

RESOLUCIÓN (Expte. r 504/01, Terapias Respiratorias Domiciliarias)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

Del Cacho Frago

En Madrid, a 20 de enero de 2003

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso r504/01 (2.134/00 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio, SDC), interpuesto por VIVISOL SRL. y CONTSE S.A. contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 29 de octubre de 2001, que archivó las actuaciones seguidas por su denuncia contra CARBUROS METÁLICOS S.A. y OXIMESA S.A. por presuntas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) consistentes en su concertación para presentar una oferta conjunta al Concurso de Terapias Domiciliarias en el ámbito de la Comunidad de Madrid convocado por el INSALUD .

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escrito de 2 de marzo de 2000, las empresas VIVISOL SRL. y CONTSE S.A. formularon denuncia ante el Servicio contra las empresas CARBUROS METÁLICOS S.A. y OXIMESA S.A. por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia (LDC) consistentes en su concertación para presentar una oferta conjunta al Concurso de Terapias Domiciliarias en el ámbito de la Comunidad de Madrid convocado por el INSALUD por Resolución de 15 de octubre de 1999 (expediente Eolo 1999).

2. El 29 de octubre de 2001, tras la práctica de una información reservada, el Servicio acordó el archivo de las actuaciones consecuencia de la denuncia de las empresas VIVISOL SRL. y CONTSE S.A.
3. El 20 de noviembre siguiente se recibió en el Tribunal recurso del representante legal de VIVISOL SRL. y CONTSE S.A. contra el acuerdo de archivo del Servicio. El Tribunal solicitó, en cumplimiento del artículo 48.1 LDC, el informe del Servicio sobre el recurso y el expediente correspondiente.
4. El Tribunal, mediante Providencia de 7 de diciembre de 2001, puso de manifiesto el expediente a los interesados, concediéndoles plazo para la formulación de alegaciones.
5. El 11 de enero de 2002 se recibieron las alegaciones de VIVISOL SRL. y CONTSE S.A. y el 16 de enero de 2002 las de OXIMESA S.A. y CARBUROS METÁLICOS S.A.
6. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 9 de enero de 2003, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
7. Son interesados:

VIVISOL SRL.
CONTSE S.A.
CARBUROS METÁLICOS S.A. y
OXIMESA S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Dispone el artículo 36.1 LDC que el Servicio incoará expediente cuando observe indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC. Por tanto, en los recursos contra un archivo de actuaciones, realizado al amparo del artículo 36.2 LDC, el Tribunal ha de limitarse a decidir si los datos disponibles en la denuncia y en las actuaciones seguidas bastan para poder afirmar que no existen indicios racionales de tales conductas prohibidas.
2. El Servicio archivó las actuaciones tras la siguiente valoración:

“ En cuanto a la infracción del art.1 de la LDC, para los denunciantes, el acuerdo de constitución de la UTE , constituye una clara restricción

de la competencia por que tiene como efecto la eliminación de los competidores que venían prestando sus servicios para el INSALUD en la Comunidad de Madrid así como la imposibilidad de entrada a nuevos prestadores.

Frente a tal afirmación, debe tenerse en cuenta que, la constitución de la Unión Temporal de Empresas, se ha llevado a cabo al amparo de lo previsto en la Ley 18/1982 de 26 de mayo. Que si bien la citada Ley no sustrae la constitución de una UTE del análisis competencial de la Ley 16/89, sí que supone que para que dicho acuerdo entre competidores sea considerado como una práctica de las tipificadas en el art. 1 de la LDC debe tener por objeto o efecto, impedir, restringir o falsear la competencia.

De la información recabada se desprende que en el mercado en el que actúan las empresas denunciadas, existen otras empresas de similar capacidad para poder competir: la UTE denunciante obtuvo una puntuación próxima a la de la denunciada (con la salvedad de los requisitos exigidos en el concurso y que afirman haber denunciado ante la Comisión); Abelló Linde, en solitario, formuló oferta a la totalidad de las áreas.

Por otra parte, éste no es un acuerdo indefinido entre competidores sino que se trata de una “asociación temporal” de trabajo, que permite a las empresas presentar una oferta interesante, que individualmente no les hubiera sido viable. Se trata de empresas que son competidoras y que van a seguir siéndolo, no solo en las áreas que no se ven afectadas por el concurso, puesto que este se refiere únicamente a terapias respiratorias domiciliarias, sino que van a seguir siendo competidoras en esta área una vez que venza el plazo convocado.

En conclusión, su objeto –la adjudicación del concurso- era lícito; la estrategia comercial utilizada era accesible al resto de los concursantes, como puede verse en el hecho de que los propios denunciantes constituyeran una UTE; la exclusión del mercado a los competidores durante el plazo previsto en el concurso, está implícito en el sistema concursal, sin que pueda acusarse de expulsión al denunciado. Por todo ello no cabe considerar la constitución de la UTE, CARBUROS METALICOS, S.A. - OXIMESA como práctica de las tipificadas en el art.1 de la LDC.

En cuanto al efecto de la UTE sobre la competencia, se puede afirmar que gracias a dicha Unión el INSALUD puede ofrecer los servicios incorporados al concurso de forma generalizada a todas la áreas a

unos precios muy ventajosos, lo que por otro lado no excluye que transcurrido el plazo de los cuatro años, si el INSALUD no está conforme con la forma en que se prestan los mismos convoque uno nuevo.

2.- En relación al abuso de posición de dominio, no caben dudas acerca de la definición del mercado relevante del producto: las terapias respiratorias domiciliarias. En este mercado, como se ha visto anteriormente, hay concurrencia suficiente en la oferta, si bien es cierto que la empresa Carbueros Metálicos S.A. tiene una cuota de mercado importante. Ahora bien, donde hay una gran concentración es en la demanda: el INSALUD supone aproximadamente el 90% de la Comunidad de Madrid, mientras que el 10% restante se distribuye entre Compañías de Seguros Privadas, Instituto Social de la Fuerzas Armadas, etc...

Con esta composición de la oferta y la demanda, cuando se analiza la posible posición de dominio, entendiéndola como aquella posición de fuerza económica que posibilita a una empresa impedir el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado afectado, facultándole para comportarse de manera “independiente” de sus competidores y clientes y en última instancia de los consumidores, se observa que tanto Carbueros como la UTE, carecen de esa independencia con respecto al resto de sus competidores y sus clientes.

Tanto el precio, como las condiciones comerciales, venían prefijadas por el INSALUD sin que quepa la posibilidad de negociar su modificación. La UTE dio la posibilidad a las empresas denunciadas de elaborar una oferta que, siendo viable para ellas, fuera interesante para el INSALUD. No hay ningún dato en la denuncia o en la información recabada que permita inducir que esta posibilidad no estaba abierta al resto de las empresas competidoras.

Tampoco se han encontrado indicios de que la intención fuera expulsar del mercado a otros competidores: las bases primaban la oferta conjunta con lo que la estrategia comercial para adjudicarse el concurso pasaba por hacer esa oferta conjunta en unión con otra empresa.; cualquier otro podía formar una UTE como hizo el propio VIVISOL; capacidad para ofertar a la totalidad la tenían también otras empresas, como por ejemplo Abelló Linde. Lo que hicieron los denunciados fue hacer una oferta conjunta con un precio único lo que, según ellos, exigía que, para poder mantener ese precio, la oferta fuera a la totalidad.

En consecuencia, al no observarse indicios racionales de conductas prohibidas por la L.D.C., procede archivar la denuncia conforme a lo establecido en el artículo 36 de la mencionada Ley.”

3. Fundamenta el recurrente su escrito de recurso en la discrepancia con los argumentos utilizados por el Servicio en el Acuerdo de archivo señalando que, aunque la Ley 18/1982 permite la constitución de UTEs, su artículo 2 expresamente indica que deben evitarse *actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia*. Para el recurrente el acuerdo de constitución de UTE entre CARBUROS METÁLICOS S.A. y OXIMESA S.A., que cuentan con cuotas del 69% en el mercado nacional de terapias respiratorias domiciliarias y del 100% en el de Madrid, constituye, por su objeto y por su efecto, un acuerdo horizontal prohibido por el artículo 1 LDC al eliminar la competencia recíproca que debe existir entre competidores horizontales que presentan ofertas a licitaciones públicas.

Por otra parte, según el recurso, la estrategia de presentación de una única oferta conjunta dejaba sin opción a los demás concursantes y tras la adjudicación del concurso ambas empresas han procedido a un reparto de mercado por zonas.

El recurrente considera irrelevante señalar, como hace el Servicio, que el INSALUD obtiene así la prestación de asistencia en terapias respiratorias a un buen precio, ya que todos los ofertantes presentaban la máxima reducción del precio (20%) que las bases del concurso bonificaban en puntos para la adjudicación final y añade que uno de los concursantes presentó una oferta con reducción del precio superior a dicho 20%.

También considera el recurrente inadecuados los argumentos del Acuerdo de archivo de su denuncia de los hechos como conducta abusiva prohibida por el artículo 6 LDC ya que existe posición dominante conjunta de las empresas denunciadas puesto que la propia conducta denunciada prueba la capacidad para *“comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y, en definitiva, de los consumidores”*.

El recurso incorpora, además, información sobre la conducta, anticompetitiva según el recurrente, de las empresas denunciadas en otros concursos del INSALUD celebrados con posterioridad a la presentación de la denuncia.

En su escrito de alegaciones finales el recurrente hace referencia a una consulta previa de los denunciados al Servicio, quien alude a ella en el folio 269 de su expediente, de petición de información a CARBUROS METÁLICOS S.A., pero a la que no hace referencia alguna en el Acuerdo de archivo. El recurrente, invocando los derechos de defensa, solicita que se aporten al expediente los documentos correspondientes a esta consulta previa, de la que no ha podido enterarse hasta haber consultado el expediente.

Por último, insiste en que los hechos denunciados deberían haber sido investigados ante la gravedad que los órganos de competencia, incluido el TDC, atribuyen a la conducta concertada para acudir a licitaciones públicas (*bid rigging*) y solicita la estimación del recurso.

4. Por su parte, OXIMESA S.A. alega la absoluta conformidad de su oferta con el pliego de condiciones del concurso del INSALUD que permitían expresamente la presentación de ofertas por UTEs, así como la posibilidad de presentar ofertas por alguna zona, varias de ellas o la totalidad.

En cuanto a la constitución de una UTE para la presentación conjunta de ofertas a concursos públicos, señala OXIMESA S.A. que es práctica habitual en numerosos sectores, que se permitía en el pliego de condiciones del concurso, que está prevista y legitimada por la Ley 18/82, de 16 de mayo, y que la Directriz de la Comisión Europea de 6 de enero de 2001 sobre acuerdos de cooperación horizontal permite consorcios *que posibiliten la presentación de ofertas verosímiles para proyectos que no podrían llevar a cabo o en los que no habrían participado de forma individual las empresas que integran el consorcio. Dado que, por esta razón, no son competidores potenciales en la licitación de que se trate, no se produce restricción alguna de la competencia.* Indica OXIMESA S.A. que, en aplicación de esta doctrina, la Comisión ha dictado numerosas decisiones como las relativas a *Iridium, Eurotúnel y Cégétel+ 4.*

Por lo que se refiere a la denuncia por el artículo 6 LDC, niega OXIMESA S.A. la existencia de posición de dominio, que no puede predicarse de una simple lectura de las cuotas de mercado, y que no sería posible en este mercado dado el poder de compra del INSALUD.

CARBUROS METÁLICOS S.A. adjunta a sus alegaciones dos sentencias de Juzgados de lo contencioso-administrativo desestimando los recursos de los denunciados en el presente

expediente contra las resoluciones de concursos por el INSALUD, incluido el Eolo 1999.

Adjunta también el documento del Servicio de respuesta a la consulta realizada por los denunciados, previa al concurso, señalando que la UTE CARBUROS/OXIMESA se constituyó a partir de la opinión emitida por el Servicio de que la existencia de otras empresas de similar capacidad no hacía presumible que el objeto de la UTE fuera impedir o restringir la competencia.

Tras indicar que los propios denunciados formaron una UTE para participar en el mismo concurso, que nada les impedía la presentación de una oferta por la totalidad de las áreas en que se dividía el concurso y que VIVISOL SRL es una empresa europea con suficiente potencia económica para competir con CARBUROS METÁLICOS S.A., el alegante solicita la confirmación del archivo.

5. Considera el Tribunal que, de los argumentos del recurrente, merece atención el que se refiere a la restricción de la competencia que supone la concertación entre competidores para acudir a licitaciones públicas y que, por el contrario, los relativos a un presunto abuso de posición dominante carecen de fundamento por las razones que expone el Servicio en el Acuerdo de archivo de las actuaciones.

El Servicio estima que no ha existido infracción del artículo 1 LDC porque la UTE se constituyó, al amparo de la Ley 18/1982, con el lícito objeto de obtener la adjudicación del concurso, con carácter temporal y con el positivo efecto de permitir al INSALUD ofrecer los servicios licitados a un precio muy ventajoso.

El Tribunal, a la vista de los argumentos del recurrente y de los datos del expediente, encuentra insuficientes los argumentos del Servicio para archivar las actuaciones.

En primer lugar, el artículo 2 de la Ley 18/82 establece que la vigilancia de las actividades y repercusiones económicas de las UTEs se realizará por la Inspección Financiera Tributaria *“sin perjuicio y con independencia de la aplicación por los Organismos o Tribunales correspondientes de las medidas ordinarias o especiales establecidas o que se establezcan para evitar actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia”*.

Precisamente porque *“la exclusión de competidores durante el plazo de adjudicación es inherente al sistema concursal”*, como afirma el Servicio

en el Acuerdo de archivo, la única competencia posible en los mercados que funcionan en tal sistema se establece en la fase del concurso, durante la cual cualquier pacto entre competidores puede tener un efecto restrictivo de larga duración. Este efecto será tanto mayor cuanto más reducido sea el número de posibles oferentes y cuanto mayor poder de mercado tengan los partícipes en el acuerdo.

Tales efectos restrictivos del acuerdo entre competidores pueden producirse con independencia de la forma que revista el pacto y del objeto que se persiga. En el caso presente las empresas pueden haber adoptado la forma de Unión Temporal con el legítimo objeto de acogerse al régimen tributario que la Ley 18/82 establece, pero ello no impide que esta Unión Temporal pueda tener efectos anticompetitivos si las empresas que se unen temporalmente tienen suficiente poder de mercado y si el número de competidores potenciales es reducido, sin que parezca que pueda atribuirse el efecto positivo señalado por el Servicio de que *“gracias a dicha Unión el INSALUD puede ofrecer los servicios incorporados al concurso de forma generalizada a todas las áreas a unos precios muy ventajosos”*, si todos los concursantes ofrecieron la máxima reducción de precios compatible con las bases del concurso.

6. Con respecto a las alegaciones de OXIMESA S.A., el Tribunal no considera aplicable a este caso la Directriz de la Comisión de 6.1.2001 sobre acuerdos de cooperación horizontal, pues todas las empresas que concursaron fueron capaces de presentar ofertas el servicio al menos en alguna de las once áreas objeto del concurso, ni tampoco las Decisiones *Iridium Eurotúnel* y *Cégétel+4*, que se refieren a proyectos de un volumen de inversión infinitamente superior al relativamente modesto objeto del Concurso del INSALUD y que se apoyan en que los acuerdos que tienen como único objeto la constitución de consorcios de empresas para servir pedidos en común, no restringen la competencia cuando las empresas participantes no se encuentran, individualmente consideradas, en condiciones de servir los pedidos. Esto es cierto, en particular para las empresas pertenecientes a sectores económicos distintos, pero también para las empresas del mismo sector, en la medida en que participen en el consorcio únicamente con productos o prestaciones que no puedan ser suministrados por los demás participantes. Además, incluso en el caso de consorcios formados por empresas que normalmente compiten entre sí, no se restringe la competencia cuando las empresas participantes no pueden servir, por sí mismas, un determinado pedido. (Decisión *Eurotunnel* de 24 de octubre de 1988). Existen indicios en el expediente de que, al pertenecer las empresas denunciadas al mismo sector económico y tener capacidad individual

para prestar el servicio demandado por INSALUD, este argumento no puede ser utilizado en el caso de las empresas denunciadas ni, quizás, tampoco en el caso de la UTE formada por las empresas denunciadas.

La alegación de CARBUROS METÁLICOS S.A., sobre la desestimación por los Tribunales contencioso- administrativos de los recursos contra la resolución del INSALUD resulta irrelevante, ya que lo que en dichos recursos se cuestionaba era la actuación del INSALUD al convocar y resolver el concurso, mientras que en el presente expediente no se objetan las bases del concurso ni su resolución, sino la posible infracción de la LDC por los concursantes.

En cuanto a la consulta hecha por las empresas denunciadas al Servicio, previa a la formación de la UTE, consta en el expediente, aportada por CARBUROS METÁLICOS S.A., en fase de alegaciones e inaccesible, por tanto, para el recurrente, la respuesta del Servicio, pero no la consulta misma, por lo que se ignoran los datos con que contó el Servicio para emitir su contestación. En todo caso, la respuesta del Servicio, expresa que no tiene carácter vinculante, que sólo el Tribunal puede juzgar, que se realiza en función únicamente de los datos aportados por los interesados y que no puede considerarse como una autorización formal del acuerdo entre las empresas denunciadas.

7. En definitiva, considera el Tribunal que los acuerdos entre competidores, previos a la presentación de ofertas a un concurso público, pueden infringir el artículo 1 LDC, por su objeto o por sus efectos, y únicamente pueden ser autorizados por el TDC si se dan los requisitos exigidos por el artículo 3 LDC. Sólo cuando las empresas concertadas carecieran de la capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual, podría establecerse que no hay afectación de la competencia.

Procede, en consecuencia, estimar parcialmente el recurso con objeto de que el Servicio, mediante el expediente que incoe al efecto, pueda examinar si cada una de las empresas, denunciadas y denunciadas, que se concertaron para presentar ofertas al Concurso de Terapias Domiciliarias en el ámbito de la Comunidad de Madrid convocado por el INSALUD por Resolución de 15 de octubre de 1999 (Expediente Eolo 1999), disponían, según su historial anterior al concurso, de su cuota de mercado y su capacidad técnica y económica, de los medios suficientes para acudir por separado a la licitación, imputando, en su caso, la restricción de la competencia que supone la concertación entre competidores previa a la presentación de ofertas en un concurso público.

8. Contra la parte del Acuerdo de archivo que se estima no cabe recurso contencioso-administrativo puesto que no agota la vía administrativa sino que, por el contrario, la reabre al instar al Servicio que incoe expediente y, además, no produce indefensión pues precisamente en ese expediente se podrán ejercer todos los medios de defensa que se estime convenientes.

Respecto de la parte del Acuerdo de archivo que se confirma la Resolución sí es definitiva en vía administrativa y contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal, por mayoría, con el voto en contra del Sr. Pascual y Vicente que considera bien fundado el Acuerdo de archivo del Servicio,

HA RESUELTO

Primero.- Estimar parcialmente, en cuanto se refiere a la denuncia de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, el recurso interpuesto por VIVISOL SRL. y CONTSE S.A., contra el Acuerdo de 29 de octubre de 2001 del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia que archivaba las actuaciones seguidas por su denuncia contra CARBUROS METÁLICOS S.A. y OXIMESA S.A.

Segundo.- Interesar del SDC la incoación de expediente, llevando a cabo los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de las cuestiones que se expresan en los fundamentos de derecho quinto y séptimo.

Tercero.- Confirmar el Acuerdo de archivo en cuanto a la denuncia de infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia, con devolución de su expediente, conservando copia simple del mismo, y remitiendo copia compulsada del tramitado en el Tribunal, y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno salvo en lo que se refiere a la parte confirmada contra la que podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses.