

RESOLUCIÓN (Expte. S/0272/10, CENTRO INTERNACIONAL DE CULTURA CONTEMPORÁNEA, S.A.)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 31 de agosto de 2010.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, y siendo Ponente la Consejera D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador S/0272/10, CENTRO INTERNACIONAL DE CULTURA CONTEMPORÁNEA, S.A, que trae causa en el escrito de denuncia presentado por la empresa Nexo 601, S.A. en el que se ponen de manifiesto conductas protagonizadas por Centro Internacional de Cultura Contemporánea, S.A. (CICC) que supuestamente pudieran ser constitutivas de infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 7 de mayo de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación escrito y nota sucinta dirigidos por el Jefe del Servicio Vasco de Defensa de la Competencia (SDC-PVA), informando que el 23 de marzo de 2010 habían recibido en ese organismo escrito de denuncia de la empresa Nexo 601, S.A., en el que se ponen de manifiesto conductas que pudieran ser constitutivas de infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

En concreto los hechos denunciados consisten en la convocatoria de un concurso para la contratación de un proyecto tecnológico cuyo pliego de cláusulas económico-administrativas, en su apartado 12, iría más allá de lo requerido en el artículo 48 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al no permitir la acumulación de la solvencia económico-financiera y técnico-profesional a las empresas que se asocien en Unión Temporal de Empresas (UTE).

La Dirección de Investigación, sin embargo, consideró que el órgano competente para conocer de las actuaciones era la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) ya que las empresas participantes operaban más allá de la Comunidad Autónoma Vasca. El 7

de junio de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación escrito de SDC-PVA, al que adjuntaba la documentación del expediente.

2. De acuerdo con la descripción de la Dirección de Investigación, las empresas implicadas en este procedimiento son las siguientes:

- La denunciante NEXO 601, S.A. (NEXO) es una sociedad anónima constituida en el año 1998, con domicilio social en Madrid, cuyo objeto social es la instalación, mantenimiento y fabricación de equipos de telecomunicación, vídeo y sonido, traducción, documentación y consultoría, así como la elaboración de proyectos de ingeniería.
- El denunciado, Centro Internacional de Cultura Contemporánea, S.A. (CICC) es una sociedad pública creada en el año 2001 por el Ayuntamiento de San Sebastián, la Diputación Foral de Guipúzcoa y el Gobierno Vasco, al objeto de recuperar para la ciudad de San Sebastián la gran fábrica de tabaco del barrio de Egia y destinarla a un Centro Internacional de Cultura Contemporánea.
- IDOM Ingeniería y Consultoría, S.A., es una empresa cuya sede principal está en Bilbao, y que cuenta con sedes en toda España y en el extranjero, desarrollando servicios de ingeniería, arquitectura y consultoría. Ha sido el adjudicatario del concurso objeto de denuncia.

3. De sus actuaciones la Dirección de Investigación concluye los siguientes hechos:

“En el año 2009, CICC procede a convocar un concurso público para la licitación por procedimiento abierto, de la contratación de los servicios de ingeniería para el proyecto tecnológico del Centro Internacional de Cultura Contemporánea.

En la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas por el que se rige este concurso, se establece que los licitadores deberán acreditar estar en posesión de las siguientes condiciones de solvencia económico-administrativa y técnico-profesional:

- *Haber desarrollado, en los tres últimos años, al menos un proyecto audiovisual cuyo coste de inversión efectuada en el referido proyecto haya sido igual o superior a 5.000.000 de euros (IVA excluido).*
- *Haber prestado servicios relativos a proyectos audiovisuales y/o telecomunicaciones por importe superior a 500.000 euros (IVA incluido) en los tres últimos años, en el conjunto de los mismos.*
- *Haber contado, a lo largo de los tres últimos años y para cada uno de dichos años, durante al menos la mitad de cada uno de ellos, en la plantilla de la empresa, con al menos seis ingenieros de telecomunicaciones y tres ingenieros industriales.*

Asimismo, en la citada cláusula 12 se establecía que podrían contratar con CICC las UTE que se constituyan temporalmente al efecto. Cada uno de los que componen la UTE deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a lo previsto en el pliego, sin que, en ningún caso, se admita la acumulación de la solvencia de cada una de las empresas a efectos de la determinación de la solvencia mínima requerida, exigiéndose la concurrencia de la total solvencia en todas y cada una de ellas.

Esta cláusula 12 es el objeto de la denuncia por parte de NEXO, ya que según la denunciante “no permitir la acumulación de la solvencia por empresas que se asocien en UTE, desnaturaliza la esencia misma de las UTE, que es precisamente sumar fuerzas en los apartados financiero, técnico y logístico”. Además, la denunciante indica que sólo una empresa estaría en condiciones de acreditar la solvencia requerida, en concreto IDOM Ingeniería y Consultoría, S.A., dado que “todas son empresas pequeñas de menos de 7-8 trabajadores incluyendo el personal auxiliar, por lo que les es imposible cumplir el tercer requisito sin sumar fuerzas con otras compañías del mismo perfil”. Estas condiciones, en consecuencia, “expulsan de la concurrencia a las demás empresas de ingeniería del sector de los audiovisuales y de las telecomunicaciones”.

Según la denunciante, esta cláusula 12 iría más allá de lo requerido en el artículo 48 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, al no permitir la acumulación de la solvencia por empresas que se asocien en UTE.

El día 9 de junio de 2010, se publicó en el perfil de contratante del Centro Internacional de Cultura Contemporánea, la adjudicación definitiva del concurso objeto de licitación, que recayó en la empresa IDOM Ingeniería y Consultoría, S.A., empresa a la que hacía referencia anteriormente la denunciante.”

4. En su valoración jurídica del asunto la Dirección de Investigación analiza si cabe hablar de infracción contra los artículos 1, 2 y 3 en este caso y concluye lo siguiente.

No existen indicios de una conducta que infrinja el artículo 1 de la LDC, pues dicho precepto es aplicable exclusivamente a los acuerdos bilaterales o plurilaterales entre empresas, pero no a las decisiones que, cualquiera que sea su denominación legal o formal, sean adoptadas por un solo sujeto, como ocurre en el caso analizado. En el caso que nos ocupa, no hay indicios de la existencia de ningún acuerdo entre empresas que haya dado lugar a los hechos denunciados. Así, el Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas de dicho concurso en principio ha sido elaborado de forma unilateral por CICC.

Para poder apreciar una infracción del artículo 2 de la LDC el operador denunciado, en este caso CICC, debe disponer de una posición de dominio en un mercado relevante definido, y que haya incurrido en una explotación abusiva de dicha posición de dominio.

En el presente caso, CICC no actúa como oferente, sino como demandante de servicios de ingeniería, mercado en el que indudablemente puede afirmarse que no ostenta posición de dominio y, por consiguiente, tampoco puede llevar a cabo una explotación abusiva de esa posición.

Respecto a la violación del artículo 3, el denunciante no concreta el supuesto de competencia desleal ante el que nos hallaríamos. La Dirección de Investigación analiza una posible infracción del artículo 15 de la mencionada Ley, que establece que: “se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes” y dice al respecto:

“En este sentido, según el artículo 51.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público “los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”. No obstante, dicho artículo en ningún caso hace referencia a la obligación por parte del órgano de contratación de admitir la acumulación de la solvencia por las empresas que se asocien en UTE.

Por otro lado, el artículo 48 de la Ley 30/2007 al que hace alusión NEXO en su escrito, establece la posibilidad de las UTE para contratar con el sector público bajo determinadas condiciones, pero en ningún caso hace referencia a la acumulación o no de la solvencia para las empresas que componen la UTE.

Por estos motivos, no existen indicios de que CICC haya cometido ninguna infracción de leyes que le hayan otorgado una ventaja competitiva significativa, en la medida que CICC en principio ha actuado dentro del margen establecido por los artículos 48 y 51 de la Ley 30/2007, sin perjuicio de que haya optado o no por una solución que pudiera limitar la competencia de forma innecesaria.

Por otra parte, tampoco existen indicios de que la conducta denunciada afecte al interés público protegido por el artículo 3 de la LDC, dado el escaso peso de CICC como demandante de servicios de ingeniería en España.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe concluir que no existen indicios de que la denunciada haya incurrido en una infracción del artículo 3 de la LDC”.

A la vista de todo lo anterior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la Dirección de Investigación propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por Nexo 601, S.A., contra Centro Internacional de Cultura Contemporánea, S.A.

5. El Consejo de la CNC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 28 de julio de 2010.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. El número 3 del artículo 49 de la Ley de Defensa de la Competencia dispone que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, podrá acordar no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley y, en consecuencia, dictar el archivo de las actuaciones realizadas por la Dirección de Investigación cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley 15/2007.

A la vista de la denuncia presentada y del análisis de los hechos realizado por la Dirección de Investigación, el Consejo no aprecia indicios racionales de infracción de la Ley 15/2007. Se ha producido la convocatoria de un concurso por parte de una sociedad pública, para obtener la prestación de un servicio de ingeniería, concurso que se ha

desarrollado dentro de los límites que marca la vigente normativa de contratación. El Consejo comparte los argumentos por los que la Dirección de Investigación descarta la existencia de infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007. No se aprecia acuerdo bilateral que vulnere lo previsto en el artículo 1. No cabe atribuir a CICC una posición de dominio desde la que pueda infringir el artículo 2. Por último, CICC no ha cometido ningún acto desleal y, en particular, alguna infracción de leyes que le haya otorgado una ventaja competitiva significativa como operador económico.

Por consiguiente, vista la propuesta de la Dirección de Investigación y no apreciando indicios de infracción de la Ley 15/2007 en los hechos denunciados, el Consejo considera que conforme a lo previsto en el artículo 49.3 de la citada Ley procede la no incoación de expediente y, consecuentemente, el archivo de las actuaciones motivadas por la denuncia presentada por NEXO 601 contra CICC.

SEGUNDO. Sin perjuicio de que con ello no se infrinjan los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, este Consejo considera que la manera en que se ha diseñado el concurso perjudica la competencia efectiva. CICC, en tanto que licitador, ha diseñado un pliego que en su cláusula 12 exige que cada uno de los integrantes de la UTE cumpla los requisitos de capacidad y solvencia conforme a lo previsto en dicho pliego, sin que, en ningún caso, se admita la acumulación de los requisitos de cada una de las integrantes. Esta exigencia resulta innecesaria e injustificada, puesto que si una UTE se presenta al concurso lo relevante es que, como unidad económica, sea capaz de cumplir los requisitos que se le exigen. Precisamente una de las razones por la que se constituyen UTEs para participar en los concursos suele ser la de aglutinar experiencia y solvencia técnica y económica-financiera de diferentes operadores económicos, permitiendo con ello el acceso a los concursos a empresas que individualmente no podrían competir. Exigir los requisitos a cada uno de los integrantes de la UTE supone restringir innecesariamente la capacidad de participación de muchas empresas en los concursos y, con ello, obstaculizar de manera injustificada la competencia en la licitación.

Esta es una cuestión que, sin duda, ha de tomarse en consideración por parte de las administraciones licitadoras a efectos de la debida promoción de la competencia en los concursos públicos. El diseño de los concursos no debe limitar innecesaria e injustificadamente la participación de empresas en detrimento de la concurrencia de la licitación.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

HA RESUELTO

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Investigación como consecuencia de la denuncia presentada por NEXO 601,

S.A. contra Centro Internacional de Cultura Contemporánea, S.A. (CICC) por supuestas conductas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al denunciante y denunciado, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.