

RESOLUCIÓN (Expte. 565/03, Materiales Radiactivos)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
del Cacho Frago, Vocal
Torremocha y García-Sáenz, Vocal
Conde Fernández-Oliva, Vocal
Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 22 de julio de 2004

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición antedicha y siendo Ponente el Vocal Sr. Conde Fernández-Oliva, ha dictado la presente Resolución en el expediente 565/03 (2356/02 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), incoado a Nucliber, S.A.(en adelante, Nucliber), Amersham Health, S.A. (en adelante, Amersham), Tyco Healthcare Spain, S.L (en adelante, Tyco) y Schering España, S.A. (en adelante, Schering), a raíz de la denuncia formulada por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón (en adelante, el Hospital), por supuestas prácticas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en un “acuerdo colectivo entre las empresas del sector (radiofármacos) para la fijación indirecta de los precios al demandante” y un “abuso de posición dominante materializada en la fijación directa de precios no equitativos”.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 29 de enero de 2002, se recibe en el SDC denuncia del Hospital contra Tyco, Schering, Nucliber y Amersham, por supuestas prácticas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la LDC.
2. Por Providencia de 14 de febrero de 2003 y de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 4 del artículo 36, el SDC acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente.

3. El 18 de julio de 2003 se recibió en el Tribunal el Expediente, que consta de 5 tomos y 1 confidencial. En el Informe-propuesta del Servicio de fecha 15 de julio de 2003 se solicitaba que por el TDC:
 - a) se declare que los acuerdos adoptados en relación con la fijación de precios constituyen acuerdos restrictivos de la competencia que infringen el artículo 1.1 de la LDC, considerando responsables a Amersham Health, S.A., Schering España, S.A., Tyco Healthcare Spain, S.L. y Nucliber España, S.A.
 - b) se intime a las entidades imputadas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes.
 - c) se ordene a las imputadas que difundan el texto de la resolución que se adopte, en su caso, con el fin de evitar situaciones semejantes y paliar los efectos de las prácticas declaradas prohibidas y se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 46 de la LDC.
4. El 23 de julio de 2003 se admitió a trámite por el Pleno del Tribunal.
5. Mediante Providencia de 24 de julio de 2003, se comunicó la admisión a trámite del expediente así como su puesta de manifiesto a los interesados, por el plazo legalmente previsto, para que pudieran solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimasen necesarias.
6. Entre el 15 y el 18 de septiembre de 2003 se recibieron escritos de las denunciadas proponiendo pruebas.
7. El Hospital por escrito de 16 de septiembre de 2003 solicita, ante lo voluminoso del expediente, una ampliación del plazo concedido para vista del mismo y propuesta de pruebas. Por Providencia de fecha 24 de septiembre se concede la prórroga solicitada. Posteriormente no se ha presentado ninguna propuesta de pruebas ni alegaciones.
8. Por Providencia de 22 de marzo de 2004 se acuerda el cambio de ponente por cese del anterior, nombrando Vocal ponente a D. Emilio Conde Fernández-Oliva.
9. El 26 de abril de 2004 el Pleno del Tribunal acuerda Auto sobre Prueba y Vista.
10. El 2 de junio de 2004 se dicta Providencia para Conclusiones.

11. El 17 de junio de 2004 se reciben escritos de conclusiones de Nucliber y Schering, el 18 de junio de 2004 de Tyco (con una versión no confidencial y otra confidencial) y el 23 de junio de 2004 de Amersham.
12. El Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión del 7 de julio de 2004.
13. Son interesados:
 - Hospital General Universitario "Gregorio Marañón".
 - Tyco Healthcare Spain, S.L.
 - Schering España, S.A.
 - Nucliber, S.A.
 - Amersham Health, S.A.

HECHOS PROBADOS

1. El Hospital suele convocar anualmente concursos para el suministro de los radiofármacos necesarios para la prestación de sus servicios. En los concursos 127/02 y 128/02 convocados el año 2001 presentaron ofertas, Tyco (que adquirió Mallinckrodt Medical, S.A. en 2001), Schering, Nucliber y Amersham. La prueba practicada permite concluir que en esos concursos se produjeron ofertas de las denunciadas para determinados productos cuyos niveles de precios fueron idénticos o similares, que hubo un incremento similar en los precios de suministro de varios productos respecto a los de licitación, así como una tendencia general al incremento de los precios ofrecidos por las cuatro denunciadas respecto a los máximos de licitación, que fueron fijados en base a los de adjudicación del año anterior.
2. Las coincidencias de precios en el concurso 127/02 fueron las siguientes: en los precios ofertados en los kits de HDP (en las ofertas de Tyco y Schering), en los Kits de DPTA, en los DMSA y en los de pirofosfato (en las de Tyco y Amersham) y en los Kits de Br-Hida (entre Amersham y Schering). Por otra parte, en el concurso 128/02 las coincidencias en ofertas de Tyco y Amersham se produjeron en las cápsulas de 75 mci y en las de 100 mci de I-131 (en las de 150 mci la diferencia es sólo de 10 céntimos de euro) y en los generadores de 99m-Tc (tanto en los de 1100 como en los de 900 mci en primera elución).

3. Respecto al incremento de precios similar en los precios de suministro de varios productos respecto a los precios de licitación, se constata que para los diferentes lotes de productos, los aumentos estaban comprendidos en la mayoría de los casos en un intervalo entre el 50% y el 60%.
4. En lo que se refiere a los excesos de los precios de las ofertas sobre el máximo fijado por el Hospital para la licitación, resulta probado en el concurso 127/02 lo siguiente:
 - Tyco presentó 6 ofertas: cinco por encima del precio de licitación en cuantías del 27%, 49% y 63% y una un 0,06% menor.
 - Amersham presentó 12 ofertas: nueve superiores al precio de licitación entre un 38% y un 83%, una igual a ese precio y dos por debajo, entre un 0,22% y el 4%.
 - Nucliber presento 4 ofertas, todas ellas por encima del precio de licitación (una un 45% mayor y tres un 60%).
 - Schering presentó 9 ofertas, todas por encima del precio de licitación en porcentajes que oscilan entre el 26% y el 64%.

Cabe señalar que en los concursos de años precedentes para el suministro de Kits, la política adoptada por todas las empresas participantes en ellos consistió en fijar precios iguales (especialmente Cis España, S.A., empresa adquirida en verano de 2000 por Schering) o por debajo del precio de licitación.

En el concurso 128/02 resulta probado en relación a los precios máximos de licitación fijados por el Hospital lo siguiente:

Tyco presentó 10 ofertas, una un 27% inferior al precio de licitación, una igual y ocho por encima entre un 45% y el 67% (excepto una de ellas que sólo supera el precio de licitación en un 1,2%).

Amersham presentó 15 ofertas, dos al precio de licitación, una por debajo en un 1,99% y doce por encima entre un 35% y el 79%.

Nucliber presentó 11 ofertas, una por debajo en el 2% y diez por encima entre el 31% y el 78%.

Schering presentó 12 ofertas, diez por encima entre el 38% y 62% y dos por debajo en menos del 1%.

En los concursos de años precedentes similares al 128/02, los precios de licitación fueron superiores a los de licitación casi excepcionalmente. Referido a las empresas denunciadas, en el concurso 128/99, Cis (ahora Schering) ofreció precios superiores en un solo producto; en el 128/00, Amersham en uno solo, y Nucliber en cuatro; y en el 128/01, Amersham en cuatro y Nucliber en uno.

5. La consideración de los precios de los concursos convocados el año anterior en relación a los precios de los concursos denunciados y los precios máximos de licitación fijados en estos últimos, permiten esclarecer la política seguida por las denunciadas en lo que se refiere a los lotes de productos declarados desiertos:

Concursos 127/2001 y 127/2002 (precios del año 2001 se han transformado a euros).

- Kits HDP: en el concurso 127/2001 ofertaron Mallinckrodt Medical, S.A. (adquirida por Tyco en 2001) a 69,12 y Amersham a 73,56; en el 127/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 69,12, ofertando tanto Mallinckrodt (ahora Tyco) como Schering (antes Cis España, S.A., empresa adquirida por Schering en el verano de 2000) ambos a 93,76. **En lo que sigue, la referencia se hará a la empresa actual para simplificar, teniendo en cuenta que en el concurso 127/2001 la oferta la hizo Mallinckrodt Medical, S.A.**
- Kits Pirofosfato: en el concurso 127/2001 ofertaron Tyco a 34,86 y Amersham y Nucliber a 36,78; en el 127/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 34,86, ofertando tanto Tyco como Amersham ambos a 93,76, Nucliber a 87,147 y Schering a 95.
- Kits macroagregados: en el concurso 127/2001 ofertaron Tyco a 48,08, Amersham a 60,10 y Nucliber a 63,71; en el 127/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 48,08, ofertando Tyco a 93,76, Amersham a 156,27, Nucliber a 69,23 y Schering a 87,147.
- Kits DPTA: en el concurso 127/2001 ofertaron Tyco a 34,86 y Amersham y Nucliber a 38,25; en el 127/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 34,86, ofertando Tyco y Amersham a 93,76, Nucliber a 87,147 y Schering a 96,88.

- Kits DMSA: en el concurso 127/2001 ofertaron Tyco a 34,86 y Amersham y Nucliber a 36,17; en el 127/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 34,86, ofertando Tyco y Amersham a 93,76, Nucliber a 87,147 y Schering a 95.
- Kits de marcaje: en el concurso 127/2001 ofertó Amersham a 36,78; en el 127/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 36,78, ofertando Amersham a 93,76 y Schering a 100.
- Kits Br HIDA: en el concurso 127/2001 ofertó Amersham a 58,02; en el 127/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 58,01, ofertando Amersham y Schering a 93,76.
- Kits coloide de azufre: en el concurso 127/2001 ofertó Amersham a 57,37; en el 127/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 57,37, ofertando Schering a 93,76.
- Kits S. de Renio: en el concurso 127/2001 no ofertó ninguna de las empresas denunciadas; en el 127/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 57,38, ofertando Amersham a 156,27 y Schering a 100.
- Kits nanocoloide: en el concurso 127/2001 ofertó Amersham a 58,02; en el 127/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 58,01 ofertando Amersham a 156,27 y Schering a 100.

Concursos 128/2001 y 128/2002 (precios de 2001 en euros)

- I-131 cápsula 75 mci: en el concurso 128/2001 ofertaron Tyco a 95,56, Amersham a 96,16 y Nucliber a 93,16; en el 128/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 96,16, ofertando Tyco y Amersham a 218,77, Nucliber a 453,76 y Schering a 225,02.
- I-131 cápsula 100 mci: en el concurso 128/2001 ofertaron Tyco a 99,17, Amersham a 96,17 y Nucliber a 94,96; en el 128/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 99,17 ofertando Tyco y Amersham a 265,65, Nucliber a 193,53 y Schering a 262,52.
- I-131 cápsula 150 mci: en el concurso 128/2001 ofertaron Tyco y Amersham a 150,25 y Nucliber a 150,85; en el 128/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 150,25, ofertando Tyco a 359,51, Amersham a 359,41, Nucliber a 239,20 y Schering a 368,78.

- I-131 colesterol: en el concurso 128/2001 ofertó Tyco a 192,32 y Amersham a 240,40; en el 128/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 192,32 ofertando Tyco a 350,03, Amersham a 206,27 y Schering a 312,53.
- Generador 99m-Tc 1100 mci: en el concurso 128/2001 ofertó Tyco a 312,53, Amersham a 330,56 y Nucliber a 318,57; en el 128/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 318,53 ofertando Tyco y Amersham a 750,07 y Nucliber a 715,20.
- Generador 99m-Tc 900 mci: en el concurso 128/2001 ofertó Tyco a 300,51 y Amersham y Nucliber a 330,56; en el 128/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 300,50 ofertando Tyco y Amersham a 562,55 y Nucliber a 438,74.
- Talio 201 M-201 4 mci: en el concurso 128/2001 ofertaron Tyco a 55,17, Nucliber a 54,69 y Amersham a 96,16; en el 128/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 54,69 ofertando Tyco a 31,25 de base más 31,25€/mci nominal, Nucliber a 84,14 y Schering a 93,76.
- Dosis de 100 mci de I-131 solución: en el concurso 128/2001 ofertaron Amersham a 81,13, Nucliber a 138,23 y Schering a 81,25; en el 128/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 82,88, ofertando Tyco a 240,40, Amersham a 265,65, Nucliber a 153,11 y Schering a 146,89.
- Galio-67 50 mci: en el concurso 128/2001 ofertaron Tyco a 282,48 y Amersham a 390,66; en el 128/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 282,47, ofertando Tyco a 31,25 de base más 31,25€/mci nominal, Amersham a 1375,12, Nucliber a 516,87 y Schering a 687,56.
- P-32 fosfato: en el concurso 128/2001 ofertó Amersham a 191,12; en el 128/2002 el precio máximo de licitación se fijó en 191,12, ofertando Tyco a 150,01, Amersham a 243,78, y Schering a 237,52.
- Y-90 citrato 5 mci: en el concurso 128/02 el precio máximo se fijó en 168,76, siendo la única oferta la de Schering a 206,27.
- Y-90 citrato 10 mci: en el concurso 127/01 ofertó Amersham a 220,69; en el 128/02 el precio máximo se fijó en 220,69, ofertando Amersham a 412,54 y Schering a 281,27.

- IN-111 DTPA: en el año precedente ofertó Tyco a 51,09; el precio máximo de licitación en el 128/02 se fijó en 51,09, no ofertando ninguna de las denunciadas.
- I-125: en el 128/01 ofertó Amersham a 116,36; el precio máximo de licitación en el concurso 128/02 se fijó en 116,35, ofertando sólo Amersham a 181,27.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La cuestión planteada en el presente expediente consiste en determinar si las conductas denunciadas vulneran el artículo 1 de la LDC que prohíbe todo acuerdo que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan, entre otros, en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. En contra del contenido de la denuncia, no cabe apreciar abuso de posición de dominio (artículo 6 de la LDC) por las denunciadas, en tanto que ninguna, por separado o conjuntamente, tienen cuota de mercado suficiente, se ven sometidas a una competencia creciente y operan en el marco de monopsonio que ejerce la sanidad pública en la compra de radiofármacos.

Al no disponerse de pruebas directas en el expediente que permitan deducir la existencia de un acuerdo colusorio, se hace necesario acudir a la prueba de presunciones (procedimiento frecuente en materia de la competencia) para demostrar la existencia de infracción, aunque es una prueba que debe utilizarse con extrema precaución. La doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo considera que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre bases indiciarias. Pero lo condiciona a que los indicios estén plenamente probados, a que no se traten de meras sospechas y a que se explicita el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se llegue a la conclusión de que los imputados realizaron la conducta infractora.

2. El TDC ha establecido en diversas Resoluciones que las pruebas indiciarias sólo pueden servir de base de imputación si no hay otra explicación lógica alternativa de los hechos. Si ésta existe, debe prevalecer y llevar a la conclusión de que no se ha producido infracción.

Por otra parte, en repetidas ocasiones ha considerado acreditada una infracción consistente en concertación en materia de precios por la coincidencia y simultaneidad en su variación. Así ocurre, entre otras, en la Resolución de 4 de julio de 1988 (Prensa dominical), confirmada por Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997, en la Resolución de 2 de noviembre de 1988 (Prensa del corazón) que ha sido confirmada por las Sentencias de la Audiencia Nacional de 10, 22 y 30 de marzo de 1993 y del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1997, y en la Resolución de 15 de septiembre de 1988 (Vacunas antigripales) que, recurrida ante la Audiencia Nacional, fue confirmada por Sentencia de 6 de mayo de 2002.

2. Los datos existentes en el expediente permiten constatar que en los concursos convocados para el suministro de radiofármacos, se produjeron ofertas para una serie de productos cuyos precios eran idénticos o similares, que hubo un incremento similar en los precios de suministro de varios productos respecto a los de licitación, así como una tendencia general al incremento de los precios ofrecidos por las denunciadas respecto a los máximos fijados para la licitación.

No puede explicarse la similitud de comportamiento, como resultado de la casualidad, del aumento de los costes o de los precios que estaban dispuestos a pagar otros demandantes y los precios que venían ofreciendo sus competidores. Estos argumentos podrían explicar una tendencia al aumento de los precios o a fijar precios poco diferenciados, pero no precios idénticos o similares y muy superiores a los precios máximos de licitación en la mayoría de los casos, dadas las características diferenciales de cada empresa (estrategia de ventas, estructura de costes y organización) y sobre todo porque si cada una hubiera decidido de forma autónoma ofrecer precios mayores a los de licitación, se hubiera producido el rechazo de sus ofertas y la adjudicación a otro competidor.

En cuanto al requisito exigido de que exista un enlace lógico entre los hechos demostrados y los que se trata de deducir, cabe señalar que las cuatro denunciadas presentaron sus ofertas en sobres cerrados para que ni otros competidores ni el propio Hospital conocieran su contenido hasta que fueran abiertos por la mesa de contratación en un mismo acto, por lo que es difícil creer que la identidad de comportamientos se produjera espontáneamente. Las razones que fundamentan esta afirmación son las siguientes:

- a) Los concursos no se realizaron en condiciones de competencia perfecta, ya que existía un solo comprador, el Hospital, que definió los

suministros requeridos y los precios de compra correspondientes, y varios oferentes, entre los que estaban las cuatro denunciadas que debieron determinar sus ofertas en función de esas condiciones.

b) Que las ofertas eran secretas y presentadas en sobres cerrados, por lo que no era posible una estrategia de tipo líder-seguidor, donde uno de los competidores tuviera poder de mercado suficiente para actuar como líder en la fijación de precios y posteriormente el resto de los competidores le imitara.

c) Sólo queda, por tanto, la concertación, lo que no implica necesariamente que debiera haber un acuerdo suscrito por todos, con fuerza vinculante para las partes y una organización capaz de controlar su cumplimiento.

4. Las explicaciones aportadas por las empresas para justificar su actuación, aparte de señalar que la estructura del mercado lleva a que no sea racional el mantenimiento de un acuerdo tácito y que eran precios de mercado (precios ofrecidos a diversos hospitales y centros sanitarios), destacan, en general, el aumento de los gastos de personal y de transporte, de los materiales, de los de manipulación y embalaje, de las tasas y por la normativa, el cambio de estrategias comerciales y empresariales, la revisión de la estructura de costes, y el efecto de la inflación. Incluso se señala como posible un escenario en el que el Ministerio fijase el precio de reembolso de los productos.

Estas circunstancias podrían justificar una cierta elevación de los precios de oferta, pero no a los niveles que se han producido, salvo que se diera por cierto que la Administración fijaría unos precios de reembolso que tomasen como referencia los mismos. Incluso el cambio producido por la adquisición de una empresa pública por parte de una privada, que llevó a una profunda revisión de costes y al aumento de precios, como señala una de las denunciadas, podría argumentarse en sentido contrario, de forma que se materializara en una reducción.

5. Las denunciadas tratan de reducir el número de coincidencias de precios en cada concurso (kits de pirofosfato, kits de Br-Hida, DTPA y DMSA en el concurso 127/02, y cápsulas de iodo 131 en presentaciones de 75, 100 y 150 mci en el 128/02) a un solo producto, lo que no puede aceptarse, ya que si el demandante saca a concurso su provisión de manera separada y a precios de licitación distintos y los denunciados los suministran en las condiciones específicas de volumen, formato, etc. solicitadas por aquél, aunque tengan características similares, deben ser tratados como productos distintos.

6. Dos de las denunciadas, tras haber recibido una carta del Hospital exigiéndoles que justificaran su comportamiento supuestamente colusivo después de la apertura de sus ofertas por la mesa de contratación, ofrecieron suministros con descuentos. Esta conducta, lejos de justificar que los precios sean distintos después de los descuentos, lo que acredita es que no participaron en el concurso con precios reales sino con los precios acordados para evitar la competencia entre los participantes.
7. La similitud de precios tampoco puede explicarse porque tomaran como referencia los precios de licitación propuestos por otros hospitales, dado que esos precios constituyen una condición de los concursos, definida por el hospital que los convoca, y que no puede ser manipulada por los oferentes, quienes si quieren vender a ese cliente deben aceptar como límite esos precios, mientras que si consideran que no responden a sus objetivos tendrán que rechazar a ese cliente y vender sus productos a otros. Cuando una empresa acude a una licitación trata de ser la adjudicataria y, sin embargo, las imputadas en este expediente, a pesar de considerar que los precios de licitación fijados por el Hospital eran inaceptables por ser demasiados reducidos, no se negaron a participar, sino que optaron por presentar ofertas muy superiores a los precios máximos fijados, lo que significaba su exclusión inmediata.
8. Tampoco puede aceptarse el argumento de que el comportamiento de las denunciadas fuera un intento de adaptar sus precios a los aceptados por otros hospitales y nunca fruto de la colusión, ya que si consideraban demasiado bajos los precios fijados por el Hospital en relación a la tendencia del mercado y hubieran actuado de forma independiente, lo lógico hubiera sido no acudir a la licitación, pero no ofrecer todos simultáneamente precios muy superiores a los de licitación y en porcentajes de incremento muy similares. Debe tenerse en cuenta que los hospitales fijan los precios máximos a los que están dispuestos a comprar en sus concursos, mientras que los que deciden los precios de oferta son las empresas que acuden a los mismos.
9. Las alegaciones relativas al incremento de precios de las denunciadas, pueden justificar un cierto aumento de los mismos, pero nunca que las denunciadas decidieran de forma libre e independiente elevar sus ofertas por encima de los precios de licitación, pues eso significaba su eliminación directa como oferente de ese producto, que quedaría en manos de otro competidor. Lo lógico en libre competencia, es acudir a un concurso a precios inferiores o como máximo iguales a los fijados

por el demandante o bien no presentar oferta, pero las imputadas reaccionaron en este caso sustituyendo la libre competencia por un acuerdo de precios que forzara al Hospital a pagar precios mas elevados. Al sustituirse la actuación independiente por una colectiva, la competencia quedó limitada y obligó al Hospital a acudir a una prórroga de los expedientes del año anterior, para garantizar el suministro de radiofármacos esenciales para los servicios sanitarios.

10. Los precios ofertados en los concursos en la mayoría de los casos suponen incrementos sobre los de licitación de los concursos, de manera que de las 79 ofertas realizadas en conjunto por las denunciadas para los diferentes productos, 64 superan los precios máximos fijados por el Hospital. Si las oferentes hubieran considerado que los precios de licitación de determinados productos no eran de mercado y podrían ocasionarles pérdidas, lo lógico hubiera sido no presentar ofertas de los mismos, con lo que el Hospital hubiera revisado sus estimaciones de precios y convocado nuevos concursos o acudido a procedimientos negociados, con independencia de la solución que adoptó en base a las atribuciones que le concede la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que fue la de la prórroga de los concursos celebrados el año anterior hasta abril de 2002. No puede aceptarse que la decisión de presentarse a los concursos con precios superiores a los máximos de licitación, como se alega, se debiera a que el Hospital era un cliente importante, pues a lo único que llevaba era a su no adjudicación, a la adjudicación a otros competidores o a su declaración como desiertos (en total se declararon desiertos 25 productos).
11. El Hospital al considerar que los costes de producción no habían experimentado incrementos sensibles, fijó los precios de licitación en línea con los establecidos el año anterior. Además ha informado *“que en los cinco últimos ejercicios presupuestarios, los criterios para la fijación, por la dirección del Hospital, de los precios de licitación en todos los procedimientos concursales es una combinación de un previo sondeo del mercado y sus correspondientes proveedores, que incluye previos contactos con los mismos”* (folio 188), lo que las denunciadas rechazan, pues sólo una reconoce ese contacto y afirma que en el mismo comunicó la necesidad de aumentar los precios. Pero no hacen referencia a la parte final del anterior párrafo en el que se afirma además *“y de una filosofía de gestión tendente a la moderación de todos los precios de aprovisionamiento del Hospital”*. En cualquier caso, lo que constituye el objeto de este expediente no es la fórmula de fijación de precios del Hospital sino la reacción de los licitantes ante esos precios, esto es, una conducta *ex post* a la decisión del Hospital,

que no supone una actuación antisocial y limitativa del Centro Sanitario, ya que una vez fijados los precios de licitación de acuerdo con ciertos criterios, cualesquiera que éstos pudieran ser, las empresas imputadas tuvieron libertad para decidir si participaban o no en las licitaciones. No puede alegarse por las denunciadas que el no haberse concedido por el Tribunal su solicitud de que el Hospital detallara sus contactos haya supuesto indefensión, o que tuviera información de los precios de licitación de otros hospitales y no haya seguido los mismos, pues el demandante que convoca un concurso tiene facultades para fijar los precios de licitación que estime convenientes y haciendo uso de la misma, dentro de ciertos límites derivados de su naturaleza (hospital integrado en el sistema de salud pública), con objeto de contribuir a la moderación de gastos no se dejó llevar por la tendencia al aumento de otros hospitales, sino que decidió fijar precios de licitación más bajos. Ello no impidió a las entidades imputadas ejercer su derecho de libertad de empresa, ya que sólo supuso una limitación de sus beneficios potenciales.

12. Alegan las denunciadas que el Hospital en el concurso 109/2003 ha aumentado el presupuesto para radiofármacos en un 77,8% más del total de los concursos en cuestión, aprovisionándose de productos mediante monodosis a través de Unidades de Radiofarmacia, así como que en el concurso correspondiente a 2004 también ha habido un importante aumento de la cuantía base de licitación, sin que haya habido cambios que lo justifiquen, lo que prueba para las imputadas que el Hospital reconoce su error al fijar el importe de los concursos para el año 2002. Tampoco puede aceptarse esta alegación, pues se han producido cambios en la forma de aprovisionamiento (opción por el suministro por radiofarmacias externas) y quien conoce sus necesidades con precisión es el propio Hospital, que en algún momento ha podido ver limitadas sus posibilidades presupuestarias y en otros posteriores tener un mayor margen de actuación.
13. La alegación de una de las denunciadas de que era su primera participación en los concursos (en años anteriores había licitado una empresa luego adquirida por la misma), no sólo no explica la identidad de su comportamiento con el de sus competidores, sino que la dificulta. Tampoco parece explicable que la transformación societaria que supuso la adquisición y su revisión de costes, precios y estrategias, lleve a que se licite a precios muy superiores a los de licitación y con aumentos similares a los de sus competidores, ya que debería conocer que sus ofertas se rechazarían.

14. Se alega por las imputadas que no se ha definido el mercado relevante, pero se considera que tal definición es imprescindible en aplicación del artículo 6 de la LDC, pero no en el caso del artículo 1 cuando lo que se trata de justificar es una identidad de comportamientos en un momento puntual, algo que no depende en absoluto de cómo se defina el mercado. El precitado artículo 1 se aplica a todo tipo de conducta colusoria cualquiera que sea la forma en que se concrete (acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas o conscientemente paralelas), por lo que no puede alegarse que no se ha especificado si se produjo una práctica concertada o conscientemente paralela, ya que ello es irrelevante para la resolución del expediente.
15. El funcionamiento del mercado competitivo exige que cada operador decida autónomamente su comportamiento, sin ningún tipo de acuerdo, ya que la actuación colectiva limita la competencia. Dentro de las posibles conductas colusivas, los acuerdos de fijación directa o indirecta de precios son considerados especialmente graves porque suprimen la competencia entre empresarios en un elemento esencial para diferenciar las ofertas como es el precio, impidiendo así a los ciudadanos que se beneficien de los menores precios que de otra forma resultarían. Dado que la concertación se produjo en el ámbito de la sanidad pública y en un elemento tan fundamental como es el precio, el interés público se ha visto gravemente afectado, dado el elevado número de individuos que son beneficiarios de los servicios sanitarios y/o participantes en su financiación.
16. En este contexto, la única explicación racional de los comportamientos de las denunciadas, es que conocieran de forma precisa los precios de las demás y su voluntad deliberada de ofertar por encima de los precios de licitación, con objeto de forzar al Hospital, el único que según las denunciadas no siguió la tendencia del mercado, a aumentar los precios de licitación.

Por todo lo anteriormente expuesto, se puede concluir que, analizadas las razones aducidas por las imputadas para justificar sus ofertas, no resultan convincentes, por lo que se cumple el requisito de que los hechos básicos o indicios estén plenamente demostrados, así como el requisito de que los concursantes se han tenido que poner de acuerdo para presentar sus ofertas. Al haberse hecho éstas en sobres cerrados, hace prácticamente imposible que se hayan decidido espontáneamente precios idénticos o similares, aumentos de precios sobre los de licitación y una tendencia general al incremento de precios. Si cada empresa hubiera actuado de forma autónoma e independiente no se hubiesen dado las coincidencias y similitudes. Finalmente, ha de

considerarse cumplido el tercer requisito para aplicar la prueba de presunciones, que es que la concertación ha de considerarse plenamente demostrada, al no existir una explicación lógica alternativa a la actuación de las empresas.

Cabe igualmente destacar que la infracción consiste en la concertación para presentarse al concurso, siendo indiferente a los efectos de constatar la vulneración del artículo 1.1.a) de la LDC que se haya producido o no la adjudicación, pues la vulneración consiste en la adopción de un acuerdo que tiene por objeto la limitación de la competencia en precios, con independencia de cuál haya sido su resultado. Son, en consecuencia, autores de las respectivas infracciones quienes concertaron sus ofertas para presentarse a los concursos.

17. Si bien, como ha recordado en innumerables ocasiones este Tribunal, la concertación constituye una de las infracciones más graves de la LDC, la gravedad es considerablemente mayor en el supuesto de concertación para licitar en un concurso, ya que en este supuesto la sustitución de la competencia se realiza en un terreno en el que la afectación del interés público resulta especialmente relevante, aunque en este caso se haya paliado el perjuicio por la prórroga por parte del Hospital de los concursos del año anterior.
18. Examinada la versión calificada como confidencial en su escrito de conclusiones de uno de los denunciados, el Tribunal aprecia que las partes que pudieran tener tal carácter, no alteran el contenido de la Resolución adoptada, ya que en parte constan en el expediente, por lo que no procede su declaración como tal y sí su devolución al interesado.
19. El artículo 10 de la LDC faculta a este Tribunal para imponer multas sancionadoras a las empresas que infrinjan lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC de hasta 901.518,16 euros. En el expediente en cuestión, atendiendo al alcance de la restricción de la competencia y a que la misma se ha producido sólo en dos concursos y para una serie limitada de productos, considera que la sanción debe fijarse en 250.000 euros para cada una de las empresas imputadas.

Por ello, este Tribunal

RESUELVE

- Primero.-** Que ha resultado acreditada la existencia de acuerdo entre las denunciadas contrario a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.
- Segundo.-** Imponer a cada una de las empresas Nucliber, S.A., Amersham Health, S.A., Tyco Healthcare Spain, S. L. y Schering España, S.A. una sanción de 250.000 euros.
- Tercero.-** Intimar a los imputados para que cesen en las conductas que se han declarado prohibidas y para que se abstengan de realizarlas en lo sucesivo.
- Cuarto.-** Ordenar a los imputados la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el BOE y en un periódico de ámbito nacional en el plazo de dos meses. Así como imponer una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación de publicación.
- Quinto.-** Devolver a Tyco la versión confidencial de su escrito de conclusiones.
- Sexto.-** Las empresas sancionadas justificarán ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de lo acordado en los apartados segundo, tercero y cuarto de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar de su notificación.