

RESOLUCION (Expte. SAMAD 01/2014 HOSPITALES PÚBLICOS 1 Y 2)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada, Presidente

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar, Consejera

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Consejero

D. Benigno Valdés Díaz, Consejero

D^a. Idoia Zenarruzabeitia Beldarraín, Consejera

SECRETARIO

D. Tomás Suarez-Inclán González

En Madrid, a 30 de julio de 2015.

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada al margen ha conocido de la Propuesta de Archivo que le eleva la Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, en relación con la investigación referenciada como MAD 01/2014 HOSPITALES PÚBLICOS 1 y 2, referida a determinadas actuaciones que podrían constituir una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES

1. Con fecha 20 de junio de 2013, tuvo entrada en la Dirección de Investigación (en adelante, DI) de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) denuncia interpuesta por Unión Progreso y Democracia (UPYD en adelante) contra el Grupo HIMA San Pablo, SANITAS, la Unión Temporal de Empresas (UTE) formada por Ribera Salud, Obrascon Huarte Lain (OHL) y El Corte Inglés y la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid relativa a un posible acuerdo previo en la licitación y adjudicación del contrato de servicios denominado gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a 6 hospitales de la Comunidad de Madrid (folios 1 al 9).
2. Con fecha 19 de julio de 2013 (folios 16 a 55), tuvo entrada en la DI escrito de denuncia de la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM), contra el Grupo Ribera Salud, Capiro Sanidad S.L., el Grupo HIMA San Pablo, SANITAS, la mencionada UTE Ribera Salud/OHL/El Corte Inglés), la Fundación Jiménez Díaz UTE y el Servicio Madrileño de Salud

de la Consejería (SERMAS), relativa a los mismos asuntos que en la anterior denuncia, a los que se añadían:

- a) la aplicación de la facturación intercentros en los Hospitales públicos de Torrejón, Rey Juan Carlos de Móstoles e Infanta Elena de Valdemoro;
 - b) la aplicación del concierto de asistencia sanitaria especializada suscrito por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y la Fundación Jiménez Díaz-UTE;
3. Con fecha 10 y 11 de septiembre de 2013, la DI remitió al Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante SDC) de la Comunidad de Madrid, adscrito a la Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica las propuestas de asignación de competencia respecto de las dos denuncias recibidas, resolviéndose en ambos supuestos la asignación a favor del SDC con fecha 24 de septiembre de 2013.
 4. Con fecha 20 de enero de 2014, el SDC acordó la acumulación de los procedimientos SA 10/2013 Hospitales Públicos de Madrid 1 y SA 11/2013, Hospitales Públicos de Madrid 2, pasando a constituir un único expediente referenciado: SA 01/2014 Hospitales Públicos de Madrid 1 y 2 (folios 586 a 591).
 5. En enero y febrero de 2014 el SDC envió distintas solicitudes de información a los siguientes organismos y empresas:
 - Con fecha 24 de enero de 2014, al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (folios 608 a 611) y a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (folios 601 a 606),
 - Con fecha 31 de enero de 2014, a Capiro Sanidad, al Grupo HIMA San Pablo, a SANITAS, a Ribera Salud y a la UTE formada por Ribera Salud, OHL y El Corte Inglés. (folios 613 a 616).
 - Con fecha 27 de febrero de 2014, a las sociedades Vallecas Salud S.A. y Sureste Salud S.A., constituidas por Ribera Salud, OHL y El Corte Inglés en lugar de la UTE referida anteriormente.

Las respuestas a los anteriores requerimientos fueron remitidas al SDC de la Comunidad de Madrid entre febrero y mayo de 2014:

- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (4 de febrero, folios 623-736),
- Ribera Salud, OHL y El Corte Inglés (21 de febrero, folios 737 a 738), comunicando la existencia de las sociedades Vallecas Salud S.A. y Sureste Salud S.A.
- SANITAS (4 de marzo, folios 744 a 746),
- Grupo HIMA San Pablo (4 de marzo, folios 747 a 761),

- la Consejería de Sanidad (21 de marzo, folios 762 a 936),
 - OHL, a través de su filial INGESAN, SAU (4 de abril, folios 937 a 950),
 - El Corte Inglés, a través de su filial IECISA (8 de abril, folios 951 a 954),
 - Ribera Salud el (10 de abril, folios 955 a 981) y
 - CAPIO Sanidad (13 de mayo, folio 990)
6. Con fecha 13 de mayo de 2014, el SDC remitió nueva solicitud de información a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (folio 991 a 994), para conocer la situación de la licitación de los seis hospitales de la Comunidad de Madrid objeto de la denuncia. Dicho requerimiento fue contestada por la Consejería de Sanidad con fecha 2 de junio de 2014 (folios 996 a 1019).
7. El SDC, con fecha 10 de julio de 2014 elevó a esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia una propuesta de archivo y no incoación de expediente sancionador, bajo la referencia SAMAD 01/2014 HOSPITALES PUBLICOS DE MADRID 1 Y 2, cuya conclusión se expone a continuación (folios 1020 a 1058):

“VI.1. En relación con la licitación del contrato de gestión por concesión del servicio público de atención sanitaria especializada, en seis hospitales de la Comunidad de Madrid, convocado por la Consejería: posible acuerdo previo entre las empresas que concurrieron y modificación por parte de la Consejería, mediante una corrección de errores, antes de finalizar el plazo de presentación de las solicitudes de la cuantía de la garantía que deberían presentar los adjudicatarios en cada lote: el SDC no ha observado indicio alguno de acuerdo en el proceso y la corrección de la garantía se advirtió por una de las empresas la cual comunicó el error, que fue corregido por la Administración Pública madrileña. Adicionalmente las terminaciones convencionales de los lotes 2,4 y 5 y la Resolución de la Consejería por la que se ponía fin al contrato objeto de denuncia en cuanto a los lotes 1 y 3, supone la pérdida de objeto respecto al posible acuerdo denunciado.

VI.2. En relación con la facturación intercentros a los hospitales Infanta Elena de Valdemoro, Torrejón y Rey Juan Carlos de Móstoles, la Consejería actuaría como órgano regulador y el SDC no es competente para entrar a valorar las posibles eficiencias o ineficiencias del sistema.

VI.3. En relación con el Concierto para asistencia sanitaria suscrito entre el SERMAS y la Fundación Jiménez Díaz-UTE sobre el uso de los centros de Quintana y Pontones contaría con la exención legal del artículo 4 LDC y su prórroga y establecimiento del canon ha sido justificado por la Consejería.

Con base a las previas valoraciones jurídicas se propone Archivo y no Incoación del presente expediente respecto a los tres puntos relacionados ut supra.”

8. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 30 de julio de 2015.

HECHOS ACREDITADOS

Teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC debe analizar los siguientes hechos incluidos por el SDC de la Comunidad de Madrid en su propuesta de archivo, tal y como se exponen a continuación.

1. Empresas y entidades relacionadas con las denuncias

En relación con los hechos denunciados en junio y julio de 2013, el SDC ha solicitado información y examinado los escritos de denuncia y alegaciones de las siguientes empresas y entidades:

- a) **Denunciantes:** son denunciantes el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia (UPyD) y la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM).
- b) **Denunciadas:** ha sido denunciadas las siguientes empresas y entidades:
- el Grupo HIMA San Pablo,
 - Sanitas,
 - Ribera Salud,
 - INGESAN (OHL),
 - IECISA (El Corte Inglés),
 - Capio Sanidad S.L (IDC Salud),
 - El Grupo HIMA San Pablo,
 - La Fundación Jiménez Díaz UTE y
 - La Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid
 - El Servicio Madrileño de Salud de la Consejería (SERMAS).

En su propuesta de archivo el SDC realiza la siguiente descripción de estas empresas y entidades:

- *“**Grupo HIMA San Pablo**, es una Corporación constituida con arreglo a la legislación del Estado Libre Asociado de Puerto Rico el 20 de diciembre de 2005, (...) que tiene por objeto social, entre otras, las actividades de inversión y gestión en negocios relativos a la asistencia sanitaria (...) o de apoyo a proveedores de asistencia sanitaria (...)*

- **Sanitas** se fundó en 1954 y realiza una oferta integral en seguros de salud, hospitales, centros médicos propios, clínicas dentales, otros servicios de salud y residencias para mayores (...)
- **Ribera Salud** es un grupo empresarial de gestión sanitaria en el sector de las concesiones administrativas sanitarias en España. Fue fundada en 1997 para el desarrollo de iniciativas de colaboración público-privadas. Su campo de actuación es la gestión integral de servicios sanitarios; así como en el desarrollo de proyectos en el sector salud, a escala nacional e internacional (...)
- **IECISA** (nomenclatura de informática El Corte Inglés) es una empresa de consultoría tecnológica del Grupo El Corte Inglés que provee consultoría, soluciones TIC y outsourcing. Forma partes de las empresas del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones del Grupo El Corte Inglés que también integran Investrónica y Telecor (...)
- **INGESAN**, es una empresa del Grupo OHL que nace en el año 2007 que concentra su negocio en dos áreas de actividad (...) servicios a inmuebles: mantenimiento, limpieza, estructura de apoyo, etc. (...), así como servicios de atención a las personas: gestión de residencias, centros de día, centros de acogida, escuelas infantiles, etc.
- **IDC Salud (Capio Sanidad S.L.)** es una compañía especializada en provisión de servicios sanitarios. IDC Salud cubre todas las especialidades médicas y, en especial, en el diagnóstico y tratamiento de patología cardiovascular y oncológica. Dispone de equipos tecnológicos y profesionales en radioterapia, angioplastia, radiología vascular intervencionista, neuroangiografía, cirugía cardíaca y medicina nuclear.
- **Fundación Jiménez Díaz UTE** es una organización privada, integrada desde 2003 en el Grupo IDC Salud, que presta servicios de Asistencia Sanitaria, Investigación y Docencia. Además, provee de Servicios Sanitarios tanto a usuarios con cobertura pública, como privada o intermediada por entidades aseguradoras o mutualidades. En el ámbito de la asistencia sanitaria de cobertura pública, asume la responsabilidad de la atención especializada de las zonas básicas de salud asignadas por las instituciones Sanitarias Públicas en virtud de los acuerdos firmados con estas.”

Ribera Salud, IECISA e INGESAN constituyeron las sociedades Vallecas Salud S.A. y Sureste Salud, para participar en el proceso denunciado.

2. Conductas investigadas

En su propuesta de archivo y no incoación de expediente sancionador el SDC expone los hechos investigados respecto a las siguientes conductas denunciadas:

- La licitación del contrato de gestión por concesión del servicio público de atención sanitaria especializada en seis hospitales ("Infanta Sofía", "Infanta Leonor", "Infanta Cristina", "Hospital Universitario del Tajo", del Sureste y de Henares") convocado por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y la modificación por parte de la Consejería, mediante corrección de errores, de la cuantía de la garantía a presentar por los adjudicatarios de cada lote.
- La facturación intercentros a los hospitales Infanta Elena de Valdemoro, Torrejón y Rey Juan Carlos de Móstoles.
- El concierto para la asistencia sanitaria suscrito entre el SERMAS y la Fundación Jiménez Díaz-UTE, por no tener establecido un precio cierto sobre el uso de los centros de Quintana y Pontones.

Antes de proceder a la descripción de las conductas investigadas el SDC examina el mercado relevante afectado.

Desde un punto de vista geográfico el SDC considera que el mercado geográfico se circunscribe a la Comunidad de Madrid ya que las conductas objeto de la investigación no se extienden más allá del ámbito territorial de la citada Comunidad.

Para el SDC el mercado relevante por razón del producto o servicio debe estudiarse en torno a las tres conductas denunciadas.

2.1 Licitación del contrato de gestión por concesión del servicio público de atención sanitaria especializada en seis hospitales convocado por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. Posible acuerdo previo entre las empresas que concurren.

El SDC comienza su análisis de la licitación convocada por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid referida a los hospitales Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, Hospital Universitario del Tajo, del Sureste y de Henares, exponiendo que la sanidad en España es un servicio público cuya provisión afecta a numerosos sectores que conforman la actividad económica del país, así como un servicio básico de la sociedad que exige una calidad adecuada en su provisión y supone un gasto público importante y de creciente magnitud.

Las CCAA son los organismos competentes en la organización de los recursos sanitarios en su ámbito territorial, y, por tanto, deben tener en cuenta estos elementos a la hora de elegir el sistema óptimo de provisionar este servicio público, garantizando los niveles de calidad exigibles a un coste sostenible. Del diseño elegido dependerá no sólo la efectividad del servicio sino su calidad y coste. Continúa el SDC afirmando que la externalización de la gestión de los recursos sanitarios, o el paso de la prestación pública gestionado por una entidad

pública a la prestación pública gestionado por entidades privadas, es uno de los instrumentos utilizados para incrementar la eficiencia del modelo.

El SDC analiza las principales formas de gestión de los servicios sanitarios en España, en principio, caracterizado inicialmente por la gestión directa (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad -LGS-) y al que se incorporaron posteriormente nuevas formas de gestión gracias al Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD y a la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

- a) Conciertos y convenios: la LGS establece que los centros y establecimientos de salud privados pueden vincularse a la red pública sanitaria mediante conciertos y convenios. La Ley 15/1997, habilita nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud (SNS): "mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas".
- b) Nuevas formas de gestión directa: el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, concreta distintas formas de gestión directa de los servicios sanitarios: Fundaciones privadas de iniciativa pública y Fundaciones públicas sanitarias, Consorcios y Sociedades estatales.
- c) Otras fórmulas de gestión indirecta previstas en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), como los contratos de gestión de servicio público, la concesión de obra pública, o contratos de colaboración público privada.

A continuación el SDC expone que en los procesos de externalización sanitaria se pueden realizar tres tipos de contratos: concesión, gestión y colaboración, siendo la segunda modalidad, esto es el contrato de gestión de servicio público, bajo la modalidad de concesión para la atención sanitaria especializada, la elegida por la Comunidad de Madrid, para los seis hospitales referidos de la Comunidad de Madrid.

El procedimiento se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 7 de mayo de 2013, de acuerdo con lo previsto en el artículo 142 de la TRLCSP. Asimismo el procedimiento de licitación también se publicó en el portal de contratación de la Comunidad de Madrid.

Las empresas y entidades interesadas en el procedimiento en alguna de sus fases fueron las siguientes (folio 764):

1. HM HOSPITALES
2. RIBERA SALUD, S.A.
3. RIBERA SALUD PROYECTOS S.L.U.
4. GRUPO BUPA SANITAS, S.L.U.

5. GRUPO HIMA SAN PABLO INC.
6. INFORMÁTICA EL CORTE INGÉS, S.A.U.;
7. INSTITUTO DE GESTIÓN SANITARIA, S.A.U.;
8. CLINICA MADRID;
9. FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS.

Finalmente los lotes fueron adjudicados a las siguientes empresas:

- Lote 1, Hospital Universitario Infanta Sofía, adjudicado al Grupo HIMA San Pablo.
- Lote 2, Hospital Universitario Infanta Leonor, adjudicado a Vallecas Salud, S.A., empresa integrada por INGESAN del grupo OHL, IECISA del Grupo El Corte Inglés y Ribera Salud.
- Lote 3, Hospital Universitario Infanta Cristina y Hospital Universitario del Tajo, adjudicado al Grupo HIMA San Pablo.
- Lote 4, Hospital Universitario del Sureste, adjudicado a Sureste Salud, S.A. integrada por INGESAN (OHL), IECISA (El Corte Inglés) y Ribera Salud.
- Lote 5, Hospital Universitario del Henares, adjudicada al grupo BUPA Sanitas S.L.

Basándose en las respuestas ofrecidas por las distintas empresas a las que se ha requerido información, el SDC expone que todas las empresas licitantes sostienen que presentaron su oferta al lote adjudicado y no a los restantes debido a las características de los hospitales ofertados en los lotes, criterios de rentabilidad y riesgos financieros.

A partir de los datos recabados por el SDC y de la información suministrada por el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en relación con el contrato¹, se ha elaborado el siguiente cuadro que detalla los lotes, las empresas presentadas, el adjudicatario de cada lote, el presupuesto y la oferta del adjudicatario en cada lote y la baja calculada.

Únicamente dos empresas y una agrupación de empresas presentaron ofertas, en concreto, el GRUPO HIMA, el GRUPO BUPA SANITAS y el consorcio formado por INGESAN, IECISA y RIBERA SALUD.

Los cinco lotes ofertados fueron adjudicados al grupo HIMA (2), al grupo BUPA (1) y al consorcio de empresas (2), tal y como refleja el cuadro:

1

http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_ConvocaPrestac_FA&cid=1354200392771&definicion=Contratos+Publicos&language=es&op=PCON_&pagename=PortalContratacion%2FPagina%2FPCON_contratosPublicos&segmento=1&tipoServicio=CM_ConvocaPrestac_FA

Lote nº	Empresas que han presentado oferta	Empresa adjudicataria	Valor de la licitación (€/Persona/año) (A)	Oferta económica licitador (€/Persona/año) (B)	Baja calculada para cada Oferta (B-A/A)
Lote 1: Hospital Universitario Infanta Sofía	Grupo HIMA San Pablo	Grupo HIMA San Pablo	448,24	448	0,05%
Lote 2: Hospital Universitario Infanta Leonor	Vallecas Salud, S.A. integrada por INGESAN (OHL), IECISA (El Corte Inglés) y Ribera Salud.	Vallecas Salud, S.A.	549,39	549,35	0,01%
Lote 3, Hospital Universitario Infanta Cristina y Hospital Universitario del Tajo	Grupo HIMA San Pablo; INGESAN (del Grupo OHL), IECISA (Del grupo El Corte Inglés) y Ribera Salud	Grupo HIMA San Pablo	493,37	493,00	0,075%
Lote 4, Hospital Universitario del Sureste	Sureste Salud, S.A. integrada por INGESAN (OHL), IECISA (El Corte Inglés) y Ribera Salud	Sureste Salud, S.A.	450,07	450,06	0,0022%
Lote 5, Hospital Universitario de Henares	Grupo BUPA Sanitas S.L.	Grupo BUPA Sanitas S.L.	481,56	479,15	0,50%

<http://www.madrid.org/contratos-publicos/1354223663930/1245472924202/1354223669141.pdf> y Propuesta de Resolución del SDC

Según explica el SDC el precio anual del contrato, siguiendo la cláusula 19 del PCAP, se establece mediante la suma de los dos importes siguientes:

- Una parte capitativa resultado de multiplicar la prima por persona ofertada por el adjudicatario, con las actualizaciones que correspondan por revisión de precios o modificación del equilibrio económico del contrato, por la población protegida.
- Otra parte correspondiente al saldo positivo o negativo de la Facturación Intercentros.

El importe resultante se minorará por unas deducciones de calidad y disponibilidad.

Según expone el SDC, la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid justifica la ausencia de bajas en esta licitación por varias razones. En primer lugar, considera que el precio de licitación estaba muy ajustado al coste del servicio; además sostiene que los pliegos obligaban a que los licitantes se comprometieran a presentar una oferta que cumpliera con unos requisitos de calidad muy exigentes; y, por último, señala que el concesionario tenía la obligación de abonar un canon por la utilización de los bienes de dominio público.

Según informa la Consejería al SDC, el órgano de contratación no tuvo conocimiento de ningún indicio de posible acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores que tuvieran por objeto, produjera o pudiera producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación. Por ello, no considero necesario ni posible la aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional 23ª del TRLCSP.

La Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (folios 996 a 1019), como consecuencia de la impugnación del procedimiento contractual ante la jurisdicción contencioso-administrativa (Véase esquema de recursos interpuestos en el folio 864), acordó con los representantes legales de las empresas adjudicatarias del concurso no formalizar los contratos de gestión de los lotes 2, 4 y 5 con fechas 18 de febrero y 28 de marzo de 2014. Por su parte, el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria ha dictado resolución el 3 de abril de 2014 mediante la cual se pone fin al procedimiento de contratación de los lotes 1 y 3. Según la Consejería de Sanidad no constan recursos contra la resolución del órgano de contratación ni contra las terminaciones convencionales del procedimiento de licitación.

2.2 Corrección de errores de la Consejería de Sanidad antes de finalizar el plazo de presentación de las solicitudes de la cuantía de la garantía que debería presentar los adjudicatarios en cada lote.

La Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid publicó el 3 de junio de 2013 en el perfil del contratante una corrección de errores incorporando el término

“*anual*” en la cláusula 33, antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas que concluyó el 7 de junio de 2013.

La Consejería (folio 767) justifica esta corrección a la luz del artículo 116.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), que establece que las Administraciones públicas podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.

Por ello, habiendo detectado tras las preguntas formuladas por los posibles licitadores, que se había omitido el término “anual” en el apartado 2º de la cláusula administrativa particular 33ª del pliego, se procedió, a corregir el error mediante la correspondiente publicación de una resolución dictada al efecto.

La Consejería argumenta que se trataba de un error material y que no procedía reiniciar el procedimiento para evitar dilaciones que pudieran lesionar el interés general, teniendo en cuenta además que no iba a afectar a las ofertas que los posibles licitadores iban a realizar, puesto que la garantía se constituye con posterioridad a la licitación. La Consejería identifica el error a raíz de las preguntas formuladas por los licitadores, al comprobar que se había copiado literalmente el artículo 95 del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público, en el que se establece una garantía máxima del 5% del importe de adjudicación del contrato excluido el valor añadido.

2.3 Funcionamiento del sistema de facturación intercentros, criterios, facturación, así como relación de las posibles ineficiencias del mismo.

Según el SDC, la facturación intercentros es en un mecanismo de pagos entre hospitales de gestión directa e indirecta pertenecientes a la red pública que sirve para analizar los movimientos de libre elección entre hospitales. El sistema se aplica cuando un paciente que pertenece a la población de referencia de un hospital de gestión indirecta es atendido en otro centro de la red pública y viceversa. A juicio del SDC, se dirige a estimular la competencia en la calidad percibida por los pacientes.

El proceso se inicia con el registro en una base de datos centralizada de todo el historial clínico de cada centro de salud. Cuando está disponible la de todos los hospitales, que suele ser en el mes de abril del ejercicio posterior al que se trate, la información llega a los servicios centrales del Servicio Madrileño de Salud que centralizadamente proceden a la vinculación y asignación de la actividad realizada a cada uno de los hospitales.

Posteriormente, se intercambian, entre el Servicio Madrileño de Salud y la Concesionaria, la información resultante a través de un repositorio común y se procede a su validación por ambas partes.

Se asigna precio a la actividad resultante, aplicando la Orden 731/2013, de 6 de septiembre, del Consejero de Sanidad, por la que se fijan los precios públicos por la prestación de los servicios y actividades de naturaleza sanitaria de la Red de Centros de la Comunidad de Madrid y se realiza la correspondiente propuesta de liquidación.

Esta propuesta de liquidación se expone y analiza en la Comisión Mixta que reúne a representantes del SERMAS y de la sociedad concesionaria y se aprueba por resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria. En el año 2011 se diseñó y desarrolló la herramienta informática CM FAINT para analizar los movimientos de libre elección entre hospitales y como soporte al nuevo contrato programa caritativo, que en 2012 se implantó para todos los hospitales de gestión directa del SERMAS.

La Consejería de Salud de la Comunidad de Madrid niega ineficiencias durante el procedimiento gracias a la incorporación de herramientas informáticas que analizan los movimientos de libre elección entre hospitales.

2.4 Concierto para asistencia sanitaria suscrito entre SERMAS y la Fundación Jiménez Díaz-UTE, uso de los centros de Quintana y Pontones.

A juicio del SDC, la Fundación Jiménez Díaz se configura como una institución privada de carácter benéfico-docente con el fin de desarrollar actividades de naturaleza asistencial docente e investigadora. En el año 2003, se firmó el primer concierto con la Fundación Jiménez Díaz y la UTE formada por IBDYCSA Empresa Servicios Médicos S.L. del grupo Catalana de Diagnostic i Cirurgia cuya finalidad era asumir la gestión de la Clínica "Nuestra Señora de la Concepción".

En el año 2006 se plantea la necesidad de modificar el concierto para recoger los incrementos y variaciones de la población asignada, incardinar de forma real y efectiva a la Fundación Jiménez Díaz en la Red Sanitaria Única de Utilización Pública. Para ello, se pone a disposición de la Fundación los Centros de Especialidades de Pontones y Quintana, a cambio de su modernización y reforma y al pago de un canon. De esta manera, en fecha 28 de diciembre de 2006 se firma un segundo concierto, el Concierto Singular de Marco suscrito entre el Servicio Madrileño de Salud y la "Fundación Jiménez Díaz Unión Temporal de Empresas Ley 18/1982 de 26 de mayo".

Las condiciones más significativas de dicho convenio singular de diciembre de 2006 son, según el SDC, las siguientes:

- Actualización anual del importe de las tarifas del concierto según el IPC más dos puntos.
- Plazo de vigencia de 10 años, por aplicación supletoria del periodo máximo establecido en el TRLCSP para los contratos de gestión de servicio público por modalidad de concierto sanitario.
- Fijación del techo de financiación en las cláusulas anuales, en lugar de en las estipulaciones del Concierto.

Según el SDC se han producido tres circunstancias que han condicionado la necesidad de incorporar cambios relevantes en el referido Concierto Singular: la evolución de la coyuntura económica ha condicionado a todas las Administraciones a adoptar medidas de racionalización del gasto y actuaciones que ayuden a garantizar la sostenibilidad del sistema, el proyecto de modernización de la red hospitalaria de la Comunidad de Madrid y el cambio organizativo y cultural que se abre con la libertad de elección de especialista y hospital y una atención orientada al ciudadano y la calidad y continuidad asistencial, que supone en los actuales modelos asistenciales y en las contraprestaciones derivadas de ello. Por ello, se adaptó el Concierto de 2006 de forma que se aprobó un Acuerdo de novación del anterior concierto entre las partes de 3 de marzo de 2011.

Las características principales de esta novación son, según el SDC, las siguientes:

- Se adapta el índice de actualización de tarifas, estableciendo un índice oficial de referencia (IPC frente al IPC más dos puntos establecido anteriormente): además se contempla expresamente que se tendrá en cuenta a efectos de la actualización de tarifas las variaciones en el modelo retributivo de los profesionales.
- Durante los años 2011 y 2012 se establece una financiación máxima para la actividad sustitutoria para su población de referencia. A partir de 2013 se establece una actividad máxima a financiar en función de la población a atender.
- Se establece un Plan Funcional de Actividad, de Espacios y de Equipamientos de la Fundación que implica un plan de inversiones para modernizar sus instalaciones.

Respecto al canon previsto en el concierto/convenio objeto de denuncia, la Consejería señaló que en 2007 la Subdirección General de Hospitales puso a disposición de la Fundación Jiménez Díaz unos locales de consulta en el ambulatorio de Pontones para evitar que la población de las zonas limítrofes al centro tuvieran que acudir a las consultas externadas de la sede de la Fundación Jiménez Díaz.

En 2008, con motivo del traslado progresivo de los profesionales del Puerta de Hierro al Hospital de Majadahonda se autorizó el uso del edificio del Centro de Quintana a la Fundación Jiménez Díaz y se acordó con la Fundación Jiménez Díaz la adscripción funcional de determinados médicos especialistas de cupo y zona bajo la coordinación del Comisionado.

En 2009 se incorporó a la Cláusula Adicional Tercera una cláusula de regularización de los ambulatorios de Pontones y Quintana, regulando que la Fundación Jiménez Díaz asumiría la asistencia especializada de dichos centros y, como contraprestación estaría obligada a realizar una serie de actuaciones (modernización y reforma de los mismos) con cargo a su presupuesto.

Posteriormente, en 2011, se aprobó el Acuerdo de Novación del concierto singular con la Fundación Jiménez Díaz UTE. En la estipulación cuarta de dicho Acuerdo de Novación se estableció que la Fundación Jiménez Díaz UTE se comprometía a abonare a la Administración el canon de arrendamiento que se determinara por la Dirección General de Patrimonio en contraprestación por el uso de los centros de Pontones y Quintana.

De acuerdo con estas previsiones, la Consejería de Sanidad solicitó a la Dirección General de Patrimonio que determinase el cano a aplicar. Con fecha 21 de enero de 2013, la Consejería recibió el informe de la Dirección General de Política Financiera, Tesorería y Patrimonio con los importes definitivos a aplicar. También se solicitó a la citada Dirección General la emisión de una resolución de autorización a la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria para realizar la compensación del citado canon en las liquidaciones anuales del Convenio singular suscrito con la Fundación Jiménez Díaz UTE. La Dirección General de Política Financiera, Tesorería y Patrimonio emitió informe atribuyendo la competencia de determinación del canon al órgano de contratación.

Finalmente, con fecha 2 de agosto de 2013, la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria fijó el importe del canon y el mecanismo de actualización de los importes anuales a devengar por la Fundación Jiménez Díaz UTE por la utilización de los espacios en los Centros de Pontones y Quintana. De esta forma los importes del canon correspondientes a los ejercicios de 2011 y 2012 fueron compensados de los pagos que el SERMAS debía realizar a la Fundación Jiménez Díaz UTE derivados de las actuaciones de modernización y reforma a que esta se había comprometido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

Conforme al artículo 9 de la Ley 6/2011, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (BOCM de 29 de diciembre de 2011), se extinguió el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, creado por la Ley 6/2004, de 28 de diciembre.

Desde el 1 de enero de 2012, el ejercicio de las competencias de instrucción de expedientes y de custodia de los ya resueltos en materia de defensa de la competencia en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid ha sido asumido por la Consejería competente en materia de comercio interior, la Consejería de Economía y Hacienda, y en concreto, por la Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”*.

En función de lo dispuesto por los artículos 20.2 y 5 de la Ley 3/2013 y la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002, las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia son responsabilidad de la citada Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, residiendo las competencias de resolución de los expedientes en la misma materia en este Consejo de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia.

Igualmente, el artículo 14 letra b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC establece que *“La Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.”*

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Valoración del órgano de instrucción.

El SDC, en su propuesta de archivo y no incoación de expediente sancionador, bajo la referencia SAMAD 01/2014 HOSPITALES PÚBLICOS DE MADRID 1 Y 2, elevada a esta Sala de Competencia propone en concreto:

“VI.1. En relación con la licitación del contrato de gestión por concesión del servicio público de atención sanitaria especializada, en seis hospitales de la Comunidad de Madrid, convocado por la Consejería: posible acuerdo previo entre las empresas que concurrieron y modificación por parte de la Consejería, mediante una corrección de errores, antes de finalizar el plazo de presentación de las solicitudes de la cuantía de la garantía que deberían presentar los adjudicatarios en cada lote: el SDC no ha observado indicio

alguno de acuerdo en el proceso y la corrección de la garantía se advirtió por una de las empresas la cual comunicó el error, que fue corregido por la Administración Pública madrileña. Adicionalmente las terminaciones convencionales de los lotes 2,4 y 5 y la Resolución de la Consejería por la que se ponía fin al contrato objeto de denuncia en cuanto a los lotes 1 y 3, supone la pérdida de objeto respecto al posible acuerdo denunciado.

VI.2. En relación con la facturación intercentros a los hospitales Infanta Elena de Valdemoro, Torrejón y Rey Juan Carlos de Móstoles, la Consejería actuaría como órgano regulador y el SDC no es competente para entrar a valorar las posibles eficiencias o ineficiencias del sistema.

VI.3. En relación con el Concierto para asistencia sanitaria suscrito entre el SERMAS y la Fundación Jiménez Díaz-UTE sobre el uso de los centros de Quintana y Pontones contaría con la exención legal del artículo 4 LDC y su prórroga y establecimiento del canon ha sido justificado por la Consejería.

Con base a las previas valoraciones jurídicas se propone Archivo y no Incoación del presente expediente respecto a los tres puntos relacionados ut supra.”

Para alcanzar esta conclusión el SDC realiza la siguiente valoración de las conductas investigadas.

2.1 Licitación del contrato de gestión por concesión del servicio público de atención sanitaria especializada en seis hospitales convocado por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

En primer lugar, en relación con el posible acuerdo previo entre las empresas presentadas a la licitación del contrato de gestión por concesión de servicio público de atención sanitaria en seis hospitales, el SDC considera que de los datos recabados no se puede deducir que exista una práctica colusoria entre las empresa denunciadas dada la falta de indicios. El SDC cita las sentencias de 22 de febrero de 2007 de la Audiencia Nacional a propósito de la validez de las pruebas:

"El Tribunal Supremo viene admitiendo en materia sancionadora por infracciones de las normas de Defensa de la Competencia, que el juicio de reprochabilidad se base en pruebas de indicios, si bien como en la sentencia de 26 de abril de 2005, tales pruebas indiciarias deben estar sometidas a un estricto control para ponderar su validez, derivando tal rigor en la valoración de las pruebas indiciarias en el derecho a la presunción de inocencia. Añade la sentencia citada que la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión, de modo que será irrazonable si los indicios acreditativos no llevan naturalmente al hecho que se hace desprender de ellos o lo descartan, como desde el canon de su suficiencia

o calidad concluyente, no siendo pues razonable cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa".

Cita también la Resolución del Consejo de la CNC del Expediente 598/2005, Panaderías de Valencia:

"() la jurisprudencia señala que la prueba de presunciones debe satisfacer tres condiciones: 1) que los indicios estén plenamente probados y no consistan en meras sospechas; 2) que la relación causal entre los hechos y los indicios esté suficientemente razonada; y 3) que si existen otras razones para explicar los indicios, deben ser analizados y explicarse la causa de su rechazo" (Resolución Expte 600/05, Panadería de Cuenca). Asimismo ha considerado la necesidad de acudir a la prueba de presunciones "como vía obligada para demostrar, bien la existencia de una infracción o bien para descartarla, fundamentalmente cuando se trata de conductas colusorias ()"

Según el SDC, no parecen darse las condiciones apuntadas en la anterior resolución pues en la relación de datos recabados de esta Propuesta de Resolución, los resultados concluyen no apreciarse práctica colusoria alguna. También cita la Resolución del Consejo de la CNC en el expediente 267/90 ASEMABYL de 18 de Mayo de 1992, a propósito de la prueba de presunciones,

"En derecho de la competencia, es habitual tener que sostener las resoluciones condenatorias tanto sobre la prueba de presunciones como otorgando un plusvalor a los indicios racionales de comisión o de omisión que constituyen la falta. Sucede aquí, sin embargo, que la fortaleza de la prueba de presunciones se ve plenamente apuntalada mediante la observación de los efectos económicos sobre el mercado de la práctica anticompetitiva. Un análisis económico del derecho se impone en estos casos, estudiando lo que ha ocurrido en el mercado y lo que habría no sucedido de haberse cumplido escrupulosamente con los principios que han de exigirse desde la defensa de la competencia. Así, baste observar cómo opera el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en todo lo que se refiere al derecho de la competencia, para llegar a la misma conclusión. Así baste observar cómo opera el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en todo lo que se refiere al derecho de la competencia para llegar a la misma conclusión. Así 'inter alia' puede observarse como las Sentencias de 24 de octubre de 1991 (Asuntos T-3/89 Atochem S.A. ...) Sentencia de la misma fecha (Asunto T-1/89 Rhône-Poulenc S.A. ...), estiman que es "buen derecho" obtener como conclusión definitiva, a efectos probatorios, la participación de un operador económico en una reunión a través de la combinación de determinados elementos indiciarios de prueba obtenidos de manera cruzada, de forma tal que, posiblemente, cada uno de esos elementos probatorios tomados aisladamente no sirviera para fundar esa resolución condenatoria, pero que todos sumados y valorados en conjunto, permiten llegar a esa solución

pese a la aparente debilidad de cada uno de ellos”.

El SDC considera, sin embargo, que en el presente expediente, no parecen observarse aspecto alguno de los apuntados anteriormente por lo que no dispone de indicios suficientes para contrarrestar al principio de presunción de inocencia.

En segundo lugar, en relación con la modificación de la garantía, el SDC considera acertado que una vez que la Consejería advirtió el error, procediera a corregirlo mediante la correspondiente publicación, de acuerdo con el artículo 116.2 de la LRJ-PAC, sin perjuicio de las revisiones administrativas y contencioso administrativa.

Por otro lado, considera que debería aplicarse el artículo 44 de la LDC, que establece que *“La Comisión Nacional de la Competencia podrá no iniciar un procedimiento o acordar el archivo de las actuaciones o expedientes incoados por falta o pérdida de competencia o de objeto”* a la luz de la terminación convencional de los contratos con los adjudicatarios de los lotes 2, 4 y 5 y la finalización del contrato por Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria para los lotes 1 y 3.

2.2 Funcionamiento del sistema de facturación intercentros, criterios, facturación, así como relación de las posibles ineficiencias del mismo.

En cuanto a la facturación intercentros a los hospitales Infanta Helena de Valdemoro, Torrejón, Rey Juan Carlos de Móstoles, el SDC trata de evaluar el papel de la Consejería de Sanidad en dicho sistema.

Tras analizar la doctrina de las autoridades de competencia españolas y el Tribunal de Justicia de la UE respecto al concepto de agente u operador económico o empresa el SDC considera que en el presente supuesto la Consejería de Sanidad en el marco del sistema de facturación intercentros no actúa más allá de la figura de órgano regulador y no como agente económico, en la medida en que realiza funciones de supervisión y control y no una actividad económica.

Por ello el SDC considera que la normativa de defensa de la competencia no resulta aplicable en este supuesto incluido en la denuncia. Concluye que respecto al funcionamiento del sistema de facturación intercentros, que el SDC no es competente para analizar las posibles eficiencias o ineficiencias del mismo.

2.3 Concierto para asistencia sanitaria suscrito entre SERMAS y la Fundación Jiménez Díaz-UTE, uso de los centros de Quintana y Pontones.

Finalmente, en lo relativo al concierto para la asistencia sanitaria suscrito entre el SERMAS y la Fundación Jiménez Díaz UTE denunciado por no tener establecido un precio cierto sobre el uso de los centros de Quintana y Pontones, el SDC, en primer lugar considera que el Concierto se aprobó en virtud de lo señalado en los artículos 66 y 67 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

A este respecto el SDC cita el artículo 4 de la LDC que establece que las prohibiciones previstas en dicha Ley no se aplicarán a las conductas que resulten de aplicación de una Ley (*“Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia”*). Según el SDC la aplicación de este precepto tiene que derivar directamente de una previsión legal ya que sólo se exceptúan aquellas conductas concretas que el legislador quiere dejar fuera de dichas prohibiciones de la LDC a través de otra ley que específicamente autorice dichos acuerdos.

Tras examinar la evolución de la interpretación de la exención legal prevista en el artículo 4 de la LDC (y preceptos anteriores de contenido similar) el SDC concluye que en el presente expediente, la preferencia para el concierto suscrito cuenta el referido amparo legal, siendo de plena aplicación el artículo 4 de la LDC. En consecuencia, el SDC rechaza entrar a valorar el Concierto denunciado ni su objeto al existir cobertura legal ya señalada.

En definitiva, el SDC propone en base a las anteriores valoraciones jurídicas el archivo y no incoación del presente expediente.

TERCERO. Valoración de la Sala de Competencia del Consejo

El objeto de la presente resolución es determinar si, como sostiene la Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica, las conductas investigadas no presentan indicios de infracción de la LDC y procede el archivo de las actuaciones, de conformidad con el artículo 49.3 de la LDC.

En el presente expediente, los denunciados han argumentado la existencia de prácticas anticompetitivas en la gestión indirecta de los servicios sanitarios en la Comunidad de Madrid. En concreto, denuncian prácticas anticompetitivas en tres supuestos: (i) la licitación del contrato de servicios de atención sanitaria especializada correspondiente a los Hospitales Universitarios Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo, (ii) en la facturación intercentros entre los hospitales de Valdemoro, Torrejón y Móstoles y (iii) en el concierto para asistencia sanitaria entre el Servicio Madrileño de Salud y la Fundación Jiménez Díaz.

Dada las diferencias entre las conductas denunciadas y la razones expuestas por el SDC para proponer su archivo debe realizarse una valoración individualizada de cada caso:

a) **Licitación del contrato de gestión por concesión del servicio público de atención sanitaria especializada en seis hospitales convocado por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid**

En relación con la licitación del contrato de gestión de seis hospitales, el SDC concluyó archivar y no incoar expediente basándose en la ausencia de indicios y ante la pérdida de objeto de la denuncia.

Los hechos denunciados habrían sido el acuerdo previo entre las empresas que concurrieron a la licitación convocada para repartirse los lotes objeto de la misma, así como la modificación por parte de la Consejería, mediante una corrección de errores y antes de finalizar el plazo de presentación de las solicitudes, de la cuantía de la garantía que deberían presentar los adjudicatarios en cada lote.

Las actuaciones de manipulación fraudulenta de ofertas en licitaciones (conocido internacionalmente como *bid rigging*) constituyen una infracción del artículo de la LDC, al dañar el proceso competitivo que debe regir dichos procedimientos, en beneficio del interés público.

La Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la CNC², citada por el SDC en su propuesta de archivo, analiza pormenorizada las colusiones entre competidores en licitaciones públicas y describe sus efectos en los siguientes términos:

“La colusión entre oferentes en una licitación pública se produce cuando éstos se ponen de acuerdo para fijar el precio o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado, con el objetivo de obtener mayores beneficios del concurso o subasta pública.

Estos acuerdos afectan negativamente tanto a la competencia en los mercados de los bienes y servicios licitados como a la gestión que las Administraciones hacen de los recursos públicos. Los ciudadanos se ven así doblemente perjudicados: como consumidores, al reducirse o eliminarse la competencia en el mercado, y como contribuyentes, al generarse un mayor coste en la contratación pública. Según distintas estimaciones, los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%.”

La Guía aporta además varios indicadores a tener en cuenta en la presentación y adjudicación de ofertas para detectar la posible colusión de las empresas licitantes:

“- El número de empresas que presentan ofertas es más reducido de lo habitual.

² Disponible en http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf

- *Algunas empresas no acuden a una licitación a la que normalmente se hubieran presentado, mientras siguen acudiendo a licitaciones de similares características ante otros organismos de adjudicación.*
- *Algunas empresas se presentan siempre a pesar de que nunca resultan ganadoras. Es posible que estas empresas obtengan a cambio de la presentación de posturas encubiertas algún tipo de compensación por parte de la empresa adjudicataria.*
- *Varias empresas presentan una oferta conjunta a pesar de que, al menos una de ellas, podrían haberlo hecho de manera individual.*
- *Presentación de ofertas por parte de varias empresas vinculadas o de un mismo grupo. Si bien esta situación puede estar permitida por la normativa, la pertenencia a un mismo grupo empresarial puede facilitar la coordinación de sus estrategias.”*

Junto a la anterior Guía, un documento posterior de la CNC “*Aplicación de la Guía de Contratación y Competencia a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España*³” analizó los procesos de externalización en la sanidad pública en España desde la óptica de defensa de la competencia y señalando como uno de los principales problemas de competencia existentes en este sector la escasa participación de empresas en los procedimientos de licitación:

“.. el número de empresas que compiten en la prestación de servicios sanitarios privados es elevado (gráfico 2), y que, presentes ya en el mercado, hay varios grupos privados, de carácter lucrativo y no lucrativo, que gestionan una red de varios hospitales. En consecuencia podría existir, a priori, un número relativamente alto de candidatos potenciales, incluso sólo entre los operadores ya presentes, para la gestión de servicios sanitarios públicos. Sin embargo, en varias licitaciones la única empresa participante ha sido siempre la misma. “

En relación precisamente con la licitación en la Comunidad de Madrid examinada en el presente expediente, el citado dictamen de la CNCD destacó algunos de los problemas de competencia existentes en la licitación:

“Tampoco parece ser compatible con un procedimiento competitivo robusto la escasa participación que se ha producido en algunos de los procesos de externalización de la Comunidad de Madrid, en concreto en la licitación de la gestión sanitaria en 2013 de seis hospitales. En este procedimiento se licitaron 5 lotes, no pudiendo resultar adjudicataria de más de tres hospitales (dos lotes) una misma empresa o grupo de empresas. El hecho es que sólo se presentaron tres empresas para los cinco lotes, no existiendo concurrencia de ofertas para ningún lote y resultando que no

³http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2013/CNC_Informe%20Sanidad_indexado.pdf

hubo reducciones significativas en ninguno de los mismos de la variable precio (la cápita) propuesta respectivamente por el licitador.”

También resaltó otros problemas, como la limitada difusión de la licitación, especialmente teniendo en cuenta la magnitud del contrato:

“No obstante, en el caso de la externalización de la gestión sanitaria de los hospitales Infanta Leonor, Infanta Sofía, Infanta Cristina, del Tajo, del Henares y del Sureste de la Comunidad de Madrid, como no llevan aparejada la construcción de obras, no tendrían en principio obligación de publicación más allá de los diarios oficiales autonómicos. De hecho, los anuncios de licitación tan sólo fueron publicados en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM). Teniendo en cuenta la cuantía del contrato, superior a los 4.000 millones de euros, hubiera sido recomendable una mayor difusión de la licitación con el objeto de ampliar el número de potenciales participantes en la misma, potestad que el órgano contratante tiene reconocida en la ley.”

Además, el citado dictamen también expuso que el plazo concedido para preparar las ofertas por parte de los oferentes fue demasiado reducido:

“La concesión de un plazo reducido para la presentación de ofertas puede tener el efecto indeseado de constreñir el número de empresas concurrentes a las licitaciones, e incluso de otorgar ventaja a algunas empresas que cuenten inicialmente con información, aunque la misma no sea privada. Por ejemplo, el anuncio de licitación de la externalización de la gestión sanitaria de los hospitales Infanta Leonor, Infanta Sofía, Infanta Cristina, Hospital del Tajo, Hospital del Henares y Hospital del Sureste de la Comunidad de Madrid se publicó en el BOCM el 7 de mayo de 2013, concediéndose un plazo de presentación de ofertas de un mes (hasta el 7 de junio de 2013). Este plazo puede resultar escaso para la preparación de las proposiciones, dada la complejidad de los requisitos de participación y los criterios de valoración. Por ejemplo, el detalle requerido en el plan asistencial limita gravemente el número de empresas que pueden realizarlo en el plazo de un mes desde la publicación de los pliegos.”

Por último, el dictamen de la CNC señaló asimismo que las modificaciones introducidas en el pliego podrían haber tenido un efecto muy beneficioso sobre la competencia pero fueron realizadas sólo cuatro días antes de la finalización del plazo para presentación de ofertas lo que hacía inviable que otras empresas pudieran participar:

“Durante el plazo de presentación de ofertas del proceso de externalización de la gestión sanitaria de los hospitales Infanta Leonor, Infanta Sofía, Infanta Cristina, Hospital del Tajo, Hospital del Henares y Hospital del Sureste de la Comunidad de Madrid, se introdujeron dos modificaciones en los pliegos. La primera corrección de errores versa sobre un porcentaje de la fórmula para la valoración de la oferta económica. La segunda se produjo con fecha 3 de junio de 2013, aclarando que la garantía del

licitador con la oferta económica más ventajosa debía alcanzar el 5% del importe anual del contrato y no del importe global del mismo.

Esta nueva interpretación de la cuantía podría suponer mayor facilidad de acceso a la licitación y ser favorable a la competencia. Sin embargo, esta modificación se produjo sólo cuatro días antes de la finalización del plazo para presentación de ofertas lo que, dado el volumen de información que las empresas debían presentar, planteaba dificultades para que empresas potencialmente interesadas pudieran presentar toda la documentación requerida. De hecho, podría haberse dado el caso de alguna empresa que hubiera descartado participar al entender que no era económicamente rentable, y que con el cambio de condiciones hubiera modificado su decisión, pero sin disponer de tiempo para preparar una oferta. Incluso, podría también haber ocurrido que alguna empresa hubiera presentado ya su oferta antes del cambio de condiciones, porque el anuncio se efectuó dentro del plazo para ello.”

La Sentencia del Tribunal Constitucional, de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013, relativo a la reordenación de la asistencia sanitaria de seis hospitales de Madrid, examina los principios que rigen la contratación pública, en especial a la eficiente utilización de los fondos públicos, la salvaguardia de la libre competencia y la selección de la oferta económica más ventajosa:

“Estos dos elementos, subjetivo –quién contrata- y objetivo –lo que se contrata-, sirven para determinar qué reglas del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público resultan de aplicación al contrato de gestión de servicio público, es decir, tanto las que regulan los actos de preparación y adjudicación, como las que disciplinan los derechos y deberes de las partes en el mismo. Las primeras garantizan, tal y como señala el art. 1 TRLCSP, que la contratación se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y aseguran, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. En definitiva, estas reglas pueden considerarse materialmente básicas, pues constituyen el mínimo común uniforme que permite garantizar, de un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las Administraciones [SSTC 141/1993, de 22 de abril, FFJJ 5 y 6 b); 56/2014, de 10 de abril, FJ 3] y, de otro, la eficiente utilización de los fondos públicos”.

En la presente licitación no se han alcanzado la totalidad de las circunstancias expresadas por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia, al haberse

presentado en cada lote un único oferente, con ofertas casi idénticas al presupuesto máximo de adjudicación lo que no asegura que se minimicen en todos los casos los recursos públicos destinados a estos contratos.

En la documentación del expediente relativa a la licitación se constata que hubo una escasa participación de oferentes y unos precios ofertados sin apenas rebaja sobre el presupuesto máximo de adjudicación. La Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid justifica esta ausencia de ofertas y competencia en la referida licitación en un precio de licitación muy ajustado al coste del servicio, unos exigentes requisitos de calidad y la obligación del pago de un canon al concesionario por el uso de los bienes de dominio público.

De acuerdo con estas justificaciones, el SDC concluye que no le es posible deducir la existencia de indicios de una conducta anticompetitiva de los licitantes y que la ausencia de los mismos, en aplicación de la doctrina relativa a la prueba por presunciones, impide incoar expediente sancionador dada la ausencia de indicios suficientes para contrarrestar al principio de presunción de inocencia.

Sin embargo, a la luz del análisis realizado por la CNC antes referido y la limitada competencia en la licitación detectada, la argumentación del SDC respecto de la ausencia de indicios no puede ser asumida por esta Sala ya que el órgano instructor aplica la doctrina jurisprudencial sobre la prueba de presunciones, no sobre la resolución final del proceso -donde debe acreditarse la infracción con el suficiente rigor para no vulnerar el principio de presunción de inocencia reconocido constitucionalmente- sino en el momento previo a la incoación del procedimiento sancionador, donde los indicios deben ser suficientes para iniciar el procedimiento pero pueden ser completados en la investigación subsiguiente para alcanzar el nivel requerido por la jurisprudencia para destruir la presunción de inocencia.

De los hechos acreditados y expuestos en la presente resolución resulta evidente que existían indicios más que suficientes para poner en duda la existencia de un nivel adecuado de competencia en la licitación para la externalización de la gestión sanitaria de los seis hospitales universitarios en Madrid. Para completarlos el SDC debía haber desarrollado una investigación de los hechos denunciados de mayor profundidad y exigencia que la simple remisión de unos requerimientos de información a las empresas licitantes y a la Consejería de Sanidad. Como ha puesto de manifiesto el Tribunal General de UE en su sentencia de 12 de diciembre de 2014 (asunto T-562/08) *“Al ser notorias tanto la prohibición de participar en acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que se pueden exponer los infractores, es habitual que las actividades que comportan tales prácticas y acuerdos se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo”*. Por ello, la investigación de las autoridades de competencia debe complementar los requerimientos de información con otras actuaciones, como por ejemplo las inspecciones domiciliarias en las sedes de las empresas licitantes, al objeto de recabar indicios de restricciones a la competencia que hubieran permitido en su caso incoar un

expediente sancionador. Al no haber desarrollado esta labor investigadora previa con mayor profundidad, no resulta posible realizar una valoración completa del caso.

Como segunda razón para su propuesta de archivo el SDC apunta a la pérdida de objeto del procedimiento y de la denuncia debido a la no formalización de los contratos entre los adjudicatarios y la Comunidad de Madrid.

El artículo 44 de la LDC dispone que *“la Comisión Nacional de la Competencia podrá no iniciar un procedimiento o acordar el archivo de las actuaciones o expedientes incoados por falta o pérdida de competencia o de objeto”*.

Así, en la Resolución del expediente S/0121/08 Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias, el Consejo de la CNC resolvió que la anulación de la disposición anticompetitiva objeto del expediente suponía la pérdida de objeto de la denuncia:

“No obstante lo anterior, es cierto como dice la DI en su propuesta al Consejo que el objeto de la denuncia no persiste por cuanto la estimación del recurso por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, que es firme al no haber sido recurrida como se ha constatado, tiene como efecto la anulación inmediata de la Disposición Adicional segunda interpretativa del artículo 11 objeto del expediente.

TERCERO.- El Consejo coincide con la DI en que a partir del 5 de febrero de 2009 ha desaparecido el objeto de la denuncia, pero no puede estar de acuerdo con la fundamentación del archivo en el artículo 44 de la LDC por cuanto durante un periodo la conducta estuvo vigente y de ser anticompetitiva o tener aptitud para serlo pudo haber desplegado sus efectos. No obstante teniendo en cuenta el periodo de vigencia de la Disposición Adicional y atendiendo al contexto jurídico económico de la conducta denunciada, este Consejo considera que en el presente caso la misma no ha tenido aptitud para afectar de manera significativa a la competencia, por lo que en aplicación del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, considera que no existen indicios de infracción de los artículos 1 a 3 de la citada LDC.”

En el presente caso, no es posible concluir si pudo existir una conducta infractora durante la fase previa a la licitación mediante el reparto de los lotes entre los licitantes que habrían renunciado a competir lo que les permitiría ofertar sin una baja sustancial respecto al presupuesto máximo de adjudicación. Si bien es cierto que el SDC, basado en sus requerimientos de información, no aprecia indicios de la existencia de infracción y que los factores señalados por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid en lo relativo al diseño de la licitación podrían justificar también la escasa competencia desarrollada en la licitación, la ausencia de una actividad investigadora que fuera más allá de la solicitud de información a las empresas denunciadas y participantes en la licitación impide alcanzar conclusiones definitivas.

No obstante, la desaparición del objeto de la denuncia debido a la no formalización de los contratos entre los adjudicatarios y la Comunidad de Madrid ha impedido en todo caso que cualquier eventual conducta anticompetitiva que se hubiera desarrollado haya generado efectos en la medida en que los contratos con los adjudicatarios no se llegaron a firmar.

Por ello, las justificaciones alternativas ofrecidas por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, junto con la falta de efectos de las posibles conductas llevan concluir a esta Sala de la misma forma que el SDC y aceptar su propuesta de archivo y no incoación, si bien resulta necesario que cualquier futura denuncia de naturaleza similar sea investigada en mayor profundidad. Igualmente los órganos administrativos licitadores deben tener en cuenta las recomendaciones expuestas por las autoridades de competencia a la hora de diseñar sus convocatorias y licitaciones.

b) Funcionamiento del sistema de facturación intercentros, criterios, facturación, así como relación de las posibles ineficiencias del mismo.

En cuanto a la facturación intercentros a los hospitales Infanta Helena de Valdemoro, Torrejón, Rey Juan Carlos de Móstoles, el SDC considera que la Consejería de Sanidad actúa como órgano regulador y no como agente económico, en la medida en que realiza funciones de supervisión y control y no una actividad económica. Por ello concluye que la normativa de defensa de la competencia no resulta aplicable al caso y que el SDC no es competente para analizar las posibles eficiencias o ineficiencias del sistema de facturación intercentros.

La Sala coincide con el SDC en su análisis y que de los hechos denunciados y la investigación desarrollada no resulta posible deducir indicios de infracción de la normativa de competencia que puedan motivar la incoación de un expediente sancionador.

2.4 Concierto para asistencia sanitaria suscrito entre SERMAS y la Fundación Jiménez Díaz-UTE, uso de los centros de Quintana y Pontones.

Finalmente, en lo relativo al concierto para la asistencia sanitaria suscrito entre el SERMAS y la Fundación Jiménez Díaz UTE denunciado por no tener establecido un precio cierto sobre el uso de los centros de Quintana y Pontones, el SDC considera que el Concierto se aprobó en virtud de lo señalado en los artículos 66 y 67 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y que, por ello, la preferencia para el concierto suscrito cuenta el referido amparo legal, siendo de plena aplicación el artículo 4 de la LDC. En consecuencia, el SDC rechaza entrar a valorar el Concierto denunciado ni su objeto al existir cobertura legal ya señalada.

La Sala no considera pertinente la aplicación de la exención legal prevista en el artículo 4 de la LDC en los términos expuestos por el SDC, siendo suficiente

constatar que de la investigación realizada tampoco se aprecian indicios de prácticas restrictivas prohibidas por la LDC que permitan motivar la incoación de un expediente sancionador.

HA RESUELTO

UNICO.- No incoar procedimiento sancionador y ordenar el archivo de las actuaciones desarrolladas por la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid bajo la referencia SAMAD 01/2014 HOSPITALES PÚBLICOS 1 Y 2, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley.

Comuníquese esta Resolución a la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid y a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíqueseles fehacientemente a todas las partes interesadas, haciéndoseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en esta vía previa administrativa, pudiendo hacerlo en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente día al de su notificación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional.