



Lehiaren
Euskal Agintaritza
Autoridad Vasca
de la Competencia

RESOLUCIÓN SOBRE EL SERVICIO DE TRANSPORTE Y ASISTENCIA A EMERGENCIAS SANITARIAS PARA LA RED DE TRANSPORTE SANITARIO URGENTE DE LA CAE

Proyecto LEA/AVC nº 26-SAN-2013

Sumario:

I. ANTECEDENTES	1
II. LA DENUNCIA	4
III. ANÁLISIS JURÍDICO	6
IV. ÓRGANO COMPETENTE PARA RESOLVER	13
RESUELVE	14

Pleno:

Dña. Alba Urresola Clavero, Presidenta
D. Rafael Iturriaga Nieva, Vocal
Dña. Enara Venturini Álvarez, Vocal
Dña. Lourdes Muñoa Corrales, Secretaria

El Consejo Vasco de la Competencia (en adelante CVC), en su reunión celebrada el 21 de noviembre de 2017 con la composición ya expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el Proyecto LEA/AVC nº 26-SAN-2013, SERVICIO DE TRANSPORTE Y ASISTENCIA A EMERGENCIAS SANITARIAS PARA LA RED DE TRANSPORTE SANITARIO URGENTE DE LA CAE

I. ANTECEDENTES

Con fecha de 22 de enero de 2014 se recibió en la Autoridad Vasca de la Competencia (en adelante, LEA/AVC) un escrito de 16 de enero de 2014 (Ref. 71 PVA 07-103/13 Transporte Sanitario Urgente) dirigido a su Director de Investigación y remitido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), por el que se trasladaba a LEA/AVC la denuncia formulada el 6 de noviembre de 2013 ante la CNMC por la UTE



Larrialdiak.Net-Eulen 2013 (en adelante, Larrialdiak) contra: (a) los Departamentos de Hacienda y Finanzas (Dirección de Patrimonio y Contratación) y de Sanidad del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, (b) la sociedad Ambuibérica, S.L. y (c) la sociedad Servicio Asistencia Médico Urgente, S.L., alegando presuntas conductas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007), en relación con la adjudicación de la licitación C02/036/2012, correspondiente al Servicio de Transporte y Asistencia a Emergencias Sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

El traslado del expediente desde la CNMC a LEA/AVC se produjo al amparo de lo establecido en el artículo 1.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (BOE núm. 42 de 22 de febrero de 2002), por entender la CNMC que las presuntas conductas objeto de denuncia no afectaban a un ámbito geográfico superior al de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

La resolución de la CNMC sobre la remisión del expediente a LEA/AVC se notificó a la denunciante a los efectos oportunos mediante escrito de igual fecha de 16 de enero de 2014.

Con fecha de 7 de julio de 2014, el Director de Investigación de la LEA/AVC, D. Carlos Llorente Gómez de Segura dictó Resolución acordando el inicio de un procedimiento de información reservada al amparo de lo previsto en el artículo 49.2 LDC, según el cual *“[A]nte la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada (...) con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador”*. La citada resolución se dictó tras el nombramiento, el 3 de junio de 2014, de D. Carlos Llorente Gómez de Segura como Director de Investigación de la LEA/AVC a los solos efectos (“ad hoc”) de la tramitación del citado expediente, una vez resuelta el 3 de marzo de 2014 la causa de abstención formulada el 29 de enero de 2014 por el Director de Investigación, por haber mantenido éste relación de servicios con una de las partes implicadas en el expediente dentro de los dos años anteriores a su recepción por la LEA/AVC, en virtud de lo dispuesto por el artículo 28.2e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992).



Como parte del procedimiento de información reservada, la Dirección de Investigación de la LEA/AVC solicitó a los Juzgados de Instrucción N° 2 y 4 de Vitoria-Gasteiz, respectivamente, con fecha de 10 de septiembre de 2014, información sobre los procedimientos penales mencionados en la denuncia realizada por Larrialdiak. Dicha solicitud fue reiterada el 1 de diciembre de 2014, recibándose la información solicitada el 23 de diciembre de 2014 (Juzgado de Instrucción N° 4) y de 12 de enero de 2015 (Juzgado de Instrucción N° 2).

Del mismo modo, con fecha de 29 de abril de 2015, la Dirección de Investigación de la LEA/AVC solicitó a la Dirección de Patrimonio y Contratación del Gobierno Vasco copia completa del expediente del concurso C02/036/2012 y de cualesquiera otros concursos que, sobre el mismo objeto y ámbito, se hubiesen adjudicado o tramitado por el Gobierno Vasco con posterioridad al concurso C02/036/2012. Dicha información fue recibida por la Dirección de Investigación de la LEA/AVC en distintos lotes durante los meses de mayo y junio de 2015. En concreto, se recibió la documentación del concurso C02/036/2012 y de los concursos 32/2014 y 31/2014, adjudicados éstos, respectivamente por Resoluciones de 21 de julio de 2014 y de 24 de abril de 2015. A los efectos oportunos es necesario destacar los siguientes datos relativos a la adjudicación de los referidos concursos.

a) En el concurso C02/036/2012 resultaron adjudicatarias las siguientes entidades:

- UTE Euzkadi Emergentziak: lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8
- Ambuibérica, S.L.: lotes 9, 10, 11 y 12
- UTE Gipuzkoa Emergentziak: lote 13
- UTE Larrialdiak.Net-Eulen: lote 14

b) En el concurso 32/2014 resultaron adjudicatarias las siguientes entidades:

- Cruz Roja Española: lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 25, 26 y 29
- Asociación de Ayuda en Carretera de Bizkaia-DYA: lotes 8, 10, 11, 14, 16, 18 y 22
- UTE Larrialdiak: lote 9
- Ambuibérica, S.L.: lotes 12, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 23 y 24
- ISCAN, Servicios Integrales, S.L.: 15, 27 y 28

b) En el concurso 31/2014 resultaron adjudicatarias las siguientes entidades:

- UTE Larrialdiak-Eulen RTSU Euskadi 2014, lotes 1, 2, 3, y 4

La Dirección de Investigación ha analizado detenidamente la voluminosa documentación relativa a los tres expedientes de contratación mencionados, así como toda la información pública y publicada sobre los procesos de adjudicación del transporte sanitario urgente en la Comunidad Autónoma de



Euskadi desde la fecha de incoación del presente procedimiento hasta la fecha de esta propuesta de resolución. Atendiendo a la trascendencia pública que este asunto ha tenido, y sigue teniendo, en particular desde el momento en que la LEA/AVC se hizo cargo de este expediente, la Dirección de Investigación ha preferido diferir su resolución final en este procedimiento de información reservada hasta contar con toda la información posible sobre la evolución de estos procesos de adjudicación y, en particular, hasta poder analizar con seguridad y objetividad de qué modo el devenir de los distintos concursos publicados desde 2013 en el sector del transporte sanitario urgente en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi permiten evaluar el alcance y consecuencias reales de la denuncia formulada por Larrialdiak en dicho sector a la luz del ámbito particular de la normativa de defensa de la competencia vigente en nuestro país.

II. LA DENUNCIA

El punto indispensable de partida del análisis realizado por la Dirección de Investigación de la LEA/AVC lo constituye la denuncia formulada por Larrialdiak, en la medida en que su sustentación fáctica y jurídica es la que permite apreciar a priori a este organismo su encaje en el marco de la protección que ofrece la normativa sobre defensa de la competencia.

Recordemos, en primer lugar, porque es importante a la hora de correlacionar adecuadamente sujetos (denunciante y denunciados) y comportamientos (actos ilícitos de competencia), que la denunciante es la entidad que hemos denominado, a efectos abreviados, Larrialdiak. Y que las partes denunciadas, e identificadas como tales por la denunciante, son tres: a) los Departamentos de Hacienda y Finanzas y de Sanidad del Gobierno Vasco; b) la entidad mercantil Ambuibérica, S.L.; y c) la entidad mercantil Servicios Asistencia Médico Urgente, S.L.

La denuncia formulada por Larrialdiak, fechada el 6 de noviembre de 2013, se compone de 31 páginas y un notable soporte documental. Consta de una estructura, no excesivamente clara, integrada por unos “antecedentes”, unos “hechos y fundamentos de Derecho”, unos “fundamentos de derecho” (de nuevo), un “súplico” y dos “otrosí” en los que, respectivamente, se solicita una “medida cautelar” de suspensión de la adjudicación derivada del concurso y se proponen distintos “medios de prueba”.

En el súplico (página 25) de la denuncia se solicita, literalmente lo siguiente: “que se proceda a incoar expediente Sancionador contra las Administraciones y Mercantiles Denunciadas, se proceda a reconocer la existencia de acciones sancionables, con estimación de la misma se acuerde la existencia de



competencia desleal, se imponga la correspondiente sanción así como se acuerde la nulidad de la Adjudicación, suspendiendo la actividad que ilegalmente se desarrolla”.

Teniendo en cuenta que la denuncia de Larrialdiak se dirige a las autoridades de Competencia, de la lectura de este súplico debe concluirse, en consecuencia, que, a juicio de Larrialdiak, y sobre la base de lo afirmado y alegado en la sustentación fáctica de su denuncia, nos encontraríamos ante una situación que la propia denuncia califica de “competencia desleal” y que, sobre la base de esta calificación, sería sancionable.

La fundamentación jurídica de la denuncia (página 25), por su parte, recoge literalmente lo siguiente:

“UNICO.- Resultan infringidas el Art. 1 y S.S. de la Ley 15/2007 de 3 de Julio de 2007.

Las Recomendaciones y Criterios recogidos expresamente en la Guía Sobre Contratación Pública y Competencia, redactada y editada por la Comisión Nacional de la Competencia.

Informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre los Concursos en el ámbito Sanitario, en las que refrenda todas y cada una de las irregularidades Denunciadas por mi representada.

Las Recomendaciones y Criterios recogidos en expresamente en la Guía para la prevención y detección de la Colusión en la contratación pública, redactada y editada por la Autoridad Catalana de la Competencia”.

Se trata, por lo tanto, de una apelación general a la ya citada LDC y a otros instrumentos que, sin perjuicio de su función orientadora, carecen de valor normativo.

El súplico de la denuncia, apoyado jurídicamente del modo que acabamos de exponer, se basa, a su vez, en un relato de antecedentes fácticos, en los que priman, si bien difusamente, datos de hecho que, a juicio del denunciante, indican la existencia de irregularidades en la adjudicación del concurso con trascendencia jurídica en el ámbito de la contratación administrativa y del Derecho penal.

En lo que afecta, en particular, al sector de la defensa de la competencia, en la denuncia se realizan una serie de afirmaciones de diverso alcance, que pasamos a identificar y a sintetizar del modo siguiente:

(a) En los antecedentes de la denuncia (página 3), se recoge una primera afirmación genérica sobre la existencia de hechos que manifiestan una *“infracción de las Normas que de la Competencia tienen su origen en un procedimiento de Contratación. Concurso C02/036/2012”* .

(b) También en sus antecedentes (página 4), la denuncia advierte, en términos igualmente generales, de que *“existe bajada de precio conocido como venta a Pérdida (Dumping)”*.



(c) En el apartado denominado “hechos y fundamentos de Derecho”, en su número quinto (páginas 7-9), el relato fáctico de la denuncia se centra en una de las empresas favorecidas por el Concurso objeto de impugnación, identificada como UTE EUSKADI EMERGENTZIAK (AMBULANCIAS BIZKAIA) (que resultó ser una de las adjudicatarias finales del concurso controvertido, pero que no se corresponde, al menos en su identificación, con ninguna de las entidades denunciadas) a la que se le atribuye una “*situación monopolista y de dominio*” y la realización de prácticas de “venta a pérdida” (expresión que, acompañada en ocasiones de la de “dumping”, se reitera hasta tres veces en las páginas 8 y 9 de la denuncia).

La calificación de “situación monopolística y de dominio” se hace derivar por el denunciante del hecho de que la citada UTE “fuera la empresa más beneficiada en cuanto a actualizaciones de tarifa del servicio por parte del ente contratante” durante el periodo comprendido entre 2001 y 2008 (sobre la base de datos extraídos del BOPV en las fechas del 6 de julio de 2001 y de 30 de julio de 2008).

Y, por lo que respecta, a la alegación sobre la venta a pérdida, que se apoya, por su parte, en un informe pericial adjunto a la denuncia como documento N^o 8, la explicación que ofrece la denunciante es, en síntesis, que la UTE citada ofrece una rebaja del 15% sobre el precio de licitación, que pretende hacer “viable” (en su propia expresión) mediante la desvinculación “*del Convenio Colectivo de aplicación, pasando a abonar a los trabajadores o el Convenio Nacional o el salario Mínimo establecido en el Estatuto de los Trabajadores por causas no sobrevenidas*”.

(d) Finalmente, la denuncia, dentro del mismo apartado relativo a “hechos y fundamentos de Derecho”, esta vez en su número décimo (página 23) vuelve a aludir a una situación de “venta a pérdida” a la hora de criticar la Resolución de 24 de octubre de 2013 dictada por el Órgano de Recursos Contractuales en relación con la argumentación defendida por la denunciante que se ha descrito en el párrafo precedente.

III. ANÁLISIS JURÍDICO

El Capítulo I del Título I de la LDC establece el régimen de las llamadas “conductas prohibidas”, calificadas así por ser contrarias a la competencia. En este capítulo se identifican y caracterizan dichas conductas y se establecen las consecuencias derivadas de la constatación de su existencia. Entre estas consecuencias se encuentra, cuando corresponda, la nulidad de dichas conductas y, particularmente, y de forma general, su sanción administrativa en los términos previstos en el Título V de la citada LDC, todo previa instrucción



del correspondiente procedimiento sancionador sobre la base de los artículos 49-54 LDC (o de los preceptos correspondientes establecidos en el Capítulo II del Título II del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia-RDC).

En este marco normativo, que acertadamente es esgrimido por la denunciante en su fundamentación jurídica única, debe incardinarse, el análisis realizado por la Dirección de Investigación de la LEA/AVC en relación con los hechos alegados e investigados y su calificación jurídica.

Nos centraremos en los artículos 1, 2, y 3 LDC, que son los que potencialmente son de aplicación a este expediente.

El artículo 1 LDC declara nulas (apartado 2) y prohíbe (apartado 1), salvo que estén exentas (apartados 3, 4 y 5), las denominadas “conductas colusorias”, entendidas en el sentido de *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional”*. A modo de ejemplo, el precepto, en su apartado 1, proporciona las siguientes modalidades de conductas colusorias: *“(a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; (b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; (c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; (d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; y (e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”*.

A los efectos de nuestro análisis, lo que nos interesa destacar principalmente de este precepto es su exigencia de que, para su aplicación, exista un concurso de voluntades o entendimiento entre empresas (elemento subjetivo) que de lugar a un acuerdo, decisión recomendación o práctica, que restrinja, por su objeto o efectos, la competencia en todo o parte del mercado nacional (elemento objetivo).

La práctica comparada, europea y estatal del Derecho de defensa de la competencia pone de manifiesto que, en el marco de la contratación pública, el potencial de conductas colusorias es significativo. Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, uno de los documentos que la propia denunciante menciona en los fundamentos de Derecho de su denuncia, la *“Guía sobre Contratación Pública y Competencia”* publicada por la Comisión Nacional de la Competencia



(CNC) (en este sentido, véase su Parte 3, “La colusión entre oferentes a licitaciones”, páginas 29-45).

Sucede, no obstante, que esas conductas colusorias en el ámbito de la contratación pública se producen en el marco específico de la concertación entre los distintos postulantes. Y, en nuestro caso, ni el denunciante alega, ni esta Dirección de Investigación ha podido constatar, que se hayan producido acciones concertadas y restrictivas de la competencia entre las empresas concurrentes al concurso público objeto de análisis en esta resolución (y, podríamos añadir, ni en ninguno de los posteriores concursos que sobre el mismo objeto se han publicado en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi hasta la fecha). En un mismo sentido, véase la “*Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública*” (edición de junio de 2010), publicada por la Autoritat Catalana de la Competència, igualmente citada y alegada por la denunciante en su fundamento de Derecho único.

En conclusión, no existe en el presente expediente ningún indicio que indique una infracción del artículo 1 LDC.

Pasemos al artículo 2 LDC.

Este precepto prohíbe “la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional” (apartado 1). Y, en su apartado 2, ofrece distintos ejemplos sobre lo que puede constituir un abuso: “a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; y e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos”.

Como es bien conocido, la aplicación de la prohibición (no susceptible de excepción) del artículo 2 LDC exige una doble demostración. Por un lado, que el presunto infractor posee una posición de dominio en el mercado de referencia. Y, por otro lado, que se ha abusado de dicha posición en perjuicio de la libre competencia.

Debemos señalar, por un lado, que, en su denuncia, Larrialdiak atribuye esta conducta a la UTE EUSKADI EMERGENTZIAK (AMBULANCIAS BIZKAIA). Y



debemos recordar de nuevo, por otro lado, que con su denominación no se identifica a ninguna de las denunciadas, si bien, a los efectos oportunos, entendemos que, en realidad, la denuncia sobre este particular se dirige contra la mercantil identificada en la denuncia (página 2) como “Servicio y Asistencia Médico Urgente, S.L.”. En todo caso, es importante destacar, a la hora de delimitar el alcance subjetivo de la denuncia, que ésta no atribuye este comportamiento (abuso de posición dominante) a ninguna de las otras denunciadas.

En su denuncia, Larrialdiak, describe, por un lado, como “*situación monopolística y de dominio*” (página 8), la que detentaría “*en el territorio de Bizkaia*” (en sus palabras) la citada UTE. Y, por otro lado, la denuncia sugiere que el abuso derivado de la citada situación de monopolio por parte de dicha entidad mercantil consistiría concreta y exclusivamente en la tan reiterada “venta a pérdida” (o dumping).

Con respecto a la determinación de la posición de dominio en el mercado de referencia es jurisprudencia constante que ésta resulta del análisis de varios factores que, tomados por separado, no son necesariamente concluyentes, pero, entre los que destacan, positivamente, la cuota de mercado, los obstáculos a la expansión y a la entrada de competidores en el mercado, el poder de negociación de la demanda y los supuestos del llamado “*contratante obligatorio*”. Sobre esta base, podríamos comenzar recordando que la denuncia basa su calificación de posición de dominio en el hecho de que la UTE presuntamente infractora de las normas sobre competencia (en concreto del artículo 2 LDC) fue “*la empresa más beneficiada en cuanto a actualizaciones de tarifas de servicio por parte del ente contratante, pasando de un canon mensual de 571.310,09 en 2001 a un canon mensual de 1.355.000,00 € en 2008. Un incremento mensual de 783.689,91 € que supone un 137% de incremento en 8 años cuando el IPC de la CAE supuso un incremento del 28,2% para este mismo periodo*”. Es evidente que los datos aportados por la denuncia no son adecuados para corroborar la citada posición de dominio, lo que obligaría a esta Dirección de Investigación a llevar a cabo un análisis más preciso de esta posición en el mercado de referencia. Pero, en aras al principio de prudencia, y sobre todo de economía procesal, se ha considerado preferible analizar, dando un salto lógico, si las alegaciones de la denunciante son certeras en cuanto a la existencia del abuso. Porque, si no hay abuso, la determinación de la existencia o no de la posición de dominio es irrelevante. Pues bien, en este aspecto creemos que la denuncia no está fundada. Veámoslo.

Recordemos, por un lado, que cuando la denuncia menciona reiteradamente la citada “venta a pérdida” (o dumping) está aludiendo a una situación que



describe literalmente del modo siguiente: “*En este último concurso en el año 2013 esta empresa procede a realizar una rebaja económica del 15% sobre el precio de licitación, siendo una “venta a pérdida” o Dumping en el que lo que se pretende con ello es la eliminación de las empresas de la competencia. La única forma de hacer “viable” esta venta a pérdida es desvincularse del Convenio Colectivo de aplicación, pasando a abonar a los trabajadores o el Convenio Nacional o el salario Mínimo establecido en el Estatuto de los Trabajadores por causas no sobrevenidas, apoyándose en la reforma laboral. Y prueba de ello es la notificación formal que realizó esta empresa a los trabajadores el mismo día 5 de julio de 2.013 comunicándoles el paso al Convenio Nacional, el mismo día en que se procedió a dictar la resolución de adjudicación*”.

Es cierto que se ha venido considerando (si bien con cierta controversia) como un ejemplo de conducta abusiva la de los llamados “precios predatorios” (calificados como una conducta de “exclusión”), es decir, el comportamiento por el que una empresa dominante incurre deliberadamente en pérdidas o renuncia a beneficios a corto plazo, mediante la aplicación de precios de venta inferiores al precio de coste. En este sentido, la jurisprudencia ha estimado que “*precios inferiores a los costes medios variables por los que una empresa dominante busca eliminar a un competidor deben ser considerados como abusivos*” (STJUE, de 3 de julio de 1991, AKZO c. Comisión, C-62/86. Rec. 1991, p. I-3359). E, incluso, se ha considerado que “*precios inferiores a los costes medios totales y superiores a los costes medios variables son abusivos cuando forman parte de un plan destinado a eliminar a un competidor*” (JUAN IGNACIO SIGNES DE MESA ET AL., *Derecho de la Competencia*, Civitas-Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor 2013, páginas 269-270). Pero, siendo esto así, lo cierto es que la denuncia plantea una situación que no es la propia de los “precios predatorios” sino de las llamadas, en el ámbito de la contratación pública, “ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas”. De hecho ésta es una de las cuestiones que, ante la alegación de la hoy denunciante, fueron abordadas por la Resolución 100/2013, de 24 de octubre de 2013, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que resuelve los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por varias empresas frente a la adjudicación del contrato administrativo de servicios que tiene por objeto el “Servicio de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la red de transporte sanitario urgente (RTSU) de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, y que, precisamente, se incorpora a la denuncia como documento Nº 5. En este documento (páginas 5 y 6), la denunciante apunta los argumentos que posteriormente reiteraría, de



manera más somera, en la denuncia presentada ante las autoridades de la Competencia. Y la respuesta del órgano de la Administración (página 26) sobre la alegación realizada por Larrialdia acerca de la “existencia de ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas” se recoge del siguiente modo (que transcribimos íntegramente a continuación, para su mejor entendimiento): *“El artículo 152.2 TRLCSP establece que “cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales”. En usos de esta posibilidad, el punto 33.2a) de la carátula del PCAP establece que estarán inicialmente incursas en sospecha de anormalidad o desproporción “las ofertas inferiores en más de un 20% a la media aritmética de todas las ofertas admitidas”. Ninguna oferta de las presentadas supera ese límite, por lo que no ha habido lugar a tramitar el procedimiento previsto en los párrafos 3 y 4 del artículo 152 TRLCSP, el cual es requisito preceptivo para, en su caso, excluir una oferta por anormal o desproporcionada. Dicho de otro modo, un licitador que no infrinja los parámetros objetivos fijados en los Pliegos no puede ser declarado temerario, siendo a partir de ahí improcedente cualquier comparación entre el precio ofertado y los supuestos costes del servicio con la finalidad de poner en duda la viabilidad de la ejecución del contrato bajo las condiciones propuestas (ver, por todas, la Resolución 314/2011 del TACRC). Si algún interesado estimaba que el parámetro fijado en el punto 33.2a) de la carátula no era adecuado porque permitiría acceder a la licitación a empresas que proponían un precio que haría peligrar la ejecución del contrato, debió recurrir en tiempo y en forma la cláusula correspondiente; no habiéndose hecho así, los Pliegos rigen el procedimiento de contratación vinculando a dictadores y Administración. Por ello el motivo de impugnación debe ser desestimado”.*

Si la argumentación del órgano administrativo no proporcionase, por sí misma, claves inequívocas para entender que las alegaciones del denunciante nada tienen que ver con una situación de “precios predatorios”, lo cierto, además, es que el propio denunciante, en su explicación en esta materia, reconoce que no los hay ¿De qué otro modo puede entenderse esa expresión que emplea de “hacer viable la venta a pérdida”? Esto es pura y simplemente otra forma distinta de decir que la entidad denunciada no está realmente asumiendo pérdidas, porque, como el propio denunciante reconoce, las va a “corregir” mediante una estrategia de ajuste de los costes laborales, que, añadimos



nosotros, no resulta sancionable desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia y, en concreto, del artículo 2 LDC. Nada hay en este expediente, por otro lado, ni en ninguno de los otros analizados por esta Dirección de Investigación, que permitan deducir lo contrario ni atribuirlo a alguna de las otras concursantes.

En conclusión, el artículo 2 LDC no justifica la denuncia efectuada contra una de las tres entidades denunciadas.

Finalmente, la última de las conductas prohibidas por la LDC está regulada en su artículo 3, conforme al cual “[L]a Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”. Como se ha dicho acertadamente, ésta es una norma de cierre del sistema que sólo podrá ser aplicable si la conducta no puede ser tipificada como conducta colusoria o como abuso de posición de dominio. Y, para su aplicación, será necesario que concurren los siguientes requisitos: a) que se trate de un acto de competencia desleal según la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD); b) que el acto afecte a la libertad de competencia en el mercado; y c) que se produzca una perturbación que altere gravemente el funcionamiento de la competencia (JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE Y MARÍA CONCEPCIÓN PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, “Competencia Lícita”, en JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE (Dir.), Derecho Mercantil I, 3ª edición, Huygens, Barcelona 2015, página 163). A la vista de estos requisitos, debemos concluir que ni de la denuncia ni de la investigación realizada por esta Dirección puede concluirse que, en el presente caso, nos hallemos ante el supuesto previsto en el artículo 3 LCD. Si se recuerda, en la denuncia, en su súplico, se solicita específicamente a la LEA/AVC que declare la existencia de “competencia desleal” en el supuesto denunciado, pero esto parece más bien una forma generalmente imprecisa de referirse a la violación de las normas de defensa de la competencia y no a las de la competencia desleal. En todo caso, un análisis de la LCD pone de manifiesto que el único de sus preceptos que podría ser aplicable a nuestro caso, a la luz de la configuración de la denuncia, es su artículo 17, que regula la “venta a pérdida”. No obstante, como ya hemos puesto de manifiesto más atrás, de la documentación examinada por esta Dirección de Investigación no cabe concluir que en el presente caso estemos ante una situación de “venta a pérdida”, lo cual cierra la puerta, también, a esta argumentación.



IV. ÓRGANO COMPETENTE PARA RESOLVER

El artículo 49.3 de la LDC establece que:

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley.

En virtud de lo expuesto, la Dirección de Investigación entiende que, a la luz del procedimiento de información reservada que se abrió el 7 de julio de 2014, sobre la base del artículo 49.2 LDC, no concurren circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador solicitado por la denunciante contra los Departamentos de Hacienda y Finanzas (Dirección de Patrimonio y Contratación) y de Sanidad del Gobierno vasco, ni contra las compañías mercantiles Ambuibérica, S.L. y Servicio Asistencia Médico Urgente, S.L.

El artículo 10 de la Ley de la Autoridad Vasca de la Competencia establece que¹:

Artículo 10.- Funciones del Consejo Vasco de la Competencia.

Son funciones del Consejo Vasco de la Competencia: (...)

e) acordar, si procede, el archivo de las denuncias o de las actuaciones iniciadas de oficio, antes ser elevadas a expediente sancionador, (...)

El Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en su artículo 27, dispone:

Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en este caso, Consejo Vasco de la Competencia) pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo.

De acuerdo a lo anterior y, en base al Informe de la Dirección de Investigación este Consejo asume la propuesta de dicha Dirección de Investigación por cuanto de la información reservada se infiere que no se encuentran indicios de infracción y, por tanto, que la denuncia carece de la entidad necesaria, por lo que no procede incoar expediente sancionador, de acuerdo con el apartado segundo del citado artículo 27.

¹ Ley vasca 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia, B.O.P.V. nº 29, de 9 de febrero de 2012.



Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Consejo Vasco de la Competencia en la sesión plenaria celebrada en la mañana del día 21 de noviembre de 2017,

RESUELVE

ÚNICO- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones habidas e instruidas en el marco de la Información Reservada de referencia, por cuanto no ha quedado acreditada la existencia de indicios suficientes de infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la LEA/AVC, y notifíquese a todos los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su notificación.