



Roj: **SAN 3557/2024 - ECLI:ES:AN:2024:3557**

Id Cendoj: **28079230062024100449**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/06/2024**

Nº de Recurso: **2625/2019**

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: 0002625/2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 16644/2019

Demandante: ACSA OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, SAU y FINICAR, S.L.

Procurador: D. IGNACIO LÓPEZ CHOCARRO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **2625/2019** promovido por el Procurador D. Ignacio López Chocarro, en nombre y representación de **ACSA OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, SAU y FINICAR, S.L.**, contra la resolución de 1 de octubre 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 11.000 euros de multa y solidariamente a FINICAR, por su participación en una infracción única y continuada 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, constitutiva de un cartel mediante acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de licitaciones para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial y la fijación de los precios de estas a través de ofertas de cobertura.

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:

"declare nula la precitada resolución mediante la cual se impone a ACSA una sanción consistente en multa por importe de once mil euros (11.000 euros) o subsidiariamente anule esta última".

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.- Mediante auto de 6 de mayo de 2021, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 11.000 euros, se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo, por unidos los documentos aportados con los escritos de demanda y contestación y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

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

Seguidamente, mediante providencia de 18 de abril de 2024, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 8 de mayo 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 ACSA OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, SAU y FINICAR, S.L. la resolución de 1 de octubre 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 11.000 euros de multa, por la participación en una infracción única y continuada 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, constitutiva de un cartel en el sector de .

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente " NUM000 , Montaje y Mantenimiento Industrial," era del siguiente tenor literal:

"Primero. Declarar acreditada una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 16/1989 , del artículo 1 de la Ley 15/2007 , y del artículo 101 del TFUE , constitutiva de cártel, consistente en acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de licitaciones para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial y la fijación de los precios de estas a través de ofertas de cobertura en los términos previstos en el fundamento de derecho tercero.

Segundo. Declarar responsables de dichas infracciones a las siguientes empresas en los términos previstos en el fundamento de derecho tercero:

1. ACSA, OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A.U. y, solidariamente su matriz FYNICAR, S.L.

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

1. ACSA, OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A.U: 11.000 euros

Cuarto. Imponer las siguientes sanciones a los directivos de las empresas anteriormente citadas, en atención a la responsabilidad atribuida en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución:

Quinto. En aplicación de lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la LDC , se acuerda: -Eximir del pago de la multa a GRUPO NAVEC SERVICIOS INDUSTRIALES, S.L.

-Reducir en un 50% el importe de la multa correspondiente a ENWESA OPERACIONES, S.A. y solidariamente a su matriz EQUIPOS NUCLEARES, S.A.S.M.E., resultando en una multa de 430.000 euros.

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 12 de mayo de 2017, GRUPO NAVEC SERVICIOS INDUSTRIALES, S.L. (NAVEC) presentó ante la CNMC una solicitud de exención del pago de la multa en beneficio de la citada empresa y de todas sus filiales- respecto de la sanción que pudiera imponerse por la comisión por ella misma y otro grupo de empresas de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989), del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE. La infracción habría consistido en un intercambio de información comercialmente sensible y un reparto de proyectos de servicios de montaje y mantenimiento industrial con el objeto de mantener las empresas su cuota de mercado, fundamentalmente en los sectores petroquímico y energético.

La solicitud de clemencia fue completada el 23 de octubre de 2017 y el 12 y 21 de febrero de 2018, al solicitar la ampliación de la exención a los directivos que en dicho momento integraban el órgano de dirección de NAVEC.

2) A la vista de la información recibida, la Dirección de Competencia inició una información reservada con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación, en su caso, de un expediente sancionador.

3) El 3 de julio de 2017, la DC concedió la exención condicional a NAVEC, por haber sido la primera empresa en aportar elementos de prueba que le permitían ordenar el desarrollo de una inspección.

4) El 23 de junio de 2017, se dictó por la DC una Orden de Investigación en cuya virtud se realizaron inspecciones los días 4, 5 y 6 de julio de 2017 en las sedes de: - IMASA INGENIERÍA Y PROYECTOS, S.A. (IMASA), - NAVEC, TAMOIN, S.L. (TAMOIN), - PROYECTOS Y MANTENIMIENTOS DE INSTRUMENTACIÓN Y ELECTRICIDAD, S.A. (MEISA), y - TALLERES MECÁNICOS DEL SUR, S.A. (TMS). Seguidamente, se practicaron requerimientos de información a diversas empresas.

5) El 7 de marzo de 2018, se acordó la incoación del expediente sancionador NUM000 MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL al considerar que existían indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y de la Ley 16/1989 y el artículo 101 del TFUE por prácticas consistentes en el reparto de proyectos licitados para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial, particularmente en los sectores petroquímico y energético, en España. El expediente se incoa contra las siguientes entidades:

6) El 27 de abril de 2018, ENWESA presentó una solicitud de exención del pago de la multa y, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa a los efectos del artículo 66 de la LDC, respecto de la sanción que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, en relación con su participación en un conjunto de conductas susceptibles de ser calificadas como cártel en el sector del mantenimiento y montaje industrial.

7) El 17 de mayo de 2018, se rechazó la solicitud de exención del pago de la multa, al no cumplirse las condiciones establecidas en el artículo 65.1 de la LDC. Sin embargo, se acordó examinar la información y los elementos de prueba presentados por la empresa en dicha solicitud, para determinar si resultaba posible valorar una reducción de su importe tal como se propuso con posterioridad.

8) El 25 de enero de 2019 se dictó el Pliego de Concreción de Hechos y el 5 de abril de 2019, se acordó el cierre de la fase de instrucción del expediente.

El 13 de mayo de 2019 se acordó la Propuesta de Resolución del procedimiento, notificándola a las partes para que presentaran las alegaciones que estimasen oportunas, así como la propuesta de la práctica de pruebas y actuaciones complementarias que considerasen convenientes, incluida la solicitud de celebración de vista.

9) La DC elevó a la Sala de Competencia de la CNMC su informe y propuesta de resolución, el 6 de junio de 2019.

El 1 de julio de 2019 se acordó la remisión de información a la Comisión Europea suspendiéndose el plazo para resolver el procedimiento desde ese día y siendo levantado mediante acuerdo de 31 de julio de 2019.

El 13 de septiembre de 2019, la Sala de Competencia requirió a las empresas incoadas que aportaran el volumen de negocio total en el año 2018.

10) Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó resolución en su reunión de 1 de octubre de 2019.

SEGUNDO.- Tras explicar el marco normativo relativo al montaje y mantenimiento de instalaciones industriales, la resolución recurrida describe el mercado de producto como el de prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial, principalmente en los sectores petroquímico y energético.



Distingue el montaje del mantenimiento, aunque, desde el punto de vista de la oferta, existe tendencia a ofrecer de manera integrada ambos servicios.

El montaje industrial engloba el proceso mediante el cual se emplaza cada pieza en su posición definitiva dentro de una estructura. Suele desarrollarse en condiciones complejas, bien debido a la climatología o a las complicaciones de conexión de la nueva estructura con una ya existente, bien por los plazos restringidos de ejecución o por los altos costes de inversión comprometidos y las elevadas exigencias de condiciones de seguridad de los trabajadores contratados. Los trabajos de montaje pueden incluir el diseño de la instalación a montar y/o la fabricación de los elementos que conforman la instalación.

El mantenimiento industrial, por su parte, puede tener el carácter de correctivo, preventivo o predictivo, en función de los objetivos que persiga.

Los trabajos de mantenimiento correctivo van dirigidos a corregir los fallos que se presenten en máquinas o instalaciones y suelen ser de emergencia. En ellos, la proximidad a la planta industrial es un aspecto importante, por lo que en un porcentaje importante es realizado por empresas locales o por empresas de ámbito nacional con delegaciones cercanas. En cualquier caso, debido a los impactos y costes derivados de las averías, las empresas del sector hacen énfasis en el mantenimiento preventivo ya sea periódico (se lleva a cabo en intervalos de tiempo que rondan los 6 y 12 meses), programado (se realiza en intervalos fijos de tiempo y consisten en operaciones programadas para efectuar cambios en equipos o máquinas), de mejora (para la adaptación o mejora de instalaciones para optimizar los procesos de producción) y rutinario (usualmente sugeridos por los manuales).

El mantenimiento predictivo, por su parte, consiste en anticiparse a que ocurran fallos o averías e implica el uso de tecnologías punta de alto coste. Una parte significativa de las actividades de I+D+i realizada por las empresas de montaje y mantenimiento industrial se llevan a cabo en este ámbito. Dentro del mantenimiento industrial, en función de las especificaciones técnicas particulares, se distingue entre el montaje y mantenimiento mecánico (denominado en ocasiones metalúrgico) y eléctrico e instrumentación, vinculado a la utilización de distintos tipos de sensores analógicos y digitales y transductores aplicados a diversos tipos de automatismos y sistemas de control industrial.

Dentro de las grandes plantas industriales (nucleares, químicas y petroquímicas) se distingue entre montaje y mantenimiento de equipos dinámicos y estáticos.

Desde la perspectiva de la demanda, el tipo de servicio de montaje y mantenimiento industrial, especialmente en los sectores petroquímico y energético, viene determinado por el cliente.

Desde la perspectiva de la oferta, existe la tendencia a ofrecer de manera integrada el montaje y el mantenimiento de las instalaciones, incluyendo una amplia gama de servicios, como la ingeniería y diseño, fabricación, montaje y ajuste de instalaciones mecánicas, eléctricas, de instrumentación y control, hasta el desmantelamiento de plantas industriales, proyectos de montaje llave en mano, automatización, control e informatización de procesos industriales, mantenimiento integral o gestión de infraestructuras.

Existen cinco grupos de empresas que concentran prácticamente el 80% de facturación en el mercado. Alrededor del 20% está atendido por empresas de mediana o pequeña dimensión y de ámbito local.

En cuanto al mercado geográfico, teniendo en cuenta las conductas analizadas y la dispersión geográfica de los contratos afectados, abarca todo el territorio nacional, habiéndose señalado expresamente en relación la dimensión geográfica del mercado de servicios de instalaciones, montajes y mantenimiento.

Además, dadas las características del mercado, de las empresas implicadas, de la cuantía de los contratos y de la conducta, se afecta el comercio interior de la Unión Europea ya que las conductas son susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio interior de la Unión lo que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE. Este extremo se aprecia claramente respecto de proyectos que, repartidos en España por empresas ubicadas en España y respecto de clientes también españoles, se ejecutaban fuera de España.

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 licitaciones convocadas por operadores privados, salvo la licitación convocada por el Consorcio de Aguas de Tarragona, ente público que contrata en el marco de la LCSP y respecto del cual, afirma, consta acreditado el reparto de una licitación convocada para su Estación de Tratamiento de Agua Potable (ETAP) de Reus.

Así resulta, dice, de la prueba proporcionada en las solicitudes de clemencia de NAVEC en su solicitud de exención; la recabada en las inspecciones realizadas en julio de 2017 en las sedes de las empresas IMASA, MEISA, NAVEC, TAMOIN y TMS, la facilitada por ENWESA en su solicitud de reducción del importe de la multa, y la que resulta de la contestación a los requerimientos de información a las empresas incoadas, a

otros operadores del sector y a posibles clientes afectados, como CLH, CEPSA, REPSOL, IQNTrubia, AITESA e IBERDROLA.

La resolución recurrida se refiere a ACSA, OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A.U. (ACSA), con domicilio en Barcelona, que tiene delegaciones en Granada, Lleida, Madrid, Mallorca, Sevilla y Tarragona. Presta servicios a nivel nacional pero su actividad se centra a partir de 2014 en la zona de Tarragona donde se sitúa uno de los clústeres químicos y energéticos más relevantes de España. Se estructura en dos áreas de negocio, de construcción e ingeniería y de tecnología y servicios, incluyendo esta última una sub-área de proyectos y mantenimientos para el desarrollo de actividades en el sector de la industria, especialmente proyectos vinculados a la generación de energía, construcción y mantenimiento de instalaciones mecánicas y eléctricas. A esta sub-área corresponde la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial en los sectores petroquímico y energético.

Su matriz desde 2006, al 100%, es FINYCAR, S.L. (FINYCAR)

La resolución sanciona a ACSA por su participación en el cártel en el mes de julio de 2015.

CUARTO.- La resolución recurrida atribuye la participación de ACSA en el cártel, en la licitación pública convocada por el Consorcio de Aguas de Tarragona para su Estación de Tratamiento de Agua Potable (ETAP) de Reus en 2015.

Entiende acreditada la participación de ACSA en el cartel por la información aportada por NAVEC en su solicitud de clemencia (folio 18.695) y por los correos electrónicos aportados por NAVEC de julio de 2015 (folios 9.919 y 9.920).

En un correo interno de NAVEC se señalaba: "*Creo que os han pedido oferta. Si es posible, me gustaría poder cubrirles. ¿Os podéis poner en contacto con él?*".

A las pocas horas, nuevamente a través de correo electrónico interno de NAVEC se indica:

"*Ya he hablado con [responsable de ACSA] y nos pondremos de acuerdo. Primero miraremos nuestra oferta costes/ventas y luego me sentaré con él y su técnico para preparar la justificación que nos permita cubrirles. Como contrapartida, cuando tengan el pedido nosotros les haríamos los trabajos de taller, ya que ellos lo iban a hacer directamente con el fabricante AVK [...]*".

A pesar de las alegaciones de ACSA en las que defiende que simplemente solicitaron llegar a un acuerdo sobre la subcontratación del servicio de taller, se deriva de los correos que NAVEC accedió a cubrir a ACSA en una licitación a cambio de que ACSA le encargase los trabajos de taller o reparación de las válvulas, que, en principio, iban a contratar con el fabricante de las válvulas directamente.

"*Como te comenté, a través de AVK, nos enteramos que hace pocos días también os solicitaron valoración. Indicarte que por nuestra parte tienen una valorada de aprox. 10.000€ para las dos intervenciones.*"

La resolución recurrida destaca que el responsable de ACSA había trabajado previamente en otras empresas habiendo NAVEC mantenido con él este tipo de contactos. Además, que ACSA traslada a NAVEC la valoración aproximada de las dos intervenciones para que se tuviera en cuenta por NAVEC ante la solicitud de valoración de AVK, lo que permite realizar adecuadamente las coberturas.

Concluye la resolución sancionadora que la licitación en este caso no llegó a ejecutarse, pero la conducta anticompetitiva sí llega a perfeccionarse y considera a ACSA responsable de la infracción única y continuada, constitutiva de cártel, prohibida por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, por llegar a acuerdos para repartirse la licitación pública convocada por el consorcio de Aguas de Tarragona para su Estación de Tratamiento de Agua Potable (ETAP) de Reus en 2015.

Afirma que ACSA se encuadra dentro de las consideradas empresas locales, complementarias y necesarias para el reparto de licitaciones en las zonas asignadas a las empresas nacionales y que contactaban exclusivamente con la empresa nacional coordinadora de la zona en la que operaban.

QUINTO.- En su demanda, la parte recurrente denuncia, la vulneración de la presunción de inocencia porque no hay pruebas que acrediten la imputación de ACSA en las conductas sancionadas. Solo existe la declaración de clemencia de NAVEC (Folio 18.695) y un correo enviado por Fulgencio empleado de ACSA el 28 de julio de 2015, a Geronimo de NAVEC y la sucesión de correos de internos de NAVEC interpretando el correo de Fulgencio a su antojo (folios 9.919 y 9.920).

En segundo lugar, que los hechos acreditados no reúnen los requisitos necesarios para imputar a ACSA una infracción única y continuada constitutiva de cartel infringiendo el principio de tipicidad. ACSA Y NAVEC no eran competidoras.



La resolución aplica arbitrariamente criterios de valoración diferentes a empresas en situaciones idénticas. En concreto, se compara con HERJIMAR y PARCITANK respecto de las que la CNMC acordó el archivo.

SEXTO.- ACSA rechaza la valoración que hace la resolución sancionadora del contenido de los correos que integran la prueba existente.

Explica que hay un primer correo de 28 de julio de 2015, que se remitió por Fulgencio, empleado de ACSA, a Geronimo, empleado de NAVEC y que en el mismo se explicita lo siguiente:

"Buenos días Geronimo,

Según conversación, te indico;

Aproximadamente desde julio de 2014, interactuando con el equipo de la ETAP de Reus, estamos procediendo a realizar ciertas actuaciones para sustitución de 2 (dos) válvulas de DN-500. Hasta la fecha, por nuestra parte se han realizado una serie de intervenciones y sin facturar nada a cambio. Como te comenté, a través de AVK, nos enteramos que hace pocos días también os solicitaron valoración. Indicarte que por nuestra parte tienen una valoración de aprox. 10.000€ para las dos intervenciones. Por favor, indícame con quien podemos contactar de vuestro caso y/o comentar. Muchas gracias, saludos" (el énfasis es añadido).

Afirma que de dicho correo no se extrae ninguna voluntad anticompetitiva, solo la de tratar con NAVEC las actuaciones, que obedecía a la necesidad de solicitar los servicios de taller de dicha empresa, de los que ACSA no disponía, y que resultaban necesarios para las actuaciones solicitadas.

Explica que, durante los años 2012 y 2013, ACSA llevó a cabo una serie de trabajos para la motorización de unas válvulas de la ETAP de Reus.

Una vez finalizados dichos trabajos, se detectó durante el año 2014 por "Aigues de Reus" el mal funcionamiento de los cierres motorizados de dichas válvulas, solicitando a la empresa que se había encargado de dicha motorización, ACSA, un diagnóstico sobre su mal funcionamiento y una valoración para su reparación (sin que dicha valoración supusiese coste alguno para el erario público). Esta parte realizó dicho diagnóstico, concluyendo que las válvulas debían ser desmontadas y reparadas en un taller especializado (del que ACSA no disponía por sí misma, debiendo subcontratarse en todo caso dicho servicio de taller).

Después de diversas valoraciones, y tras haber mantenido incluso

conversaciones con el fabricante de las válvulas en cuestión, la empresa AVK, para analizar las posibles soluciones de reparación del mal funcionamiento de las mismas, en el año 2015 "Aigues de Reus" solicitó a ACSA una nueva valoración actualizada para la reparación de las dos válvulas de la ETAP. ACSA facilitó dicho informe de reparación, unos 10.000 euros, indicando siempre que las actuaciones de taller (es decir la reparación de las válvulas en sí mismas) serían subcontratadas, al carecer ACSA de dicho servicio propio.

Esta valoración no se enmarcaba en ningún proceso de licitación público o privado, sino que era la conclusión de un informe y valoración solicitados a la empresa que se había encargado de la motorización de las válvulas, ante la constatación de su mal funcionamiento. Paralelamente, era necesario encontrar una empresa fiable que pudiese prestar el servicio por el precio que ACSA había calculado que podía costar la reparación. Por eso, se pensó en una empresa fiable y que la propia "Aigues de Reus" había mencionado en varias ocasiones como taller especializado para este tipo de reparaciones, es decir, en NAVEC.

"Aigues de Reus" incluso había mencionado que ya había solicitado una valoración similar a NAVEC a la realizada por ACSA, por lo que NAVEC era ya conocedora del problema de las válvulas y podía prestar los servicios de taller que ACSA necesitaba subcontratar, y resultando asimismo una elección idónea para el cliente que ya conocía a la empresa y veía con buenos ojos que esta gestionase la reparación.

Es en este contexto, en el que ACSA contacta a través de Fulgencio con NAVEC para informarle sobre la existencia de dicha relación con la ETAP de Reus, y sobre el envío por ACSA de una valoración que implicaba servicios de taller que se vería en la obligación de subcontratar.

Se contacta con NAVEC para saber si ésta estaría dispuesta a llevar a cabo los servicios de taller subcontratados por ACSA, y si los podría realizar por los 10.000 euros correspondiente a servicios de taller).

En un correo posterior ACSA procedió a desglosar los 10.000 euros indicando expresamente qué cuantía correspondería a los servicios que debería prestar NAVEC, para que esta tuviese muy claro cuál sería el precio a pagar por su intervención en la reparación de ambas válvulas, y pudiese valorar si le interesaba la prestación de dichos servicios de taller en régimen de subcontratación que le ofrecía ACSA para el caso de encargársele dicha actuación.



Como respuesta, NAVEC preguntó si dicho precio había sido presupuestado para la reparación de las dos válvulas o si sería cobrado por cada una de las dos reparaciones, evidenciando la existencia de una conversación real sobre la subcontratación y los precios de la misma, y no una ficción -como pretende hacer creer la CNMC- destinada únicamente a intercambiar los precios para "cubrirse".

En cualquier caso, lo anterior no se materializó, porque ni se llevó cabo un proceso de licitación, que nunca se proyectó ni estuvo previsto realizar, ni se contrató a nadie para llevar a cabo la reparación de las válvulas de la ETAP.

Insiste en que al carecer ACSA de taller propio tenía que recurrir a subcontratación porque ella misma era incapaz de prestar dicho servicio, al carecer de taller propio en aquel momento. Por esa razón, en relación con dicho servicio NAVEC y ACSA no eran competidores, dándose entre estas partes una relación puramente vertical, en la cual ACSA hubiese subcontratado un servicio a una empresa que operaba a estos efectos en un mercado distinto (el de reparación) en el cual ACSA no estaba activa en ese momento.

Destaca que los correos de 28 de julio de 2015 son correos internos de una tercera parte que ACSA no puede controlar, ni puede influir en forma alguna.

Reconoce que los correos internos reflejan una confusión y malentendido entre lo que pretendía solicitar en su correo electrónico de 28 de julio (es decir, si NAVEC podía llevar a cabo las labores de taller por el precio en el que ACSA las había valorado) y lo que NAVEC entendió que estaba queriendo decir (que parece ser, que es que la "cubriese" en dicha valoración). ACSA no estaba solicitando en ningún caso que la "cubriesen", porque no existía todavía proceso competitivo alguno, ni estaba ofreciendo nada cambio, solo buscaba a alguien que le ofreciese un servicio que estaba obligada a subcontratar, y que lo hiciese por el precio ya determinado.

Además, uno de los directivos de NAVEC en aquel momento, Don Armando ("MLD"), imputado en el mismo expediente, no solo negó en sus alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos (reiterándolo en sus alegaciones a la PR) que existiese conducta anticompetitiva alguna entre NAVEC y ACSA al respecto de la ETAP de Reus, sino que además ofreció la misma explicación que esta parte para los contactos esgrimidos por la CNMC como supuestas pruebas de la existencia de una colusión entre ambas empresas (los folios 23.128 a 23.154 del expediente administrativo).

SÉPTIMO.- A la entidad recurrente, se le imputa su participación en una infracción única y continuada consistente en la adopción por las empresas sancionadas de acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de licitaciones para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial y la fijación de los precios de estas a través de ofertas de cobertura.

La sentencia del TJUE de 1 de febrero de 2024, C-251/22 P, Scania, recuerda que:

"una infracción del artículo 101 TFUE , apartado 1, puede resultar no solo 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 de 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 41 y jurisprudencia citada).

También se desprende de reiterada jurisprudencia que, para acreditar la participación de una empresa en la ejecución de tal infracción única, la Comisión debe probar que dicha 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 de 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778 , apartados 42 y 60 y jurisprudencia citada).

En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, la citada infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente solo en una parte de dichos comportamientos, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cártel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a



la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de esta en su totalidad (sentencia de 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 43)."

De esa jurisprudencia se deduce que deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber, la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.

En el presente caso, la resolución recurrida explica que el objetivo era el reparto de las licitaciones en el mercado de prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial fundamentalmente en los sectores petroquímico y energético y además, la fijación de precios por medio del intercambio permanente de información sensible entre empresas competidoras, la realización constante de ofertas de cobertura, la limitación de los descuentos, la fijación de diversas condiciones comerciales, el establecimiento de incrementos de precios en determinados elementos esenciales de la prestación de los servicios, el establecimiento de precios mínimos y el reparto de clientes en licitaciones de operadores privados de servicios de montaje y mantenimiento industrial.

De un correo interno de NAVEC de 28 de julio de 2015, deduce la resolución sancionadora que NAVEC accedió a cubrir a ACSA en una licitación a cambio de que ACSA le encargase los trabajos de taller o reparación de las válvulas, que, en principio, iban a contratar con el fabricante de las válvulas directamente. Lo deduce del empleo de la palabra "cubrir" pero no se indica de qué licitación se trata de que además nunca tuvo lugar. Tampoco consta acreditado que ACSA solicitase tal cobertura ni que esta fuera la contrapartida que afirma la resolución recurrida.

La segunda parte del correo "*Como contrapartida, cuando tengan el pedido nosotros les haríamos los trabajos de taller, ya que ellos lo iban a hacer directamente con el fabricante AVK [...]*" coincide con la explicación que ofrece ACSA sobre la subcontratación de la reparación de las válvulas por parte de NAVEC al carecer ACSA de servicios de taller.

Con independencia de que la única prueba existente son los correos internos de NAVEC no contrastados con otros elementos probatorios, no consta acreditado que ACSA conociera el plan preconcebido antes descrito ni que tuviera conocimiento de que las demás empresas investigadas estuviesen llevando a cabo ningún tipo de comportamiento infractor en relación con las conductas descritas. Tampoco hay prueba de contactos con la mayoría de las empresas sancionadas ni que ACSA contribuyera intencionalmente a un plan único con esa única operación, que, además, según relata la resolución recurrida, afecta a única licitación pública en una conducta que se proyecta a lo largo de dieciséis años.

Entendemos no desvirtuada la presunción de inocencia de las entidades recurrentes por lo que procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida en cuanto a la sanción impuesta a ACSA y solidariamente a FINICAR.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la Administración demandada, dada la estimación del recurso.

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

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D. Ignacio López Chocarro, en nombre y representación de **ACSA OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, SAU y FINICAR, S.L.**, contra la resolución de 1 de octubre 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 11.000 euros de multa y solidariamente a FINICAR, por su participación en una infracción única y continuada 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, constitutiva de un cartel mediante acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de licitaciones para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial y la fijación de los precios de estas a través de ofertas de cobertura, resolución que anulamos en cuanto a la sanción impuesta a las recurrentes.

Con imposición de costas a la Administración demandada.

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



Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ