

RESOLUCION
(Expte. S/0353/11, CESPAs Gestión de Residuos)

Consejo

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D^a. Paloma Ávila de Grado, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero.

En Madrid, a 16 de enero de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero D. Luis Díez Martín, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0353/11, tramitado por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia a raíz de la denuncia formulada por la empresa Andaluza de Tratamientos de la Higiene, S.A. (ATHISA), contra la empresa Cespa Gestión de Residuos, S.A. (CESPA), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia y actos de denigración, consistentes en realizar afirmaciones falsas sobre una de las empresas del grupo empresarial al que pertenece ATHISA, concretamente Ambiface Gestión Medioambiental, S.L. (AMBIFACE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 14 de junio de 2011, se recibió en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), escrito de la empresa Andaluza de Tratamientos de la Higiene, S.A. (ATHISA), en el que se formula denuncia contra la empresa Cespa Gestión de Residuos, S.A. (CESPA), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia y actos de denigración, consistentes en realizar afirmaciones falsas sobre una de las empresas del grupo empresarial al que pertenece ATHISA, concretamente Ambiface Gestión Medioambiental, S.L. (AMBIFACE). Según la denunciante estas prácticas serían contrarias al artículo 9 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y al artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, e incumplirían la Resolución de 18 de enero de 2010 del Consejo de la CNC dictada en relación al expediente sancionador S/0014/07.
2. A la vista de dicha denuncia, la Dirección de Investigación de la CNC inició el análisis de la documentación presentada para determinar, con carácter preliminar, si concurrían circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación de un expediente sancionador. Todo ello de acuerdo con lo

dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC. A esta información reservada se le asignó el número de expediente S/0353/11.

3. Con fecha 12 de diciembre de 2011 se recibe en el Consejo de la CNC Propuesta de la Dirección de investigación de no incoación del procedimiento sancionador, así como del archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada.

De acuerdo con la información contenida en la propuesta de archivo:

3.1 La denunciante, Andaluza de Tratamientos de la Higiene, S.A.(ATHISA), es una empresa familiar cuya principal actividad es la gestión integral de residuos sanitarios y biosanitarios especiales.

3.2 La denunciada, Cespa Gestion de Residuos, S.A. (CESPA), es una sociedad perteneciente al grupo Ferrovial, que tiene como principal actividad la gestión de todo tipo de residuos y desechos.

3.3 Los hechos acreditados son los siguientes:

La denuncia de ATHISA se produce en relación al expediente de contratación 11007/10, Servicio de retirada de residuos biosanitarios, del Hospital General de la Defensa en San Fernando (Cádiz).

De acuerdo con el informe del órgano de contratación del citado expediente (documento nº 2 anejo a la denuncia), la tramitación de dicho expediente se desarrolló de la siguiente manera:

Con fecha 24 de junio de 2010, el Hospital General de la Defensa en San Fernando inició el expediente para la contratación del servicio de retirada de residuos biosanitarios de dicho hospital, para lo cual elaboró el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el que se establecía que el procedimiento de adjudicación del contrato sería abierto, teniendo en cuenta una pluralidad de criterios. Dicho Pliego fue aprobado por el órgano de contratación el 21 de julio de 2010, publicándose en el Perfil del Contratante el 7 de septiembre de 2010.

Dado que no se recibió ninguna oferta dentro del plazo establecido para la admisión de las mismas, el órgano de contratación acordó declarar desierto el expediente y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 154.c de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, decidió continuar su tramitación por procedimiento negociado, para lo cual se elaboró un nuevo Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que fue aprobado por el órgano de contratación el 22 de octubre de 2010, publicándose en el Perfil del Contratante el correspondiente anuncio de licitación con fecha 3 de noviembre de 2010.

De acuerdo con lo establecido para el procedimiento negociado, el órgano de contratación solicitó la presentación de ofertas a las empresas CESPAs y AMBIFACE. Una vez recibidas las ofertas de estas empresas, fueron analizadas y se emitió el correspondiente informe técnico. En dicho informe se estableció que las dos empresas cumplían las prescripciones técnicas requeridas, que los aspectos técnicos objeto de negociación estaban claramente reflejados en ambas ofertas, así como que no existían diferencias técnicas significativas entre éstas.

A la vista del informe técnico, el órgano de contratación efectuó, con fecha 10 de diciembre de 2010, la adjudicación del contrato a la empresa AMBIFACE, ya que había presentado la oferta económica más ventajosa.

Con fecha 12 de enero de 2011 el representante de CESPAs interpuso recurso de alzada contra la resolución en la que se adjudicaba el contrato a AMBIFACE. El recurso se recibió en el Hospital General de la Defensa en San Fernando el 17 de enero de 2011.

En dicho recurso, CESPAs realiza una serie de manifestaciones sobre las prestaciones ofertadas por AMBIFACE, que según esta última tienen como objetivo denigrarla y perjudicar su imagen. Así, CESPAs afirma que:

- Tiene sospechas de que la adjudicataria (AMBIFACE) sólo tiene una furgoneta, sin capacidad de sustitución en caso de reparación o avería, mientras que CESPAs ofertó unos 50 vehículos.
- CESPAs dispone de una planta para higienizar envases, mientras que, por lo que le consta, la adjudicataria carece de planta con autorizaciones en la que pueda higienizar.
- CESPAs dispone de 8 plantas de tratamiento y de varias plantas de transferencia, mientras que la adjudicataria tiene una sola planta.
- La adjudicataria no señala cantidad mínima alguna de contenedores a aportar, mientras que CESPAs ofrecía 30 contenedores.

Como interesada en el procedimiento, el órgano de contratación trasladó a AMBIFACE el escrito del recurso de alzada, al objeto de que alegara lo que estimara procedente.

Con fecha 28 de marzo de 2011, ATHISA presentó ante el órgano de contratación escrito de alegaciones al recurso de alzada. En dicho escrito se hacen una serie de manifestaciones en relación a las afirmaciones realizadas por CESPAs en el recurso de alzada, que son consideradas falsas. Así, se dice que:

- La adjudicataria posee una flota de 13 vehículos debidamente autorizados para la gestión de residuos sanitarios, no una sola furgoneta como se afirma en el recurso.
 - AMBIFACE sí que dispone de una planta de tratamiento de residuos sanitarios así como de higienización de contenedores, de la que es

titular la empresa ABORGASE, cuya explotación está cedida en exclusiva a la empresa IBERATHISA, participada al 50% por el Grupo ABORGASE, y el otro 50% por el Grupo ATHISA.

- Al comentario de CESPA de que AMBIFACE sólo posee una planta de tratamiento, esta última dice que también ofertó como garantía de continuidad, las plantas de la empresa AMBIMED en Portugal. AMBIMED perteneció al grupo ATHISA hasta octubre del año 2009, pero en la actualidad sigue manteniendo un convenio de colaboración por el que AMBIFACE puede disponer de las plantas en Portugal.
- En cuanto al comentario de que CESPA había ofrecido 30 contenedores y que la adjudicataria no había ofertado cantidad mínima alguna de contenedores, AMBIFACE afirma que en su oferta se ponían a disposición del Hospital el número de contenedores que pudiera necesitar, sin límite alguno.

3.4 Teniendo en cuenta estos hechos la Dirección de Investigación fundamenta la propuesta de archivo en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, de los hechos denunciados no se desprende indicio alguno de que la actuación de CESPA haya respondido a un acuerdo entre empresas, por lo que no le sería de aplicación el artículo 1 de la LDC, sede de la infracción por la que se sancionó a CESPA, junto con otras empresas, en ~~le e-le~~ expediente S/0014/07.

En segundo lugar, es necesario determinar si de los hechos denunciados se desprenden indicios de infracción del artículo 3 de la LDC.

El artículo 9 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, establece que *“Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”*.

Por otro lado, el artículo 3 de la LDC establece que estarán prohibidos *“los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”*.

La Dirección de Investigación considera que las manifestaciones realizadas por CESPA en el marco del recurso de alzada, no se han realizado de forma pública y notoria, y AMBIFACE ha tenido la oportunidad de contestar a las mismas, habiendo presentado ante la administración competente todos los elementos de prueba que a su juicio ha considerado necesarios para desvirtuar las afirmaciones de CESPA, y de esta forma evitar que se vea alterada la adjudicación del contrato a AMBIFACE.

En consecuencia, la Dirección de Investigación considera que las afirmaciones de CESPAs, que se producen en el marco de un recurso de alzada contra la adjudicación de un contrato por procedimiento negociado, al que sólo tienen acceso la administración pública convocante, CESPAs y AMBIFACE, no son susceptibles de afectar al interés público y a la libre competencia, por lo que no sería de aplicación el artículo 3 de la LDC incluso si se considerara que ha existido un acto de competencia desleal por parte de CESPAs

4. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su reunión de 11 de enero de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 49.1 de la LDC dispone que la Dirección de Investigación incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la misma Ley. En el número 3 del citado artículo 49 se añade que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas cuando considere que no hay indicios de infracción.

La Dirección de Investigación propone a este Consejo el archivo de las actuaciones realizadas en el expediente de referencia. Por ello, el objeto de esta Resolución es determinar si, a la vista de la información disponible, tal propuesta es conforme a Derecho por no existir indicios de infracción en la conducta denunciada y analizada por el órgano de instrucción.

SEGUNDO.- A la vista de la denuncia presentada y del análisis de los hechos realizado por la Dirección de Investigación, el Consejo comparte con el órgano instructor que no se aprecian indicios racionales de infracción de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.

En particular, el Consejo comparte con la Dirección de Investigación que la naturaleza de la conducta denunciada, esto es, las manifestaciones de CESPAs contenidas en el recurso de alzada presentado contra la adjudicación, a favor de AMBIFACE, del contrato de retirada de residuos biosanitarios, solo pueden ser valoradas, desde la óptica de la Ley de Defensa de la Competencia, a la luz de su artículo 3.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo en expedientes precedentes, bajo la redacción del artículo 3 resultaría necesaria la concurrencia de dos requisitos: la existencia de un acto de competencia desleal de acuerdo con la Ley

3/1991 de Competencia Desleal y la afectación del interés público (RCNC de 3 de abril de 2008, S/0049/08 LIDL Supermercados RCNC de 10 de junio de 2009, expediente 2741/06 Signus Ecovalor).

Y ha matizado este criterio señalando que “ante una denuncia de infracción del artículo 3 de la LDC, el órgano de instrucción debe analizar, antes que nada, la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, teniendo para ello en cuenta factores como la naturaleza de la conducta, la estructura del mercado, el bien o servicio afectado, etc.; es decir, el contexto jurídico y económico afectado, de suerte que si tras este análisis no se aprecian indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, no sólo resulta superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta desde la óptica del Derecho contra la competencia desleal, sino que tal calificación carece de toda relevancia jurídica en la medida en que no concurre el presupuesto que habilita a la Autoridad de Competencia para sancionar actos de competencia desleal.” (RCNC de 15 de diciembre de 2011, expte. S/0350/11 ASISTENCIA EN CARRETERA).

Del análisis de la conducta denunciada realizado por la Dirección de Investigación no cabe apreciar que las manifestaciones que hace CESPAs en el recurso de alzada sean susceptibles de afectar al interés público y a la libre competencia.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Con amparo en el Artículo 49.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas con el número S/0353/11, CESPAs, por considerar que no hay indicios de infracción del Artículo 3 de la mencionada Ley.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a denunciante y denunciada, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.