

RESOLUCIÓN (Expte. r 278/97, Microordenadores)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Berenguer Fuster, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 23 de junio de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Luis Berenguer Fuster, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente r 278/97 (número 1677/97 del Servicio de Defensa de la Competencia), de recurso presentado por D. Carles Prat Masip, en nombre y representación de Apple Computer BV, contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 25 de noviembre de 1997, por el que se archivaba la denuncia presentada por la recurrente contra la Dirección General del Patrimonio del Estado por infracción de los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y 85, 86 y 90 del Tratado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por escrito de 14 de julio de 1997, que tuvo su entrada el 14 de agosto del mismo año, D. José Ignacio Niharra Martín, actuando como representante de Apple Computer B.V., denunció a la Dirección General del Patrimonio del Estado ante el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) por infracción de los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y 85, 86 y 90 del Tratado de la U.E. (en adelante, el Tratado). Los hechos denunciados consistían en la publicación por parte de la Dirección General del Patrimonio del Estado de la resolución de fecha 11 de febrero de 1997 por la que se convocaba un concurso para la adquisición de ordenadores. El denunciante argumentó en el escrito de denuncia que las normas establecidas en ese catálogo excluían los ordenadores de su representada por la vía de exigencias técnicas, que producían que solamente pudieran presentarse al concurso los fabricantes de productos tipo "PC". Como prueba de esta afirmación acompaña determinadas cartas de Universidades en las que los encargados de compras de material informático

manifiestan que estarían interesados en adquirir ordenadores Apple pero que, al no estar incluidos en el Catálogo de Bienes de Adquisición Centralizada, no pueden proceder a realizar tal adquisición. Argumentó igualmente que la legislación sobre la competencia se aplicaba a la Administración Pública porque en este supuesto actuaba como demandante de bienes, es decir, desprovista de "imperium".

Según el denunciante la creación del Catálogo y las restricciones que impone para su acceso son contrarios a la Directiva 93/36 y, por lo tanto, a los artículos 85 y 86 del Tratado. Los principios de primacía y efecto directo del ordenamiento comunitario implican que cualquier actuación pretendidamente hecha al amparo de los arts. 184 y 183.g) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP) deba considerarse contraria a los arts. 85 y 86 por cuanto que la aplicación de tales preceptos falsea la competencia, ya que esos preceptos de la LCAP son contrarios a la Directiva 93/36 y al artículo 90 del Tratado.

Por otra parte, en la denuncia se realiza una delimitación del mercado relevante como el de adquisición de microordenadores por la Administración Pública.

- 2.- Ante la presentación de la denuncia, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia dirige una carta al Director General del Patrimonio del Estado para que le informe acerca de los hechos a que se refiere la denuncia. En fecha 12 de noviembre de 1997 el Director General del Patrimonio responde igualmente por carta acompañando a la misma una Nota acerca de la denuncia.

En dicha Nota se especifica que el artículo 183.g) LCAP no tiene cobertura en la Directiva 93/36, pero que, sin embargo, no contradice su contenido y además tiene cobertura en otras Directivas (que no cita) relativas a contratación pública. Se aclara el dato relativo al hecho de que Apple se ha presentado a concursos similares y que, si no ha sido seleccionada su oferta, se debe a hechos diferentes al de que la arquitectura de sus ordenadores no se corresponda al tipo "PC".

Finalmente, resulta necesario resaltar que la Comisión Europea ha solicitado de la Administración Española un informe sobre la cuestión relativa a la posible contradicción entre la Directiva 93/36 y los artículos 183.g) y 184 de la LCAP.

- 3.- Con estos antecedentes en fecha 25 de noviembre de 1997 el Servicio aprueba el Acuerdo por el que se procede al archivo de la denuncia. En este Acuerdo se desdobra la cuestión denunciada en dos partes: la creación del catálogo y la aplicación concreta del mismo a los ordenadores. Respecto de la

primera cuestión considera que su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria y a la Comisión Europea; respecto de la segunda cuestión se admite la versión facilitada por la Dirección General del Patrimonio en la Nota comentada y, por lo tanto, se considera que no ha existido infracción de la Directiva.

- 3.- Apple Computer presenta recurso ante el Tribunal en fecha 12 de diciembre de 1997. Como aportaciones destacables del recurso se pueden señalar:
 - 3.1.- Que la Directiva 93/36 desarrolla los principios de libre competencia de los arts. 85 y 86 del Tratado así como los relativos a la libre circulación de bienes.
 - 3.2.- La denuncia no hace referencia a dos cuestiones distintas como interpreta el Servicio, ya que alude a la existencia de una práctica, ilegal en su conjunto y con un único defecto combinado, que tiene dos etapas: la de convocatoria de un concurso y la elaboración de los pliegos de condiciones de modo que solamente un determinado tipo de bienes puede beneficiarse del concurso.
 - 3.3.- El Servicio y el Tribunal son competentes para aplicar el Derecho comunitario.
 - 3.4.- En la denuncia no se aplica el art. 90 a título principal, ya que los preceptos que se señalan como infringidos son los arts. 1 y 6 LDC y 85 y 86 del Tratado. El grueso de la denuncia se centra en la actuación de la Administración como demandante de bienes y servicios.
 - 3.5.- Argumenta que, según las características de los ordenadores, que detalla, no se pueden incluir los fabricados por el denunciante.
- 4.- El Servicio en el Informe sobre el recurso desarrolla una argumentación justificativa de su Acuerdo de archivo y señala:

"A juicio del Servicio, ni en la denuncia ni en el escrito de sustanciación del recurso, se alegan los motivos para que resulten de aplicación los artículos 1 y 6 de la LDC. No se explica cuál es la concertación restrictiva de la competencia en la que haya podido participar la Dirección General del Patrimonio del Estado, pues ni siquiera se cita al otro sujeto de la concertación, y tampoco se ha explicado por qué se considera que existe un mercado pertinente de la contratación pública que permita suponer que la Dirección General del Patrimonio del Estado goza de una posición de dominio como demandante. En la conducta denunciada el mercado relevante de producto es, claramente, el de la comercialización de ordenadores personales."

Por otra parte, se añade por el Servicio que:

"La impugnación de la conducta de la Dirección General del Patrimonio del Estado en uso de las facultades y no como operador económico, de proceder, lo será por infracción de los artículos del Tratado de la Comunidad Europea sobre la base de los cuales se ha dictado la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997. Las directivas alegadas han sido dictadas en aplicación del artículo 100 A para obtener, por lo que se refiere a la contratación pública de suministros, los objetivos previstos en los artículos 30 y siguientes del Tratado, de supresión de las restricciones a la libertad de circulación de mercancías entre los Estados miembros".

- 5.- En el trámite de alegaciones el recurrente alegó el contenido de la carta del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia del que, según él, se deducen indicios que fundamentan su postura y vuelve a argumentar sobre las condiciones técnicas que constituyen una barrera de entrada o todo microordenador que no sea tipo "PC".

En el escrito se rechazan las argumentaciones del Servicio anteriormente transcritas. En cuanto a la infracción del artículo 1 y 85 considera que el concurso no es otra cosa que un contrato en exclusiva a determinados proveedores con exclusión de los demás. El mercado relevante, alega, debe ser el de la contratación pública, ya que las características de éste (sus normas de contratación, las barreras de acceso y la singularidad de un único ofertante) conducen a esa conclusión.

- 6.- El Pleno del Tribunal deliberó y acordó esta Resolución, encargando su redacción al Vocal Ponente.
- 7.- Es interesada:
- Apple Computer B.V.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.- La representación de Apple Computer B.V. presentó una denuncia por considerar que la actuación de la Dirección General del Patrimonio del Estado, al redactar las exigencias técnicas para el concurso de microordenadores, constituía una infracción de los artículos 1 y 6 LDC y 85.1 y 86 del Tratado de Roma. El Servicio considera que no ha existido tal infracción ya que los artículos 1 LDC y 85.1 del Tratado exigen la concurrencia de varios autores mientras que, en cualquier caso, la conducta denunciada sería un acto unilateral de la Administración. Este argumento del Servicio es incontestable

por lo que debe ser admitido.

Es cierto que en algunas ocasiones las Resoluciones del Tribunal al analizar la actuación de determinadas Administraciones han considerado que la bilateralidad de ciertas decisiones de la Administración al aprobar determinadas Ordenanzas Municipales de Abastos existía porque tales Ordenanzas llevaban implícito un acuerdo entre el Ayuntamiento y los propietarios de los puestos en los Mercados Municipales para impedir la instalación de comerciantes en sus alrededores (Sentencias de la Sección Segunda del Tribunal de 15 de febrero de 1968 -Ayuntamiento de Logroño- y de 23 de diciembre de 1968 -Ayuntamiento de Yecla-). Ahora bien, en el supuesto que nos ocupa no es posible admitir esa postura, pues la simple presunción de que existe un presunto acuerdo entre la Administración del Estado y los fabricantes de determinado tipo de ordenadores para proceder a una adjudicación tendría trazas de actuación delictiva que nadie ha planteado ni tan siquiera indiciariamente. Una cosa es que para conceder un puesto en un mercado un Ayuntamiento conceda determinada protección territorial al adquirente, lo cual puede resultar anticompetitivo, pero puede tener amparo legal, y otra muy diferente que la Administración revista de forma de Pliego de Condiciones aquello que previamente ha pactado con determinados oferentes para predeterminar una adjudicación.

Por todo lo anteriormente expuesto no cabe afirmar que exista infracción del artículo 1 LDC ni del 85.1 del Tratado.

- 2.- Según el recurrente, se ha producido también una infracción del artículo 6 LDC y 86 del Tratado, por cuanto que la elaboración de unas normas que excluyen a sus productos del mercado de adquisición de microordenadores supone una negativa de compra por quien ostenta una posición dominante en el mercado de adquisición de ordenadores para las Administraciones Públicas.

Para establecer si existe una conducta abusiva de la posición de dominio es necesario determinar, con carácter previo, la delimitación del mercado relevante, tanto de producto como desde la óptica geográfica.

La primera dificultad surge para delimitar el mercado de producto. En principio parecería claro que el mercado relevante de producto lo constituye, conforme correctamente realiza el Servicio, el mercado de microordenadores. Ahora bien, en este supuesto se plantea una cuestión, consistente en determinar si las características de un determinado comprador, como es el Estado, puede contribuir a delimitar de una forma más estrecha el mercado de producto, para llegar a la conclusión de que éste está formado por la adquisición de ordenadores por las Administraciones Públicas. Se plantean también aquí

ciertas cuestiones que pueden dar lugar a debate acerca de si una de las formas de abuso de posición de dominio lo constituye la negativa injustificada de compra por el monopsonista, lo cual no puede ser afirmado con la misma rotundidad que si se tratara de una negativa de venta por parte del monopolista.

En opinión del Tribunal, debe ser aceptada la delimitación del mercado relevante que realiza el Servicio, es decir, el de comercialización de ordenadores personales. En este mercado la Dirección General del Patrimonio del Estado, como organismo encargado de las compras del Estado, no tiene posición de dominio.

Pero aún hay más. Aun en el hipotético caso de que se pensara que existe un mercado de adquisición pública de ordenadores, tampoco en tal supuesto podría afirmarse de manera rotunda y apriorística que en el mismo tenga la Dirección General del Patrimonio del Estado posición de dominio. En efecto, la presencia creciente en España de Administraciones que van asumiendo competencias que en principio correspondían a la Administración General, como son las Administraciones Autonómicas, al tiempo que las Administraciones Locales van ampliando su campo de actuación. Tales Administraciones aumentan su porcentaje en el conjunto de las adquisiciones de las Administraciones Públicas y, por ello, no se puede realizar una afirmación rotunda de que el Estado tenga posición de dominio en un hipotético mercado de la contratación pública.

Desde la óptica geográfica, tanto el recurrente como el Servicio consideran que el mercado debe ser el español. La delimitación geográfica ha de realizarse teniendo en cuenta el espacio en el que las condiciones de competencia sean equivalentes y, en este caso, tal equivalencia de las condiciones se produce en el mercado nacional.

En consecuencia, al no existir posición de dominio, no puede existir conducta abusiva que suponga la infracción de los artículos 6 LDC y 86 del Tratado.

En cuanto a la hipotética infracción del art. 90 TCEE, el propio recurrente ha reconocido que no puede ser aplicado por el Tribunal, por lo que queda obviada cualquier discusión al respecto. En todo caso no resulta procedente ni tan siquiera la cuestión planteada por la doctrina según la cual los Tribunales nacionales no deben aplicar las normas y medidas que se opongan al artículo 90 TCEE, ya que al haber quedado acreditado que los hechos denunciados no infringen los arts. 85 y 86 del Tratado, no se precisa analizar la posible aplicación incidental de ese precepto.

3.- Es necesario formular algunos comentarios acerca de la cuestión planteada

por el recurrente relativa a la adecuación de los artículos 183.g) y 184 LCAP a lo dispuesto en la Directiva 93/96. El Servicio considera que no es preciso realizar ninguna actuación al respecto, porque conocer del asunto corresponde a la jurisdicción ordinaria y a la Comisión Europea, y esta última ya está ocupándose del asunto. En efecto, según consta en el expediente, la Comisión Europea ha solicitado un informe al Gobierno español acerca de esa cuestión.

Junto a estos argumentos, considera el Tribunal que la cuestión de si determinados preceptos de la LCAP contradicen o no determinadas Directivas no es cuestión que afecte al Derecho de la Competencia. Las normas europeas en materia de contratación pública, que han de ser traspuestas a las legislaciones de los Estados miembros, responden a la necesidad de introducir garantías y transparencia en las contrataciones de las Administraciones, pero no tienen finalidad concurrencial, por lo que debe ser admitido el argumento del Servicio relativo a que deben ser otras instancias las que se planteen esa hipotética contradicción.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia,

RESUELVE

Desestimar el recurso interpuesto por D. Carles Prat Masip, en representación de Apple Computer B.V. contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 25 de noviembre de 1997.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que la citada Resolución agota la vía administrativa y, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, el cual podrá interponerse, en su caso, ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar de la notificación de esta Resolución.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL LUIS BERENGUER FUSTER

Me muestro de acuerdo con los argumentos expresados en la Resolución respecto a la no existencia de indicios de infracción de los artículos 1 y 6 LDC y 85.1 y 86 del Tratado de Roma. Sin embargo, me veo obligado a formular mi voto discrepante en cuanto a la negativa adoptada por la mayoría del Tribunal a someter a consideración la cuestión apuntada en la denuncia y el recurso sobre si los preceptos contenidos en los artículos 183.g) y 184 LCAP son contrarios a la Directiva 93/36.

La cuestión relativa a la aplicación de las normas de la competencia a las Administraciones Públicas constituye una de las más controvertidas en este ámbito del Derecho. Es cierto que, en su origen, el Derecho de la Competencia, tanto en su vertiente norteamericana -legislación antitrust- como en la europea -centrada esencialmente en el derecho de la competencia desleal- contenía una serie de normas que se aplicaban a las empresas. Ahora bien, desde este origen, se ha ido produciendo progresivamente una ampliación del ámbito de aplicación de tales normas hasta el punto de llegar a considerar que entre los destinatarios de las normas de la competencia se encuentran los entes y empresas públicas, e incluso las Administraciones Públicas cuando actúan como operadores económicos. Este proceso es fruto de la actuación de los poderes públicos en el mercado, de la constitucionalización del principio de libre competencia, como parte integrante del principio de libre empresa en el marco de la economía de mercado, y también de las normas contenidas en el Tratado de Roma.

El artículo 90 del Tratado de Roma, aún indebidamente ubicado entre las normas dirigidas a las empresas, contiene un mecanismo que permite supervisar las actuaciones públicas cuando conceden derechos preferentes a determinadas empresas que les sitúan en ventajas competitivas. Por otra parte, el hecho de que una de las políticas de la Unión Europea consista en el establecimiento de un régimen que asegure que la competencia no sea falseada en el mercado común (artículo 3.f del Tratado de Roma, en la actualidad 3.g) tras la reforma introducida por el Tratado de Maastricht) y que el artículo 5 obligue a todos los Estados a adoptar las medidas para el cumplimiento de estos fines, permite que la actividad de los Estados, incluso la normativa, esté sometida a la supervisión de las instituciones europeas para comprobar si responden o no al principio de la libre competencia. En definitiva, puede afirmarse que el principio de libre competencia ha alcanzado un rango supralegal.

Estas afirmaciones se traducen en distintas variables, una de ellas es la necesidad de que las normas respondan al principio de libre competencia. Otra traducción de este principio consiste en el hecho de que las normas de la competencia se aplican también a las Administraciones Públicas cuando actúan en el mercado como operadores económicos.

Con estos antecedentes, es preciso analizar si las normas de la competencia se aplican también a las Administraciones Públicas cuando actúan en el mercado como demandantes de bienes y servicios. Esta es una cuestión que ha sido muy debatida en la doctrina y la jurisprudencia alemana hasta que se admitió de forma mayoritaria la "zweifrontentheorie", es decir, la teoría según la cual las normas de la competencia se aplicaban a las actuaciones de las Administraciones Públicas no sólo cuando actuaban como oferentes de bienes y servicios sino también cuando actuaban como demandantes de tales bienes y servicios. Esta tesis ha sido también admitida por el Tribunal en la Resolución de 30 de abril de 1996 (Expte. r 148/96,

TRAGSA, FJ 4), por lo que no existen razones para abandonarla en este momento.

La siguiente cuestión a abordar consiste en analizar si los preceptos contenidos en la LCAP y en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, tienen o no relación con las normas de la competencia. En mi opinión, las normas que contribuyen a asegurar la transparencia y la igualdad de concurrencia en la contratación pública tienen varios objetivos, pero no puede descartarse, como ha realizado la mayoría, que entre estos objetivos se encuentre la finalidad concurrencial. En la medida en la que se trata de conseguir que la totalidad de oferentes puedan presentarse a la contratación pública en igualdad de condiciones y sin privilegios, la finalidad de tales normas de regular la actividad concurrencial aparece evidente (por *conditio concurrentium*).

Pero, además, en apoyo de estas tesis puede aducirse el propio texto de la mencionada Directiva cuando en su Considerando noveno prevé que los contratos por debajo de determinado umbral puedan quedar al margen de la competencia, o bien el decimotercero cuando establece que la exigencia de anuncio de los contratos es una consecuencia del "desarrollo de una competencia efectiva en el sector de los contratos de suministro". También puede afirmarse, en refuerzo de la opinión que se mantiene en el presente Voto Particular, que en la citada Resolución de 30 de abril de 1996 se analizaron los preceptos de la LCAP, y de la misma Directiva que ha sido citada, como presuntamente infringida, como normas concurrenciales.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, en opinión de este Vocal, nos encontramos ante un supuesto en el que se realizan determinadas conductas restrictivas por el adquirente de ordenadores de uso personal, aplicando una legislación sobre la que caben dudas acerca de si respeta o no la Directiva Europea. Obviamente no se trata de una cuestión ni "clara" ni previamente "aclarada" por el Tribunal de Justicia, por lo que, en mi opinión, se debería haber planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acerca de si las normas de los artículos 183.g) y 184 LCAP infringen o no el contenido de la Directiva 93/36, pues el hecho de que la Comisión ya esté conociendo del tema, como aduce el Servicio, no es motivo suficiente para hacer dejación de esta facultad.

En el supuesto de que tal infracción se produjera, podríamos encontrarnos ante una infracción del artículo 7 LDC, por infracción del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, pues en tal caso el Estado habría infringido normas que tienen como objetivo la regulación de la actividad concurrencial.

Al no haber estimado la mayoría la conveniencia de plantear tal cuestión prejudicial, me he visto forzado a formular el presente Voto Particular.