



Roj: **SAN 3623/2024 - ECLI:ES:AN:2024:3623**

Id Cendoj: **28079230062024100476**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/06/2024**

Nº de Recurso: **358/2020**

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:** 0000358 /2020

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 16645/2020

**Demandante:** PROYECTOS Y MANTENIMIENTOS MECÁNICOS ELÉCTRICOS Y DE INSTRUMENTACIÓN S.A (MEISA)

**Procurador:** D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

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

**Codemandado:** GRUPO NAVEC SERVICIOS INDUSTRIALES SL

**Abogado Del Estado**

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

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **358/2020** promovido por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de **PROYECTOS Y MANTENIMIENTOS MECÁNICOS ELÉCTRICOS Y DE INSTRUMENTACIÓN S.A (MEISA)**., 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 4.845.669 euros de multa, 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, 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.

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 estimatoria por la que:

*"Primero. Declare la nulidad de la resolución del Consejo de la CNMC de 1 de octubre de 2019 en su integridad.*

*Segundo. Con carácter subsidiario respecto de la pretensión anterior:*

*i. Declare la nulidad de las inspecciones realizadas los días 4, 5 y 6 de julio de 2017 en las sedes de Meisa, Imasa, Navec, Tamoin y TMS y, como consecuencia de ello, declare la falta de capacidad probatoria de la información en ellas obtenida.*

*ii. Declare la caducidad del expediente sancionador, al haberse adoptado el acuerdo de 21 de noviembre de 2019 fuera del plazo legal de 18 meses de tramitación de los expedientes sancionadores.*

*iii. Declare la nulidad de los apartados primero y segundo de la parte dispositiva de dicha resolución en lo referente a la atribución de responsabilidad a Meisa por la infracción del artículo 1 de la LDC .*

*iv. Declare la vulneración del derecho de defensa de Meisa, al no haberse dado acceso a la documentación aportada por CLH y Cepsa en sus contestaciones, que ha servido como prueba acreditativa de las conductas sancionadas (y en la que puede haber prueba exculpatoria de su responsabilidad).*

*v. Declare la nulidad de la parte dispositiva de dicha resolución en lo que se refiere a la imposición a Meisa de una prohibición de contratar con el sector público.*

*Tercero. Condene a la CNMC a publicar la sentencia anulatoria de la Resolución Impugnada por medios equivalentes a los medios empleados en la publicación de esta resolución, y en concreto en el apartado web de la propia CNMC dedicado al expediente NUM000 Montaje y mantenimiento industrial, así como en nota de prensa."*

**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 septiembre de 2021, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 4.845.669 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 14 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 la empresa PROYECTOS Y MANTENIMIENTOS DE INSTRUMENTACIÓN Y ELECTRICIDAD , S.A (MEISA), 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 4.845.669 euros de multa, 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 en.

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:

14. PROYECTOS Y MANTENIMIENTOS DE INSTRUMENTACIÓN Y ELECTRICIDAD, S.A.

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:

14. PROYECTOS Y MANTENIMIENTOS DE INSTRUMENTACIÓN Y ELECTRICIDAD, S.A.: 4.845.669 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 expone que, en diciembre de 2012, LA PUERTOLLANENSE solicitó datos a MEISA para la preparación de varias ofertas de cobertura en favor de esta para el cliente FERTIBERIA (hecho 35).

En marzo de 2013, MEISA está involucrada en la presentación de diversas ofertas de cobertura (hecho 37). También participa en las reuniones para el reparto de CLH en 2014 y de REPSOL en 2015 (hechos 40 a 46).

En 2015 y 2016 también continúa dando y recibiendo coberturas de diversas empresas (hechos 47, 50, 52, 56, 57, 62, 65 a 70).

En 2017 continuaba siendo miembro de los acuerdos del cártel, participando en el último reparto con motivo de la licitación de CLH en 2017 (hechos 73 y 75).

Por esa razón, la resolución recurrida sanciona a la empresa PROYECTOS Y MANTENIMIENTOS MECÁNICOS ELÉCTRICOS Y DE INSTRUMENTACIÓN S.A (MEISA)., con una multa de 4.845.669 euros, por su participación en el cártel desde Diciembre de 2012 a Julio de 2017.

La citada empresa PROYECTOS Y MANTENIMIENTOS DE INSTRUMENTACIÓN Y ELECTRICIDAD, S.A. (MEISA) tiene su domicilio en Ciudad Real, con delegaciones en Andalucía, Castilla-La Mancha, Murcia, Valencia, Cataluña, País Vasco, Galicia y Canarias. Su objeto social es el montaje y mantenimiento de instalaciones mecánicas e industriales.

MEISA ha informado de que su entrada en el mercado de prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial no se produce hasta marzo de 2011. Ello es consistente, expone la resolución recurrida, con las evidencias que constan en el expediente.

**CUARTO.-** En su demanda, la parte recurrente denuncia la caducidad del expediente sancionador al haberse adoptado el acuerdo de 21 de noviembre fuera del plazo legal de 18 meses de tramitación de los expedientes sancionadores y la vulneración de su derecho de defensa al no darle trámite de alegaciones tras agravarse su cuota de participación en la conducta con el acuerdo de modificación.

Asimismo, denuncia el insuficiente contenido de las órdenes de investigación pues no contienen mención alguna a elementos que conecten a las empresas inspeccionadas con las conductas investigadas.

Denuncia la vulneración del derecho de defensa de MEISA al no permitirle acceder a documentación que ha sido utilizada como prueba acreditativa de las conductas sancionadas y que puede servir como prueba de descargo de la responsabilidad de MEISA en las conductas sancionadas.

Finalmente, la falta de motivación de la sanción y su desproporción.

Censura también la ausencia de proporcionalidad de la prohibición de contratar.

**QUINTO.-** Debemos comenzar examinando la caducidad del procedimiento sancionador que alega la actora.

Expone MEISA que la CNMC modificó mediante el acuerdo de 21 de noviembre de 2019 de corrección de errores, el contenido sustantivo de la resolución sancionadora en la medida en que modificó al alza su



porcentaje de participación en las conductas fuera del plazo para tramitar y resolver el expediente sancionador. Destaca que el artículo 53.4 LPAC que permite modificar la resolución en cualquier momento tiene un marco muy restrictivo como destaca la jurisprudencia que cita y que en este caso se incumple. Cita como ejemplo la sentencia de esta Sala de 16 de enero de 2002, rec. 1764/1998 que indicó que la corrección de errores no puede amparar la modificación de la cifra de negocios del sujeto infractor, porque ello afecta al contenido material de la resolución y obliga a rectificar los hechos probados, conduciendo además a una modificación de la cuantía de la multa. Entiende que la doctrina contenida en esta sentencia es perfectamente extrapolable al presente caso.

Considera que el plazo de dieciocho meses para dictar y notificar la resolución del expediente sancionador finalizaba el día 21 de octubre de 2019, antes de que se dictara la corrección de errores que modifica el contenido de la resolución impugnada. La verdadera resolución final del expediente sancionador se produjo, por tanto, con la corrección de errores, el 21 de noviembre de 2019 y, en consecuencia, fuera de plazo.

Conviene precisar que MEISA no discute la corrección jurídica de las dos suspensiones acordadas en el procedimiento y que, por tanto, la resolución sancionadora de 1 de octubre se dictó y notificó dentro del plazo que vencía el 21 de octubre de 2019, si bien entiende que la verdadera resolución del expediente sancionador fue dictada el 21 de noviembre, con la corrección de errores.

Ahora bien, en este caso el error resultaba de la propia resolución sancionadora porque la duración de la conducta infractora imputada a las empresas de las que se corrige su VNMA es inferior al año y, sin embargo, a la hora de calcular la multa impuesta a dichas empresas se fijó una duración de doce meses. En el apartado de individualización de la responsabilidad de cada empresa se imputaba una duración inferior al año, al igual que se venía haciendo en el pliego de concreción de hechos y en la propuesta de resolución.

Por tanto, de la propia resolución sancionadora se advertía que el VNMA y la duración tenida en cuenta a los efectos del cálculo aritmético de la multa no resultaba congruente con el resto de la propia resolución.

En la metodología empleada por la CNMC para el cálculo de la multa, el cambio en el volumen de negocios en el mercado afectado implica variaciones en el porcentaje de participación en el VNMA total de la infracción.

Ahora bien, en el presente caso dada el elevado número de empresas infractoras en la presente resolución y al carácter insustancial de la variación de los VNMA individuales afectados las variaciones de los porcentajes sobre el VNMA total son muy limitadas y, por tanto, no tienen ningún efecto en la sanción impuesta para el resto de empresas. De hecho, la corrección material implicó la modificación a la baja de la sanción impuesta para cuatro empresas y no se modificó para la actora.

En el ejemplo que cita la actora, la sentencia de esta Sala de 16 de enero de 2002, resulta que la cifra de negocios que se rectificó no coincidía con la que obraba en el expediente y fue necesario, consultar al Registro Mercantil Central para conocer ese nuevo dato. Es decir, que el dato no obraba en el expediente y además supuso un incremento sustancial de la multa inicialmente impuesta lo que determinaba que la corrección de errores incurría en reformatio in peius".

Por el contrario, en el presente caso, la corrección de errores rectificó un error material de carácter numérico en virtud de datos que constaban en la propia resolución sancionadora y no alteró el sentido de la decisión, ajustándose por tanto, a los límites a los que debe sujetarse esta figura de la corrección de errores para considerarse tal, de manera que no puede entenderse, como sostiene la actora, que la verdadera resolución sancionadora se dictó el 21 de noviembre sino el 1 de octubre y, por ello, dentro de plazo.

Sostiene, no obstante, MEISA, que el acuerdo de rectificación de errores modifica a peor la resolución sancionadora porque su porcentaje de participación pasa del 2 al 2,1% lo que aumenta su exposición a futuras acciones de daños. Por ello considera que la CNMC tendría que haberle dado plazo de alegaciones que no puede subsanarse durante el recurso contencioso.

Como se ha expuesto, el 0,1% que se incrementa su participación en la corrección de errores no se debe a un aumento o disminución de su VNMA individual, que se mantiene igual, sino a la disminución del VNMA total acumulado, al corregir el acuerdo de rectificación el VNMA individual de las empresas cuya participación acreditada era de un periodo inferior al año.

Por esa razón y suponiendo que los cambios en la distribución de su participación sobre el VNMA total fueran tenidos en cuenta para el pago de hipotéticas indemnizaciones en una futura acción de daños como sostiene la recurrente, estas también tendrían que tener en cuenta el descenso en el VNMA afectado por todas las empresas sancionadas, por lo que la indemnización total sería menor y redundaría en un beneficio a la actora.

En realidad, MEISA parte de la premisa, no acreditada, de que el criterio de reparto en el ejercicio de las futuras reclamaciones de daños sea la cuota de participación en la infracción y no otro.



No advertimos por ello infracción alguna del trámite de audiencia al no haberse producido alteración alguna en el sentido de la resolución sancionadora.

**SEXTO.-** Denuncia la vulneración de su derecho de defensa al no permitírsele acceder a documentación que ha sido utilizada como prueba de las conductas sancionadas y que puede servir como prueba de descargo de su responsabilidad.

Se refiere a la documentación aportada por CEPESA y CLH en sus contestaciones a los requerimientos de información de la Dirección de Competencia a la que dice, no ha tenido acceso.

Sostiene que realizó un análisis de la documentación del expediente que revela que las conductas anticompetitivas solo se habrían dado en 314 licitaciones y no en las 593 que invoca la CNMC. Insiste por ello en que, entre la documentación aportada por CLH y CEPESA en sus contestaciones a la que no se le ha dado acceso, debe constar documentación sobre la que CNMC ha sustentado su afirmación de que existen 593 licitaciones (496 en el caso de CLH y 97 de CEPESA en las que habrían tenido lugar las conductas sancionadas en la resolución impugnada.

Tiene razón Meisa en cuanto argumenta en su demanda que a estos efectos resulta indiferente que la infracción sea por objeto o por efectos ahora bien, en su escrito de conclusiones, no rebate lo afirmado por la CNMC cuando esta expone que " CLH y CEPESA, al contestar los requerimientos de información realizados por la Dirección de Competencia aportaron numerosa documentación, solicitando confidencialidad por tratarse de información que forma parte de su estrategia corporativa y criterios internos de evaluación de ofertas, cuya incorporación a la parte pública del expediente, a la que tendrían acceso todos los interesados, algunos proveedores de los servicios de montaje y mantenimiento industrial, podría perjudicar su estrategia comercial y señalando también que el tratamiento confidencial de dicha información no impediría la valoración por la CNMC de las conductas investigadas, aportando CLH y CEPESA versión censurada de dicha documentación."

Explicó la Dirección de Competencia que, " al valorar las solicitudes de CLH y CEPESA, acordó motivadamente aceptar parcialmente dichas solicitudes de confidencialidad respecto de información estratégica constitutiva de secreto de negocio cuya divulgación podría ocasionar un perjuicio a CLH y CEPESA, elaborando de oficio versiones censuradas menos restrictivas que las aportadas por CLH y CEPESA (folios 16149 a 16268 y 16678 a 16688, respectivamente) y a las cuales han tenido acceso todas las empresas incoadas en este expediente, incluida MEISA."

Rechaza que "haya sido declarada confidencial información de las empresas demandantes de servicios de montaje y mantenimiento industrial, incluidas CLH y CEPESA, respecto de las empresas incoadas y relativa a licitaciones objeto de investigación en este expediente sancionador, por ser dicha información necesaria para delimitar la responsabilidad en las conductas investigadas, ya sean elementos de prueba de cargo o de descargo, en contra de lo indicado por MEISA en las alegaciones presentadas por dicha empresa."

Insistía en que "A esta información ha tenido acceso MEISA, pues con fecha 13 de septiembre y 6 de noviembre de 2018 se le notificó el levantamiento de la confidencialidad de la información facilitada en contestación a los requerimientos realizados por CLH y CEPESA, respectivamente, al igual que al resto de incoadas, entre ellas, MASA, L&R, BARBADUN y el Administrador único de estas dos últimas empresas, D. Diego , a los que se le recuerda, en contestación a las alegaciones presentadas, que los elementos de prueba que sustentan su imputación consta en la parte pública del expediente sin que en ningún caso documentación declarada confidencial sea relevante para determinar dicha imputación.

Otra cuestión distinta es que, como alegan MEISA y MASA, en el PCH se indique también que han sido objeto de reparto más de 700 licitaciones y, en función de la información aportada por determinados clientes, que también solicitaron confidencialidad y parcialmente se le concedió dicha confidencialidad, al igual que a CLH y CEPESA, conste en el PCH referencias al impacto económico del reparto de sus licitaciones teniendo en cuenta el importe de adjudicación y ofertas presentadas, datos que no se señalan respecto de las 496 licitaciones de CLH y de las restantes 93 licitaciones de CEPESA, precisamente al solicitar dichas empresas la confidencialidad de esa información."

Ello no obsta, se reitera en contestación a MEISA, que "en base a los elementos de prueba que constan en el expediente -facilitados por NAVEC y ENWESA en sus solicitudes de clemencia, recabados en las inspecciones y aportados en contestación a los requerimientos de información realizados- y cuyos folios públicos se referencian en el PCH, esta Dirección considere acreditado el reparto de un total de 744 licitaciones, referenciándose todas éstas en el Anexo a esta propuesta de Resolución, dadas las dificultades señaladas por MEISA para contabilizar, al menos, las licitaciones de CLH y CEPESA objeto de reparto. Así pues, no se ha vulnerado el derecho de defensa de MEISA, MASA, L&R, BARBADUN y el Administrador único de estas dos últimas empresas, D. Diego , ni de los demás incoados, puesto que, como se ha señalado, todos los interesados en el expediente han tenido

acceso a toda la información pública disponible y únicamente se han sustentado los hechos acreditados en dicha información pública disponible, habiéndose justificado motivadamente los acuerdos de confidencialidad adoptados.

Por tanto, todos los interesados en este expediente sancionador han tenido acceso a todos los datos o documentos necesarios para contestar el PCH, sin que haya habido vulneración de sus derechos de defensa. "

Como vemos, la actora reitera en la demanda las alegaciones que sobre ese supuesto carácter confidencial de la documentación ya fueron rechazadas durante la instrucción del expediente.

Además, la actora no cuestiona en la demanda el relato de hechos de la resolución recurrida ni la existencia de una infracción única y continuada en cuanto a su participación en ella en el periodo diciembre de 2012 a julio de 2017.

Añade, en este apartado de la demanda que identificó durante la tramitación del expediente un elevado número de correos electrónicos que de un modo más o menos explícito acreditarían que las conductas relativas al reparto de las licitaciones eran fomentadas por los representantes de determinados clientes

Este alegato fue respondido en la propuesta de resolución de manera individualizada respecto a MEISA limitándose ahora la actora a reiterar la mención a dichos correos.

*"Frente a la alegación de MEISA de posible información declarada confidencial que pudiera sustentar que las conductas investigadas no sólo eran conocidas, sino fomentadas por clientes como CLH o CEPSA, que constituirían pruebas de descargo, se vuelve a reiterar lo ya indicado anteriormente por esta Dirección de Competencia, que no ha sido declarada confidencial y consta en la parte pública del expediente toda la información facilitada en contestación a los requerimientos de información realizados a los clientes convocantes de licitaciones objeto de reparto, incluidos CLH y CEPSA, respecto de las empresas incoadas en este expediente, por ser dicha información la necesaria para delimitar la responsabilidad en las conductas investigadas, ya sean elementos de prueba de cargo y también de descargo. De hecho, esta información aportada por los clientes y que no ha sido declarada confidencial, aún en aquellos casos en los que se ha solicitado dicha confidencialidad y de ahí los referidos acuerdos adoptados por esta Dirección de Competencia aceptando únicamente parcialmente la confidencialidad solicitada por algunos de ellos, como ha sido el caso no sólo de CLH y CEPSA, sino también de IQNTrubia e IBERDROLA, ha sido en algún caso determinante para proponer esta Dirección la no imputación de alguna empresa incoada. Ése ha sido el caso de HERJIMAR, y ya en fase de prueba también el de PARCITANK, lo que demuestra, no sólo en la teoría sino también en la práctica, que esta Dirección ha tenido en cuenta toda la información obrante en el expediente ,incluida la aportada en contestación a los requerimientos realizados, para no considerar acreditada la participación de dichas empresas en las prácticas objeto de investigación. En cuanto a las pruebas documentales aportadas por MEISA, que señala que pondrían de manifiesto que CLH y CEPSA habrían fomentado las conductas investigadas, el correo electrónico de 28 de mayo de 2013 es un correo interno de MEISA que esta Dirección de Competencia entiende que no acredita tal conducta por parte de CEPSA, y respecto de los correos electrónicos de 27 de marzo y de abril de 2013, en éstos CLH indica a MEISA que otros competidores tienen precios más ventajosos con el fin de obtener una mejor cotización, sin que de ello se pueda concluir que CLH conociera o fomentara que las empresas a las que solicitaba ofertas coludieran a la hora de presentarle dichas ofertas en su perjuicio, pues obviamente el objetivo de CLH era obtener mejores precios, no que las empresas que pudieran prestarle dichos servicios acordaran las ofertas a presentar."*

La actora, en su demanda, pese a lo que afirma, no ofrece una explicación que desvirtúe la convicción a la que llega la Sala de que su conducta se integra perfectamente en la conducta anticompetitiva descrita porque el hecho de que algunos clientes dispusieran de un importante poder de negociación frente a las empresas que prestan los servicios de montaje y mantenimiento industrial no explica su participación en reuniones colutorias donde se intercambiaban ofertas de cobertura con sus competidores para repartirse los clientes y se intercambiaba información con ofertas y precios, que en definitiva perjudicaban al consumidor final pues el incremento de costes ha supuesto para ellos la elevación de los precios, la reducción de los incentivos a la mejora en la calidad y el reparto clientes y/o proyectos en todo el territorio nacional.

**SÉPTIMO.-** Denuncia MEISA que las órdenes de investigación tienen un contenido insuficiente y carecen de la mínima mención a elementos que conecten a las empresas inspeccionadas con las conductas investigadas, vulnerando el art. 13.3 del RDC.

La entrada y registro de las sedes de MEISA contaba con la necesaria autorización judicial en virtud de auto 29 de junio de 2017 del Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Ciudad Real, que fue precedida del dictado de la correspondiente orden de investigación de 22 de junio de 2017. La segunda Orden de investigación es de 30 de junio de 2017.

Las órdenes de 22 y 30 de junio de 2017 indicaban que "... Esta Dirección de Competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de servicios de montaje y mantenimiento industrial, entre otros, en los sectores petroquímico y energético, consistentes en el reparto de proyectos licitados por sus clientes en el territorio nacional. De acuerdo con la información disponible por esta Dirección de Competencia, determinadas empresas prestadoras de servicios de montaje y mantenimiento industrial habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en ese mercado, al haberse puesto de acuerdo para el reparto de licitaciones de sus clientes, en particular, en los sectores petroquímico y energético, incluyendo el intercambio de información comercial y técnica relativa a dichas licitaciones objeto de reparto. La materialización de estos acuerdos se habría hecho efectiva a través de la concurrencia concertada a licitaciones, al menos, desde 2010 hasta la actualidad y, a tal fin, las empresas participantes habrían mantenido contactos frecuentes, tanto por vía telefónica como por correo electrónico, habiendo, además, celebrado reuniones a los efectos del reparto de dichas licitaciones, con el objetivo de mantener su cuota de mercado".

... se autoriza a los funcionarios indicados para realizar una inspección en la sede de PROYECTOS Y MANTENIMIENTOS DE INSTRUMENTACIÓN Y ELECTRICIDAD, S.A. (MEISA), en C/Polígono Industrial El Cabezuelo, s/n, 13440, Argamasilla de Calatrava, Ciudad Real, a partir del 4 de julio de 2017, pudiendo continuar ésta hasta el 7 de julio de 2017".

Y la Orden de Investigación de 30 de junio de 2017 igualmente indicando lo siguiente:

"... se autoriza a los funcionarios indicados para realizar una inspección en la sede de PROYECTOS Y MANTENIMIENTOS DE INSTRUMENTACIÓN Y ELECTRICIDAD, S.A. (MEISA), sita en Pol. Ind. Sepes, Parcela 106-107, 13.500, Puertollano, Ciudad Real, a partir del 4 de julio de 2017, pudiendo continuar ésta hasta el 7 de julio de 2017. "

En el análisis que compete a esta Sala para determinar si la orden de investigación resultaba o no suficiente ha de comprobarse si, como advertíamos en la sentencia de 18 de julio de 2016, rec. 136/2014, la CNMC ha cumplido su obligación de indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar. Y para entender cumplida esta obligación, la orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

a) Por una parte y desde un punto de vista formal, deberá completarlas indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma; y,

b) La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la entonces Comisión Nacional de la Competencia.

También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.

Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones. En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

Sin embargo, de lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de información es que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente supuesto, las Órdenes de Investigación de 23 y 30 de junio de 2017, cumplían el contenido exigido en el artículo 13.3 del RDC, pues éstas especificaban el sujeto investigado -MEISA-, la localización de sus sedes de Polígono Industrial El Cabezuelo, s/n, 13440, Argamasilla de Calatrava, y Pol. Ind. Sepes, Parcela 106-107, 13.500, Puertollano, en Ciudad Real, respectivamente, la fecha en la que la inspección iba a practicarse- a partir del 4 de julio de 2017, estando previsto que pudiera continuar hasta el 7 de julio de 2017-, el objeto de la investigación y la finalidad de la inspección, delimitando el mercado investigado -prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial, entre otros, en los sectores petroquímico y energético-, y la naturaleza de las conductas investigadas -reparto de proyectos licitados por sus clientes en el territorio nacional, en particular, en los sectores petroquímico y energético, incluyendo el intercambio de información comercial y técnica relativa a dichas licitaciones objeto de reparto al menos desde 2010 y, a tal fin, las empresas



participantes habrían mantenido contactos frecuentes, tanto por vía telefónica como por correo electrónico, habiendo, además, celebrado reuniones a los efectos del reparto de dichas licitaciones, con el objetivo de mantener su cuota de mercado- por lo que puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que deben ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de tales acuerdos, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer y que no está obligada a mostrar en esta fase del procedimiento.

Para valorar si con ello se satisfacen las exigencias de claridad y concisión a las que se condiciona la validez de la orden, es preciso partir de la interpretación que de esta cuestión ha hecho la jurisprudencia europea reflejada, entre otras, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 2007, France Télécom España, asunto T-339/04, en la cual precisa los conceptos jurídicos del objeto y finalidad de la inspección en los siguientes términos:

*"58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48)".*

A la vista de la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA), entendemos que debe distinguirse entre la información que se facilita una vez iniciado el procedimiento sancionador y aquella que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas de dicho procedimiento sancionador, por cuanto, como señala dicha sentencia en su párrafo 60, *"Como el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 83 de la sentencia recurrida, si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, como propone la recurrente, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas"*.

En el mismo sentido, se pronuncia el Tribunal General en la sentencia de 28 de abril de 2010, Asunto T-448/05, caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG, en cuyo apartado 336 dice: *"El reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)"*.

Y también se ha pronunciado en parecidos términos el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de octubre de 2017, recurso casación núm. 1062/2017, donde sostiene que *"... cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad*



*de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE. Legislación citada CE art. 18 (...) No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción".*

En consecuencia, el alcance de la obligación de motivar y de contener información más detallada "depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia"(apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T-23/09 caso Conseil National de l'Prfre des Pharmaciens).

Por ello, y como decíamos, no es correcto sostener que la CNMC debe trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición ni tampoco que debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que están en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de la inspección es conseguir pruebas, lo que significa que, a falta de estas, no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial expuesta es aplicable en el presente caso toda vez que la orden de investigación y la necesidad de la inspección y del registro domiciliario se realizó en el curso de una información previa y reservada al tener la CNMC conocimiento de la posible existencia de una infracción contraria a las normas de competencia. Ello determinó la orden de registro a fin de comprobar la veracidad de la información obtenida y justificar así, en su caso, la incoación del expediente sancionador.

Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en el apartado 40: *"El Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".*

En el presente caso, la orden de investigación permitía identificar a la entidad afectada cuales eran los elementos esenciales de la investigación que exigían la entrada y registro en su sede, así como conocer con un grado de precisión suficiente el objeto y la finalidad de la inspección; no advirtiéndose tampoco, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la posibilidad de recurrir a un medio menos agresivo para continuar con la investigación pues, como recoge la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Asunto DOW CHEMICAL IBÉRICA, en su apartado 24: *"Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas".*

Y como también señala la sentencia del TPI de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en su apartado 40: *"el Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".*

Sostiene la actora, por comparación con otras órdenes de investigación que las aquí cuestionadas no indican la participación de las empresas investigadas pero no puede afirmarse tras notificarle la Orden que las empresas, en este caso MEISA, desconociera lo que la CNMC buscaba ni que ella fuera ajena al objeto de investigación.

Debe rechazarse por ello la existencia de indefensión alguna.



Por lo demás, el criterio de las sentencias que cita, anulatorias de Ordenes de investigación no es trasladable al presente caso pues la STS de 10 de diciembre de 2014, rec. 4201/2011 anuló la inspección de la CNC realizada en la sede de UNESA por la falta de motivación de la Orden de investigación que la amparaba porque los datos contenidos en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia no aparecían reproducidos en la Orden de Investigación y tal modalidad de motivación in aliunde no tiene cabida porque es la Orden de Investigación la que debe contener en sí misma las indicaciones necesarias para que pueda cumplir el cometido que se le asigna como garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas. En ese caso, la Orden no cumplía esa garantía porque carecía de motivación propia al remitirse a otra resolución diferente, la del Consejo de la CNMC que no constaba que se hubiese comunicado a la interesada al mismo tiempo que la propia Orden de Investigación.

Asimismo, en la sentencia de 1 de junio de 2015, rec.874/2015, el Tribunal Supremo anula las Ordenes de investigación por su carácter genérico y omisión de la información mínima indispensable sobre el objeto y alcance de la investigación.

Situaciones distintas a la aquí contemplada.

**OCTAVO.-** En cuanto a la sanción, denuncia su falta de motivación.

La resolución recurrida cuantifica la sanción siguiendo los criterios establecidos por la STS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013 que son los descritos en el art. 64 de la Ley 15/2007 y sirven, en este caso, para fijar un tipo sancionador general del 5,2%. 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.

La resolución concluye que las prácticas analizadas constituyen una infracción única y continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE que es calificada como cártel, infracción muy grave (art. 62.4 a) y, por tanto, puede ser castigada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total (VNT) de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art 63.1c), esto es, 2018.

Tras tomar en consideración los factores singulares de MEISA fija el tipo sancionador total en un 5,2%, es decir, igual que el tipo sancionador general, lo que refleja su grado de participación en la conducta que resulta adecuado si se compara con los tipos sancionadores mayores que se impusieron a MASA (7,4%), IMASA (5,8%) o DURO FELGUERA (5,5%) empresas con una mayor participación en la facturación en el mercado afectado durante la infracción.

No advierte la Sala, por ello, falta de motivación del tipo sancionador que resulta de los criterios anteriores ni desproporción, pues la sanción que resulta es consecuencia de tener el octavo mayor volumen de negocio de las empresas sancionadas en 2018.

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.

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). [...]».*

Meisa considera que la CNMC realiza un análisis erróneo del criterio contenido en el apartado c) del artículo 64.1 de la LDC al relacionar el criterio del alcance de la infracción con el mercado geográfico en el que tienen lugar las conductas.

*"Desde una perspectiva geográfica la infracción afecta a todo el mercado español y, dadas las características de las conductas y las empresas afectadas, es susceptible de afectar al comercio interior de la Unión Europea (art. 64.1.c)."*



Es decir, la CNMC entiende que resulta oportuno referirse, en el análisis relativo al criterio contenido en el artículo 64.1 c) de la LDC (relacionado con el alcance de la infracción para determinar el importe de las sanciones), al mercado geográfico afectado por la infracción y ello es erróneo porque el elemento relativo al mercado geográfico afectado por la conducta debe ser objeto de análisis, en todo caso, con motivo de la toma en consideración del criterio establecido en el apartado a) del artículo 64.1 de la LDC, referido a "La dimensión y características del mercado afectado por la infracción", pero no en el ámbito del apartado c) del artículo 64.1 de la LDC.

Ahora bien, la ley 15/2007, en relación con el criterio del alcance de la infracción no precisa como ha de evaluarse tal alcance y además precisa que podrán utilizarse los criterios enumerados en el artículo 64.1 "entre otros", es decir, no se trata de una lista cerrada en su contenido. Por tanto, la CNMC suele utilizar el alcance geográfico como medida del alcance de la infracción. Una interpretación razonable de la Ley no impide que así sea, puesto que únicamente se hace mención al "alcance".

En la valoración del criterio del artículo 64.1.a), que se refiere a la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, se valoran otras muchas cosas, como si los bienes que se producen en dicho mercado son de primera necesidad o si la infracción ha podido tener efectos en otros mercados relacionados "aguas abajo" en la cadena de producción, o si la infracción afecta directamente a los contribuyentes por referirse a licitaciones públicas.

Por tanto, podemos entender que la valoración que hace la resolución recurrida del criterio del artículo 64.1.c) es válida, si bien es cierto que podrían serlo igualmente otras interpretaciones, dada la generalidad de este precepto.

Considera igualmente erróneo el análisis que realiza la CNMC, porque no se ha tenido en cuenta, el reducido beneficio ilícito que habría obtenido como consecuencia de la infracción.

En realidad, el beneficio ilícito siempre es tenido en cuenta en el proceso de determinación de la sanción lo que sucede es que de no existir datos concretos solo se realiza una estimación de dicho beneficio como ajuste de proporcionalidad para evitar que la aplicación del tipo sancionador final sobre el volumen de negocios total de la empresa arroje una sanción desproporcionada.

En el presente caso, a falta de información fiable, el tipo sancionador no

se incrementa por una indebida presunción del beneficio ilícito obtenido. Esto implica que el tipo sancionador impuesto a cada empresa en la Resolución impugnada se debe al concurso de otros criterios, pero no por una indebida valoración del beneficio ilícito efectivamente obtenido por cada empresa, que no se ha podido estimar con precisión.

Denuncia también Meisa la infracción del art. 64.3 de la Ley 15/2007 al no contemplar la resolución sancionadora como atenuante que los clientes de Meisa fomentaron las conductas por las que se le sanciona.

La Sala ha leído los correos aportados con la demanda, acontecimiento 60 de la misma, y entiende que se producen en el contexto de las conductas realizadas por las empresas sancionadas de coordinación en la presentación de ofertas en el marco de las licitaciones a las que se refieren, pero de su texto no se deduce que TAMOIN, REPSOL, CLH, CEPESA o TPS fomentasen las conductas ilícitas. Es decir, que fueran estas las que incitasen a MEISA a presentar ofertas de cobertura en marzo de 2013, (hecho 37), a participar en las reuniones para el reparto de CLH en 2014 y de REPSOL en 2015 (hechos 40 a 46), a seguir dando y recibiendo coberturas de diversas empresas en 2015 y 2016 (hechos 47, 50, 52, 56, 57, 62, 65 a 70) o a participar. en el último reparto con motivo de la licitación de CLH en 2017 (hechos 73 y 75).

No advertimos por ello motivos para aplicar la atenuante que reclama pues la apreciación de una atenuante distinta a las descritas en el art. 64.3 LDC requiere un comportamiento activo de la empresa sancionada y no, simplemente como pretende, atribuir la responsabilidad de la conducta al cliente.

**NOVENO.-** Denuncia finalmente Meisa la infracción del art. 29 de la Ley 40/2015 por falta de proporcionalidad de la medida consistente en la prohibición de contratar.

A su juicio, la declaración de haberse cometido la infracción muy grave no da lugar *ipso iure* a la prohibición de contratar, sino que, antes, al contrario, puede dar lugar a esta prohibición en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, las cuales deben ser apreciadas y ponderadas con objeto de determinar si procede, o no, imponer la prohibición.

En este caso, no procede porque sólo una de las licitaciones tiene que ver con una licitación pública, que es la licitación convocada por el Consorcio de Aguas de Tarragona, ente público que contrata en el marco de la LCSP.



Además, esta conducta se llevó a cabo antes de que entrara en vigor la modificación legal sobre la prohibición de contratar relativa a la infracción muy grave en materia de defensa de la competencia, como consta acreditado en el expediente y reconoce la CNMC: estos hechos se remontan al mes de julio de 2015 y la modificación legal entró en vigor el 22 de octubre de 2015.

Finalmente, que esta conducta involucra a sólo dos empresas que, paradójicamente, quedan eximidas de padecer la prohibición de contratar, una de ellas porque no se ha acreditado su participación en los hechos con posterioridad al 22 de octubre de 2015 (ACSA) y la otra (NAVEC) porque se ha acogido al programa de clemencia.

Por lo tanto, el hecho de que se imponga una prohibición de contratar a empresas que, como Meisa, fueron completamente ajenas a dicha conducta y, por lo tanto, no han cometido infracción alguna en relación con licitaciones públicas, resulta completamente desproporcionado.

El argumento no puede prosperar porque la resolución sancionadora, de conformidad con el art. 71.1.b) de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, se limita a constatar la existencia de una infracción grave por falseamiento de la competencia que no requiere que la conducta colusoria se haya producido en el ámbito de la contratación pública y a remitir la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para que determine su duración y alcance. Por tanto, será en relación a este pronunciamiento cuando podrá cuestionarse por MEISA la proporcionalidad de esa medida.

En todo caso conviene recordar 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, debiendo precisar la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado su duración y alcance.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida en cuanto a la sanción impuesta a la entidad recurrente, lo que conlleva el rechazo del resarcimiento de los gastos de aval prestado para responder de los perjuicios derivados de la adopción de la medida cautelar, pretensión resarcitoria que la actora ha acumulado a la de nulidad de la resolución recurrida.

**DÉCIMO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la parte demandante, 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 el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de **PROYECTOS Y MANTENIMIENTOS MECÁNICOS ELÉCTRICOS Y DE INSTRUMENTACIÓN S.A (MEISA)**., 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 4.845.669 euros de multa, 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, 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, resolución que declaramos conforme a derecho en cuanto a la sanción impuesta a la entidad recurrente.

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 firmam

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ