

RESOLUCIÓN (Expte. 395/97, Vacunas Antigripales)

Pleno

Excmos. Sres:

Petitbò Juan, Presidente

Berenguer Fuster, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 30 de septiembre de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Luis Berenguer Fuster, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 395/97 (1308/95 del Servicio de Defensa de la Competencia) iniciado de oficio contra Sanofi-Winthrop S.A., Laboratorios Leti S.A., Instituto Berna de España S.A., Evans Medical de España S.A., Rhône Poulenc-Rorer S.A., Laboratorios Nezel S.A. e Instituto Llorente S.A., por presuntas prácticas restrictivas de la competencia contrarias a las Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la concertación de precios de las vacunas antigripales con las que se concurría a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud.

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.- Con fecha 25 de noviembre de 1995 tiene entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia un escrito del Director Gerente de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía por el que se denuncian posibles prácticas monopolísticas de laboratorios farmacéuticos en licitaciones a concursos públicos para el suministro de vacuna antigripal al Servicio Andaluz de la Salud.
- 2.- Admitido a trámite el Expediente se practicaron diversas diligencias como resultado de las cuales se formula Pliego de Concreción de Hechos con fecha 17 de septiembre de 1996 en el que se establecen como acreditados los siguientes:
 - "1º. Con fecha 1 de abril de 1995, apareció publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, nº 53, el anuncio del concurso público para el suministro de la vacuna antigripal, para el Servicio de Salud durante

el año 1995.

2º. A dicho concurso presentaron propuesta las siguientes empresas:

- RHONE POULENC RORER S.A.*
- SANOFI-WINTHROP S.A.*
- INSTITUTO BERNA DE ESPAÑA S.A.*
- EVANS BIOLOGICOS S.A.*
- LABORATORIOS LETI S.A.*

3º. Las propuestas presentadas por los mencionados laboratorios se elevaron con precios idénticos y coincidentes en 462,7 ptas. por dosis de vacuna antigripal, tal y como consta en los certificados que los Servicios Centrales del Servicio Andaluz de Salud emitieron con fecha 7 de junio de 1995.

4º. Que de los antecedentes, solicitados a la Junta de Andalucía, se constata, igualmente, la coincidencia e identidad de los precios ofertados en anteriores concursos correspondientes a los años 92, 93 y 94, convocados por la Secretaría de Programación de Prestaciones Farmacéuticas para la adquisición de vacunas contra la gripe, a la que acudieron los siguientes laboratorios:

- En el año 92, en el Concurso 2028/92 se presentaron: el Instituto Llorente, el Laboratorio Leti, el Instituto Berna, el Laboratorio Sanofi-Winthrop, el Laboratorio Rhone-Poulenc, y por último el Laboratorio Nezel, con la misma oferta de 400 ptas. la dosis.*
- En el año 93, en el Concurso 2034/93, se presentaron: el Laboratorio Leti, el Instituto Llorente Evans, el Laboratorio Sanofi-Winthrop, el Laboratorio Rhone-Poulenc y el Laboratorio Nezel, con la misma oferta de 389 ptas. por dosis.*
- Y, por último, en el año 94, en el Concurso 2011/94, se presentaron: el Laboratorio Sanofi-Winthrop, Rhone-Poulenc, el Laboratorio Leti, Llorente-Evans, el Instituto Berna y el Laboratorio Nezel con la misma oferta de 389 ptas. por dosis".*

3.- Los anteriores hechos fueron valorados jurídicamente por el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) como constitutivos de una conducta prohibida por el art. 1.1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, que en su apartado a) prohíbe todo acuerdo que consista en la fijación de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

Se consideran responsables de esta conducta las siguientes empresas: Laboratorios Leti, Laboratorio Rhône-Poulenc, Laboratorio Sanofi-Winthrop, Laboratorios Evans Biológicos y el Instituto Berna.

- 4.- Remitido el Expediente al Tribunal, antes de su admisión a trámite se interesó del Servicio con fecha 21 de febrero de 1997 que concretara si la acusación se refiere a la actuación de Laboratorios Leti, Laboratorios Rhône-Poulenc, Laboratorios Sanofi-Winthrop, Laboratorios Evans Biológicos e Instituto Berna por su participación en el concurso para suministro de vacuna antigripal publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, nº 53, de fecha 1 de abril de 1995, o si, por el contrario, se extiende también a su conducta en los concursos públicos correspondientes a los años 1992, 1993 y 1994.
- 5.- Con fecha 6 de marzo de 1997 tiene entrada en el Tribunal escrito del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia por el que se afirma que el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción contiene imputaciones relativas a las conductas de los citados laboratorios en los concursos celebrados en 1992, 1993, 1994 y 1995.

Se manifiesta que en los concursos correspondientes a 1992, 1993 y 1994 participó también el laboratorio Nezel en las mismas condiciones que los laboratorios imputados. Sin embargo, como dicho laboratorio no participó en el concurso correspondiente a 1995, que fue el que provocó la incoación del expediente de oficio, no fue incluido en la Providencia de 18 de enero de 1996 de incoación del expediente sancionador y, como consecuencia, las actuaciones no se han practicado con Nezel, que ha quedado excluido del Expediente.

- 6.- Con estos Antecedentes el Tribunal dicta en fecha 21 de marzo de 1997 un Auto de inadmisión por el que se devuelve el expediente al Servicio con la finalidad de que por éste se incoe también expediente a Laboratorio Llorente S.A., y Laboratorio Nezel S.A. practicando cuantas diligencias sean precisas o, en su caso, justifique la exclusión del expediente de los citados laboratorios.
- 7.- Devuelto el expediente al Servicio, por Providencia de 11 de abril se acordó la apertura del expediente por los mismos hechos contra Instituto Llorente S.A. y Laboratorio Nezel S.A.
- 8.- En fecha 29 de mayo de 1997 se formula el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos en el que consta que, a juicio de la instructora, se produjo una concertación de precios entre Instituto Llorente S.A. y Laboratorio Nezel S.A. (junto con otros laboratorios farmacéuticos) en el concurso de suministro de vacunas antigripales convocado por el Servicio Andaluz de Salud del año 1992 y de Laboratorios Nezel (igualmente con otros laboratorios

anteriormente expedientados) en los concursos convocados en los años 1993 y 1994. Estos hechos constituían una infracción del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia. Dentro del plazo concedido al efecto la representación de Nezel formuló el correspondiente escrito de alegaciones y propuso la práctica de determinadas pruebas que fueron denegadas por Providencia de 2 de julio de 1997.

- 9.- El 28 de julio de 1997 el Servicio formuló el correspondiente Informe-Propuesta Complementario , que concluía con la siguiente Propuesta:

"Primero.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia considere que existe prueba suficiente del acuerdo de precios.

Segundo.- Que como consecuencia de los resultados obtenidos, el Tribunal de Defensa de la Competencia declare que la actuación de las empresas de los laboratorios: Laboratorios Leti, Instituto Berna de España, Sanofi Winthrop, Rhône Poulenc-Rorer, Evans Medical España, Instituto Llorente y Laboratorios Nezel, constituye un acto restrictivo de la competencia, conducta prohibida por el art. 1.1 a) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, consistente en la concertación previa de las condiciones de participación a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud para el suministro de vacunas antigripales.

Tercero.- Intimar a las empresas para que cesen en la práctica y se abstengan de realizarla en lo sucesivo.

Cuarto .- Que se ordene a las empresas imputadas la publicación a su costa de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se adopte, en el Boletín Oficial del Estado, así como en un diario de ámbito provincial.

Quinto.- Que se imponga a los imputados multa en la cuantía que se estime oportuna atendiendo a la gravedad de las infracciones por cuanto la fijación de precios para la participación en concursos públicos es una de las conductas más graves contempladas en la LDC, y que los volúmenes de negocios para el Laboratorio Nezel y el Instituto Llorente en 1996 aparecen recogidos en la página 3 de este Informe y los de los restantes laboratorios farmacéuticos en 1995 son los que se recogen en la página 9 del Informe-Propuesta de 31 de enero de 1997."

- 10.- Recibido el expediente en el Tribunal, en fecha 19 de septiembre de 1997 se dicta la Providencia de admisión a trámite, dando traslado de la misma a los interesados para que propusieran pruebas y solicitaran, en su caso, la celebración de Vista.

- 11.- Dentro del plazo concedido, incluida la ampliación del mismo que fue instada por algunos de los interesados, solicitaron la práctica de prueba las representaciones de Evans, Instituto Berna, Laboratorios Leti, Laboratorios Nezel, Rhône Poulenc y Sanofi, no haciendo uso de la facultad concedida Instituto Llorente S.A.
- 12.- Por Auto de 12 de diciembre de 1997 se admitieron parte de las pruebas propuestas por los interesados y se decidió no acceder a la petición de Vista que había sido solicitada por algunos de ellos, sustituyendo su celebración por el trámite de conclusiones. En el mismo Auto se daba traslado a los restantes interesados de la solicitud de declaración de confidencialidad propuesta por Rhône Poulenc.
- 13.- En fecha 13 de enero doña Edurne Navarro, actuando en representación de Sanofi, presentó escrito de alegaciones adicionales, a tenor de lo previsto en el artículo 35.e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- 14.- Por Providencia de 1 de abril de 1998 se nombró Ponente al Vocal Luis Berenguer Fuster en sustitución del anterior Ponente que había cesado en el Tribunal por renuncia, y por Auto de 22 del mismo mes se declaró confidencial el documento presentado por Rhône Poulenc, se tuvieron por formuladas las alegaciones complementarias presentadas por Sanofi y se concedió un plazo de diez días para valoración de pruebas y uno posterior de quince días para conclusiones.
- 15.- El Tribunal deliberó y adoptó la presente Resolución en su reunión celebrada el día 15 de septiembre de 1998, encargando su redacción al Vocal-Ponente.
- 16.- Son interesados:
 - Sanofi-Winthrop S.A.
 - Laboratorios Leti S.A.
 - Instituto Berna de España S.A.
 - Evans Medical de España S.A.
 - Rhône Poulenc-Rorer S.A.
 - Laboratorios Nezel S.A.
 - Instituto Llorente S.A.

HECHOS PROBADOS

- 1.- El Servicio Andaluz de Salud (SAS) convocó en los años 1992, 1993, 1994 y 1995 (al igual que en otras anualidades) los respectivos concursos para el

suministro de determinadas vacunas antigripales.

En el año 1992 se publicó el concurso para la adjudicación de vacunas antigripales en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía por un tipo de licitación de 163.200.000 ptas. La presentación de las vacunas debería realizarse en envases monodosis de jeringa precargada (Pág. 14.478 del expediente del SDC).

Al concurso se presentaron los siguientes Laboratorios: Instituto Llorente, Nezel, Rhône Poulenc, Instituto Berna de España, Instituto Leti y Sanofi. Todos los concursantes presentaron el mismo precio, que ascendió a 400 ptas. por dosis, en cuyo precio se incluía el IVA.

Algunos de los oferentes realizan algunas ofertas adicionales tales como suministrar vacunas adicionales si fuera necesario, en las mismas condiciones (Nezel pág. 15), ofrecer bolsas térmicas (Sanofi pág. 36), si bien otros no ofrecen ninguna (Instituto Llorente pág. 30 y Rhône Poulenc pág. 28) y Laboratorios Berna presenta las vacunas en envases de cincuenta jeringas precargadas (pág. 29).

Tras el análisis de las ofertas, el SAS adjudicó el concurso en distintas cantidades a Laboratorios Leti, Instituto Llorente, Sanofi, Rhône Poulenc y Laboratorios Nezel.

- 2.- Al concurso convocado por el SAS para el suministro de vacunas antigripales correspondientes a la campaña 1993-1994 se presentaron las siguientes empresas farmacéuticas: Laboratorios Leti, Llorente-Evans, Sanofi-Winthrop, Rhône Poulenc y Nezel. Todos los concursantes presentaron sus ofertas al mismo precio de 389 pesetas por dosis. En cuanto a otras condiciones, Leti, Rhône y Llorente no ofrecen ninguna oferta adicional y Sanofi y Nezel las mismas que en el concurso anterior. A pesar de estas circunstancias la adjudicación definitiva se realiza en distintas cantidades a Leti, Rhône Poulenc y Laboratorios Llorente-Evans. Considera el SAS que al ser el precio de todos los oferentes idéntico se adjudica a quienes han presentado las ofertas complementarias más ventajosas para la Administración. Esas ventajas no se aprecian en los documentos incorporados al expediente.
- 3.- El SAS convocó igualmente un concurso para el año 1994 al que se presentaron los siguientes laboratorios: Sanofi-Winthrop, Llorente-Evans, Rhône Poulenc, Nezel, Leti e Instituto Berna de España. Todos ellos ofertaron al mismo precio de 389 pesetas la dosis. Las ofertas adicionales presentadas por cada uno de los laboratorios son similares a las presentadas en los anteriores concursos, significando que Instituto Berna vuelve a realizar su oferta en envase clínico de 50 jeringas en lugar del envase individual. Posteriormente este laboratorio (escrito de 11 de julio de 1994) renuncia al

concurso. La adjudicación definitiva se realiza a todos los laboratorios concursantes (excepción de Berna, que había renunciado) sin hacer mención a la valoración de las ofertas complementarias.

- 4.- Finalmente en el concurso convocado por el Servicio Andaluz de Salud para el suministro de las vacunas antigripales para la campaña 1995-1996 al que se presentan Sanofi-Winthrop, Evans Biológicos (anteriormente Evans-Llorente), Laboratorios Leti, Instituto Berna y Rhône Poulenc, que ofertaron todos ellos al precio de 462,7 ptas./dosis. Como quiera que el precio de oferta fue superior al máximo de licitación, se declaró desierto el concurso (Págs. 82-83) en fecha 21 de junio de 1995. Ante la necesidad de la Administración sanitaria de Andalucía de proceder a la campaña de vacunación, se tramitó un expediente administrativo de procedimiento negociado sin publicidad en el que el precio fue el anteriormente ofertado, procediéndose a la correspondiente adjudicación.
- 5.- Como resumen de lo anteriormente expuesto los precios ofertados en los diferentes años fueron los siguientes:

	Concurso 1992		Concurso 1993		Concurso 1994		Concurso 1995	
Laboratorio	Precio	Adjudicación	Precio	Adjudicación	Precio	Adjudicación	Precio	Adjudicación
Nezel	400	X	389	NO	389	X	----	----
Rhône-Poulenc	400	X	389	X	389	X	462,7	NO
I. Berna	400	NO	----	----	389	NO	462,7	NO
L. Leti	400	X	389	X	389	X	462,7	NO
Sanofi	400	X	389	X	389	X	462,7	NO
I. Llorente	400	X	----	----	----	----	----	----
Evans	----	----	389	X	389	X	462,7	NO

- 6.- Los criterios de adjudicación que utiliza el SAS para la resolución de los concursos son los siguientes (pág. 14.346):

CRITERIOS		PONDERACIÓN (máximo de)	
1.	Precio		40
2.	Características técnicas de las vacunas		25
	2.1. Composición/Obtención	60	
	2.2. Presentación	40	
3.	Calidad de la ejecución de contratos anteriores de suministro al S.A.S. o a otras Administraciones Sanitarias Públicas		20
	3.1. Respuesta del laboratorio ante situaciones imprevistas	50	
	3.2. Condiciones técnicas del suministro	30	
	3.3. Cumplimiento de los plazos de entrega	20	
4.	Ofertas complementarias que supongan una mejora para el P.V.A.		15
	4.1. Bonificación en género	35	
	4.2. Material necesario para la administración de las vacunas	30	
	4.3. Mejoras en la red de frío	25	
	4.4. Otras (se ponderarán su idoneidad y su posible objetivación económica)	10	
TOTAL PUNTOS			100

El precio se pondera con un máximo de 40 puntos que se atribuyen a una bajada de un 15% respecto al precio máximo de licitación, teniendo en cuenta que este descenso es el máximo esperable.

- 7.- Los precios que tienen adjudicados los diferentes laboratorios para las vacunas antigripales en envase individual han sido diferentes para los

laboratorios que fabrican estos productos.

En el siguiente cuadro se observan los diferentes precios máximos autorizados y de comercialización que cada uno de los laboratorios tenían aprobados por el Ministerio de Sanidad:

Laboratorio	Especialidad	P.V.L. máx. autorizados	P.V.L. comercia.		P.V.L. máx. autorizados	P.V.L. comercia.	P.V.L.máx. autorizados	P.V.L. comercia.
		1992-mayo 1995	1992 -nov. 1993	Nov. 1993 - mayo 1995	Mayo 1995-junio 1997	Mayo 1995- junio 1997	Junio 1997 -hoy	Junio 1997 -hoy
Rhône	Mutagrip	428,2	428,2	416,6	467	454	500	487
Sanofi	V.anti.Pasteur	428,2	428,2	416,6	467	454	500	487
Nezel	Imuvac	457,6	457,6	445,2	489	475,8	524	510
Leti	V.anti.Leti	432,1	432,1	420,4	469	456	502	489
Berna	Inflexal	429,2	429,2	417,6	467	454	500	487
Evans	Evagrip	457	457	457	489	489	524	524
S.K.F.	Fluarix	----	----	----	467	467	500	500

Nota: P.V.L. máx. autorizados = precio de venta del laboratorio máximos autorizados
P.V.L. comercia. = precio de venta del laboratorio de comercialización

Las diferencias de los precios de cada una de las vacunas se deben a que existen vacunas de tres tipos diferentes: de virus enteros inactivados (Berna y Leti), de virus fraccionados inactivados (Rhône, Sanofi y Smith Kline French) y de antígenos de superficie (Nezel y Evans), pero todas ellas tienen unas prestaciones y eficacia similares (Pág. 14.536) y por otra parte el coste de

fabricación de cada una de ellas es diferente (Anexos al Informe-Propuesta, págs. 14.641-14.643).

- 8.- Por otra parte, está acreditado que existe una presentación en envase clínico de cincuenta jeringuillas precargadas que tiene autorizado un precio durante los años 1993 y 1994 para la vacuna Evagrip de Laboratorios Evans de 19.269 pesetas, lo cual produce un precio por dosis de 385,378 ptas/dosis (pág. 14.450). Igualmente consta que la misma autorización se realiza a Sanofi con idéntico precio (pág. 14.503). Este envase fue anulado en noviembre de 1995 (pág. 260 del expediente del Tribunal).
- 9.- En fecha 5 de junio de 1986 la Administración del Estado y Farmaindustria firman un concierto entre la Seguridad Social y los Laboratorios Farmacéuticos (Págs. 14.158 y ss.). Es de resaltar que este convenio, que ha sido firmado por la Administración del Estado y no por las Comunidades Autónomas (entre ellas la de Andalucía), se refiere a suministros directos (cláusula quinta) y extiende sus efectos hasta el 31 de diciembre de 1986 (cláusula undécima, aunque posteriormente haya sido objeto de diversas novaciones). En el convenio se establece que los suministros efectuados a la Seguridad Social tendrán un descuento del dos por ciento sobre el valor total de los suministros.

Por otra parte en el año 1990 Farmaindustria remite una circular a sus afiliados en la que consta la recomendación de practicar un descuento del dos por ciento en la facturación por ventas directas realizadas a los centros e instituciones del Insalud, a partir de 1 de agosto de 1990 (folio 12.344).

Por otra parte, en otra circular de 6 de junio de 1995 bajo el título "ventas hospitalarias al SAS" se manifiesta lo siguiente (pág.12.345):

"A la vista de las consultas recibidas, nos es grato informar con carácter general a nuestros asociados que el descuento aplicable a las ventas hospitalarias a los Centros del Servicio Andaluz de Salud continúa siendo el 1 por ciento".

(Ambas circulares son reconocidas en el escrito presentado por la representación de Sanofi (pág. 14.456)).

- 10.- Durante el año 1995, ante la petición de revisión de precios de los laboratorios para las vacunas antigripales, el Ministerio de Sanidad y Consumo convocó a todos los laboratorios a determinadas reuniones en las que se trató de la mencionada revisión de precios.
- 11.- Las cifras de negocios de las empresas que obran en el expediente son las siguientes:

Instituto Berna de España	1.475.059.014 Ptas. (Ejercicio 1995)
Rhône-Poulenc-Rorer	728.861.000 Ptas. (Ejercicio 1995)
Sanofi-Winthrop	602.621.314 Ptas. (Ejercicio 1995)
Evans Medical España	701.106.201 Ptas. (Ejercicio 1995)
Laboratorios Leti	1.342.045.891 Ptas. (Ejercicio junio 1995-mayo 1996)
Instituto Llorente	214.169.074 Ptas. (Ejercicio 1996)
Laboratorio Nezel	2.476.544.480 Ptas. (Ejercicio 1996)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.- Constituye un elemento suficientemente probado, y no discutido por los interesados, que todos los laboratorios imputados en este expediente presentaron una oferta idéntica en precio en los concursos para vacunas antigripales convocados por el Servicio Andaluz de Salud en los años 1992, 1993, 1994 y 1995. Corresponde analizar si de ese hecho se puede deducir la existencia de una prueba de cargo suficiente que lleve al Tribunal a la convicción absoluta que resulta necesaria para sustentar una Resolución condenatoria.

En los procedimientos en materia de la competencia es frecuente acudir a la prueba de presunciones para demostrar la existencia de una infracción, fundamentalmente cuando se trata de conductas colusorias. Las empresas que conciertan sus actuaciones no acostumbran a dejar rastro de sus convenios, si bien los resultados de éstos resultan evidentes, y de ellos se puede deducir la existencia de un acuerdo.

Es cierto que la admisión de la prueba de presunciones en el campo del derecho sancionador ha sido objeto de controversias, tanto en el orden penal como en el del derecho administrativo sancionador, pero tal discusión ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional cuando ha establecido que, en determinadas condiciones, la prueba indiciaria puede servir para constatar la existencia de unos hechos que constituyen una infracción. Según la doctrina del Tribunal Constitucional la aceptación de la prueba de presunciones en derecho punitivo o sancionador exige, en primer lugar, que los hechos base, es decir los indicios, estén plenamente demostrados, que la relación causal

entre los hechos y los indicios esté suficientemente razonada y, finalmente, que si existen otras razones para explicar los indicios, deben ser analizadas y explicarse la causa de su rechazo. Esta doctrina se contiene, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 174/85 y 175/85, ambas de 17 de diciembre, la 169/1986, de 22 de diciembre y la 150/1987, de 1 de octubre.

Resulta evidente que esa doctrina resulta aplicable a los procedimientos en materia de competencia, y así en repetidas ocasiones se ha considerado acreditada una infracción consistente en concertación en materia de precios por la coincidencia y simultaneidad en su variación. Así ocurre, por ejemplo, en la Resolución de 4 de julio de 1988 (Prensa dominical), confirmada por Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997; o bien en la Resolución de 25 de octubre de 1988 (Autoescuelas) o en la de 2 de noviembre de 1988 (Prensa del corazón) que ha sido confirmada por las Sentencias de la Audiencia Nacional de 10, 22 y 30 de marzo de 1993 y del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1997.

Recientemente el Tribunal ha aplicado la doctrina de los tres requisitos exigibles para admitir la prueba de presunciones en las Resoluciones de 23 de diciembre de 1997 (Servicios Funerarios de Madrid) y 11 de mayo de 1998 (Películas Vídeo). En ambos supuestos consideró el Tribunal que la simple coincidencia de precios no era suficiente para la apreciación de una conducta colusoria porque existían otras explicaciones que, una vez analizadas, resultaban verosímiles para explicar esa coincidencia.

Por todo lo anterior, es necesario examinar el presente supuesto a la luz de tal doctrina para determinar si de la coincidencia de precios en las ofertas puede llegarse a la conclusión de que ha existido una concertación entre los inculpados.

El primero de los requisitos, es decir, que los hechos básicos o indicios estén plenamente demostrados, resulta indubitado, se desprende de documentos aportados al expediente y es admitido por los interesados. Es un hecho probado que los distintos laboratorios que concurrieron a los concursos convocados por el SAS presentaron durante cuatro anualidades consecutivas exactamente los mismos precios.

El segundo requisito, relativo a la relación de causalidad, también se cumple. Si varios laboratorios se presentan a un concurso público ofertando el mismo precio por productos diferentes, con precios autorizados diferentes y costes distintos, puede ser consecuencia de que los concursantes se hayan puesto de acuerdo para ofertar el mismo precio. Como resalta la Resolución de este Tribunal de 12 de julio de 1990 (Vacunas Veterinarias) la presentación de ofertas a un concurso en sobre cerrado tiene como finalidad que ni la

Administración convocante ni los demás concursantes puedan conocer el precio de la oferta, por lo que la única posibilidad de que las ofertas sean idénticas es que haya habido concertación. Que la posibilidad de concertación se convierta en seguridad dependerá de la concurrencia del tercero de los requisitos. Corresponde, por lo tanto, analizar la verosimilitud de las distintas versiones aducidas por los representantes de los laboratorios por si las mismas pueden resultar válidas para explicar tal coincidencia de precios.

- 2.- El primero de los argumentos aducidos por alguno de los imputados se refiere a las características del mercado de los medicamentos en España entre las que merecen destacarse la fuerte intervención administrativa que se traduce, entre otros extremos, en un sistema de autorización de precios máximos, y la transparencia del mercado como consecuencia de ella. Junto a estas características, que son ciertas, es igualmente cierto que los precios de los medicamentos en España son de los más bajos de Europa, pero de eso no parece desprenderse una escasa rentabilidad, pues algunos de los datos del expediente y la potencia económica de las empresas agrupadas en Farmaindustria parece inducir otra diferente conclusión. En todo caso, esta última es una cuestión intrascendente a los efectos de este expediente.

De las características del mercado de medicamentos no se deduce la ausencia de concertación sino más bien lo contrario. El hecho de que los precios máximos autorizados a los competidores sean autorizados, que existan pocos laboratorios autorizados a fabricar y comercializar vacunas antigripales, e incluso que ellos se reúnan conjuntamente con el Ministerio de Sanidad, lejos de hacer imposible la concertación para las ofertas en concursos, la facilita.

Indudablemente el hecho de que sean pocos los posibles concursantes, que existan reuniones entre los mismos y que sean conocidos sus precios, e incluso que la propia Administración no vea con malos ojos ciertas prácticas concertadas, facilita los acuerdos. Desde el punto de vista del Derecho de la competencia resultan inadecuadas actuaciones tales como las del Ministerio de Sanidad y Consumo de reunir conjuntamente a todos los fabricantes de vacunas antigripales para hablar de la revisión de precios, pues obviamente esas reuniones facilitan la concertación, pero ni la justifican ni pretenden justificarla. Otro tanto cabe decir de la actuación del SAS que ha presenciado imposible la aparente concertación de precios durante varios años y solamente en el año 1995, cuando la coincidencia de precios se produce por encima del precio máximo de licitación y el concurso queda desierto, denuncia los hechos ante el Servicio. Parece como si no le hubiera preocupado la colusión más que a partir del momento en que la concertación produjo el incremento de precios por encima de los precios de licitación. Si tal denuncia hubiera tenido lugar en la primera ocasión en la que se produjo la coincidencia de precios, la práctica hubiera sido corregida con anterioridad y posiblemente no se hubiera

dado lugar a la anómala situación del concurso de 1995, con la necesidad de declararlo desierto y una segunda convocatoria por procedimiento negociado. Pero, aunque exista la posibilidad de que la actuación de las Administraciones haya facilitado la concertación o haya retrasado su investigación, no por ello se justifican las conductas denunciadas, y ni tan siquiera puede hablarse de circunstancia atenuante pues, si resulta razonable que como consecuencia de actuaciones de los poderes públicos los inculpadados hayan tenido facilidades para concertar precios, no existe ni prueba ni el más mínimo indicio de que la concertación haya sido sugerida o patrocinada por la Administración.

Queda claro que de las características de la producción y del mercado no se deduce la coincidencia de precios. Los precios autorizados -que son diferentes y además de productos diferentes- son máximos y rigen para la comercialización e incluso para las ventas directas a las Administraciones Públicas. Pero si se convoca un concurso es para obtener el precio más bajo posible sobre el autorizado y nada existe, si se analizan las características del mercado, que induzca a pensar que es posible simultáneamente un comportamiento idéntico de los distintos competidores.

Por otra parte, cuando se relacionan las características del mercado con las reacciones de los operadores que en él actúan para justificar los hechos demostrados se incurre en ciertas contradicciones. Así se deduce, por ejemplo, del estudio del Profesor Lobo (págs. 351 y ss. del expediente del Tribunal) presentado por la representación de Sanofi, que afirma, por una parte, que las empresas farmacéuticas que concurren a licitaciones públicas ofrecen precios autorizados (con los descuentos acordados con Farmaindustria), ya que ofrecer un precio más bajo podría inducir a la Administración a bajar el precio oficial o bien considerar injustificada la solicitud de futuras alzas. Este argumento resulta contradictorio con el que a continuación se manifiesta acerca de que en tales concursos todos los licitantes ofertan al precio del laboratorio de precio autorizado más bajo pues, de no ser así, pierden el concurso. Nada de eso tiene que ocurrir pues, si bien el primer argumento puede tener una cierta racionalidad, se compadece mal con el segundo pues, si el que tiene el precio más alto se alinea con el más bajo, incurre en el riesgo que se anuncia.

Parece más cierto afirmar que en cada concurso del tipo que sea, y en ausencia de colusión, los concursantes presentan sus precios autónomamente teniendo en cuenta las previsibles actuaciones de los competidores, y en relación con sus costes, con el deseo de adjudicarse un concurso fruto de una determinada estrategia empresarial o de la necesidad de cubrir sus gastos generales y dependiendo de su cartera de pedidos, etc. En todo caso, si se conociera ciertamente la oferta de los competidores, la reacción normal sería la de bajar algo tales ofertas para aumentar las posibilidades de adjudicarse el

concurso, pero presentar todos idénticas ofertas denota una concertación encaminada a sustituir la competencia en precios por el acuerdo entre competidores.

- 3.- Varios de los inculpadados alegan -cuando tenían el precio autorizado más bajo- que han confeccionado el precio de forma autónoma sobre la base de partir del precio máximo autorizado, reducir un porcentaje del dos por ciento correspondiente al descuento convenido entre Farmaindustria y el Ministerio de Sanidad, e incrementar a la cifra resultante el porcentaje correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido. En este supuesto se encuentra el laboratorio Sanofi, que asegura haber realizado la oferta basándose en la siguiente fórmula:

CONCURSO	P.V.L. Vigente	2% descuento (Farmaindustria)	% I.V.A.	TOTAL	OFERTA
1992	385,38*	377,68	6	400,34	400
1993	385,38*	377,68	3	389,01	389
1994	385,38*	377,68	3	389,01	389
1995 (1ª convocatoria)	454	444,92	4	462,7	462,7

* Esta cifra es el resultado de dividir el resultado autorizado para el envase clínico (50 unidades=19.269) por el número de unidades.

Fuente: Sanofi

Algunos de los restantes laboratorios, aun cuando tengan el precio autorizado más alto, aseguran haber realizado la misma operación partiendo del precio de los laboratorios que tenían el precio autorizado más bajo, pues si la practicaban partiendo de sus propios precios sabían que iban a perder la adjudicación del concurso por ofertar un precio más alto que otros concursantes.

Ahora bien, esta argumentación, que resulta sospechosa en la coincidencia, máxime cuando concurren algunas circunstancias que producen la coincidencia absoluta de las ofertas, no es la mantenida por todos los

inculpados. Por ejemplo, Laboratorios Nezel, en lugar de argumentar que se ha acomodado al precio de la vacuna en envase clínico, con la deducción del 2%, presunta consecuencia del acuerdo de Farmaindustria con el Ministerio, manifiesta que ha elaborado su oferta haciendo un esfuerzo y realizando un gran descuento (del 12,6% en 1992 y del 14,9% en 1994) sobre el precio máximo autorizado por el Ministerio de Sanidad. Es de destacar que en estos razonamientos no solamente no se hace mención al precio del envase clínico ni al descuento del 2%, sino que ni tan siquiera se deduce del precio ofertado el importe del I.V.A., por lo que el descuento es aún superior al manifestado (pág. 289 del expediente del Tribunal).

En la medida en la que al menos uno de los concursantes alega que sus precios no son producto de la complicada operación que otros dicen haber coincidido en realizar, sino del esfuerzo de ofrecer descuentos máximos, se desvirtúa el argumento de que absolutamente todos los concursantes individualmente han tenido la idea de aplicar la misma fórmula. Por ello, se deduce como explicación más lógica la existencia de una concertación para ofrecer el mismo precio.

A esa misma conclusión se llega analizando otros elementos. En primer lugar, no sólo resulta inexplicable que todos los concursantes hayan tenido individualmente la idea de adoptar una misma y complicada fórmula para elaborar sus ofertas, es que existen otras coincidencias que resultan inexplicables sin la existencia de una concertación. La primera de ellas es el desprecio de los decimales en las ofertas de los años 1992, 1993 y 1994, desprecio que no aparece en el concurso de 1995. Que todos los concursantes tengan la idea de despreciar o no los decimales resultantes de la fórmula en los mismos años no puede ser fruto de la casualidad y ratifica la idea de que todos se han puesto de acuerdo en ofrecer el mismo precio.

A la misma conclusión se llega igualmente teniendo en cuenta otras coincidencias inexplicables sin un acuerdo previo. Según la explicación ofrecida, en los años 1992, 1993 y 1994 se obtiene el precio de oferta como consecuencia de una operación consistente en dividir el precio del envase clínico por el número de unidades que contiene (50) y, sin embargo, en el año 1995 no se parte del precio del envase clínico ni tan siquiera del máximo más bajo de los autorizados sino del precio máximo de comercialización más bajo de los autorizados en mayo de 1995 (ver cuadro 2 de los hechos probados). A esta circunstancia se le quiere dar la explicación de que el envase clínico ha sido anulado en 1995, pero esa anulación no se produce hasta noviembre de 1995, es decir, con mucha posterioridad a la presentación de las ofertas, con lo cual el argumento queda desvirtuado.

Resulta también muy significativa la circunstancia de que todos los concursantes hayan tenido durante tres años la idea de aplicar la fórmula de

obtención de precios partiendo del de los envases clínicos, cuando una de las condiciones del concurso es que las vacunas habrían de presentarse en envases individuales, e incluso Laboratorios Berna que presenta su oferta en envases clínicos no resulta adjudicataria del concurso. El que, a pesar de tener que ofertar envases individuales, todos los laboratorios decidieran partir del precio de las vacunas en presentación clínica no parece ser fruto de la casualidad.

Otra de las extrañas coincidencias de los elementos de la fórmula de obtención del precio es aplicar el mismo descuento del 2%, coincidencia que se quiere justificar aduciendo que es el descuento acordado entre la Administración y Farmaindustria, por lo que todos tenían que aplicarlo. Tampoco esta explicación merece credibilidad. En primer lugar, el descuento acordado en 1986 es aplicable exclusivamente para las ventas directas pero no para los concursos, ya que resultaría absurdo y contradictorio (además de que constituiría una infracción de la LDC) con el objeto de las subastas o los concursos que hubiera un acuerdo que obligara a realizar a los posibles concursantes el mismo descuento. Si se convoca un concurso es precisamente con la finalidad de obtener el precio más bajo posible, no para obtener un descuento previamente concertado. En segundo lugar, el acuerdo de descuento ha sido firmado entre la Administración del Estado y Farmaindustria y no con las Comunidades Autónomas como la de Andalucía. Es más, según obra en el expediente, Farmaindustria recomienda que el descuento al Insalud sea del 2%, mientras que el descuento al S.A.S. será exclusivamente del 1%. Por todo ello, cabe concluir que la única razón explicable para que todos los licitadores hayan decidido aplicar el mismo descuento es el acuerdo entre ellos.

Como resumen de cuanto anteriormente se ha expuesto se puede concluir que no resultan razonables los argumentos aducidos por los denunciados para explicar la igualdad de los precios en las ofertas. La coincidencia en una fórmula complicada y en los factores de la misma (precio de partida igual en todos los casos durante tres años del de un envase clínico que no es el ofertado, y el cuarto año del de un envase individual; idéntico descuento que no era aplicable y finalmente la coincidencia en el redondeo de las cifras) hacen absolutamente inverosímil la versión ofrecida y lleva al convencimiento del Tribunal de que la única explicación razonable de la igualdad de precios es la concertación entre los licitadores, máxime cuando los costes de cada una de las empresas son diferentes, como se acredita en los correspondientes anexos del Informe-Propuesta elaborado por el Servicio y que no ha sido negado por ninguno de los interesados. Resulta evidente que si las empresas tienen diferentes costes de producción, y ofrecen en un concurso los mismos precios que sus competidores, sin conocer los que éstos han ofertado, dado su carácter secreto, es porque se han puesto de acuerdo en ofrecer todos el

mismo precio con el objetivo de repartirse el mercado.

- 4.- Los interesados aducen que, en el concurso de que se trata, la concertación de precios no resulta una conducta anticompetitiva porque en ese tipo de concursos los elementos ajenos al precio resultan más determinantes que éste. Tampoco ese argumento puede ser aceptado. En primer lugar, el acuerdo vertical de precios siempre constituye una de las infracciones más graves contra la libre competencia, incluso en sectores en los que el precio no constituye el elemento más importante de la competencia -lo cual no ocurre en el presente caso- como el de la prensa (Resolución del Tribunal de 4 de julio de 1988-Prensa Dominical- y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1997 que confirma la sanción impuesta en ese expediente).

Pero es que, además, el elemento más importante para la adjudicación del concurso lo constituye el precio. Basta observar los criterios de ponderación del S.A.S. para los concursos para llegar a esa conclusión, pues mientras el precio se valora con 40 puntos, ninguno de los otros factores llega a tal cifra, pues a los elementos referidos a las características técnicas de las vacunas se le adjudican 25 puntos, a la calidad de la ejecución de otros contratos 20 puntos, y a las ofertas complementarias solamente 15 puntos. Es precisamente en la existencia de diferentes ofertas complementarias en lo que fundamentan los denunciados la existencia de competencia. Pero, por una parte, no se desprende que haya sido un elemento de trascendencia en la adjudicación de los concursos, pues solamente se hace mención a ellos en un año (1993). Al resolver el concurso correspondiente a esa anualidad se estiman las diferentes ofertas complementarias "por ser el precio de todos los oferentes idéntico". Sin embargo de la documentación correspondiente a ese año, no se desprende que algunos de los adjudicatarios hayan realizado tales ofertas. Ni los restantes años se ha hecho esa mención ni los otros elementos (características técnicas y precedentes de la actuación de los licitadores) han sido decisivos.

- 5.- Otros argumentos de los inculpadados deben ser igualmente rechazados. En primer lugar, aducir que para presumir la existencia de concertación sea necesaria la existencia de una Asociación empresarial significa extrapolar la doctrina de este Tribunal sobre la materia. Una cosa es que con ocasión de reuniones de asociaciones empresariales se pueda facilitar la concertación y otra muy diferente que sea necesaria una Asociación para concertar. Esto último no lo ha dicho nunca este Tribunal y no responde a la realidad.

Tampoco son válidos los argumentos basados en la doctrina de la Resolución de 5 de julio de 1996 (Tipos de interés Banco) relativa a una coincidencia en algún elemento que no supone concertación ya que, como se establece en la misma Resolución, no existe la simultaneidad de la coincidencia en la

elevación de tipos, sino que tiene lugar a lo largo de siete años, lo cual supone un ejemplo de paralelismo que no resulta sancionable porque unos competidores adoptan una medida similar a las de otros una vez que comprueban que el mercado acepta la medida.

- 6.- Por todo lo anteriormente expuesto, se puede concluir que, analizadas todas las razones aducidas para explicar la absoluta coincidencia en los precios, ninguna resulta convincente, por lo que se cumple también el tercero de los requisitos para poder aplicar la prueba de presunciones y, por ello, cabe concluir que el elemento de la concertación ha de considerarse como plenamente demostrado e igualmente resulta acreditado que en los concursos de los cuatro años a que se refiere el presente expediente han existido conductas colusorias tipificadas en el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia. La absoluta coincidencia de los precios en todos los concursos solamente puede explicarse por una previa concertación entre los licitadores y, por lo tanto, ha existido infracción en la concertación en cada uno de los concursos de los años 1992, 1993, 1994 y 1995 (primera convocatoria), sin que quepa considerar que haya existido infracción autónoma en la segunda convocatoria del año 1995, pues se realiza por el sistema de procedimiento negociado.

Cabe igualmente destacar que la infracción consiste en la concertación para presentarse al concurso, siendo indiferente a los efectos de constatar la vulneración del artículo 1.1.a) LDC que se haya producido o no la adjudicación, pues la infracción consiste en la adopción de un acuerdo que tiene como objeto la limitación de la competencia en precios, con independencia de cuál haya sido su resultado. Son, en consecuencia, autores de las respectivas infracciones quienes se presentaron ofertando precios concertados a cada uno de los concursos.

- 7.- Si bien, como ha recordado en innumerables ocasiones este Tribunal, la concertación horizontal de precios constituye una de las infracciones más graves de la Ley de Defensa de la Competencia, la gravedad es considerablemente mayor en el supuesto de concertación para ofertar los mismos precios en un concurso (bidrigging), ya que en este supuesto la sustitución de la competencia se realiza en un terreno en el que la afectación del interés público resulta especialmente relevante. Si una Administración pública convoca un concurso para obtener precios más bajos en los suministros, y esa finalidad es vetada por el acuerdo entre los concursantes, el interés público resulta dañado doblemente ya que, por un lado, se distorsiona el funcionamiento del mercado, al igual que en cualquier otra conducta colusoria y, por otro, se evita el ahorro público perseguido por la convocatoria del concurso, al impedir ofertas más bajas de las convenidas.

La gravedad de estas conductas, el hecho de que hayan sido reiteradas a lo largo de, al menos, cuatro años, la dimensión del mercado afectado que se extiende a toda la Comunidad Autónoma de Andalucía, que es la más poblada de España y la inexistencia de circunstancias atenuantes, obliga a la imposición de multas en cuantía que, sin superar el doble límite establecido en el artículo 10.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (150 millones con el posible incremento hasta el 10 por ciento del volumen de ventas), alcance al 0,50 por ciento de la cifra de negocios que es el dato que obra en el expediente de cada una de las empresas que concertaron los precios, por cada año en el que tuvo lugar la concertación. Con estas cifras resulta una cuantía de la multa proporcionada a la gravedad y duración de la conducta y a la dimensión de las empresas autoras de la infracción aun cuando aún se encuentre lejos de los límites establecidos en la LDC. Este porcentaje debe reducirse a la mitad en el caso del concurso de 1994 para el Instituto Berna, ya que consta en el expediente que después de presentar su oferta -y por lo tanto coludir- posteriormente se retiró del concurso, lo cual debe interpretarse como una circunstancia atenuante.

Así, a Laboratorios Nezel le corresponde una multa que asciende a 12.350.000 ptas. por cada uno de los tres concursos a los que licitó (1992, 1993 y 1994), en total 37.050.000 ptas.; a Rhône Poulenc-Rorer 3.600.000 ptas. por cada uno de los años que concursó (años 1992, 1993, 1994 y 1995), en total 14.400.000 ptas.; a Instituto Berna de España 7.350.000 ptas. por dos (concursos de los años 1992 y 1995) y 3.675.000 ptas. por el de 1994, en total 18.375.000 ptas.; a Sanofi-Winthrop 3.000.000 ptas. por cuatro, ya que licitó las cuatro anualidades, en total 12.000.000 ptas.; a Laboratorios Leti que concursó las cuatro anualidades, 6.700.000 ptas. por año, en total 26.800.000 ptas.; a Instituto Llorente, que sólo concursó en el año 1992, una multa de 1.050.000 ptas.; y, finalmente, a Evans Medical España, que concursó los años 1993, 1994 y 1995, 3.500.000 ptas. multiplicado por tres, en total 10.500.000 ptas.

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

HA RESUELTO

Primero.- Declarar que en el presente expediente resultan acreditadas las siguientes conductas prohibidas por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en la concertación de precios de las vacunas antigripales con las que se concurría a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud:

a) En el concurso 2028/92 Laboratorios Nezel S.A., Rhône Poulenc-Rorer S.A., Instituto Berna de España S.A., Laboratorios Leti S.A., Sanofi Winthrop S.A. e Instituto Llorente S.A. concertaron el precio de 400 ptas. por dosis.

b) En el concurso 2034/93 Laboratorios Nezel S.A., Rhône Poulenc-Rorer S.A., Laboratorios Leti S.A., Sanofi Winthrop S.A. y Evans Medical de España S.A. (antes Evans Biológicos S.A. y antes Llorente Evans S.A.) concertaron el precio de licitación de 389 ptas. por dosis.

c) En el concurso 2011/94 Laboratorios Nezel S.A., Rhône Poulenc-Rorer S.A. Instituto Berna de España S.A., Laboratorios Leti S.A., Sanofi Winthrop S.A. y Evans Medical de España S.A. concertaron la presentación al concurso al precio de 389 ptas. por dosis.

d) En el concurso 12010/95 Rhône Poulenc-Rorer S.A., Instituto Berna de España S.A., Laboratorios Leti S.A., Sanofi Winthrop S.A. y Evans Medical de España S.A. concertaron el precio de 462,7 ptas. por dosis.

Segundo.- Imponer las siguientes multas:

a) A Laboratorios Nezel S.A una multa de 37.050.000 ptas.

b) A Rhône Poulenc-Rorer una multa de 14.400.000 ptas.

c) A Instituto Berna de España una multa de 18.375.000 ptas.

d) A Sanofi-Winthrop una multa de 12.000.000 ptas.

e) A Laboratorios Leti una multa de 26.800.000 ptas.

f) A Instituto Llorente una multa de 1.050.000 ptas.

g) A Evans Medical España una multa de 10.500.000 ptas.

Tercero.- Intimar a los condenados a que cesen en las conductas que se han declarado prohibidas y a que se abstengan de realizarlas en lo sucesivo.

Cuarto.- Ordenar a los condenados la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos periódicos de máxima circulación, uno de ellos de ámbito nacional y el otro de Sevilla.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la citada Resolución agota la vía administrativa y, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo

el cual podrá interponerse, en su caso, ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar de la notificación de esta Resolución.