licitaciones

El objetivo común ha sido la adopción de acuerdos de reparto de licitaciones en el mercado descrito a fin de garantizarse un porcentaje en cada licitación acudiendo a formulas como la constitución de UTES o la subcontratación así como la formulación de ofertas de cobertura simulando así una inexistente competencia.



Sostiene INDRA que la resolución sancionadora debió diferenciar entre las supuestas infracciones ocurridas en 2012 y entre ellas entre sí y las ocurridas en 2015, toda vez que entre unas y otras acaece un lapso temporal mucho más amplio que el que admite la jurisprudencia.

A Juicio de la Sala, en todos los casos se adivina un objetivo común, el reparto de las licitaciones por lo que no debe diferenciarse unas infracciones de otras y aunque es verdad que las dos primeras licitaciones ocurren en 2012 y la siguiente conducta sucede en 2015, en el que finaliza la vigencia del contrato de mantenimiento de los túneles Ourense Santiago que fue adjudicado en 2011 a la UTE formada por ALSTOM, INDRA SISTEMAS e INDRA SISTEMAS DE SEGURIDAD y ADIF decidió remitir invitaciones a ALSTOM e INDRA para que presentasen ofertas a cada una de las 4 licitaciones.

Ante esta situación, ALSTOM e INDRA coordinaron sus estrategias para repartirse estas cuatro prórrogas convocadas para la extensión del mantenimiento de los túneles, dos para cada una de ellas.

En ese contexto, entiende la Sala que el reparto de estas cuatro licitaciones entre ALSTOM e INDRA, consecuencia de la extensión del contrato de 2011 adjudicado a la UTE formada por ambas no responde a una dinámica diferente a los repartos anteriores sino que se integra en la misma continuidad infractora.

**DÉCIMOCUARTO.-** Sostiene INDRA la prescripción de las conductas referidas al año 2012 (licitación Madrid-Valladolid, túneles de Guadarrama y túnel de Girona) al entender que las conductas, aisladas, cesaron en aquel mismo año pues se refieren a dos licitaciones, una pública y otra privada en las que INDRA no resultó adjudicataria por lo que la presentación de la oferta que se considera antijurídica agotó los efectos con su mera presentación.

Sin embargo, no podemos acoger ese planteamiento porque presupone la inexistencia de una infracción única y continuada lo que, por el contrario, hemos confirmado. Además, en el plan acordado por ALSTOM e INDRA para repartirse las licitaciones la conducta no se limitaba a la presentación de una oferta cuyos efectos se agotaran con la presentación sino que era necesario presentar otra oferta de cobertura y el compromiso de que la empresa adjudicataria contrataría a la otra. Finalmente, porque en el caso de licitaciones públicas, los acuerdos de reparto se concluyen antes de la adjudicación de los contratos de tal forma que dichos acuerdos prolongan su eficacia durante su ejecución, sin que sea necesario adoptar otros de manera tan frecuente.

**DECIMOQUINTO.-** Ni ega INDRA que se haya acreditado la existencia de efectos.

Con independencia de que estamos ante prácticas restrictivas por objeto que no requieren la demostración de efectos dado el carácter nocivo para la competencia de tales comportamientos lo cierto es que se ha producido un grave perjuicio para el erario público teniendo en cuenta que el transporte ferroviario es un servicio público relevante financiado con fondos públicos en el que las bajas pactadas por las empresas intervinientes en el cartel limitaban los descuentos a practicar evitando así que por el libre juego de la oferta y la demanda bajaran los precios establecidos en la licitación.

Los efectos perjudiciales se producen, aunque la licitación no hubiera sido adjudicada a INDRA porque lo relevante es que el acuerdo anticompetitivo se haya producido como se ha acreditado.

**DECIMOSEXTO.-** En cuanto a la prohibición de contratar, argumenta INDRA que los expedientes de contratación con ADIF y que afectan a INDRA se iniciaron antes del 22 de octubre de 2015, fecha de entrada en vigor de la reforma del TRLCSP en la que se incluyeron las prohibiciones de contratar.

A esta conclusión se llega, argumenta, ya se atiende a la fecha de inicio del expediente de contratación ( arts. 109 y ss TRLCSP 2011 y 116 LCSP 2017), a la fecha de aprobación del mismo expediente ( arts. 110 TRLCSP 2011 y 117 LCSP 2017), a la fecha de la aprobación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas (art s. 115 TRLCSPde2011y122 LCSP 2017), a la fecha de los anuncios de licitación ( arts.142 TRLCSP 2011 y 135 LCSP 2017) o a la fecha de formulación de ofertas/solicitudes de participación y proposiciones ( arts. 143 TRLCSP 2011y 136LCSP 2017).

Todas estas conductas se iniciaron bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, incluido el proceso privado concurrencial de ofertas (relacionado con la UTE ACCIONA-GHELLA) al que también hace referencia el expediente, que se inició, en cuanto afecta a INDRA, el 8 de octubre de 2015, es decir, también bajo la vigencia del Texto Refundido de 2011, antes de la reforma de 2015.

Efectivamente, el 8 de octubre de 2015, para la parte de las instalaciones electromecánicas, ALSTOM presentó una oferta conjunta estimativa con INDRA, mientras que para la parte de electrificación del proyecto presentó su oferta estimativa en solitario. Correo electrónico interno de ALSTOM el 8 de octubre de 2015, con asunto "Follo Line-Infra package" (folios 11398 a 11403); correos electrónicos de ALSTOM a ACCIONA e INDRA de 8 de octubre de 2015, con documentos adjuntos "Oferta Instalaciones Electromecánicas Follo Line - Indra-

Alstom.pdf" (folios 2955 a 2960) y "Oferta Electrificación Follo Line - Alstom.pdf" (folios 23687 a 23692), recabados en la inspección de ALSTOM.

En conclusión, que las fechas de inicio de los procedimientos contractuales que afectan a INDRA en el presente expediente ya se considere la publicación de convocatoria, ya la aprobación de los Pliegos, y a su acto equivalente en la licitación privada, como es la invitación para la formulación de ofertas -, son anteriores en el tiempo al 22 de octubre de 2015 y, en consecuencia, no les resulta de aplicación la Disposición final novena de la LRJSP en cuanto ésta modifica el Texto Refundido de 2011, y ello por resultar así de lo establecido expresamente por la Disposición transitoria cuarta de la LRJSP.

Subsidiariamente, solicita el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por entender que la prohibición de contratar quiebra el principio de legalidad y de seguridad jurídica por las razones que expone.

La medida consistente en la prohibición de contratar con el sector público se encuentra regulada en el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, según la cual, quedan sujetos a prohibición de contratar con las entidades que forman parte del sector público las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia.

La resolución recurrida explica que la mencionada norma fue introducida en el ordenamiento jurídico, con el texto hoy vigente, por medio de la disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que modificó los artículos 60 y 61 del entonces vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 22 de octubre de 2015).

A su vez, la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 40/2015 dispone que "lo dispuesto en la Disposición final novena será de aplicación a los expedientes de contratación iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de dicha disposición. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos".

Es decir, la aplicación de la prohibición de contratar requiere que el expediente de contratación se hubiera iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de dicha disposición, es decir, el 22 de octubre de 2015.

La resolución recurrida expone que la duración de la conducta ilícita se ha extendido más allá del 22 de octubre de 2015, sin perjuicio de la diferente participación de cada una de las empresas en dicha infracción.

Por lo tanto, la resolución recurrida en cuanto aprecia la concurrencia de esta medida por la comisión de una infracción grave en materia de falseamiento de derecho de la competencia es conforme a derecho por cuanto distingue la diferente participación de cada empresa en la infracción, a lo que hay que añadir lo dispuesto en la citada Disposición Transitoria Cuarta.

En el caso de INDRA, su participación ha tenido lugar desde marzo de 2012 hasta diciembre de 2015.

En todos los casos analizados las licitaciones afectadas se iniciaron antes del 22 de octubre de 2015, incluso el proceso privado concurrencial de ofertas (relacionado con la UTE ACCIONA- GHELLA) al que también hace referencia el expediente, que se inició, en cuanto afecta a INDRA, el 8 de octubre de 2015, porque el 8 de octubre de 2015, para la parte de las instalaciones electromecánicas, ALSTOM presentó una oferta conjunta estimativa con INDRA, mientras que para la parte de electrificación del proyecto presentó su oferta estimativa en solitario. Correo electrónico interno de ALSTOM el 8 de octubre de 2015, con asunto "Follo Line-Infra package" (folios 11398 a 11403); correos electrónicos de ALSTOM a ACCIONA e INDRA de 8 de octubre de 2015, con documentos adjuntos "Oferta Instalaciones Electromecánicas Follo Line - Indra-Alstom.pdf" (folios 2955 a 2960) y "Oferta Electrificación Follo Line - Alstom.pdf" (folios 23687 a 23692), recabados en la inspección de ALSTOM.

La resolución recurrida no declara ni impone la prohibición de contratar a INDRA ni a ninguna de las sancionadas pues se limita a constatar que la conducta ilícita, en general, se ha extendido más allá del 22 de octubre de 2015, sin perjuicio de la diferente participación de cada una de las empresas en dicha infracción y acuerda remitir una certificación de la resolución a la Junta ( artículo 72.3 LCSP), sin perjuicio de la posibilidad de la CNMC de emitir informe sobre las circunstancias concurrentes en el marco de dicho procedimiento que permitan graduar la duración y el alcance de la prohibición para cada uno de los sujetos afectados de acuerdo con su concreta participación.

No tiene en cuenta lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 40/2015 que determina los expedientes de contratación a los que es de aplicación la prohibición de contratar, cuestión que en cualquier





caso, tendrá que analizar la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para determinar la duración y alcance de la prohibición de contratar en cada caso.

En la medida en que la propia resolución sancionadora no impone la prohibición a INDRA y hace esta distinción atendiendo a la entrada en vigor de la prohibición de contratar no apreciamos infracción alguna de la resolución recurrida sin que proceda el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad alguna.

**DÉCIMOSÉPTIMO.**- En cuanto a la sanción, censura su falta de motivación y de proporcionalidad.

Menciona que se ha tomado en consideración un volumen de negocio erróneo porque en el expediente *Licitaciones Informáticas*, la CNMC partió como volumen de negocio para imponer la sanción el de las cuentas consolidadas en España y no las de todo el mundo.

Denuncia que a INDRA se le aplica un tipo sancionador del 90% del tipo medio aplicado a otras empresas que, a diferencia de INDRA, participaron en más de uno de los carteles o incluso en los tres.

La resolución recurrida cuantifica la sanción siguiendo los criterios establecidos por la STS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013.

Los criterios utilizados para ello son los descritos en el art. 64 de la Ley 15/2007 y sirven para fijar un tipo sancionador general del 4,5%. A partir de ahí, para individualizar la conducta, la resolución tiene en cuenta su duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en el total del volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción. Tiene en cuenta además que algunas empresas han participado en varias conductas por lo que merecen un mayor reproche sancionador.

Por lo tanto, la cuantificación de la multa no carece de motivación pues explica el proceso seguido para su determinación con sujeción a los criterios del art. 64 de la Ley 15/2007 y tampoco resulta desproporcionada a la vista de sus circunstancias. No apreciamos desproporcionalidad entre los márgenes de los tipos sancionadores aplicados a las empresas sancionadas que obligase a corregir criterios arbitrarios o no razonados de la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora.

Sobre el tipo sancionador general del 4,5%, la resolución, atendiendo a su porcentaje de participación en el VNMA durante el periodo de infracción (32,1%), incrementó el tipo sancionador hasta el 6%.

En el caso de ALSTOM, como su porcentaje de participación en el VNMA durante el mismo periodo de infracción fue del 67,9%, el tipo sancionador se elevó al 7%, es decir, son proporcionados entre ellos.

Ahora bien, la aplicación del tipo sancionador del 6% sobre el volumen de negocios de INDRA de 2018 que es el que aparece en las cuentas anuales de la empresa y comunicado a la CNMC, daría un resultado desproporcionado. Por esa razón, se realiza un ajuste de proporcionalidad utilizando como valor de referencia el beneficio ilícito que podría haberse obtenido durante el periodo en el que se realizó la conducta ilícita. En este caso el beneficio ilícito se obtuvo del margen bruto de explotación del sector en el que actuó la empresa durante el periodo de infracción a partir de la Base de Datos del Banco de España.

Por lo tanto, la sanción se ajusta a los criterios del art. 64 y es proporcionada.

Por lo demás, hemos declarado en varias sentencias, así, las de 7 de abril de 2022, recurso 34/2018 o 18 de junio de 2021, recurso 523/2016, que « *los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC- Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 123/81). [...]*».

**DÉCIМОCTAVO.**- De nuncia INDRA la improcedencia de la exención de multa que le fue reconocida a ALSTOM.

Cuestiona la legalidad de un modelo de clemencia en el que ALSTOM, a raíz de la primera solicitud limitada al proyecto Follo Line iba entregando documentación a la CNMC respecto de indicios que esta ya tenía en su poder. Considera que ALSTOM no fue la primera en aportar elementos de prueba y los elementos aportados con posterioridad no sirvieron para probar una infracción. Añade que las pruebas que en su caso pudieran haber sido aportadas por ALSTOM.

Concluye que la imposibilidad jurídica de apreciar la existencia de un cartel determina la inadmisibilidad de la solicitud de exención de multa y que, en este caso, la prefabricación de la sanción por la existencia de este cartel 3 no tiene otra finalidad que salvaguardar el programa de clemencia solicitado por ALSTOM.

La tesis de INDRA supone que hay que apreciar una infracción constitutiva de cartel para poder otorgar la exención de la multa a ALSTOM. Dicho planteamiento es muy sugerente, pero tropieza con que hemos confirmado efectivamente, una conducta constitutiva de cartel lo que justifica la exención de la multa.

**DECIMONOVENO.-** Finalmente, denuncia INDRA lo que denomina lesiones de su derecho de defensa.

Considera que se ha vulnerado el art. 50.3 de la Ley 15/2007 por haberse realizado un cambio de calificación jurídica en relación con la licitación para la construcción y el mantenimiento de los túneles de línea de alta velocidad Ourense- Santiago (2011) porque en el Pliego de Concreción de Hechos y en la Propuesta de Resolución se afirmó la legalidad de la colaboración empresarial de INDRA con ALSTOM en la formulación de aquella oferta y en la ejecución de dicho contrato (folio 28775 del expediente párrafo 465 PCH).

Sin embargo, la Resolución sancionadora se refiere a ella, entre los hechos ilícitos acreditados, cuando dice que "en el año 2011 y 2012 las empresas adoptaron acuerdos para repartirse varios contratos...", lo que supone, un cambio en la imputación y en la calificación jurídica de los hechos, sobre el que a INDRA no se le habría dado el trámite ni la oportunidad de defenderse, en contra de sus derechos constitucionales.

Sostiene también que la CNMC ha omitido la valoración de las pruebas presentadas por INDRA (folios 31310 a 31432) para acreditar el alcance de las comunicaciones electrónicas mantenidas por ALSTOM e INDRA a propósito de la licitación para la ejecución de las obras de elementos electromecánicos en la línea de alta velocidad Barcelona- Frontera francesa (túnel de Girona).

Finalmente, denuncia la falta de acceso íntegro al expediente y la indefensión a la hora de formular el reproche de ilegalidad al programa de clemencia.

Sobre el trámite del art. 51.4 de la Ley 15/2007, en relación con el cambio de calificación jurídica, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2018, rec. 5627/2017 precisa que "si antes de dictar resolución el órgano sancionador prevé separarse de dicha propuesta de manera relevante, como sin duda sucede cuando se produce una modificación de la calificación, aunque no conlleve un cambio respecto a los hechos, es procedente que tal modificación sea sometida de nuevo a los sujetos afectados para que puedan alegar lo que tengan por conveniente; de manera que la omisión de dicho trámite de audiencia constituye una infracción procedimental contraria a derecho. *Ahora bien, tal infracción no conlleva la nulidad de la resolución sancionadora en el caso de que resulte indubitado que el cambio de calificación efectuado respecto a la propuesta de resolución no ha causado una efectiva indefensión material a los sujetos expedientados*".

A juicio de la Sala, no se ha producido una alteración de los hechos sino una diferente valoración jurídica de los mismos que no ha generado indefensión a la actora pues los hechos referidos se integran en la calificación de infracción única y continuada que la recurrente ha cuestionado desde el primer momento.

Respecto de la falta de valoración de las pruebas presentadas por INDRA (folios 31310 a 31432) para acreditar el alcance de las comunicaciones electrónicas mantenidas por ALSTOM e INDRA a propósito de la licitación para la ejecución de las obras de elementos electromecánicos en la línea de alta velocidad Barcelona- Frontera francesa (túnel de Girona) sucede que si bien es cierto que no hay una referencia específica a ellas, no desvirtúan lo que los correos aportados por ALSTOM reflejan en cuanto a la existencia de una coordinación de su oferta con la de INDRA ya hemos hecho referencia al valor de la declaración del solicitante de clemencia siempre que este corroborada con otros datos como aquí sucede.

Finalmente, en cuanto a la indefensión sufrida a la hora de formular el reproche de ilegalidad al programa de clemencia, reconoce la actora que tuvo acceso parcial a las declaraciones de clemencia durante la tramitación del expediente sin posibilidad de obtener copia, pero no así en el momento de formalizar la demanda lo que le hubiera permitido articular mejor los argumentos defensivos frente a lo que entiende la ilegalidad del programa de clemencia.

Entiende la Sala, que, en realidad, no se denuncia una efectiva indefensión sino una queja sobre la forma de ALSTOM de aportar documentación a lo largo de la instrucción del procedimiento no determinante de nulidad.

Por lo expuesto, procede desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida.

**VIGÉSIMO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la parte recurrente, dada la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

**FALLAMOS**

DESESTIMAR el recurso interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. Silvia Vázquez Senin, en nombre y representación de **INDRA S.A.**, contra la resolución de 14 de marzo de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción de 870.000 euros de multa, por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad, resolución que declaramos conforme a derecho.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEJRSU