

## Foro de Actualidad

España

# LA AUDIENCIA NACIONAL RECHAZA QUE LA CNMC PUEDA CALIFICAR DE ANTICOMPETITIVA LA PARTICIPACIÓN DE DFRAIL EN UTE A LOS CONCURSOS CONVOCADOS POR GIF/ADIF PARA EL SUMINISTRO DE DESVÍOS FERROVIARIOS

Alfonso Gutiérrez y Cristina Areces\*

*Abogados del Grupo de Coordinación de Derecho de la Unión Europea y de la Competencia*

**La Audiencia Nacional rechaza que la CNMC pueda calificar de anticompetitiva la participación de DFRAil en UTE a los concursos convocados por GIF/ADIF para el suministro de desvíos ferroviarios**

*La Audiencia Nacional se ha pronunciado recientemente sobre una cuestión de gran relevancia para las empresas que participan en licitaciones públicas o concursos privados: la legalidad de la constitución de uniones temporales de empresas ("UTE") desde la perspectiva del derecho de la competencia.*

---

\* Los autores han representado a DFRAil en el pleito ante la Audiencia Nacional.

**PALABRAS CLAVE:**

DERECHO DE LA COMPETENCIA, LICITACIONES PÚBLICAS, LICITACIONES PRIVADAS, SUMINISTRO DE SISTEMAS FERROVIARIOS.

**The Spanish National High Court (“Audiencia Nacional”) rejects that the CNMC can classify as anti-competitive the participation of DFRail in a joint venture in the tenders called by GIF/ADIF for the supply of rail sidings**

*The Spanish National Court (“Audiencia Nacional”) has recently ruled on an issue of great importance for companies that participate in public tenders or private tenders: the legality of the constitution of temporary unions of companies (“UTE”) from the perspective of Competition Law.*

**KEYWORDS:**

COMPETITION LAW, PUBLIC TENDERS, PRIVATE TENDERS, SUPPLY OF RAIL SIDINGS.

**FECHA DE RECEPCIÓN: 28-4-2022****FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-4-2022**

Gutiérrez, Alfonso; Areces, Cristina (2022). La Audiencia Nacional rechaza que la CNMC pueda calificar de anticompetitiva la participación de DFRail en UTE a los concursos convocados por GIF/ADIF para el suministro de desvíos ferroviarios. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 58, pp. 137-144 (ISSN: 1578-956X).

La Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 28 de enero de 2022 (la “Sentencia”) que a continuación analizaremos estima íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil Duro Felguera Rail, S.L.U. (“DFRail”) contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la “CNMC”) de 30 de junio de 2016 en el expediente S/DC/0519/14, *Infraestructuras ferroviarias*. La resolución de la CNMC declaró a DFRail responsable de una infracción muy grave de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la “LDC”) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el “TFUE”) por su concurrencia en UTE con otras empresas a las licitaciones públicas convocadas por GIF/ADIF para el suministro de desvíos ferroviarios. En consecuencia, la CNMC impuso a DFRail una multa de casi 1,5 millones de euros, que ahora la Audiencia Nacional anula.

## 1. Las UTE y el derecho de la competencia

---

La UTE constituye una figura asociativa legalmente admitida y habitual en el sector empresarial de España. Esta figura implica un sistema de colaboración entre empresas durante un periodo de tiempo cierto para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro.

Desde la perspectiva del derecho *antitrust*, la formación de UTE es susceptible de propiciar efectos positivos para la competencia, como la participación de empresas en licitaciones en las que no habrían podido participar de manera independiente, por carecer de los recursos técnicos, económicos o productivos requeridos por el órgano licitador. De hecho, la propia CNMC ha reconocido que la utilización de UTE para concurrir en licitaciones contribuye a facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y a permitir la participación de pymes que ponen en común recursos complementarios. No obstante, esta forma de colaboración entre empresas competidoras —que, como regla general, deben comportarse de manera autónoma e independiente— también evita

la competencia directa entre los licitadores (que ya no se presentarán por separado a la licitación) o puede ser utilizada por los partícipes como mecanismo de colusión, por ejemplo para repartirse el mercado o fijar los precios.

Parece justificado, por tanto, que, para prevenir su utilización como medio para encubrir prácticas anticompetitivas, las UTE sean objeto de un control especial y de un examen individualizado. Un ejemplo puede encontrarse en el art. 69.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (la "LCSP"): *"Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas. Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos"*.

El análisis caso a caso de las UTE se prescribe desde antiguo en la jurisprudencia: *"La creación de UTEs en sí mismas [sic] no constituyen [sic] un acuerdo anticompetitivo y los acuerdos para su formación deben analizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se producen"* (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 15 de octubre de 2012, FJ 4, en el rec. 180/2010).

El test jurídico aplicable es si la formación del consorcio es objetivamente necesaria para que las empresas partícipes accedan a la licitación, lo que necesariamente debe examinarse en cada caso. Así lo considera el párrafo 237 de la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal, que arroja luz sobre el test legal aplicable al indicar que *"por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los [acuerdos] de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente"*.

En otras palabras, las Directrices de la Comisión Europea apuntan a la necesidad objetiva o indispensabilidad de las UTE como criterio determinante para enjuiciar el alcance anticompetitivo de esta forma organizativa. Si la formación de una UTE esta objetivamente justificada, al carecer las empresas que la forman de la capacidad o recursos para presentarse de manera individual, en ese caso, como manifiestan las Directrices, las partes del acuerdo de consorcio no son competidores potenciales en la ejecución del proyecto y, por tanto, no existe restricción alguna a la competencia.

Debe señalarse a este respecto que, si bien es cierto que las Directrices no despliegan efectos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y autoridades nacionales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido que *"pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia"*.

## 2. El enfoque de la CNMC ante las UTE y la resolución en el asunto *Infraestructuras ferroviarias*

En numerosas ocasiones, la CNMC ha apreciado la existencia de una conducta anticompetitiva en la constitución de UTE para presentar una oferta conjunta en un procedimiento de contratación (por ejemplo, las Resoluciones en los asuntos *Terapias Respiratorias Domiciliarias 2*, de 1 de junio de 2005; *Creuers De Sóller*, de 10 de junio de 2008; *Ambulancias Conquenses*, de 23 de febrero de 2009; *Gestión de Residuos Sanitarios*, de 18 de enero de 2010; *Hormigones de Asturias*, de 23 de febrero de 2017; *Electrificación y electromecánica ferroviarias*, de 14 de marzo de 2019; *Conservación de Carreteras*, de 17 de agosto de 2021; o *Seguridad y Comunicaciones ferroviarias*, de 29 de septiembre de 2021, entre otros).

El análisis teórico seguido por la CNMC en esos expedientes no se aparta del test descrito: la concurrencia de varias empresas a un concurso en UTE respeta la normativa de defensa de la competencia cuando, en el momento de la licitación, no resulta posible para las empresas acometer de manera individual el contrato licitado por razón de falta de capacidad tecnológica o productiva. Sin embargo, en la práctica, la CNMC no lleva a cabo un análisis pormenorizado de estas circunstancias, sino que aplica el test legal como una presunción de ilegalidad muy difícil de rebatir por las empresas, que deberían acreditar que cualquier alternativa posible a la UTE sería más restrictiva. Son muy escasos los asuntos en los que la CNMC ha admitido que la concurrencia de varias empresas en UTE se encontraba justificada.

En el caso objeto de análisis, la CNMC consideró que la concurrencia de las empresas DFRail, Amurrio Ferrocarril y Equipos, S.A. ("Amurrio"), Jez Sistemas Ferroviarios, S.L. ("JEZ") y Talleres Alegría, S.A. ("Alegría") en UTE a las licitaciones convocadas por GIF/ADIF entre 1999 y 2014 para el suministro de desvíos ferroviarios de alta velocidad y vía convencional supuso la comisión de una infracción consistente en acuerdos de reparto de mercado, acuerdos de fijación de precios y en el intercambio de información sensible. Según la CNMC, las empresas utilizaron injustificadamente la figura de las UTE de manera sistemática como medio para eliminar la competencia entre ellas en el mercado de desvíos ferroviarios.

Para llegar a esta conclusión, la CNMC analizó los contratos adjudicados por GIF/ADIF en los años en los que supuestamente tuvieron lugar las prácticas investigadas:

- i. Contratos adjudicados por GIF desde 1999 hasta 2004: según el relato contenido en la resolución recurrida, en este periodo se licitaron veinte expedientes de contratación, de los cuales la UTE AJA (formada por Amurrio, JEZ y Alegría) resultó adjudicataria de trece, mientras que los siete restantes fueron declarados desiertos o adjudicados a Alegría. Explica la CNMC que fue GIF quien propuso formar una UTE a estas tres empresas, las cuales se reunieron en Madrid el 1 de julio de 1999 y adoptaron la decisión de constituir la UTE. La CNMC sostiene que las tres empresas optaron por no competir entre ellas y que entre 1999 y 2004 se presentaron en forma de UTE a todos los expedientes de contratación de desvíos ferroviarios.

- ii. Contratos adjudicados por ADIF desde enero de 2005 hasta diciembre de 2009: la CNMC señala que ADIF licitó quince expedientes y la UTE AJA resultó adjudicataria de nueve, mientras que los seis restantes fueron adjudicados a Alegría y dos a UTE alternativas formadas por las mismas empresas. La Resolución también detalla la posición de DFRail, quien se habría presentado inicialmente como competidora en 2005, si bien concurrió en UTE con las otras tres empresas por primera vez en la licitación de junio de 2007.
- iii. Contratos adjudicados por ADIF desde enero de 2010 hasta octubre de 2014: en este periodo se licitaron diecisiete expedientes, ocho de ellos fueron adjudicados a la UTE formada por las cuatro empresas, cinco a la UTE AJA y los restantes cuatro, bien a Amurrio, o bien a JEZ. La Resolución destaca que la intervención de DFRail fue cada vez más importante, así como que las empresas eran conscientes de la ilegalidad de sus contactos. Explica también que, en este periodo, ADIF optó por ofertas individuales y así se lo trasladó a las cuatro empresas sancionadas.

A pesar de que durante el procedimiento administrativo las empresas argumentaron que la concurrencia en UTE resultaba indispensable para poder participar en las licitaciones de desvíos ferroviarios (en el caso de DFRail, estas alegaciones fueron acompañadas por informes periciales), la CNMC concluyó que *"de los 50 contratos adjudicados por GIF/ADIF en el periodo investigado (1999 a 2014), 37 (el 74%) de ellos han sido adjudicados a la UTE, sin que en la mayoría de ellos exista una justificación objetiva económico-financiera, tecnológica o de falta de capacidad para atender en plazo las demandas de GIF/ADIF, que permita considerar la necesidad de haber concurrido de manera conjunta a la licitación"*.

A la luz de lo anterior, la CNMC declaró la existencia de una infracción única y continuada, tipificada como muy grave, de los artículos 1 LDC y 101 TFUE e impuso elevadas multas a estas empresas, así como a determinados directivos.

## 3. La Sentencia de la Audiencia Nacional

---

### 3.1. El estándar probatorio

La Sentencia que nos ocupa no se aparta del test legal aplicable para determinar la legalidad de la concurrencia de empresas en UTE, pero sí endurece la labor de la CNMC a la hora de desvirtuar los argumentos ofrecidos por las empresas investigadas para considerar compatible con las normas de competencia la concurrencia en UTE a licitaciones públicas.

En su Sentencia, la Audiencia Nacional confirma que el criterio determinante para enjuiciar el alcance anticompetitivo de una UTE es la necesidad objetiva o indispensabilidad de esta forma organizativa. Como hemos visto, la concurrencia en UTE es objetivamente necesaria o indispensable cuando existen razones económicas, geográficas, técnicas o de otra índole que exigen la participación de empresas de manera conjunta a una licitación. En ese caso, los acuerdos que las empresas puedan adoptar encaminados a constituir la UTE no resultan anticompetitivos, ya que, si estas no pueden concurrir de manera individual a la licitación, no son empresas competidoras.

A la hora de realizar ese juicio de valor (i. e., determinar si resulta o no objetivamente necesario o indispensable concurrir en UTE), la Audiencia exige que se realice un análisis caso a caso de todas las circunstancias y condiciones concurrentes, tanto de las empresas que participan en la licitación como de las condiciones y exigencias de esta.

El punto más relevante de la Sentencia, sobre la que vertebra la resolución del caso, se refiere al estándar probatorio. Si bien la carga probatoria recae sobre la empresa que alega la necesidad de concurrir en UTE, los elementos de hecho que invoque pueden obligar a la CNMC a justificar en detalle la conclusión contraria. Ello es especialmente cierto en los casos —como en el presente asunto— en que las empresas aportan informes periciales durante la fase administrativa del procedimiento para justificar la necesidad objetiva de concurrir en UTE. En ese caso, la CNMC no puede sancionar a las empresas, salvo que pueda rebatir su prueba pericial, sin que sea suficiente rechazar esta mediante asunciones puramente generales o hipotéticas.

En el presente caso, DFRail presentó dos informes periciales: uno técnico que mostraba que la empresa solo disponía de la patente necesaria para una de las tres soluciones técnicas exigidas por las licitaciones (careciendo de la tecnología propia necesaria para fabricar por sí misma el resto de los elementos técnicos exigidos, de la que sí disponían las otras empresas sancionadas), y otro económico que analizaba la capacidad económica y productiva que tenía el recurrente para poder presentarse a las licitaciones para el suministro de desvíos convencionales de manera individual. Se acreditó que en aquellas ocasiones en las que las capacidades productivas de sus instalaciones se lo permitían, DFRail sí presentó ofertas individuales.

La Audiencia Nacional comprueba que varios documentos del expediente administrativo corroboran las conclusiones de los informes periciales aportados por la recurrente. Por ejemplo, el compromiso de constitución de UTE suscrito en 2012 entre los cuatro fabricantes en el que se indicaba que para participar en los próximos concursos de desvíos ferroviarios para líneas de alta velocidad *"es necesario combinar las diferentes tecnologías de las cuales son propietarias las distintas empresas firmantes"*. Así las cosas, DFRail habría probado suficientemente la indispensabilidad de la presentación de ofertas de manera conjunta en UTE y la CNMC no habría rebatido estos argumentos, por lo que la recurrente habría satisfecho la carga de la prueba.

Una vez comprobada la solidez del sustento probatorio de la indispensabilidad de la concurrencia en UTE, la Audiencia analiza otra cuestión relevante: el hecho que la CNMC reconozca la posible validez de la UTE en relación con determinadas licitaciones, pero no en todas. A la Audiencia le llama la atención que la CNMC parezca admitir en ciertos pasajes de su resolución que en algunos procedimientos de licitación estaría justificada la concurrencia en UTE (*"tanto la propia actuación de las empresas como sus volúmenes de negocio en el mercado afectado evidencian que no era necesario acudir en UTE a gran parte de los contratos licitados por GIF/ADIF"*). Sin embargo, la CNMC no discrimina los casos en los que habría existido una justificación objetiva para la concurrencia en UTE de aquellos en los que no existiría tal justificación. Al contrario, al argumentar la supuesta ilicitud de la práctica, la CNMC afirma con carácter general que *"las empresas han utilizado injustificadamente un medio como es la UTE con la intención de repartirse de manera ilícita y sostenida en el tiempo el mercado de suministro de desvíos ferroviarios"* y que han tomado la *"decisión de eliminar la competencia acudiendo sistemáticamente a todos los concursos licitados por GIF/ADIF de manera conjunta y repartiéndose los contratos a partes prácticamente iguales entre ellas"*.

Es decir, la CNMC calificó las conductas como anticompetitivas bajo la premisa de que en todos los casos la intención perseguida por las empresas era eliminar la competencia. Sin embargo, la Audiencia Nacional considera que esto resulta abiertamente contradictorio con el planteamiento de la resolución (que admite la licitud de la concurrencia en UTE a algunas licitaciones) y con los hechos acreditados, que muestran la indispensabilidad de la concurrencia conjunta en UTE.

### 3.2. Otras consideraciones sobre el estándar probatorio: rechazo de alternativas puramente hipotéticas

También resulta interesante resaltar que la Audiencia corrige a la CNMC por las manifestaciones realizadas en la resolución recurrida acerca de la posibilidad de que las empresas llegaran de manera puntual a acuerdos bilaterales (como acuerdos de subcontratación) que les permitiesen participar de manera individual a las licitaciones en lugar de concurrir de manera permanente en UTE. La CNMC sostuvo que, dado que existirían otras vías posibles para presentarse a los concursos en lugar de mediante la concurrencia conjunta en UTE, esta figura no sería necesaria o indispensable.

La Audiencia rechaza el argumento de manera contundente, por resultar especulativo. Declara a este respecto que la aseveración que realiza la CNMC se basa únicamente en su particular apreciación y *"carece de cualquier otro apoyo probatorio que permita suponer que podía mantenerse la viabilidad de la contratación por este sistema de alianzas bilaterales no obstante la premura de los plazos exigidos por el licitador"*. Es decir, una simple afirmación como la que realiza la CNMC en su resolución no resulta suficiente para rebatir los argumentos presentados por la recurrente sobre la necesidad objetiva de la concurrencia en UTE en los concursos licitados por GIF/ADIF para el suministro de desvíos ferroviarios.

### 3.3. El Papel de GIF/ADIF

La Sentencia también se pronuncia sobre el papel de GIF/ADIF en las prácticas sancionadas por la CNMC. De acuerdo con la Audiencia, la documentación que integra el expediente administrativo demuestra sin lugar a dudas que fueron GIF, primero, y ADIF, después, quienes propiciaron la presentación conjunta de las empresas sancionadas a las licitaciones convocadas por estas entidades entre 1999 y 2014 para el suministro de desvíos ferroviarios. A modo de ejemplo, la Sentencia transcribe extractos de notas manuscritas de reuniones o correos electrónicos obrantes en el expediente administrativo: *"nos proponen formar una UTE entre las tres empresas y adjudicarnos inicialmente estos prototipos"*; o *"ADIF quiere una UTE a 4 empresas al 25%"*.

La Audiencia reprocha a la CNMC su absoluto mutismo ante esta situación. La resolución recurrida ni cuestiona el hecho de que la propia GIF/ADIF promoviera la concurrencia en UTE ni incorpora ninguna consideración acerca de que esto pudiera resultar irrelevante para la calificación de las conductas.

Según la Audiencia Nacional, si bien el hecho de que sea la entidad pública la que inste el acuerdo entre los licitadores o les requiera para presentar ofertas en UTE no enerva la eventual ilicitud de todos los acuerdos a los que puedan llegar las empresas, sí constituye una circunstancia que debe

valorarse para enjuiciar la necesidad objetiva de la constitución de la UTE (especialmente cuando las empresas argumentan que resulta indispensable y presentan informes periciales que así lo demuestran).

En definitiva, la Audiencia estima íntegramente el recurso contencioso-administrativo al considerar que la prueba obrante en el expediente administrativo y la aportada por la actora junto con la demanda (en particular, los informes periciales) permiten, en una valoración conjunta, considerar acreditada la necesidad objetiva —derivada de razones tecnológicas, económicas y de capacidad productiva— de concurrir conjuntamente a las licitaciones en UTE.

La Audiencia anula, por tanto, la resolución de la CNMC y deja sin efecto la multa impuesta a DFRail, así como las impuestas a sus directivos.

## 4. Consideraciones finales

---

La Sentencia comentada ofrece una enseñanza de gran relevancia práctica: la importancia de la preparación de informes periciales en fase administrativa que apoyen los argumentos de las empresas investigadas sobre la necesidad o indispensabilidad de la constitución de una UTE. Si bien en este caso concreto en el expediente administrativo ya obraban documentos que apuntaban a la necesidad de que las empresas presentaran ofertas en UTE, estas evidencias se vieron sólidamente corroboradas por los informes técnico y económico presentados por DFRail ante la CNMC.

Ante la robustez de los argumentos y pruebas ofrecidos por DFRail, correspondía a la CNMC realizar un análisis mucho más detallado que le permitiese rechazar las justificaciones presentadas de contrario, declarar la infracción y sancionar a las empresas. Afirmar que "*en la mayoría de los casos*" la formación de UTE no estaba justificada porque las empresas podrían haber recurrido a otras alternativas como los acuerdos de subcontratación, a juicio de la Audiencia Nacional, es absolutamente insuficiente. Al no ser así, la recurrente cumplió con la carga de la prueba y demostró que la concurrencia en UTE no constituía una práctica anticompetitiva.