

RESOLUCIÓN (Expte. r 363/99 CSt-D.G. Aviación Civil)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 31 de mayo de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 363/99 (1939/99 del Servicio de Defensa de la Competencia) interpuesto por CSt Consultoría y Servicios para la Gestión en el Transporte S.L. contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 22 de febrero de 1999, por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia contra la Dirección General de Aviación Civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 13 de abril de 1.999 tuvo entrada en la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia escrito de denuncia presentado por D. Antonio Rodríguez Pérez en nombre y representación de CSt Consultoría y Servicios para la Gestión en el Transporte S.L. (en adelante CSt) contra la Dirección General de Aviación Civil (en adelante DGAC), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia incursas en las prohibiciones de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia, consistentes en el incumplimiento, por parte de DGAC, de las obligaciones que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, establece respecto al carácter secreto de la licitación pública en el concurso 173/A8, en perjuicio, en opinión del denunciante, de la competencia y de CSt.

2. La denuncia formulaba las siguientes alegaciones y se basaba en los siguientes hechos:

1.- *La Ley 13/1.995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), en sus artículos 74.2, 75.3 y 80 definen la “proposición” como el conjunto integrado por el contenido de carácter técnico y económico de la oferta, conjunto que deberá ir acompañado de una serie de “documentos” adicionales relacionados en el artículo 80.2 de la Ley.*

La “proposición” incluye dos tipos: la “proposición técnica” y la “proposición económica”, y que los “documentos” son sólo una serie adicional de identificaciones y justificantes burocráticos del licitante.

2.- *Que la oferta técnica contiene una información y un “saber hacer” confidencial, competitivamente muy valioso y propio de la empresa licitante, que no debe ser divulgado salvo en condiciones y términos permitidos por la Ley.*

3.- *Que en concreto, la DGAC actuó en el Concurso Público 173/A8 Resolución de la Dirección General de Aviación Civil por la que se convoca concurso público para la adjudicación de un contrato de consultoría y asistencia para la redacción de documentos de apoyo para la elaboración del Plan Nacional de Instalaciones Aeronáuticas de 1.999. Documento número 1: Estudio de tendencias en elementos básicos del transporte aéreo en la Unión Europea y en el mundo (B.O.E. 8 de septiembre de 1998). CSt fue una de las empresas licitantes en dicho concurso.*

4.- *Que la “proposición técnica” se entregó dentro de un primer sobre cerrado (sobre nº 1), los “documentos” se entregaron dentro de un segundo sobre cerrado (sobre nº 2), y la “proposición económica” se entregó dentro de un tercer sobre (sobre nº 3), todos ellos debidamente precintados.*

5.- *Que la DGAC abrió, antes de celebrarse el acto público de apertura de las “proposiciones” (técnica y económica), el sobre número 1 de CSt conteniendo su “proposición técnica”, sin saber todavía si CSt sería o no admitida al concurso por los aspectos burocráticos de los “documentos”, vulnerando lo exigido por el artículo 80.1 de la Ley 13/1.995 que exige que las “proposiciones” se mantengan secretas hasta dicho acto público.*

6.- *Que CSt fue excluida del concurso, en el acto público de apertura de*

“proposiciones”, por un motivo burocrático relacionado con los “documentos” como es la falta de bastanteo en el documento de aval emitido por Caja Madrid, no siendo considerado como subsanable este aspecto por la DGAC. Y que habiendo sido excluida CSt del concurso por un motivo burocrático, su “proposición técnica”, con su información, fuentes de información para realizar el trabajo, “saber hacer”, etc.,. abierta sin necesidad alguna para la DGAC, se encuentra ahora en manos de unos y otros, y muy posiblemente de la competencia.

7.- *Que todo lo anterior constituye una barrera de entrada y atenta contra la libertad de mercado y contra la competencia.*

3. El Subdirector General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia, de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, mediante Acuerdo de 22 de febrero de 1999, acordó el archivo de las actuaciones por considerar que la DGAC actuó dentro de las competencias que le otorga la Ley 13/1995 y que, en consecuencia, en aplicación de la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia, sólo procede la revisión de dichos actos por vía contencioso-administrativa.

4. El 9 de marzo de 1999 CSt presentó recurso ante este Tribunal mediante escrito en el que, en esencia, alegaba:

- que la apertura, el acceso al contenido y la divulgación por parte de la DGAC, de la información competitiva (proposición técnica) entregada por CSt para el Concurso 173/A8, constituyen actuaciones no exigidas por la Ley 13/1995 a la que vulneran.
- que las actuaciones denunciadas no se deben considerar como actos administrativos y que no están protegidos por el artículo 2.1 LDC.
- que, al resolver el concurso, la DGAC actúa como operador económico por lo que su actuación quedaría sometida a la LDC según la doctrina establecida por este Tribunal.
- que las actuaciones denunciadas no se circunscriben a un caso aislado, sino que son prácticas generalizadas en la Administración y *afectan a un mercado con un volumen de muchos miles de millones de pesetas, en especial a los tipos de contratos de consultoría y asistencia técnica.*

5. El Pleno del Tribunal, en su sesión del día 23 de mayo de 2000, deliberó y falló la presente Resolución.

6. Es interesado:

- CSt Consultoría y Servicios para la Gestión en el Transporte S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Tanto en la denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia como en el recurso ante el Tribunal, Cst insiste en la violación por la DGAC de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no sólo por el hecho de que el Pliego de Condiciones permitía separar de la “proposición” las características técnicas del proyecto sino también por el hecho de que los sobres conteniendo las características técnicas fueron abiertos antes de la licitación pública.

La revisión de la adecuación de los actos administrativos a las leyes en que se fundamentan corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tal como acertadamente señala el Acuerdo de archivo del Servicio, mientras que los órganos de defensa de la competencia sólo pueden intervenir en la instrucción y resolución de los expedientes relativos a conductas que infringen la Ley de Defensa de la Competencia.

En este sentido, la denuncia de CSt se refiere a que el conjunto de los actos denunciados “atentó contra la libertad de mercado y contra la competencia”, de manera que, según Cst, la actuación de la DGAC estaría infringiendo no sólo la LCAP de la manera antes señalada que describe el recurrente pormenorizadamente, sino también, de forma genérica, la LDC.

Sin embargo, las conductas que la LDC prohíbe están tipificadas bien por el acuerdo de voluntades entre entidades independientes (acuerdos colusorios del artículo 1 LDC) o bien por el abuso de empresas que tienen una posición dominante en el mercado (artículo 6 LDC).

Por ello, aunque los órganos de defensa de la competencia atribuyen la mayor importancia a la transparencia e integridad de los procesos competitivos que se producen en los concursos públicos, no pueden intervenir más que cuando existen indicios de colusión o de abuso. En el caso objeto de este recurso, los actos de la DGAC que se denuncian son actos unilaterales que, como tales, no son compatibles con la colusión y tampoco pueden ser considerados abusivos si no se señala el mercado relevante en que la DGAC pudiera tener posición de dominio ni de qué forma se prevale dicho organismo para abusar de ella.

No habiendo aportado el denunciante indicios sobre infracciones concretas de la LDC, el Tribunal considera acertado el Acuerdo del Servicio archivando las actuaciones.

2. Por último, la alegación del recurrente sobre la generalidad con la que se producen en los concursos de la Administración los hechos de separar las condiciones técnicas de la “proposición” y la apertura del sobre de las condiciones técnicas con anterioridad a la licitación pública podrán servir quizás para reiterar, caso por caso, la denuncia ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por posible infracción de la LCAP, pero no para reforzar por reiteración la hipótesis de una infracción de la LDC sobre la que no se aporta precisión alguna.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

Único: Desestimar el recurso interpuesto por CSt Consultoría y Servicios para la Gestión en el Transporte S.L. contra el Acuerdo del Servicio de 22 de febrero de 1999, por el que se archivó su denuncia contra la Dirección General de Aviación Civil.

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