

Bogotá, D.C., 17 de septiembre de 2013

Doctor  
**Wilmar Darío González Buritica**  
Gerente de Contratación  
Comité Evaluador  
Agencia Nacional de Infraestructura ANI  
Calle 26 No. 59 – 51 Edificio T4, Torre B piso 2  
La ciudad.

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA  
Rad No. 2013-409-037303-2  
Fecha: 17/09/2013 16:10:20->703  
GEM CONSORCIO FERROVIARIO DE COLOMBIA  
Anexos SIN FOLIAR



**Ref.: OBSERVACIONES A LAS PROPUESTA PRESENTADA POR EL CONSORCIO DRACOL VÍAS FERREAS Y POR LA UNION TEMPORAL FERROVAIRIA CENTRAL DENTRO DEL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-LP-002-2013**

**Apreciado Dr. González:**

Con fundamento en lo dispuesto en el proceso. VJ-VE-LP-002-2013 y encontrándonos dentro del plazo señalado para tal efecto, nos permitimos presentar nuestras observaciones realizadas a los otros Proponentes, en los siguientes términos:

***A la Propuesta del CONSORCIO DRACOL VÍAS FÉRREAS***

Se observa que en la carta de presentación se designa al apoderado común del proponente, pero dicho documento no cuenta con presentación personal, tal y como lo exige el Decreto 019 de 2012, el cual indicó que los poderes especiales para su validez, deben contar con la formalidad de ser presentados ante notario. Por lo anterior, la designación del apoderado común carece de validez y, en consecuencia, todos los actos realizados por este no deben ser tenidos en cuenta, en consecuencia al no contarse con la acreditación suficiente por parte del representante legal, la Entidad debe considerar la propuesta No hábil jurídicamente.

***A la Propuesta del CONSORCIO DRACOL VÍAS FÉRREAS***

El literal (b) del numeral 2.13.2 del Pliego de Condiciones, establece la forma en que se debe acreditar la situación de control para el caso de sociedad extranjera. DRAGADOS S.A., pretende demostrar la situación de control con relación a la sociedad TECSA EMPRESA CONSTRUCTURA S.A., a través de un mecanismo que no cumple con ninguna de las alternativas que señalan los numerales (1) hasta (4) del citado numeral 2.13.2. Por lo anterior, no se puede considerar válida la acreditación de la capacidad financiera de DRAGADOS IBE S.A. SUCURSAL COLOMBIA.

#### **A la Propuesta del CONSORCIO DRACOL VÍAS FÉRREAS**

De acuerdo con la "RESOLUCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA", expediente VS/0226/10, LICITACIONES CARRETERAS, expedida por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de fechada el 5 de junio de 2013, (organismo público Español, encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional, así como velar por la aplicación coherente de la Ley de Defensa de la Competencia) procedió a ejecutar la sentencia, de fecha 30 de noviembre de 2012, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional del mismo país, impuesta a la sociedad VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.

En dicha Resolución se estableció: *"La sala confirma la Resolución en sus restantes pronunciamientos ratificando, entre otros extremos, que se trata de una infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62.4.a) de la LDC, la imputación de la actora (responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las licitaciones 32-AV-2970 AVILA, 32-SO-2940 SORIA convocadas por el Ministerio de Fomento) y la duración de la conducta....(....)".* Esta información fue obtenida de la página web de la Entidad: [www.cncompetencias.es](http://www.cncompetencias.es).

Puede observarse que a folio 379 de la propuesta del Consorcio DRACOL, en la Proforma 12 – Relación de Multas y Sanciones – correspondiente a la empresa VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A., el consorcio declaró que dicho integrante (VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.) no ha sido objeto de multas.

Resulta evidente que la empresa VIAS y CONSTRUCCIONES S.A., suministró información inexacta, respecto de un documento que afecta la asignación de puntaje, motivo por el cual no es subsanable.

El solo hecho de haberse presentado una declaración inexacta, Proforma 12, hace que la propuesta deba ser rechazada.

ANEXO: RESOLUCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIAC (Expediente VS/0226/10).



## **A la Propuesta de la UNIÓN TEMPORAL FERROVIARIA CENTRAL**

Los numerales 5.3.3.1 y 5.3.3.2 del Pliego de Condiciones Definitivo, así como el numeral 6 de la Adenda 2 especifican las formas de acreditar la experiencia tipo B en Control de Tráfico y/u Operación. El citado numeral 6 de la Adenda 2 señala claramente que: *“La Agencia Nacional de Infraestructura no tendrá en cuenta experiencia relacionada que no esté soportada por los documentos que se solicitan”*.

La experiencia que presenta esta Unión Temporal corresponde a la Empresa FERROVIARIA ORIENTAL S.A., la cual nació como producto de la transformación de la sociedad de economía mixta FERROVIARIA ORIENTAL S.A.M. en FERROVIARIA ORIENTAL S.A. acto que se protocolizó el 3 de febrero de 2009, según consta en el folio 55 de la propuesta de la citada Unión Temporal.

En el folio 316 de la propuesta en cuestión se encuentra la certificación expedida por el Director Ejecutivo de la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes (antes Superintendencia de Transportes), en la cual se informa que la citada Superintendencia otorgó en concesión a la Empresa Ferroviaria Oriental S.A.M. parte del Área Operativa de la Red Oriental y certifica sobre los ingresos reportados por el operador, según lo Estados Financieros auditados y conciliados desde el 2004 hasta el 31 de diciembre de 2011, remitiendo a un Anexo.

En el folio 317 se encuentran dos (2) tablas que presentan una serie de cifras que resultan imposible de confirmar por no contarse con el correspondiente contrato que contenga la forma de pago por las actividades que desarrolló FERROVIARIA ORIENTAL S.A.

EN el folio 318 se muestran otras dos (2) tablas, que corresponden, según reza allí mismo, a ingresos por explotación y a ejecuciones del Plan de Inversiones. Las cifras que se presentan en estas tablas no muestran ninguna correlación con las del folio 317.

El documento del folio 317 no cumple con la exigencia del numeral 6 de la Adenda 2 debido a que no presenta el carácter de declaración juramentada, por lo cual no se puede considerar válida.

En el folio 322 se encuentra otra certificación por control de operación que tampoco cumple con la calidad de declaración juramentada, además de que informa únicamente como ingresos el valor total facturado del contrato en el periodo desde 1996 al 31/12/2011,



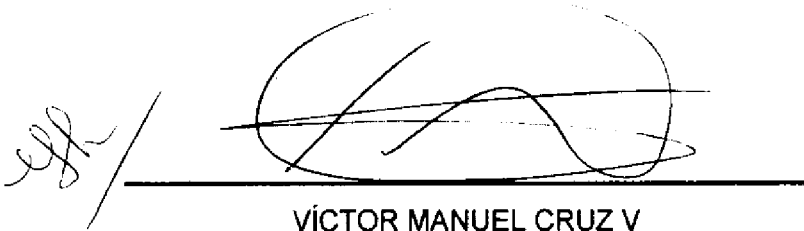
Handwritten scribbles or marks in the center of the page.

lo que hace imposible verificar el cumplimiento de la exigencia de ser superior al 10% del Presupuesto Oficial.

En conclusión, no se pueden considerar válidas las certificaciones que el proponente UNION TEMPORAL FERROVIARIA CENTRAL presenta por experiencia tipo B, por cuanto no cumple con ninguna de las exigencias que para la acreditación de experiencia contiene el Pliego de Condiciones.

Por las observaciones expuestas arriba resulta necesario que la entidad proceda a modificar el Informe de Evaluación que ha establecido y publicado concerniente a la licitación del proceso ya citado.

Atentamente,



VÍCTOR MANUEL CRUZ V  
Representante  
Consortio Ferroviario de Colombia

Diag 94 17-60 Piso 6  
Tel 650.1919



**RESOLUCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA**  
**(Expte. VS/0226/10, LICITACIONES CARRETERAS)**

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup> Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera  
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 5 de junio de 2013.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo) con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente VS/0226/10, LICITACIONES CARRETERAS, cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia de 30 de noviembre de 2012 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que estima parcialmente el recurso interpuesto por VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. contra la Resolución del Consejo de 19 de octubre de 2011.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 19 de octubre de 2011, el Consejo, en el marco del expediente S/0226/10, LICITACIONES CARRETERAS dictó Resolución acordando los siguientes términos:

*“PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de la que son responsables... VIAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.;... consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas y, en particular, el importe de las bajas presentadas a dichas licitaciones.*

*SEGUNDO. Imponer las siguientes multas a las autoras de la infracción:...*

*105.960€ a VIAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.;...”*

2. Sobre la declaración de responsabilidad de VIAS, la RCNC dice lo siguiente (FD Sexto):

*Por tanto, VIAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. debe ser considerada responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las licitaciones 32-AV-2970 AVILA, 32-SO-2940 SORIA convocadas por el Ministerio de Fomento.*

3. Sobre los criterios para el cálculo de la sanción dice la RCNC lo siguiente (FD Séptimo):

*Se parte del volumen de negocios de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.) en 2008 y 2009 que cada empresa ha aportado en respuesta al requerimiento de información de la Dirección de Investigación de 21 de septiembre de 2010 y, en su caso, al requerimiento realizado por el Consejo de a CNC mediante Acuerdo de 19 de julio de 2011.*

(...)

*Así considerado el volumen de ventas afectado y aplicando los coeficientes de ponderación previstos en la comunicación en función de la duración, obtenemos el volumen de ventas total del periodo (ya ponderado por los coeficientes de duración) que se recoge en el cuadro adjunto para cada una de las empresas responsables de la infracción.*

VIASCON	4.113.373 €	1.256.649 €	1.513.735 €
---------	-------------	-------------	-------------

*(...) se considera adecuado aplicar un porcentaje del 5% a las que hayan participado en una sola de las licitaciones, incrementando dicho coeficiente en dos puntos adicionales por cada licitación en la que la empresa haya participado, limitándolo como máximo a un porcentaje del 30%.*

VIASCON	2	1.513.735 €	7%	105.961 €
---------	---	-------------	----	-----------

4. Contra dicha Resolución, VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo nº 679/2011, ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.
5. Mediante Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 30 de noviembre de 2012 se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. contra la citada Resolución del Consejo, cuyo fallo resuelve:

*"...debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la cuantificación de la multa, y en consecuencia **debemos anularla y la anulamos, ordenando a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios 2010, determinando tal volumen según los criterios de la resolución impugnada y los datos aportados por la recurrente, y sin que pueda exceder la multa del 10% de los mismos, **confirmando** la Resolución en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.***"

6. En fecha 24 de mayo se ha recibido en la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) testimonio de la sentencia recaída, con expresión de su firmeza, ordenando se lleve a puro y debido efecto lo en ella acordado.



7. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su reunión plenaria de 5 de junio de 2013.
8. Es interesado en este expediente VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Conforme a lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, "Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen".

**SEGUNDO.** La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional a que hace referencia el Antecedente de Hecho Quinto de la presente Resolución, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. En concreto, en su Fundamentación Jurídica señala lo siguiente:

*"La recurrente sostiene que se le ha impuesto una sanción superando el máximo legal.*

*Antes de analizar concretamente tal alegación hemos de señalar que el sistema que determinan los señalados preceptos se basa en dos elementos esenciales respecto de las infracciones muy graves:*

- 1.- el volumen de negocios que ha de considerarse es el del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa,*
- 2.- el máximo legal previsto es el 10% de dicho volumen.*

*En el presente caso la sanción se impone en Resolución de 19 de octubre de 2011, que refleja el acuerdo del día 13, y por lo tanto el volumen de negocios a considerar es el del ejercicio de 2010. No es correcta la magnitud considerada por la CNC en cuanto se refiere a otro ejercicio. Este argumento ha sido expresamente esgrimido por la recurrente y la Sala ha de acogerlo.*

*En segundo lugar la recurrente aporta como documento número 2 con la demanda la cifra de negocio del ejercicio de 2010 y afirma que la multa impuesta excede del 10% de tal cifra.*

*El documento presentado no coincide en las cifras – probablemente por un error en los puntos y comas – con las cifras recogidas en la demanda. Pero lo cierto es que hemos de acoger la alegación que analizamos en cuanto el volumen de negocios es el del 2010 y la cuantía de la multa no puede exceder del 10% del mismo. Por tanto hemos de estimar el recurso en este aspecto y ordenar a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que*



*resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios 2010, determinando tal volumen según los criterios de la resolución impugnada y los datos aportados por la recurrente, y sin que pueda exceder la multa del 10% de los mismos.*

*Por último es de resaltar que si bien en otros casos de empresas afectadas por esta Resolución no se ha adoptado esta decisión, ello es debido a que no se acreditó que la multa impuesta excediese del 10%, ni siquiera se alegó tal extremo, ni se discutió el ejercicio al que habría de venir referida la multa.*

En vista de ello, la Sala ordena a la CNC "que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios 2010, determinando tal volumen según los criterios de la resolución impugnada y los datos aportados por la recurrente, y sin que pueda exceder la multa del 10% de los mismos".

La Sala confirma la Resolución en sus restantes pronunciamientos ratificando, entre otros extremos, que se trata de una infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62.4.a) de la LDC, la imputación de la actora (responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las licitaciones 32-AV-2970 AVILA, 32-SO-2940 SORIA convocadas por el Ministerio de Fomento) y la duración de la conducta. Dice en concreto la SAN en su Fundamento de Derecho Quinto:

*"Respecto a la duración, compartimos la apreciación de la CNC:*

*"Pero es que, además, los acuerdos sancionados operan como un continuo. Como ya se ha expuesto, estos acuerdos constituyen un mecanismo que permite alterar el importe de las bajas de las licitaciones en beneficio de las empresas. Dado el carácter de juego repetido que tienen estas licitaciones de rehabilitación de carreteras, el mecanismo puede operar con cierta estabilidad. Ello se deduce de los hechos probados, donde se comprueba cómo operó en licitaciones convocadas en diferentes momentos temporales y adjudicadas a lo largo de 2008 y 2009, periodo en el que se sitúa la infracción.*

*Todo ello sin perjuicio de que, como luego veremos, a cada empresa deba atribuírsele una duración específica a efectos de la imputación de volumen de ventas afectado para el cálculo del importe básico de la sanción... Para el cálculo del volumen de ventas afectado y a la vista de las fechas de convocatoria y adjudicación de las licitaciones para las que la colusión se ha acreditado, se toma en cuenta el volumen de negocios de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de carreteras de la siguiente forma:*

*- Para las empresas que sólo han participado en la licitación convocada y adjudicada por PROVISA en 2009, se toma la mitad del volumen de negocios de ese ejercicio. Esa misma proporción se toma para las empresas que han tomado parte solo en licitaciones adjudicadas en 2008.*

- Para las empresas que han participado en licitaciones adjudicadas en 2009 acordadas en la reunión de 16 de diciembre de 2008, se toma el importe equivalente a un mes de facturación de 2008 (prorrateando entre 12 el volumen de ventas de ese ejercicio) y el volumen de negocios de 2009.
- Para las empresas que han participado en licitaciones adjudicadas en 2008 y 2009, se toma la mitad del volumen de negocios de 2008 y el volumen de negocios de 2009."

**TERCERO.** De acuerdo con el artículo 63.1.c) de la LDC el límite de la multa para las infracciones muy graves es de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa que, como la SAN señala, en este caso sería el 2010. Es decir, la sanción calculada conforme a los criterios que se citan en la Resolución y con los que la Sala ha manifestado estar conforme no puede exceder en ningún caso el 10% del volumen de negocios total de la empresa en 2010.

Como consta en los Hechos Probados de la RCNC (HP 1.53):

*VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. (VIASCON). Octava empresa por facturación total en construcción a nivel nacional. Desarrolla su actividad como empresa generalista en los sectores del ferrocarril, autovías y carreteras, aeropuertos, hidráulicas, costas y puertos, industriales y urbanizaciones, edificación residencial y no residencial, medioambientales. Pertenece al 100% al Grupo ACS, concretamente, a Dragados S.A. Su sede está en Madrid, aunque opera en toda España.*

De acuerdo con la información facilitada por la empresa mediante escrito presentado el 9 de agosto de 2011, su facturación en 2010 ascendió a 697.756.000 euros (folio 10283 del expediente S/226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS). Esta información ha sido reiterada en los mismos términos ante la Audiencia Nacional (Anexo 2 del escrito de demanda).

El importe máximo de la sanción que en su caso pudiera corresponderle a VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. es un 10% de dicha cuantía, esto es, 69.775.600 euros, superior a la sanción que le corresponde a VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. según los criterios de la resolución impugnada.

Por tanto, la sanción determinada según los criterios de la resolución impugnada y con los datos aportados por la recurrente, teniendo en cuenta el volumen de negocios total de la empresa en 2010 y sin que pueda exceder la multa el 10% del mismo sería de 105.960 euros.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo



## HA RESUELTO

**PRIMERO.-** Proceder a imponer a VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. la sanción calculada conforme lo expuesto en el Fundamento de Derecho Tercero, en ejecución de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 2012.

**SEGUNDO.-** Dar traslado de esta Resolución a la Audiencia Nacional en prueba de la ejecución de su Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2012.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, a la Audiencia Nacional y notifíquese a la parte interesada.