

**RESOLUCIÓN (Expt. R 614/04,
Terapias Respiratorias Domiciliarias 2)**

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Gonzalo Solana González, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Julio Pascual y Vicente, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Francisco Javier Huerta Tròlez, Vocal
D. Fernando Torremocha y García Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 31 de mayo de 2005.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso R 614/04 (2.134/00 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio, SDC), interpuesto por Contse S.A. contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 25 de mayo de 2004, de sobreseimiento del citado expediente originado por denuncia contra la Sociedad Española de Carburos Metálicos S.A. (en lo sucesivo, Carburos Metálicos) y Oximesa S.A. (en adelante, Oximesa), por presuntas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) consistentes en su concertación para presentar una oferta conjunta al Concurso de Terapias Domiciliarias Eolo 1999, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, que había sido convocado por el INSALUD.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escrito de 2 de marzo de 2000 las empresas Vivisol S.R.L. y Contse S.A. denunciaron ante el Servicio a Carburos Metálicos y Oximesa por infracción de los arts. 1 y 6 LDC al presentar una oferta conjunta y única para la totalidad de las áreas del Concurso Eolo 1999, que había sido convocado por el INSALUD el 15 de octubre de 1999 para el servicio de terapias respiratorias domiciliarias en la Comunidad de Madrid, en los ejercicios 2000 a 2003.

La denuncia se fundamenta en las supuestas prácticas de las dos empresas denunciadas que consiguieron la adjudicación del Concurso prevaleciéndose tanto de la imposibilidad de comparación entre ofertas individuales y la suya -que era la única por la totalidad de las áreas, lo que daba la máxima puntuación-, como de la posición conjunta de ambas en el mercado de la prestación de estas terapias a domicilio en la Comunidad de Madrid, lo cual, previsiblemente, podría hacerse extensivo en el futuro a otras regiones.

2. El 29 de octubre de 2001, tras la práctica de una información reservada, el Servicio acordó el archivo de las actuaciones consecuencia de la denuncia de las empresas Vivisol S.R.L. y Contse S.A.
3. El 20 de noviembre siguiente se presentó en el Tribunal recurso del representante legal de Vivisol y Contse contra el Acuerdo de archivo del Servicio.
4. Con fecha 20 de enero de 2003, el Tribunal resolvió lo siguiente:

Primero.- *Estimar parcialmente, en cuanto se refiere a la denuncia de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, el recurso interpuesto por VIVISOL S.R.L. y CONTSE S.A., contra el Acuerdo de 29 de octubre de 2001 del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia que archivaba las actuaciones seguidas por su denuncia contra CARBUROS METÁLICOS S.A. y OXIMESA S.A.*

Segundo.- *Interesar del SDC la incoación de expediente, llevando a cabo los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de las cuestiones que se expresan en los fundamentos de derecho quinto y séptimo.*

Tercero.- *Confirmar el Acuerdo de archivo en cuanto a la denuncia de infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.*

5. Mediante Providencia de 9 de junio de 2003, el Servicio incoó expediente contra las dos UTEs participantes en el Concurso, Carburos Metálicos S.A. -Oximesa, S.A. y Vivisol, S.R.L.- Contse, S.A. y procedió a recabar información a fin de poder delimitar claramente el objeto y los efectos sobre el mercado de los acuerdos alcanzados por ambas UTEs.

6. Tras la tramitación correspondiente, con fecha 25 de mayo de 2004 el Servicio acordó el sobreseimiento del expediente a las cuatro empresas investigadas fijando los siguientes hechos y dando las razones de su valoración final:

A. Hechos.

1.- Por Resolución de 15 de octubre de 1.999, el INSALUD, Dirección General de Atención Primaria y Especializada, convocó el Concurso Eolo 1999 en el que las Bases reunían entre otras las siguientes características:

- El objeto del contrato era la gestión del servicio público de las prestaciones de terapia respiratoria a domicilio.
- Los adjudicatarios prestarían dichas terapias bajo prescripción de los facultativos autorizados por el Instituto.
- El conjunto de terapias incluidas en el Concurso no era fraccionable y las ofertas debían garantizar la totalidad de las mismas.
- La modalidad de contratación, según las Bases del Concurso, era la de “Servicio integral a presupuesto fijo”, es decir, que por el precio cierto que se determinó en el Concurso, las empresas que resultaran adjudicatarias deberían prestar todos los servicios, a domicilio, referentes a las modalidades terapéuticas de: Oxigenoterapia crónica; Tratamiento ventilatorio del Síndrome de Apnea del Sueño; Ventilación Mecánica; Utilización de Monitor de Apnea; y Aerosolterapia.
- El plazo de ejecución del contrato se fijaba en cuatro anualidades, prorrogables por anualidades, hasta un máximo de seis en total.
- Los Criterios de Valoración de las ofertas distinguían entre “valoración técnica” y “valoración económica”, pudiendo alcanzar hasta un máximo de 140 puntos entre ambas.
- Las “Especificaciones Técnicas” se dividían en cuatro Bloques: “A. Equipo”; “B. Prestación del Servicio”; “C. Información al Paciente”; “D. Informe de Control de Prestaciones”; con una puntuación máxima para cada uno de ellos. A su vez, para cada uno de ellos se definían los “requisitos mínimos” y “las mejoras

en la oferta”. En el caso de estas últimas, los elementos de naturaleza fabril, industrial, de recursos humanos, de disponibilidad de equipos, en número y protocolos de actuación, debían estar obligatoriamente disponibles en el momento de presentación de la oferta; mientras que las características internas de los equipos y su funcionalidad podían ser ofertados con una disponibilidad del 75%, siempre que lo completaran en los cuatro meses siguientes al inicio de vigencia del contrato.

- En las ofertas económicas, la puntuación de las mismas se obtenía sumando 2 puntos (o fracción proporcional) por cada punto porcentual de reducción ofertada con respecto al presupuesto máximo establecido, hasta un máximo de 40 puntos (es decir, con un límite máximo de bajada del 20% sobre el presupuesto).
- En la valoración final de la oferta, la puntuación total se obtenía sumando la puntuación técnica obtenida por la empresa (hasta un máximo de 100 puntos) y la valoración económica obtenida por la oferta (hasta un máximo de 40 puntos); el resultado se multiplicaba por el coeficiente, expresado en tanto por uno, con que participaba cada presupuesto por área (o sumas de presupuestos para ofertas conjuntas) en el presupuesto total del concurso. Este sistema implicaba que ofertas con la misma puntuación técnica y económica obtuvieran una mayor valoración final según se realizaran por mayor número de áreas o la totalidad de las mismas.
- Las Bases establecían el presupuesto máximo de licitación para cada una de las áreas objeto del concurso.
- En el supuesto de ofertas conjuntas sobre varias áreas, el presupuesto máximo de licitación era igual a la suma de los presupuestos máximos individuales de cada área incluida en la oferta.
- El precio ofertado era global para el conjunto de los tratamientos necesarios y comprendía la totalidad de los gastos y costes de gestión de las prestaciones.
- Podían presentarse UTEs, ahora bien, no podían presentarse ofertas en unión con otros si lo habían hecho individualmente.

- En caso de empate, las Bases establecían que recayera la propuesta sobre la oferta que alcanzara mayor puntuación técnica y en caso de que persistiera el empate, la elección recaería sobre la empresa que viniera gestionando con anterioridad el servicio mayoritariamente, en las áreas en cuestión.
- 2.- Al Concurso se presentaron cuatro empresas individualmente, Abelló Linde, S.A., Oxigemsa, Gasmedi 2.000, S.A., Air Liquide S.L.U., así como dos Uniones Temporales de Empresas: Carburos Metálicos S.A. -Oximesa, S.A. y Vivisol, S.R.L.- Contse, S.A. con diferentes ofertas.
- 3.- Todas ellas, a excepción de Air Liquide S.L.U. y la UTE Carburos Metálicos-Oximesa, presentaron ofertas individuales: Abelló Linde S.A. y Oxigemsa formularon ofertas individuales a cada una de las 11 áreas convocadas, mientras que el resto de las empresas lo hizo a diferentes áreas.
- 4.- En cuanto a las ofertas conjuntas, la empresa que menos ofertas presentó fue Gasmedi 2000 S.A. con una única oferta a dos áreas mientras que los denunciante, la UTE Vivisol S.R.L.-Contse S.A., formuló 14 ofertas conjuntas, cada una de ellas a 4/5 áreas, y Air Liquide Medicinal S.L.U. presentó tres ofertas, de las cuales una de ellas comprendía 8 de las 11 áreas convocadas. La UTE Carburos Metálicos-Oximesa presentó una única oferta conjunta a todas las áreas.
- 5.- En la valoración de las propuestas, la UTE denunciante obtuvo 132,8 de los 140 puntos que constituía la puntuación máxima, obteniendo dicha puntuación (140) la UTE ganadora Carburos-Oximesa. La segunda oferta, en virtud de la aplicación del coeficiente de ponderación por áreas, fue la presentada por Abelló Linde a la totalidad de las 11 áreas.

B. Valoración.

En el presente expediente hay que tener en cuenta que el poder de la oferta se halla claramente contrarrestado por la demanda, concentrada en exclusiva por la Administración sanitaria.

Bajo estas premisas, la posibilidad de que acuerdos entre operadores, susceptibles de concentrar poder de mercado, pueda producir efectos negativos en el mercado es escasa, al actuar la

demanda como elemento limitador de los supuestos abusos que dicha concentración de poder pueda pretender causar.

Es la propia Administración -demanda- la que se encarga de organizar la prestación de los servicios, determinando las condiciones en que quiere que se presten y el precio que está dispuesta a pagar por ellos. En este ejercicio de determinación de las condiciones de prestación de los servicios, la Administración garantiza suficientemente el cumplimiento de los principios de interés público, sin que sea necesario ni oportuno que la Autoridad de competencia, deba poner en tela de juicio dicha forma de proceder.

La capacidad técnica y económica de los operadores presentes en el mercado en cuestión permitía a todos ellos formular propuestas individualmente. De esta manera, la constitución de UTEs se convierte en una estrategia comercial para hacer viable una oferta con posibilidades de éxito.

Ello es todavía más evidente si, como es el presente caso, la competencia no se ha restringido, dado que se han realizado ofertas diferentes por parte de empresas diferentes, existiendo por tanto diversidad de ofertas que permiten a la Administración licitante elegir, de entre las anteriores, aquélla que mejor responde a lo demandado por la propia Administración.

No es por tanto éste un caso en el que los distintos oferentes se ponen de acuerdo para no competir con el objeto de presionar al monopsonista -en este caso la Administración- con el fin de conseguir una modificación de las condiciones del concurso (elevación del precio u otros cambios en las condiciones de prestación). Tampoco en este caso se aduce un acuerdo entre los competidores tendente a repartirse el concurso entre ellos, consiguiendo con ello una parte del pastel a precios más beneficiosos, y perjudiciales para la Administración y el interés público.

En el presente expediente, el acuerdo denunciado únicamente pretende cumplir, de la forma más ajustada posible, los criterios fijados por la Administración para ganar el concurso y nada puede haber de reprochable en dicho comportamiento, dado que es el propio diseño del concurso –acto administrativo- el que incentiva dicha manera de proceder, que de considerar contrario a la normativa vigente deberá ser impugnado ante las instancias

correspondientes, y no a la Autoridad de competencia.

7. El 11 de junio de 2004 tuvo entrada en el Tribunal escrito de Contse, del mismo día, por el que interponía recurso contra el mencionado Acuerdo de sobreseimiento del Servicio de 25 de mayo del mismo año, recurso por el que solicita que se deje sin efecto el Acuerdo impugnado y se ordene al Servicio la continuación de la tramitación del expediente sancionador en lo referente a las dos empresas denunciadas, formulando el pliego de concreción de hechos, dado que, en síntesis, el Acuerdo impugnado es contrario a Derecho por no haber valorado el Servicio adecuadamente la información recabada en la instrucción, cuando lo procedente hubiera sido proponer al Tribunal la declaración de infracción del art. 1.1 LDC por parte de las denunciadas, ni haber tenido suficientemente en cuenta su Resolución de 30 de enero de 2003, así como el Apartado 24 de las Directrices de la Comisión Europea sobre los Acuerdos Horizontales que señalan que *“los acuerdos de cooperación entre empresas competidoras incapaces de llevar a cabo por separado el proyecto o la actividad contemplada en el acuerdo de cooperación, por su propia naturaleza no entran en el ámbito de aplicación del artículo 81.1 CE, «salvo cuando los participantes sean empresas con considerable poder de mercado o cuando la cooperación pueda dar lugar a problemas de exclusión de acceso a terceros»”*.
8. El Servicio, en su Informe al Tribunal de fecha 16 de junio de 2004, entiende que procede desestimar el recurso porque sus razones no desvirtúan el contenido del Acuerdo de sobreseimiento. La autoridad convocante del Concurso conocía que se trataba de un mercado oligopolístico, que se favorecían las ofertas de mayor dimensión y que se determinaban las condiciones y precios de prestación del servicio con criterios públicos y objetivos que garantizaban el interés público, dejando a las empresas -individualmente o agrupadas- presentar sus estrategias que serían valoradas de acuerdo con las Bases del Concurso.

Por otra parte, señala que dio cumplimiento a lo interesado por el Tribunal en su Resolución de 30 de enero de 2003, llevando a cabo los actos de instrucción para esclarecer los posibles efectos anticompetitivos de las UTEs y si las empresas partícipes tenían capacidad para prestar individualmente el servicio demandado, todo lo cual valoró jurídicamente.

Por último, frente a la afirmación que el recurrente atribuye al Servicio, según la cual, la actuación del INSALUD debería haber sido impugnada

ante las instancias correspondientes, el Servicio pone de manifiesto que el objeto del procedimiento era la posible infracción de la LDC por los concursantes, sin que en ningún momento se haya cuestionado la actuación del citado Instituto, tanto en las Bases del Concurso como en su resolución.

9. Con fecha 23 de julio de 2004 presentó alegaciones la empresa recurrente, Contse, señalando, en primer lugar, que el Servicio no debió acordar el sobreseimiento del expediente pues *“el mero hecho de que los dos principales operadores en el mercado español de terapias respiratorias domiciliarias, que constituyen asimismo los dos principales operadores en el mercado conexo de producción de gases, acuerden presentar a un concurso público una oferta que ningún competidor podía igualar, supone un indicio significativo de la existencia de prácticas contrarias a la competencia”*.

Por otra parte, añade que, si bien el Servicio ha estimado que los hechos analizados no constituyen prácticas prohibidas por la LDC, también es cierto que en su Informe admite expresamente la posibilidad de que el Tribunal no comparta esta opinión y proceda a efectuar otra valoración jurídica de los hechos.

10. Con la misma fecha de 23 de julio de 2004 tuvo entrada en el Tribunal el escrito de alegaciones de Oximesa en el que comienza manifestando su total conformidad con los términos y conclusiones del Acuerdo de sobreseimiento, así como lo expuesto por el Servicio en su Informe sobre el recurso, por lo que entiende que procede desestimarlos.

En resumen, alega que la exclusión de competidores del mercado no es consecuencia de una oferta concreta realizada por Carbueros y Oximesa sino que, en realidad, es una consecuencia inherente al sistema de concurso y licitación por el que se adjudica a un operador privado este servicio público. Esta es una realidad perfectamente conocida en el Derecho de la competencia, pues en los *“bidding markets”* se compite por el mercado y no en el mercado.

11. Con fecha 5 de agosto de 2004 tuvo entrada en el Tribunal el escrito de alegaciones de Carbueros Metálicos, que había sido certificado el 26 de julio en la sucursal 32 de Correos y Telégrafos de Barcelona, por el que solicita se rechace el presente recurso en base a los seis hechos que más adelante se resumirán.
12. El Tribunal deliberó y falló el presente expediente en su sesión plenaria de 18 de mayo de 2005.

13. Son interesados:

- Contse S.A.
- Sociedad Española de Carburos Metálicos S.A.
- Oximesa S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Corresponde resolver en este recurso si el Servicio analizó de forma suficiente y acertada en Derecho, al dictar el Acuerdo de sobreseimiento -según el cual no existe infracción del art. 1 LDC- lo interesado por el Tribunal, en su Resolución de 20 de enero de 2003, cuando estimó parcialmente, en lo referente a la denuncia por infringir el art. 1 LDC, un primer Acuerdo por el que el Servicio archivó las actuaciones seguidas por la denuncia de la ahora recurrente, Contse, y Vivisol contra las mercantiles Carburos Metálicos y Oximesa.

En efecto, el Acuerdo de archivo fue recurrido por los denunciados quienes, entre otros argumentos, alegaban ya que, la formulación, por parte de la UTE denunciada, de una única oferta conjunta a la totalidad de las áreas del Concurso Eolo 1999, tenía por objetivo expulsar del mercado a los competidores y proceder a un reparto del mercado entre las empresas denunciadas, constituyentes de la citada UTE.

El TDC, en el Fundamento de Derecho 7 de su citada Resolución del recurso, de 20 de enero de 2003, hizo la siguiente valoración:

En definitiva, considera el Tribunal que los acuerdos entre competidores, previos a la presentación de ofertas a un concurso público, pueden infringir el artículo 1 LDC, por su objeto o por sus efectos, y únicamente pueden ser autorizados por el TDC si se dan los requisitos exigidos por el artículo 3 LDC. Sólo cuando las empresas concertadas carecieran de la capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual, podría establecerse que no hay afectación de la competencia.

Procede, en consecuencia, estimar parcialmente el recurso con objeto de que el Servicio, mediante el expediente que incoe al efecto, pueda examinar si cada una de las empresas, denunciadas y denunciadas, que se concertaron para presentar ofertas al Concurso de Terapias Domiciliarias en el ámbito de la Comunidad de Madrid

convocado por el INSALUD por Resolución de 15 de octubre de 1999 (Expediente Eolo 1999), disponían, según su historial anterior al concurso, de su cuota de mercado y su capacidad técnica y económica, de los medios suficientes para acudir por separado a la licitación, imputando, en su caso, la restricción de la competencia que supone la concertación entre competidores previa a la presentación de ofertas en un concurso público.

No obstante, estimó el Tribunal, en la citada Resolución, que carecían de fundamento los argumentos referidos a un presunto abuso de posición de dominio, por lo que decidió confirmar el Acuerdo de Archivo de la denuncia a este respecto.

2. El Servicio consideró relevantes para resolver el expediente interesado por el Tribunal los hechos que se recogen en el Apartado A del Antecedente de Hecho 6 de esta Resolución y que se refieren a las Bases del Concurso Eolo 1999, a las empresas que se presentaron tanto individualmente (cuatro) como en forma de UTE (una constituida por las denunciadas y otra por las denunciadas), a las ofertas que realizaron y a las puntuaciones obtenidas por las empresas que alcanzaron los primeros lugares en la resolución del Concurso.
3. Las alegaciones de Contse se centran en que por la Resolución de 20 de enero de 2003 el Tribunal interesó del Servicio esclarecer, fundamentalmente, si las empresas que se unían en UTE tenían suficiente poder de mercado y si el número de competidores potenciales era reducido, así como la capacidad de cada una de las empresas partícipes en los acuerdos para alcanzar individualmente el objeto de la licitación.

En este sentido, alega Contse que el Servicio llegó a la conclusión de que las denunciadas disponen de un elevado poder de mercado, que el número de competidores es sumamente reducido, que todos los operadores presentes tenían la capacidad de alcanzar, de manera individual, el objeto de la licitación, pero que, dado que el INSALUD primaba las ofertas al mayor número posible de áreas, *“los operadores individualmente considerados tenían serias dificultades para ofertar con éxito y poner a disposición del INSALUD los equipos y servicios requeridos, en el tiempo establecido, sin que a la vez a la empresa no le supusiera una inversión de dudosa rentabilidad”*.

En relación con las razones que motivaron la constitución de la UTE entre las denunciadas, añade Contse que, según el Servicio, era sencillamente una estrategia comercial para hacer viable una oferta con

posibilidades de éxito.

Sin embargo, para Contse, de la información recabada por el Servicio no se deduce que la estrategia utilizada por estas empresas fuera realmente indispensable para poder ofertar con éxito lo requerido por el INSALUD, resultándoles, además, el concurso rentable económicamente.

Por el contrario, alega Contse que *“del expediente se desprende que la verdadera intención de Carbueros Metálicos y Oximesa era presentar una oferta que ningún concursante pudiera igualar y que supusiera la expulsión de sus competidores del mercado, con el consiguiente reparto posterior de mercados”*.

Esta estrategia constituía una fórmula para presionar al INSALUD obligándole a elegir entre la oferta, única y excluyente, presentada por los dos operadores principales del mercado, y el resto de ofertas de las demás entidades licitadoras.

Las razones exactas que explican la estrategia adoptada por las empresas denunciadas se evidencian explícitamente del Memorando interno facilitado por Oximesa, que figura como Anexo nº 2 a su escrito de respuesta al requerimiento de información del Servicio.

Se trata de un Memorando enviado en noviembre de 1999 por el Director de la Asesoría Jurídica de la empresa matriz de Oximesa, Praxair Producción España S.L., al Director de la Asesoría Jurídica del grupo Praxair (este documento no fue considerado confidencial por el Servicio de Defensa de la Competencia [folio 666 del expediente] pese a que así lo solicitó Oximesa. Ello explica que esta parte haya tenido acceso al mismo).

Pues bien, en dicho documento, el abogado interno de Oximesa afirma lo siguiente:

- *En primer lugar, señala que “para presentar una oferta ganadora, Oximesa debe presentar una oferta conjunta a la totalidad, reduciendo los precios hasta el límite y ofreciendo las condiciones técnicas para todas las áreas, lo que excluiría cualquier otra oferta, conjunta o individual”. (Traducción propia).*
- *Posteriormente, tras eludir a la posibilidad de presentarse en UTE con otra empresa, indica que si Oximesa realiza dicha oferta con Carbueros Metálicos (en el texto original “AP”, es*

decir, Air Products, matriz de Carburos Metálicos), “seguramente (sic) presentaremos una oferta ganadora que nadie podrá igualar”. (Traducción propia). A continuación señala que, adicionalmente, ésta es la única manera (por limitaciones de tiempo) de presentar una oferta conjunta a la totalidad, objetivo perseguido por las autoridades sanitarias, en su opinión.

De lo que antecede se deduce que, desde un principio, Oximesa quería presentar una única oferta conjunta a la totalidad, lo que excluiría cualquier otra oferta. Si además realizaba esta oferta con Carburos Metálicos, se trataría claramente de una oferta ganadora, que no podría ser superada por ninguna otra oferta presentada por el resto de entidades licitantes.

Por otra parte, añade Contse que tanto Carburos Metálicos como Oximesa se amparan en determinadas características del Concurso para justificar su constitución en UTE y la presentación de una oferta conjunta a la totalidad de zonas del Concurso Eolo.

Concretamente, indica Contse que la inversión adicional de 7 millones de euros, conjuntamente con la compra de vehículos especiales y el incremento de personal especializado y administrativo, que alega Carburos Metálicos, no parece una inversión desmesurada para la primera empresa del sector en España, con una cuota en el mercado español de terapias respiratorias a domicilio del 43%, que tuvo en el año 2002 una facturación anual de 324 millones de euros y que, además, forma parte del importante grupo Air Products.

De hecho, Abelló Linde presentó ofertas individuales a la totalidad de las áreas, lo que implica que lógicamente estaba dispuesta a invertir en los equipos técnicos y personal necesario para prestar los servicios en las once áreas. No se alcanza a comprender, en opinión del recurrente, cómo esta empresa de menor tamaño, con una cuota de mercado del 2%, sí podía realizar estas inversiones y, por el contrario, Carburos Metálicos afirma no poder asumir tales riesgos.

En cuanto a las alegaciones de Oximesa, señala Contse que el acuerdo con Carburos Metálicos ha permitido a Oximesa no sólo mantener su presencia en la Comunidad Autónoma de Madrid, sino también incrementarla sustancialmente (de un 17% de cuota, ha pasado a un 40%), todo ello a cambio de no presentar una oferta que pudiera competir con la que eventualmente propusiera Carburos Metálicos logrando, a la vez, la eliminación del resto de concursantes.

Por otra parte, al justificar los beneficios de la constitución de la UTE, Oximesa se refiere a las importantes economías de escala alcanzadas. Al respecto, afirma Contse que no es cierto que se sumaran las capacidades y los recursos de ambas empresas, sino que simplemente cada una ofertó los equipos técnicos correspondientes a las zonas que le correspondían a cada una, según el reparto efectuado. Así, Carburos Metálicos se reservó las áreas 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 8 y Oximesa las áreas 7, 9, 10 y 11. Fácilmente se comprueba que básicamente se respetaron las áreas en las que cada una estaba presente antes del concurso (por ejemplo, Carburos ya prestaba los servicios en las áreas 1, 2, 4, 5 y 8, y Oximesa, en las áreas 7 y 11) y el resto de zonas se las repartieron.

Para Contse, la estrategia comercial utilizada por las empresas denunciadas no constituye en absoluto una estrategia para hacer viable una oferta exitosa, sino que su única finalidad es la obtención del concurso, concluyendo un acuerdo en función de las condiciones del mismo, con el objetivo de expulsar a sus competidores, como efectivamente ocurrió.

En cuanto a la garantía de suministro de oxígeno, afirma Contse, en síntesis, que los criterios exigidos los cumplían ambas denunciadas de forma individual y que basta citar que Carburos Metálicos cuenta con 17 plantas de producción en España.

En consecuencia, concluye Contse que las empresas denunciadas habrían podido formular todo tipo de ofertas e, incluso, habrían podido acudir por separado presentando ofertas por el 60% y 40% del concurso, respectivamente. Ahora bien, es evidente que acudiendo en UTE y con la presentación de una oferta conjunta a la totalidad, tenían la certeza absoluta de resultar adjudicatarios, como de hecho ocurrió. Se trata de un acuerdo entre empresas cuyo objeto consiste única y exclusivamente en eliminar la competencia recíproca entre ambas, excluir al resto de ofertas y asegurarse así la adjudicación del concurso y la prestación de los servicios durante un plazo sumamente extenso de cinco/seis años.

4. A.- En cuanto a las denunciadas, las alegaciones de Oximesa se resumen en lo siguiente:

En el fondo, Contse no critica con verdadera convicción que se hiciera una oferta *“al estilo del «todo o nada»*”. La posibilidad de presentar este tipo de ofertas no es verdaderamente achacable a Oximesa o a Carburos. Es una posibilidad que estableció el propio

INSALUD, otorgándole, además, la ventaja de ser la opción que posibilitaba obtener la más alta puntuación. Oximesa se limitó a elegir la opción más competitiva de las que ofrecía el INSALUD, mientras que Contse se equivocó al formular una oferta menos competitiva, lo cual, unido a los errores en su autovaloración de la oferta (que provocaron que la Mesa de Contratación redujera su puntuación de 100 a 92,8) acabaron determinando que su oferta resultara la tercera en el Concurso Eolo, por detrás de Abelló y la UTE Carburos-Oximesa.

A mayor abundamiento, si como dice el recurrente, la UTE Carburos-Oximesa no debía presentar una oferta por la totalidad de las áreas, ¿por cuántas áreas debía haber realizado su oferta? ¿Cuál hubiera sido, según el recurrente, el número apropiado de áreas por las que cabía realizar una oferta sin que ello supusiera una restricción de la competencia?.

Cada participante en un concurso o licitación debe decidir cuál es, con arreglo a sus posibilidades y recursos, la estrategia más competitiva y la mejor forma de realizar una oferta con vistas a alcanzar el objetivo lógico y legítimo de resultar adjudicatario del concurso. Por ello, no puede resultar más chocante que el recurrente critique que la UTE Carburos-Oximesa *“no ha utilizado de igual forma los criterios del concurso”* que sus competidores (página 12 de su recurso). La competencia consiste justamente en lo contrario, en que cada licitador elija su propia estrategia para realizar la oferta más competitiva.

Oximesa (al igual que Carburos) examinó las condiciones del Concurso Eolo. Hizo sus cálculos y optó, entre las opciones ofrecidas por el INSALUD, por formar una UTE y realizar una oferta por la totalidad de las áreas. Los resultados del concurso avalaron su estrategia, al obtener su oferta la máxima puntuación posible. Esto venía a certificar, igualmente, que la oferta de Carburos y Oximesa era la que mejores condiciones de servicio ofrecía a los pacientes del INSALUD. En resumen, la estrategia empresarial de Carburos y Oximesa fue la más competitiva y, en consecuencia, la más acorde con la finalidad de la LDC.

En fin, no puede dejar de señalarse que no existe un solo precedente en el que se haya condenado a una asociación de empresas, como en el caso de Carburos y Oximesa, que presentara una oferta:

- con el precio más bajo posible;
- con las mejores características técnicas a juicio de la entidad organizadora (en este caso, ofreciendo las mayores garantías para un servicio continuado y de calidad a los pacientes del INSALUD);
y
- que hubiera hecho uso de las posibilidades que ofrecía el concurso, optando por la oferta que más puntuación podía ofrecer.

Para Oximesa, esto resulta ciertamente lógico, pues no parece razonable sancionar a dos empresas por realizar la oferta más competitiva.

B.- Por su parte, Carburos Metálicos formula sus alegaciones solicitando que se rechace el recurso en base a los hechos que seguidamente se resumen:

1º.- El recurso que formula Contse es una reiteración obsesiva de todo cuanto ha venido exponiendo la misma en el trámite del expediente administrativo ante el Servicio, cuando la posibilidad de presentar una oferta global no estaba prohibida sino abierta a todas las empresas. Si no lo hizo, es porque no le interesaba, aunque capacidad tenía sobrada dado que tiene de socio a Air Liquide.

2º.- La recurrente Contse ha venido utilizando la constitución en UTE para presentarse a los concursos de los diferentes servicios nacionales de salud que son los máximos demandantes de gases medicinales en España, por lo que no está justificado que desprestigie las UTEs. La propia con Oximesa fue notificada al Servicio, del que se solicitó autorización, cosa que no hicieron los denunciantes.

3º.- Razones para presentar sólo una oferta a varias áreas.

Según los Criterios de valoración del Pliego del Concurso, Carburos Metálicos, obteniendo la máxima puntuación, únicamente podría asegurarse la adjudicación de las áreas 1 y 8, perdiendo, por tanto, su participación en las 2, 4 y 5, con el agravante de la bajada del precio. Tampoco era seguro ofrecer conjuntamente a las áreas 1, 2, 3, 4 y 8, ya que la competencia podría hacer lo mismo. Además, había que captar a una compañía para romper la posibilidad de UTE del

resto de las empresas.

También había otras razones económicas y logísticas para proceder de la manera que se hizo como son: el contrato a presupuesto fijo con alto nivel de riesgo que había que controlar dados el largo plazo de vigencia y el ámbito geográfico amplio y de crecimiento de pacientes que, además, hacen desplazamientos estivales a la Sierra de Madrid que producen importantes cambios en las rutas.

4º.- Razones para acudir al Concurso en UTE, que se manifestaron al Servicio, como tener que disponer de todos los elementos materiales y formales en un mes desde la adjudicación, adiestramiento del personal y evitar un parque sobredimensionado al fin del contrato.

5º.- La recurrente, Contse, no es una empresa pequeña al estar participada en un 45% por Air Liquide y, además, quien realmente controla el mercado es la Autoridad Sanitaria competente.

6º.- Ninguno de los pleitos interpuestos por Contse contra el INSALUD ha prosperado hasta la fecha, aunque la Audiencia Nacional está pendiente de decisión de la cuestión prejudicial planteada y si existiera una decisión de demandar al Gobierno español, ello no afecta a la actuación de las denunciadas.

5. Una vez expuestas las posiciones de las partes, el Tribunal ha de comenzar señalando que además de los hechos fijados por el Servicio en su Acuerdo de sobreseimiento entiende que existen otros significativos de las conductas que investigó, siguiendo lo interesado por el Tribunal en su Resolución del primer recurso, que deben añadirse para el mejor análisis de la cuestión a resolver, aunque su consideración no resulte imprescindible para este expediente sino para iniciar otros sobre el incumplimiento de la autorización del TDC a Carburos Metálicos en el año 1997 que más adelante se precisará. Estos hechos se refieren a las razones que motivaron la constitución de la UTE denunciada (folios 622 a 633), así como la correspondencia al respecto entre Oximesa y la matriz americana, el Grupo Praxair (folios 657 y 658), y la Resolución del Tribunal de 30 de octubre de 1997, que prohibía la coordinación comercial de las dos denunciadas.

En efecto, según relata Oximesa, dicha empresa optó por iniciar estos contactos con Carburos Metálicos por ser el socio que consideró

idóneo para el proyecto de presentarse al Concurso Eolo 1999. Además, Praxair España (matriz de Oximesa) y Carburos Metálicos comparten otros proyectos industriales, entre los que destaca el Convenio para la producción en común de gases industriales que fue notificado al Servicio en 1996 y autorizado por el Tribunal por un período de diez años mediante Resolución de 30 de octubre de 1997.

Los contactos iniciales de cara al Concurso se mantuvieron entre los abogados de ambas empresas, que acordaron también que se informaría al Servicio de la presentación de la oferta conjunta, tal y como finalmente se hizo en diciembre de 1999.

En lo referente a la Resolución del Tribunal de 30 de octubre de 1997, entiende el mismo que no debió, en modo alguno, omitirse en la información al Servicio en los años 1999 y 2003 la decisiva condición a la que se sometió tal autorización de producción en común de oxígeno entre competidores, en cuyo punto tercero de su parte dispositiva acordó el Tribunal lo siguiente respecto de las mercantiles Carburos Metálicos, Praxair España y Air Liquide España, condición que resulta crucial para comprender cabalmente todo lo sucedido en este asunto:

*Encargar al Servicio de Defensa de la Competencia que vigile **la independencia de las políticas comerciales** de las tres empresas signatarias del Convenio y la ejecución y cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución, así como que proceda a inscribir el Convenio autorizado en la Sección A del Registro de Defensa de la Competencia.” (Énfasis actual del Tribunal).*

Y sobre el hecho relativo a la notificación al Servicio de la presentación de la oferta conjunta, en diciembre de 1999, también hubiera sido pertinente que Praxair España informara de la transcrita condición impuesta por el Tribunal a la Asesoría Jurídica del Grupo Praxair en Estados Unidos pues, aún sin mencionarla, esta Asesoría Jurídica, sin duda preocupada por la posible ilegalidad, preguntó lo siguiente respecto de la oferta conjunta:

Under what circumstances are conversations taking place with competitors about joint supply offers to customers? What safeguards are in place to ensure that no unlawful topics are being discussed? (en inglés en folio 657). En español: ¿Bajo qué circunstancias están teniendo lugar las conversaciones con competidores sobre ofertas conjuntas a clientes? ¿Qué garantías se están tomando para asegurar que no se discuten temas ilegales? (traducción del Tribunal).

Preguntas, sin duda, relevantes a las que contestó Praxair España, de forma no menos relevante, con el escrito en inglés que figura en los folios 657 y 658 del expediente en cuyo último punto se dice:

If we make such offer under such scope with AP we will surely submit a winning offer that cannot be beaten by others. Additionally it is the only way (for time reasons as explained above) to make just one complete offer for the whole which seems to be what the Health Authorities seem to be looking for; because such an offer includes a grant of two of the most important suppliers in the market. En español: **Si hacemos tal oferta de ámbito global con Air Products presentaremos sin duda una oferta ganadora imbatible por los otros.** Adicionalmente la única manera (por razones de tiempo como se explica más arriba) es hacer sólo una oferta completa por la totalidad que parece ser lo que las Autoridades Sanitarias están buscando; porque tal oferta incluye la garantía de dos de los más importantes suministradores en el mercado (traducción y énfasis del Tribunal).

Por todo lo que antecede, en otro expediente el Tribunal analizará si las condiciones a las que se supeditó la autorización singular concedida mediante la Resolución de 30 de octubre de 1997 se han incumplido y, en su caso, si deben emprenderse las actuaciones pertinentes.

6. Por lo que se refiere al asunto analizado en este expediente de recurso, hay que indicar que los motivos que el Servicio ha valorado para acordar el sobreseimiento y para informar al Tribunal sobre el recurso proponiendo su desestimación, así como las líneas argumentales expuestas por el recurrente y por las denunciadas han sido consignadas en los anteriores Antecedentes y, concretamente, figuran resumidas en los Antecedentes de Hecho 6 y 8, para el Servicio, en el Fundamento de Derecho 3, las del recurrente, y en el 4 las alegaciones de las denunciadas.

La cuestión que se discute no es, fundamentalmente, de tipo fáctico sino de valoración de las prácticas denunciadas ante la prohibición de las conductas colusorias del art. 1 LDC.

En primer lugar, el Tribunal comparte la valoración que hace el Servicio en el Acuerdo que se recurre. Si bien el Servicio reconoce que la capacidad técnica y económica de los operadores en el mercado en cuestión les permitía a todos ellos formular ofertas individualmente -que era un criterio fundamental tanto para el Tribunal al estimar el recurso anterior, como para las Directrices de la Comisión Europea, consistente en que la cooperación entre competidores sólo es válida si no son

capaces de abarcar el proyecto por separado-, el Tribunal entiende que es acertada la conclusión del Servicio de que el acuerdo denunciado, al pretender únicamente cumplir los criterios fijados por el INSALUD, no tiene nada que objetar, pues fue el diseño del Concurso lo que incentivó la mayor valoración de la oferta completa a la totalidad de las zonas mediante la constitución de la UTE que resultó ganadora, con lo cual operando de forma individual era difícil ofertar con éxito.

El Tribunal aprecia, así, que la presentación de la oferta conjunta denunciada no tenía por objeto restringir la competencia que, de hecho, no se prueba que se restringió (hubo diversidad de ofertas realizadas por empresas diferentes), como afirma el Servicio al señalar en su valoración que *“el acuerdo denunciado únicamente pretende cumplir, de la forma más ajustada posible, los criterios fijados por la Administración para ganar el Concurso y nada puede haber de reprochable en dicho comportamiento, dado que es el propio diseño del Concurso -acto administrativo- el que incentiva dicha manera de proceder...”*

Esta misma argumentación es reiterada por el Servicio en su Informe al Tribunal sobre el recurso, por lo que entiende aquél que procede desestimarlos.

7. Alega el recurrente en relación con lo consignado en el Fundamento de Derecho 5 sobre las antes citadas consultas de Oximesa con su empresa matriz en Estados Unidos en idioma inglés que, desde un principio, era patente la intención de Oximesa de presentar con el socio idóneo, Carbueros Metálicos, una única oferta conjunta a la totalidad de las zonas del Concurso, lo que excluiría cualquier otra oferta por la importancia de ambas empresas.

El Tribunal entiende con el Servicio que en este caso no hubo acuerdo entre los competidores para no competir ni para repartirse el Concurso con mayor beneficio, sino que las denunciadas se atuvieron a cumplir los criterios fijados para ganar el mismo, y concretamente, el coeficiente de ponderación por ofertar a la totalidad de las áreas, ya que el INSALUD cifró la estrategia de éxito en hacer una oferta al mayor número posible de áreas y en las mejores condiciones posibles gracias a la complementariedad de la capacidad operativa que se buscaba. Por lo tanto, la posibilidad de hacer proposiciones por UTEs al Concurso era un instrumento válido para hacer viables unas determinadas ofertas que beneficiaran a los interesados, siendo, además, la estrategia utilizada por las denunciadas accesible al resto de las empresas concurrentes.

8. En consecuencia con cuanto antecede y siendo la UTE un instrumento válido para hacer viables ofertas que eran posibles y lícitas para el INSALUD, no habiéndose demostrado que existieran medios menos restrictivos para ventajas comparables, corresponde declarar que no cabe considerar la conducta denunciada como una práctica restrictiva ni falseadora de la competencia, tipificada en el art. 1 LDC, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto por la empresa Contse y confirmar el Acuerdo de sobreseimiento del expediente por el Servicio, de fecha 25 de mayo de 2004, por ser acertado en Derecho.

Sin embargo, lo que el Tribunal no comparte es la siguiente afirmación del Servicio que hace en la valoración final de su Acuerdo: *“Es la propia Administración -demanda- la que se encarga de organizar la prestación de los servicios, determinando las condiciones en que quiere que se presten y el precio que está dispuesta a pagar por ellos. En este ejercicio de determinación de las condiciones de prestación de los servicios, la Administración garantiza suficientemente el cumplimiento de los principios de interés público, sin que sea necesario ni oportuno que la Autoridad de competencia, deba poner en tela de juicio dicha forma de proceder”*.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal, por mayoría, con el voto en contra de los Vocales Sres. Castañeda Boniche, Comenge Puig y Conde Fernández-Oliva, que formulan voto particular discrepante,

HA RESUELTO

- Único.-** Desestimar el recurso interpuesto por Contse S.A. contra el Acuerdo adoptado por la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 25 de mayo de 2004, de sobreseimiento del expediente tramitado con origen en la denuncia presentada por Contse S.A. y Vivisol S.R.L. contra las entidades Sociedad Española de Carburos Metálicos S.A. y Oximesa S.A.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al recurrente y a las denunciadas, 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 contados desde su notificación.

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULAN LOS VOCALES
SRES. CASTAÑEDA BONICHE, COMENGE PUIG Y CONDE
FERNÁNDEZ-OLIVA A LA RESOLUCIÓN DEL EXPTE. R 614/04,
TERAPIAS RESPIRATORIAS 2.**

Lamentamos discrepar, por razones de procedimiento y de fondo, de la Resolución de la mayoría del Tribunal que desestima el recurso contra el Acuerdo de sobreseimiento del citado expediente, fundamentalmente, porque entendemos que la mayoría valora de forma errónea los elementos colusorios presentes en la conducta denunciada que, a nuestro parecer, resultan determinantes para resolver desde el Derecho de la competencia.

En cuanto al procedimiento, lo que ha hecho el Tribunal en este caso nos parece incoherente: primero, al estimar el primer recurso, fijando su criterio e interesando del Servicio la comprobación de los hechos correspondientes y ahora, cuando el Servicio confirma contundentemente los hechos de infracción denunciados, pero no su calificación -no sin recordar al Tribunal, naturalmente, que en caso de discrepancia es el criterio de éste el que prevalece- la mayoría se arrepiente de su acierto inicial y le da la razón al Servicio que, unánimemente, le había quitado previamente por su equivocada valoración del caso.

Sin embargo, en la actuación de la Administración Pública con las personas privadas no cabe este comportamiento porque contraviene el principio general, ampliamente reconocido en Derecho, según el cual no puede proceder en contra de sus propios actos.

Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 2003 (recurso de casación nº 8039/1999, establece en su Fundamento de Derecho quinto lo siguiente: “... *Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la Jurisprudencia de este Alto Tribunal considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes «venire contra factum proprium».*”

La aplicación de este principio exige que se cumplan los siguientes requisitos básicos de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (ver su Sentencia de 22 de septiembre de 2003 en el recurso de casación nº 2003/2002): que exista identidad de fundamentos y de supuestos de hecho.

Pues bien, es evidente que, en el presente asunto, tanto los hechos considerados en ambos recursos, como los fundamentos sobre el mismo objeto y los sujetos de las conductas son idénticos y su comportamiento todavía quedó más claro tras la investigación realizada por el Servicio, según lo interesado por el Tribunal al resolver el primer recurso, por lo que se imponía seguir el principio citado de los Altos Tribunales de ser coherente con su decisión, como veremos seguidamente con detalle al analizar el fondo de la cuestión debatida.

Más importante nos parece nuestra discrepancia con la Resolución a este respecto. ¿La formación de una UTE por las empresas denunciadas tenía por objeto el falseamiento de la competencia? ¿Restringió la competencia la oferta presentada por esta UTE al Concurso Eolo 1999?

La contestación desde el Derecho de la competencia la dejó ya muy clara el Tribunal en toda su fundamentación de la Resolución de 20 de enero de 2003 cuando estimó el primer recurso, llegando en su Fundamento 7 a la siguiente conclusión, que transcribe la Resolución de la mayoría en su Fundamento de Derecho 1:

En definitiva, considera el Tribunal que los acuerdos entre competidores, previos a la presentación de ofertas a un concurso público, pueden infringir el artículo 1 LDC, por su objeto o por sus efectos, y únicamente pueden ser autorizados por el TDC si se dan los requisitos exigidos por el artículo 3 LDC. Sólo cuando las empresas concertadas carecieran de la capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual, podría establecerse que no hay afectación de la competencia.

Procede, en consecuencia, estimar parcialmente el recurso con objeto de que el Servicio, mediante el expediente que incoe al efecto, pueda examinar si cada una de las empresas, denunciadas y denunciadas, que se concertaron para presentar ofertas al Concurso de Terapias Domiciliarias en el ámbito de la Comunidad de Madrid convocado por el INSALUD por Resolución de 15 de octubre de 1999 (Expediente Eolo 1999), disponían, según su historial anterior al concurso, de su cuota de mercado y su capacidad técnica y económica, de los medios suficientes para acudir por separado a la licitación, imputando, en su caso, la restricción de la competencia que supone la concertación entre competidores previa a la presentación de ofertas en un concurso público.

Es decir, el Tribunal ya concluyó entonces que los acuerdos entre competidores, como la UTE del caso, previos a la presentación de ofertas a un concurso público pueden infringir el art. 1 LDC y, únicamente, puede autorizarlos si se dan los requisitos del art. 3 de dicha Ley.

El Servicio, tras la investigación correspondiente, no dejó ninguna duda de que las denunciadas sí eran capaces individualmente de ofertar a la totalidad del Concurso y que el servicio a domicilio de terapias respiratorias lo realizaba un número muy limitado de empresas.

Por lo tanto, en esas circunstancias, el acuerdo denunciado está prohibido por el art. 1 LDC, no está autorizado por el Tribunal, al que ni siquiera se le ha solicitado tal autorización pese a haberlo indicado como necesario tanto el Servicio, cuando dio su opinión, como resultaba de la preocupación mostrada por la Asesoría Jurídica del Grupo Praxair en Estados Unidos, que literalmente se recoge en el Fundamento de Derecho 5 de la Resolución de la mayoría, al preguntar: *¿Bajo qué circunstancias están teniendo lugar las conversaciones con competidores sobre ofertas conjuntas a clientes? ¿Qué garantías se están tomando para asegurar que no se discuten temas ilegales?* Tampoco constituye una conducta exenta del art. 2 LDC, en virtud de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 18/1982, de Régimen Fiscal de las UTEs, que explícitamente mantiene al respecto la aplicación por este Tribunal de la LDC para evitar las prácticas restrictivas de la competencia, como después se referirá con detalle. Por otra parte, no cabe olvidar en modo alguno que la conducta denunciada también está prohibida por el art. 81.1 del TUE.

Nuestra discrepancia de la Resolución de la mayoría no puede ser mayor porque concurren, además, las siguientes circunstancias que se desprenden de los relevantes hechos que el Tribunal entiende que deben añadirse como plenamente acreditados porque fueron hallados por el Servicio tras su segunda investigación del caso, según se destaca en el Fundamento de Derecho 5 de la Resolución de la mayoría, Fundamento que compartimos en todo excepto, naturalmente, cuando afirma que la consideración de tales hechos no resulta imprescindible para este expediente dado que, para nosotros, resulta crucial:

- hubo voluntad de restringir la competencia a través de la UTE denunciada, como lo prueba tanto la contestación de Praxair España a su matriz en Estados Unidos a las preguntas tan relevantes antes transcritas (***Si hacemos tal oferta de ámbito global con Air Products presentaremos sin duda una oferta ganadora imbatible por los otros***), como el hecho de que se trataba de dos empresas que ostentaban el 70% del mercado nacional de estas terapias, pero que

era una oferta ilegal por haber prohibido el Tribunal expresamente la coordinación comercial de ambas empresas por Resolución de 30 de octubre de 1997;

- tuvo tal oferta conjunta los efectos previstos de eliminar -al no competir entre ellas- al oferente más fuerte y la exclusión de todos los demás;
- no se pidió autorización para la UTE denunciada ni la dio el Servicio cuando se le consultó por Carburos Metálicos, pese a la advertencia hecha por aquél de que era *“el Tribunal el único competente para declarar si una conducta determinada debe considerarse prohibida a efectos de la LDC”* (folio 485 del expediente);
- todo hace suponer que se ocultó al Servicio en tal consulta el mencionado hecho decisivo de la condición impuesta por el Tribunal en su Resolución de 30 de octubre de 1997 de mantener independientes las políticas comerciales de las tres empresas signatarias del Convenio de producción conjunta de los gases del aire, lo que no deja de ser significativo, aparte de que esta consulta no era, en ningún caso, vinculante, como acabamos de señalar y dejó claro el Servicio;
- por último, en la citada Resolución de 30 de octubre de 1997 el Tribunal incluyó, asimismo, que la autorización sería revocada si se incumplían las condiciones de la misma, en virtud de lo dispuesto en el art. 4 LDC, cuyo incumplimiento originó todo el problema.

En definitiva, resultaría imposible establecer más prohibiciones, condiciones y advertencias. Por cuanto antecede, dada la voluntad de realizar la conducta denunciada, sus efectos previstos y reales, la forma con la que se pretendió garantizar su legalidad y tan crucial condición impuesta por este Tribunal, cómo fueron ambas cuestiones soslayadas y la evidente conexión entre los mercados de producción de oxígeno y de terapias respiratorias domiciliarias, no nos cabe ninguna duda de que Oximesa (100% Praxair España) y Carburos Metálicos no podían presentarse en UTE al Concurso Eolo 1999 vulnerando, así, la obligación impuesta dos años antes por el Tribunal de mantener independientes sus políticas comerciales.

Es más, tampoco resulta coherente la lógica consideración que hace la mayoría del Tribunal, al final de su Fundamento de Derecho 8, de que no comparte la afirmación transcrita del Servicio de que la Administración Sanitaria garantiza suficientemente el interés público -sin que sea necesario ni oportuno, añade éste, que la Autoridad de competencia deba poner en tela de juicio dicha forma de proceder, lo que constituye la esencia de la valoración del Servicio en su Acuerdo de sobreseimiento- con la confirmación

de dicho Acuerdo de la que, incluso, el Tribunal podría parecer arrepentirse con esta manifestación.

Lo que sería gravísimo es que la decisión de la mayoría del Tribunal en este asunto, y no sería el primero del que el mismo ha tenido conocimiento de utilización fraudulenta al respecto, pudiera interpretarse en el sentido de que la constitución de una UTE fuera considerada como un instrumento válido para eludir la prohibición de las conductas incursas en la Ley de Defensa de la Competencia, especialmente, para acudir a licitaciones públicas, de lo que acertadamente previene el art. 2, Vigilancia, de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, de Régimen Fiscal de las Agrupaciones, Uniones Temporales de Empresas y Sociedades Estatales, que, ya en aquella fecha, como señaló el Tribunal en su Resolución sobre el primer recurso, determina que la vigilancia de las actividades y repercusiones económicas de las UTEs se realizará por la Inspección Financiera y Tributaria *“sin perjuicio y con independencia de la aplicación por los Organismos o Tribunales correspondientes de las medidas ordinarias o especiales establecidas o que se establezcan para evitar actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia”*.

Por todo ello, entendemos que resultaba procedente estimar el recurso, al no ser acertado en Derecho el Acuerdo de sobreseimiento del Servicio, ante la plena aplicabilidad que resulta de lo dispuesto en el art. 1 en sus apartados 1 y 2 LDC, este último en relación con lo dispuesto en el citado art. 2 de la mencionada Ley 18/1982, así como en el art. 81.1 TUE, debiendo continuar la tramitación del expediente sancionador en el Tribunal, según se ha hecho en varios casos precedentes.

Madrid, 1 de junio de 2005.