

RESOLUCIÓN

Expte. S/0634/18 ALQUICARP

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 9 de enero de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante **CNMC**), con la composición expresada, ha dictado la presente Resolución en el expediente S/0634/18 ALQUICARP por posibles conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES	2
II. LAS PARTES	2
1. ALQUICARP, S.L. (ALQUICARP)	2
2. SAP ESPAÑA SISTEMAS Y APLICACIONES DE PRODUCTOS DE LA INFORMATICA, S.A. (SAP ESPAÑA)	3
3. MSS SEIDOR, S.L. (SEIDOR)	3
III. HECHOS	3
IV. MERCADOS AFECTADOS	5
V. FUNDAMENTOS DE DERECHO	6
PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER	6
SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCION Y NORMATIVA APLICABLE	6
TERCERO. VALORACIÓN DE LA SALA	7
RESUELVE	8

I. ANTECEDENTES

1. El 17 de noviembre de 2017, se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un escrito en nombre y representación de ALQUICARP, S.L. (ALQUICARP) en el que se formula denuncia contra MSS SEIDOR, S.L. (SEIDOR) y SAP ESPAÑA SISTEMAS Y APLICACIONES DE PRODUCTOS DE LA INFORMÁTICA, S.A. (SAP ESPAÑA), por supuestas conductas prohibidas por la LDC.
2. La Dirección de Competencia acordó la apertura de unas diligencias previas para determinar, con carácter preliminar, la realidad de los hechos denunciados y si de ellos se deducían indicios de prácticas restrictivas de la competencia que pudieran justificar la incoación de un expediente sancionador por prácticas contrarias a la LDC.

El 24 de enero de 2018, se requirió a SAP ESPAÑA información sobre su sistema de distribución de software en España; su posición en el mercado afectado; las formas de adquisición y tipos de licencias de su software, así como las posibilidades de reducción de las mismas o cambios de distribuidor y procedimientos de solicitud de baja. La respuesta se recibió en la CNMC el 21 de febrero y el 9 de marzo de 2018.

El 13 de marzo de 2018 se requirió información a SEIDOR en relación con los procedimientos a seguir cuando un cliente desea darse de baja, cambiar de distribuidor o bien reducir las licencias del software de SAP ESPAÑA. También se le requirió información sobre su posición en la distribución minorista de software para pequeñas y medianas empresas (PYMES) en España. La respuesta se recibió en la CNMC el 12 de abril de 2018.

El 19 de abril de 2018 se requirió información a ALQUICARP. Su respuesta se recibió el 27 de abril de 2018.

3. A la vista de las respuestas recibidas, la Dirección de Competencia decidió abrir una información reservada incorporando al procedimiento la documentación que se había obtenido en las diligencias previas (artículo 49.2 de la LDC).

II. LAS PARTES

1. ALQUICARP, S.L. (ALQUICARP)

BC CARPAS (nombre comercial ALQUICARP) es una PYME que se dedica a la prestación de servicios de alquiler de carpas para eventos. Su principal actividad se ha centrado en las provincias de Barcelona y Madrid, donde tiene oficinas.

2. SAP ESPAÑA SISTEMAS Y APLICACIONES DE PRODUCTOS DE LA INFORMÁTICA, S.A. (SAP ESPAÑA)

SAP ESPAÑA es la filial en España del GRUPO SAP, con presencia en todo el mundo. Desarrolla productos informáticos de gestión empresarial.

SAP ESPAÑA coordina la comercialización y el soporte de los productos de SAP en España. No vende directamente a los clientes finales, sino que utiliza una red de *partners* (distribuidores) que, según la información aportada por SAP ESPAÑA, son 211¹.

3. MSS SEIDOR, S.L. (SEIDOR)

SEIDOR presta servicios de consultoría, de implantación, desarrollo y mantenimiento de aplicaciones e infraestructura y servicios de *outsourcing* en España y otros países del mundo.

III. HECHOS

PRIMERO. El Grupo SAP ofrece entre sus productos un software -SAP BUSINESS ONE- especialmente enfocado a las PYMES, a través del que se pueden gestionar distintas necesidades de estas empresas, como contabilidad e inventario.

Este *software* se puede adquirir con dos sistemas de licencias: en propiedad (*on premise*) que obliga a contratar el mantenimiento por separado y en alquiler (*cloud*).

SEGUNDO. SEIDOR es, según se indica en su propia página web, el principal distribuidor de SAP, Microsoft e IBM en España.

TERCERO. La relación contractual entre ALQUICARP y SEIDOR habría seguido la siguiente evolución:

- El 6 de septiembre de 2007, ALQUICARP tras contactar con SAP ESPAÑA y elegir a la empresa SEIDOR como distribuidor, firma un contrato de implantación del software SAP BUSINESS ONE, consistente en la adquisición en propiedad de 11 licencias con el

¹ Aparte de SEIDOR, que es el principal distribuidor de SAP ESPAÑA, los distribuidores son Accelera Tecnología Mes Software, S.L.; Advantic Consultores de Sistemas de Información, S.L.; Gabinet de Software Professional; Hanami8 Apps, S.L.; Inforges, S.L.; Solutions, Consulting & Learning, S.L., Analisis de Procesos de Gestion Informatica, S.A.; Ecinsa; Expert One CST; Firsap Sistemas; Gisa Consultores Informáticos, S.L.; Information Technology Aktion; Intarex, S.L.; Mac Organizacion; MGS Soft, S.L.; Pymes Consulting Artesap, Servicios Microinformatica, S.A.; Sistec TS; New Business Intelligence Company, S.L.; y Software I Sport Informatic, S.L.

distribuidor SEIDOR, así como un contrato de consultoría y mantenimiento.

- En 2010, ante la imposibilidad de afrontar el pago del mantenimiento de las licencias adquiridas, ALQUICARP acordó con SEIDOR una modificación del sistema de mantenimiento por un sistema de colaboración técnica más económico, con pagos por horas en lugar de anuales.

- En 2012, ALQUICARP aceptó un acuerdo de migración a una nueva versión de SAP BUSINESS ONE.

- Mediante contrato firmado el 27 de enero de 2017, ambas partes acordaron pasar del sistema de propiedad de licencias (*on premise*) a un sistema de alquiler de las mismas (*cloud*), adquiriendo ALQUICARP un derecho de uso de cinco licencias para un determinado número de usuarios (con posibilidad de aumentarse o reducirse) y periodicidad anual, asociado a un servicio de mantenimiento.

CUARTO. Existen acuerdos verticales entre SAP ESPAÑA y SEIDOR para la distribución en España del software de SAP y entre SEIDOR y ALQUICARP para la comercialización y mantenimiento del software de SAP.

QUINTO. ALQUICARP denuncia que no habría tenido libertad para elegir el distribuidor para contratar SAP BUSINESS ONE en 2007.

Dicha afirmación ha sido desmentida por SAP ESPAÑA, SEIDOR y la propia denunciante en su escrito de 27 de abril de 2018².

SEXTO. ALQUICARP denuncia que no habría podido cambiar de distribuidor, entre otras razones, porque determinadas personalizaciones de SAP BUSINESS ONE realizadas por SEIDOR son propiedad de esta compañía y deberían volver a ser realizadas por un nuevo distribuidor si desease mantenerlas.

SAP ESPAÑA y SEIDOR han aportado información sobre los procedimientos para la baja o cambio de distribuidor.

ALQUICARP no ha solicitado en ningún momento el cambio de distribuidor de SAP BUSINESS ONE.

² La denunciante matiza la denuncia en su respuesta de 27 de abril de 2018 al serialar: "(...), en ningún caso SAP nos impuso al distribuidor SEIDOR en la adquisición del SAP BUSSINESS ONE. Lo que sí nos impuso SAP es elegir a un distribuidor para la adquisición del SAP BUSINESS ONE, (...)."

IV. MERCADOS AFECTADOS

En el marco del presente expediente, dadas sus circunstancias, no resulta necesario realizar una delimitación precisa del mercado de producto y geográfico relevantes, en la medida en que no afecta directamente a las conclusiones del análisis.

Ello no obstante, puede considerarse que las conductas objeto de investigación en el presente expediente se enmarcan en el sector de los servicios de tecnologías de la información y de las soluciones informáticas (software) para PYMES en España, dentro de los cuales, tal como profusamente se desarrolla en la Propuesta de Resolución, se pueden distinguir dos mercados de producto diferenciados verticalmente integrados:

- el mercado de desarrollo y comercialización de soluciones informáticas (software) para la gestión de recursos empresariales para PYMES. En él actúa SAP ESPAÑA a través de distribuidores autorizados, como SEIDOR.
- el mercado de los servicios de distribución, mantenimiento y apoyo técnico de software de gestión empresarial dirigido a pequeñas empresas, verticalmente relacionado con el anterior.

Ambos mercados están bastante atomizados, especialmente el de servicios de distribución, mantenimiento y apoyo técnico de software dirigidos a PYMES y SAP ESPAÑA cuenta con 21 distribuidores autorizados en España.

En el caso del mercado de desarrollo y comercialización de soluciones informáticas (software) para PYMES, en el que opera SAP ESPAÑA, esta entidad ha estimado que su cuota de mercado en España en los últimos tres años no ha superado el 4%.

SEIDOR estima que su cuota de mercado en España está por debajo del 1% en el mercado de servicios de distribución, mantenimiento y apoyo técnico de software dirigidos a PYMES.

Los datos analizados en el expediente permiten concluir por tanto que en ningún caso la cuota de SAP ESPAÑA y SEIDOR supera el 30% en mercado afectado, bajo cualquier delimitación razonable que se pueda considerar para los mismos.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, compete a la CNMC aplicar lo dispuesto en la LDC en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia³.

El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de resolver los procedimientos sancionadores previstos en la LDC y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC la competencia en este caso corresponde a la Sala de Competencia⁴.

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

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCION Y NORMATIVA APLICABLE

Como ha quedado acreditado en los hechos, ALQUICARP denuncia que no habría tenido libertad para elegir el distribuidor para contratar SAP BUSINESS ONE en 2007; que no habría podido cambiar de distribuidor, entre otras razones, porque determinadas personalizaciones de SAP BUSINESS ONE realizadas por SEIDOR son propiedad de esta compañía y deberían volver a ser realizadas por un nuevo distribuidor si desease mantenerlas.

Igualmente denuncia que se le habrían puesto trabas indebidas para reducir el número de licencias de SAP BUSINESS ONE contratadas o cambiar las características de las mismas; falta de diligencia de SEIDOR a la hora de prestar el servicio, al haber incurrido en errores en la facturación (que han sido solventados); al haberse retrasado 7 meses en la instalación de las licencias *cloud*; al cobrar por las incidencias y consultas si se superan en ellas los 15 minutos; al cobrar por presentar un presupuesto de mejoras; al tardar meses en plantear las mejoras solicitadas; al no colaborar adecuadamente con el proveedor de sistemas informáticos de ALQUICARP, y al facturar por encima de lo presupuestado inicialmente (al existir un precio variable por horas).

Asimismo, ALQUICARP considera que al ser SAP BUSINESS ONE un software clave para el funcionamiento de la empresa, por afectar al funcionamiento de muchas áreas de la misma, se genera una situación de dependencia de la que SEIDOR estaría abusando.

³ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁴ Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En el presente expediente, esta Sala debe resolver, sobre la base de la investigación realizada por la DC, si, de las prácticas denunciadas, pueden derivarse indicios de infracción de la LDC o si -como propone la DC de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC-, procede la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones por considerar que no hay indicios de infracción.

TERCERO. VALORACIÓN DE LA SALA

El artículo 1 de la LDC prohíbe 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 parte del mercado nacional.

Ha quedado acreditado que existen acuerdos verticales entre SAP ESPAÑA y SEIDOR para la distribución en España del software de SAP y entre SEIDOR y ALQUICARP, para la comercialización y mantenimiento del software de SAP.

Al tratarse de acuerdos verticales y teniendo en cuenta que ha quedado acreditado que los mercados están ampliamente atomizados y que la cuota de mercado de las partes de los mismos está muy por debajo del 30%, en principio, les es de aplicación la exención prevista en el artículo 2 del Reglamento de conductas verticales⁵.

Además, ha quedado acreditado en el expediente que no existen indicios de obligaciones de exclusividad o de asignación exclusiva de categorías de clientes (por lo que no resultarían de aplicación las excepciones a la exención recogidas en los artículos 4 y 5 del Reglamento 330/2010).

Por ello, debe concluirse que no existen indicios de la existencia de una conducta subsumible en la prohibición del artículo 1 de la LDC.

El artículo 2 de la LDC prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

La misma debe descartarse, sin necesidad de entrar a valorar si ha habido conductas abusivas por parte de SEIDOR, dado que la cuota de mercado de este operador es bastante reducida y, en todo caso, muy inferior al 30%.

⁵ Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Finalmente, el artículo 3 de la LDC prohíbe los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público.

ALQUICARP ha reconocido que eligió voluntariamente a SEIDOR como distribuidor de SAP BUSINESS ONE.

Da a entender en su denuncia que existe una relación de dependencia económica respecto de SEIDOR que se deriva tanto del papel clave que juega en la denunciante el software SAP BUSINESS ONE como de los desarrollos personalizados que SEIDOR le habría realizado para la instalación del software y que ALQUICARP tendría que volver a pagar si intentase cambiar de distribuidor.

El artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal define en sus párrafos segundo y tercero las conductas de dependencia económica que pueden reputarse desleales⁶.

Sin embargo, sin prejuzgar si las conductas descritas por ALQUICARP pueden o no reputarse desleales, la valoración inicial que corresponde a la autoridad de competencia es si las mismas pueden afectar al interés público, dado que éste es un requisito indispensable para la aplicación del artículo 3 de la LDC.

De la investigación realizada y los hechos acreditados puede deducirse que nos encontramos ante un conflicto mercantil bilateral, sobre el alcance y grado de cumplimiento de los contratos entre SEIDOR y ALQUICARP, que no generaría afectación al interés general y, en consecuencia, no podría constituir una infracción del artículo 3 LDC.

Por todo lo que antecede

RESUELVE

ÚNICO. No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Competencia de la CNMC en el expediente S/0634/18 ALQUICARP, como consecuencia de la denuncia presentada por ALQUICARP, S.L, por considerar que no existen indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el siguiente al de su notificación.

⁶ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.