

Id Cendoj: 28079230062007100166  
 Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
 Sede: Madrid  
 Sección: 6  
 Nº de Recurso: 417/2005  
 Nº de Resolución:  
 Procedimiento: CONTENCIOSO  
 Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

ARCHIVO DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR. TERAPIAS RESPIRATORIAS DOMICILIARIAS. CONCURSO EOLO 1999.

**SENTENCIA**

Madrid, a veintisiete de marzo de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 417/05, se tramita a instancia de la entidad **CONTSE**, S.A., representada por la Procuradora Dña. Paz Santamaría Zapata, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 31 de mayo de 2005, sobre Defensa de la Competencia (Concurso de Terapias Respiratorias Domiciliarias "Eolo 1999", en el ámbito de la Comunidad de Madrid, convocado por el INSALUD); y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado y actuando como codemandadas la entidad SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METALICOS, S.A.E. representada por el Procurador D. Antonio García Martínez y la entidad OXIMESA, S.A. representada por la Procuradora Dña. Isabel Juliá Corujo; siendo la cuantía del mismo Indeterminada.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

1. La parte actora interpuso, en fecha 29 de julio de 2005, este recurso respecto de los actos antes aludidos; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que teniendo por presentado este escrito, junto con los documentos que lo acompañan, y copias de todos ellos, se sirva admitirlo, tenga por formalizada demanda en el Recurso Contencioso-Administrativo al comienzo referenciado que se sigue ante esta Sala contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 31 de mayo de 2005 en el Expte. 614/04 Terapias Respiratorias Domiciliarias 2, seguido ante ese Tribunal (TDC) y, en su día, previos los trámites legales oportunos, dicte Sentencia por la que, estimando los razonamientos contenidos en el cuerpo de este escrito, estime este Recurso y:

1. Declare nula de pleno derecho, anule o revoque y deje sin efectos, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 31 de mayo de 2005, dictada en el Expte. 614/04 Terapias Respiratorias Domiciliarias seguido ante ese Tribunal (TDC).

2. En consecuencia, proceda esta Sala a declarar la infracción del *art. 1 de la Ley 16/1989 de 17 de*

julio, de Defensa de la Competencia (LDC), por parte de las empresas CARBUROS METALICOS, S.A. y OXIMESA, S.A., al constituirse en Unión temporal de Empresas para presentar una única oferta a la totalidad de las áreas en las que se dividía el Concurso EOLO 1999, convocado por el INSALUD.

Subsidiariamente a lo anterior, ordene al TDC que proceda a declarar la infracción del *art. 1 LDC* en una nueva Resolución en la misma línea que la que dictó el 20 de enero de 2003, en la que sí estimaba la concurrencia de dicha infracción, con las consecuencias que de la misma se deriven a todos los efectos.

3. Condene al Tribunal de Defensa de la Competencia a estar y pasar por las anteriores declaraciones, con las consecuencias que de las mismas se deriven, y a adoptar cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada.

4. Condene a la Administración demandada al pago de las costas.

Que se estima como indeterminada la cuantía del presente recurso."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "Que habiendo por presentado el presente escrito se tenga por contestada la demanda y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime la pretensión del presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho con imposición de costas a la actora".

3 Mediante diligencia de ordenación de 19 de enero de 2006 se dio traslado al Procurador D. Antonio García Martínez, en representación de la entidad codemandada SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METALICOS, S.A.E., para que contestara la demanda, lo que hizo en tiempo; concretando su petición en el suplico de la misma en el que literalmente dijo: "Que tenga por contestada en tiempo y forma la presente demanda y por acompañados los documentos unidos a la misma, que siga el procedimiento su curso y en su día este Tribunal dicte Sentencia desestimando la demanda en su integridad tanto por lo que se refiere a la petición principal como a la subsidiaria y a las demás formuladas con expresa imposición de costas a **CONTSE**, S.A. por su temeridad, con los demás pronunciamientos inherentes."

4. Mediante diligencia de ordenación de 27 de febrero de 2006 se dio traslado a la Procuradora Dña. Isabel Juliá Corujo, en representación de la entidad codemandada OXIMESA, S.A., para que contestara la demanda, lo que hizo en tiempo; concretando su petición en el suplico de la misma en el que literalmente dijo: "Que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, teniendo por efectuadas las alegaciones que en el mismo figuran, se sirva tener por contestada en tiempo y forma la Demanda procediendo tras los trámites oportunos, a la desestimación del recurso interpuesto por **CONTSE**, S.A., y confirmando en su totalidad la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo TDC) de 31 de mayo de 2005, recaída en el expediente. núm. 614/04, Terapias Respiratorias Domiciliarias 2."

5. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 7 de abril de 2006, acordando el recibimiento a prueba con el resultado obrante en autos; tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones; finalmente, mediante providencia de 20 de noviembre de 2006 se señaló para votación y fallo el día 30 de enero de 2007, debiendo posponerse en razón del número e importancia de los asuntos señalados al día 20 de marzo siguiente, en que efectivamente se deliberó y votó.

6. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 31 de mayo de 2005 cuya parte dispositiva

es del siguiente tenor:

"Unico.- 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."

La referida resolución tiene como antecedentes relevantes a los efectos que ahora interesan los siguientes:

1º) Mediante escrito de 2 de marzo de 2000 la hoy actora - **Contse** , S.A.- junto con Vivisol, S.R.L. denunciaron ante el Servicio de Defensa de la Competencia a las ahora codemandadas -Carbueros Metálicos y Oximesa- por infracción de los *artículo 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* 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.

Las denunciantes consideraban que la constitución en UTE por parte de CARBUEROS METALICOS y OXIMESA para la presentación de una oferta conjunta al Concurso de terapias respiratorias domiciliarias constituía un acuerdo prohibido por el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* , infringiendo, asimismo, ambas empresas el *artículo 6 de la propia LDC* , al abusar de su posición dominante colectiva en el mercado de las terapias respiratorias a domicilio.

2º) El 29 de octubre de 2001, tras la práctica de una información reservada, el SDC acordó el archivo del expediente por considerar que las actuaciones de las dos empresas objeto de la citada denuncia no constituían conductas prohibidas por la LDC, puesto que su concertación se trataba "de una asociación temporal de trabajo, que permite a las empresas presentar una oferta interesante que individualmente no les hubiera sido viable."

3º) Frente a este acuerdo el 20 de noviembre de 2001, se presentó por Vivisol y **Contse** recurso contra el acuerdo de archivo y, el 20 de enero de 2003 el TDC 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 CARBUEROS METALICOS, 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* .".

4º) El SDC, mediante providencia de 9 de junio de 2003, incoó expediente contra las dos UTEs participantes en el Concurso (Carbueros Metálicos, Oximesa y Vivisol- **Contse** ) y recabó información a fin de delimitar el objeto y efectos sobre el mercado de los acuerdo alcanzados por ambas UTEs y, tras los trámites correspondientes, el 25 de mayo de 2004 el SDC acordó el sobreseimiento del expediente respecto de las cuatro empresas investigadas fijando los siguientes hechos de los que interesa dejar aquí constancia:

A) Las Bases del Concurso Eolo 1999 pueden resumirse como sigue:

- El objeto del contrato era la gestión del servicio público de terapia respiratoria a domicilio.

- Los adjudicatarios prestarían dichas terapias bajo prescripción de los facultativos autorizados por el Instituto.

- El conjunto de terapias incluídas 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 ser 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 la "valoración técnica" y la "valoración económica", pudiéndose alcanzar un máximo de 140 puntos entre ambas.

- En la valoración final de la oferta, la puntuación se obtenía sumando la puntuación técnica (hasta un máximo de 100 puntos) y la valoración económica (hasta un máximo de 40 puntos), multiplicándose el resultado por un coeficiente, expresado en el tanto por uno, con que participaba cada presupuesto por área en el presupuesto total del concurso.

Este sistema implicaba -según el SDC- 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.

- Podían presentarse UTEs, ahora bien, no podían presentarse ofertas en unión con otros si lo habían hecho individualmente.

B) Al Concurso se presentaron cuatro empresas individualmente: Abelló Linde, S.A., Oxigemsa, Gasmedi 2000, S.A., Air Liquide, S.L.U.; así como, dos Uniones Temporales de Empresas: de una parte, Carburos Metálicos, S.A.- Oximesa, S.A. y, de otra, Vivisol, S.R.L.- **Contse**, S.A. con diferentes ofertas.

C) Todas ellas, a excepción de Air Liquide y la UTE Carburos Metálicos-Oximesa, presentaron ofertas individuales, a saber: Abelló Linde y Oxigemsa formularon ofertas individuales a cada una de las once áreas convocadas, mientras que el resto de las empresas lo hizo a diferentes áreas.

D) En cuanto a las ofertas conjuntas, la empresa que menos ofertas presentó fue Gasmedi 2000 con una única oferta a dos áreas mientras que las denunciante (la UTE Vivisol- **Contse**) formularon 14 ofertas conjuntas, cada una de ellas a 4/5 áreas; Air Liquide Medicinal, S.L.U. presentó tres ofertas, de las cuales una de ella comprendía 8 de las 11 áreas convocadas. La UTE Carburos Metálicos-Oximesa presentó una única oferta conjunta a todas las áreas.

E) En la valoración de las propuestas la UTE denunciante obtuvo 132,8 de los 140 puntos de puntuación máxima, obteniendo 140 puntos la UTE ganadora, esto es, 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.

5º) El 11 de junio de 2004 la hoy recurrente interpuso recurso contra el acuerdo de sobreseimiento del SDC, solicitando al TDC dejase sin efecto dicho Acuerdo y se ordenara al Servicio la continuación del expediente sancionador.

6º) El SDC informó al Tribunal, el 16 de junio de 2004, en el sentido de la desestimación del recurso, insistiendo en las razones y valoraciones efectuadas en el anterior Acuerdo de sobreseimiento y señalando que la autoridad convocante del Concurso conocía que se trataba de un mercado oligopolístico, que se favorecían las ofertas de mayor dimensión y 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. También señalaba el SDC que había dado cumplimiento a lo interesado por el TDC en su anterior resolución de 30 de enero de 2003, llevando a cabo los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los posibles efectos anticompetitivos de las UTEs así como si las empresas partícipes tenían capacidad para prestar individualmente el servicio demandado, todo lo cual fue tomado en consideración.

Finalmente el SDC ponía de manifiesto en su informe que el objeto del procedimiento era la posible infracción de la Ley de Defensa de la Competencia por los participantes en el Concurso, sin que en ningún momento se haya cuestionado la actuación del INSALUD.

7º) Las empresas interesadas presentaron sus correspondientes alegaciones, **Contse**, el 23 de julio de 2004, insistiendo en la existencia de indicios de prácticas contrarias a la competencia; Oximesa, en esa misma fecha, manifestando su total conformidad con el Acuerdo de sobreseimiento; y, finalmente, el 5 de agosto de 2004, Carburos Metálicos solicitando el rechazo del recurso interpuesto.

8º) Finalmente el TDC 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. Considera, además, la posibilidad de hacer proposiciones por UTEs al Concurso como instrumento válido para hacer viables unas determinadas ofertas que beneficiaran a los interesados, siendo la estrategia utilizada por las denunciadas accesible al resto de las empresas concurrentes. Consecuentemente y no considerando demostrado que existieran medios menos restrictivos para ventajas comparables, entiende que la conducta denunciada no puede ser considerada como una práctica restrictiva ni falseadora de la competencia tipificada en el *artículo 1 LDC*, por lo que confirma el sobreseimiento acordado por el Servicio.

La resolución del TDC cuenta con un voto particular discrepante que entiende que debió estimarse el recurso al no considerar acertado el acuerdo de sobreseimiento; se entiende aplicable el *artículo 1 LDC* en relación con lo dispuesto en el *artículo 2 de la Ley 18/1982*, así como el *artículo 81.1* del Tratado de la Unión Europea, debiendo a juicio de los Vocales discrepantes, continuar la tramitación del expediente sancionador.

2. La demandante pretende la anulación de la resolución impugnada y solicita a la Sala declare la infracción del *artículo 1 de la Ley 16/1989 por parte de las dos* empresas codemandadas al constituirse en Unión Temporal de Empresas para presentar una única oferta a la totalidad de las áreas en las que se dividía el Concurso Eolo 1999 convocado por el INSALUD y subsidiariamente, solicita que se ordene al TDC para que declare la infracción del *artículo 1* citado en una nueva resolución, alegando al efecto: en primer lugar, que la constitución en UTE de las codemandadas para la presentación de dicha única oferta conjunta a la totalidad de las áreas del Concurso supone una infracción del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, tanto por su objeto, como por sus efectos, una vez demostrado que dichas codemandadas poseían la capacidad técnica y económica suficiente para presentarse por separado al Concurso; se insiste, en segundo término, en que la constitución de la UTE Carbueros-Oximesa infringe las normas de competencia aún reconociendo su validez a la luz de la legislación específica de las Uniones de Empresas y aunque el Concurso diseñado por el INSALUD previera tal posibilidad; en tercer lugar, falta de motivación en el cambio de criterio respecto a las dos resoluciones del TDC que, a juicio de la demandante, supone una arbitrariedad y causa indefensión, vulnerando los *artículos 9.3 y 24 de la Constitución*; en cuarto lugar, se aduce que dicho cambio de criterio por parte del TDC en cuanto a sus dos resoluciones recaídas en el expediente de actual referencia vulnera la doctrina de los actos propios y el principio de confianza legítima; más aún, la actora considera que la resolución impugnada es contraria a derecho por vulnerar el principio de igualdad garantizado por el *artículo 14 de la Constitución*; finalmente se trae a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, STJCEE de 27 de octubre de 2005 que resolvió la cuestión prejudicial planteada por esta misma Sala de la Audiencia Nacional.

El Abogado del Estado y las codemandadas, después de poner de relieve que la propia demandante concurrió también en forma de UTE, atendiendo a la posibilidad recogida en las cláusulas del Concurso que, además, incentivaba tal opción, consideran que no ha existido impedimento, restricción o falseamiento de la competencia. Insiste que este caso el mercado está en manos del Insalud que es quien fija el suministro y el precio, siendo evidente que el efecto sobre el mercado, al ganar el Concurso, no existe, ya que quien controla el mercado en su práctica totalidad es la Administración Pública sin que ningún suministrador pueda modificar las condiciones fijadas por el INSALUD.

Por ello rechazan todos y cada uno de los argumentos de la actora -reiteración de los ya esgrimidos en el curso del expediente administrativo- por considerar, en definitiva, que las demandadas accedieron al Concurso en las mejores condiciones lícitas posibles para ganar el tan repetido Concurso.

Particularmente Oximesa rechaza los fundamentos esgrimidos por la recurrente poniendo también de relieve la contradicción con la propia estructura accionarial de aquella, pues la propia recurrente - se dice por la codemandada- también pertenece a un grupo multinacional e insiste en lo acertado de la estrategia y la competitividad de la oferta de UTE Carbueros-Oximesa que, a su juicio, quedó confirmada tanto por haber obtenido la máxima puntuación como por el hecho mismo, a diferencia de lo que ocurrió con la recurrente, de que su autovaloración de la puntuación no fuera modificada por la Mesa de Contratación. En definitiva, CARBUROS y OXIMESA constituyeron una UTE con el fin de presentar la oferta más competitiva y viable posible al Concurso. Realizar una oferta por la totalidad de las áreas no sólo supuso un uso legítimo de las posibilidades contempladas en el Concurso EOLO sino que era la única forma de obtener la máxima puntuación posible así como la opción más razonable desde un punto de vista empresarial teniendo en cuenta la estructura de costes, los medios humanos y materiales disponibles, el previsible aumento de pacientes y el precio fijo global impuesto por el INSALUD. De mismo modo rechaza el supuesto cambio de criterio del TDC, desconociéndose por la recurrente la naturaleza y características del procedimiento previsto en la Ley ante los órganos de defensa de la competencia; negando también la codemandada la ausencia de motivación que se imputa a la resolución impugnada así como los argumentos de la actora

relativos a la doctrina de los actos propios y al principio de confianza legítima y, en fin a la vulneración del principio de igualdad que, a juicio de la codemandada, carecen de todo fundamento con arreglo a la jurisprudencia sobre la materia.

3. La controversia se centra, en suma, en la conformidad o no a derecho del Acuerdo de sobreseimiento del expediente sancionador de referencia que se confirma mediante la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en los presentes impugnada.

El TDC considera la UTE formada por las ahora codemandadas 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 y, en consecuencia, declara que no cabe considerar la conducta denunciada como una práctica restrictiva ni falseadora de la competencia tipificada en el *artículo 1 LDC*, por lo que desestima el recurso interpuesto por la hoy actora y confirma el referido Acuerdo de sobreseimiento por considerarlo acertado en Derecho.

Punto de partida para el examen de las argumentaciones expuestas por las partes ha de ser lo dispuesto en el *artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio*, en su redacción dada por *Ley 52/1999 de 28 de diciembre, a cuyo tenor "1*. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o la inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de tales contratos."

El tipo de escrito en el *precepto que se acaba de transcribir requiere la concurrencia de dos o más* sujetos que concurren en la realización de la actividad consistente en un comportamiento coordinado, expreso o tácito, consciente en todo caso y tendente a uniformar actuaciones en el mercado susceptibles, en definitiva, de vulnerar la libre competencia. Como venimos reiteradamente declarando la actividad típica, a tenor del precepto, lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin, sin que el tipo requiera que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, bastando la tendencia a tal fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma, pero en todo caso la conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

Es precisamente sobre la aplicación del precepto transcrito sobre el que giran los argumentos de fondo de la recurrente que, según expone en su demanda, considera que las codemandadas habrían infringido el *artículo 1 LDC* al constituir una UTE para presentarse al concurso y presentar una oferta por la totalidad de las áreas.

Pero tales argumentos no pueden ser compartidos por la Sala que, sí, en cambio, hace suyas las apreciaciones tanto del Servicio como del Tribunal de Defensa de la Competencia cuando entiende que en este caso la presentación de una oferta por la totalidad de las áreas respondía a las propias Bases del Concurso y no tuvo por objeto ni efecto excluir a los competidores del mercado.

En efecto, la presentación de ofertas bajo la forma de UTE en un concurso público no es, como la propia parte recurrente reconoce, por sí misma contraria a las normas de competencia y desde luego era una forma expresamente prevista en las condiciones particulares establecidas como base del Concurso hasta el punto que la propia recurrente también decidió presentarse en forma de UTE (**Contse** -Vivisol) y no sólo al Concurso EOLO sino, como revela el expediente, a diversos concursos del Estado en materia sanitaria y en diferentes Comunidades Autónomas; es decir, tanto la creación de la UTE por CARBUROS y OXIMESA, como la formación de la UTE **CONTSE** -VIVISOL respondían a lo expresamente previsto en las Bases del Concurso (*cláusula 7.2* del Pliego de Condiciones que señalaba expresamente que podrían presentarse proposiciones suscritas por Uniones de Empresarios que se constituyan temporalmente al efecto) y es esta circunstancia expresamente tomada en consideración por el TDC en la resolución impugnada en similares términos que lo ha hecho la Jurisprudencia Comunitaria (STJCE de 28 de febrero de 1991, Asunto C-234/89 y en el mismo sentido las Directrices sobre la aplicabilidad del *artículo 81 del Tratado CE* sobre acuerdos de cooperación horizontal) en el sentido de que la creación de una unión temporal de empresas para asistir a determinados concursos públicos no resulta "per se" restrictiva de la

competencia a la vista del conjunto de factores que puedan concurrir en un caso concreto en el que las administraciones nacionales organizadoras de los concursos públicos se habían referido explícitamente a la posibilidad de acudir a los mismos en forma de consorcios o asociaciones temporales de empresas, como de hecho es práctica habitual en toda la Unión Europea, práctica a la que, como decimos, tampoco ha sido ajena la propia recurrente quien habitualmente viene acudiendo en forma de UTE en diversos concursos para gestionar el servicio público de las prestaciones de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida.

Tampoco en el presente caso, partiendo de los hechos más arriba reseñados, puede afirmarse, como por la recurrente se pretende, que la presentación de una oferta por las codemandadas por la totalidad de las áreas restringiese efectivamente la competencia. La propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo viene estableciendo que, una vez analizado el objeto o finalidad del acuerdo (en este sentido STJCE de 11 de diciembre de 1980, L'Oréal, asunto 31/80) en el sentido de examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible, resultando para ello preciso la consideración de la situación real en la que se habría encontrado la competencia de no haber existido tal acuerdo. En este sentido hemos de traer a colación la comparación de los dos escenarios posibles en la situación de competencia del mercado propuestos por la codemandada y que permiten, en efecto, establecer la existencia o no de una relación de causalidad entre la puesta en práctica del acuerdo y la pretendida restricción de la competencia: si las codemandadas no hubieran formado la unión y realizado la oferta que hicieron, el concurso habría sido adjudicado a la empresa que realizó la segunda mejor oferta, esto es, ABELLÓ pues, tal y como se recoge en el Acuerdo de sobreseimiento, la segunda oferta en puntuación era la de ésta última quien había realizado ofertas individuales también por todas las áreas, y por lo tanto, habría obtenido la adjudicación de dicho concurso para la gestión en exclusiva del servicio público de terapias respiratorias; domiciliarias en la Comunidad de Madrid excluyendo al resto de los competidores, es decir, en ambos casos se produce la exclusión de los demás oferentes durante el periodo a que se refiere el concurso público y en ninguno de ambos supuestos la oferta de la UTE Vivisol- **Contse** hubiera resultado, adjudicataria de dicho concurso al ser la tercera en puntuación y haber resultado excluida del mercado por las características de su oferta y resultar, en fin, inherente a las propias condiciones del concurso ya que en cada una de las áreas sólo habría en todo caso un único adjudicatario.

En conclusión, la exclusión de competidores del mercado no sería consecuencia de una oferta concreta realizada por las codemandadas sino una consecuencia inherente al propio sistema de concurso y licitación públicos por el que se adjudica a un operador privado dicho servicio público (se trata de los denominados "bidding markets"). Por ello este Tribunal considera acertada la afirmación que se contiene en la resolución impugnada (fundamento jurídico 6º) cuando afirma 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...".

En el análisis del contexto jurídico y económico en el que se llevó a cabo la oferta de las codemandadas al concurso del caso resulta especialmente significativo que, según afirma el SDC en su informe sobre el recurso presentado por la hoy recurrente "...el INSALUD cifró la estrategia de éxito en hacer una oferta al mayor número posible de áreas" de manera que, con arreglo a las propias bases del Concurso, la oferta más competitiva sería aquella que: de una parte, cuidase el aspecto técnico de la oferta, suponiendo ello una puntuación de 100 puntos del total de 140 (máxima puntuación); ofreciese, de otra parte, el máximo descuento posible (20%); y, fuera una única oferta por la totalidad de áreas. Estas condiciones se ofrecían en pie de igualdad a todos los operadores del mercado y lógicamente eran la base que debía determinar la estrategia empresarial de los participantes en el Concurso.

En este sentido, la necesidad de realizar una oferta por la totalidad de áreas ha sido reconocida por la propia recurrente cuando se refiere a los propios pliegos del concurso, a través del coeficiente de ponderación, manifestando que favorecían la presentación de una oferta conjunta a todas las áreas, de forma que la estrategia de éxito pasaba por hacer una oferta al mayor número posible de áreas (folios 1097-1098 del expediente ante el SDC).

La oferta más competitiva posible, pues, pasaba por realizar una oferta por la totalidad de áreas al ser dicha opción la más valorada con arreglo a las bases del Concurso, amén de que la puntuación de otros aspectos del Concurso hicieran aconsejable, desde un punto de vista meramente empresarial, realizar una

amplia oferta por la totalidad de áreas (remuneración prevista, descuentos a efectuar, plazo de prestación de servicios, etc.). Además como también señala el SDC en el Acuerdo de sobreseimiento, en el apartado técnico de la valoración de las ofertas presentadas se exigía disponer de todo una serie de elementos de naturaleza fabril, industrial, de recursos humanos, de disponibilidad de equipos, en número y protocolos de actuación que debían estar obligatoriamente disponibles en el momento de presentación de la oferta, añadiendo el propio SDC que 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 por el mismo, sin que a la vez a la empresa no le supusiera una inversión de dudosa rentabilidad (folio 1152 del expediente), todo lo cual no hace sino avalar la afirmación de las codemandadas de que acudir en forma de UTE resultaba, en definitiva, la opción más eficiente desde el punto de vista económico a la par que permitía compartir riesgos vinculados a la propia gestión del servicio. Por ello, no cabe también sino coincidir con el SDC cuando, en su informe afirma que "... de esta manera la constitución en UTEs se convierte en una estrategia comercial para hacer viable una oferta con posibilidades de éxito".

Pero no sólo resultan atendibles esas razones de orden empresarial determinantes de la necesidad de formar una unión temporal de empresas que, además, hemos visto que tenía su adecuado encaje en el marco jurídico del Concurso y en la normativa sobre competencia sino que, además, la propia resolución sobre la que la recurrente hace pivotar su actual impugnación (Resolución Terapias 1) se afirmaba que acudir en forma de UTE a un concurso no afectaba a la competencia "cuando las empresas concertadas carecían de la capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual". Ahora bien, la expresión "capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación" no puede aislarse del contexto concreto en el sentido propugnado por la recurrente, esto es, en el sentido de que las participantes se vieran constreñidas a presentar ofertas individualmente sólo a determinadas áreas; antes al contrario, el *artículo 1 LDC* no puede ser interpretado, a juicio de la Sala, en el sentido de prohibir la presentación de ofertas conjuntas competitivas destinadas a dar cumplimiento al objeto de la licitación con arreglo a las específicas condiciones y fines establecidos por la propia Administración convocante del concurso cuando, como en el presente caso ocurre, se ha podido constatar en la instrucción del expediente que dichas condiciones mostraban inequívocamente la preferencia de la Administración sanitaria convocante por adjudicar el concurso a una oferta por la totalidad de áreas y realizada por dos o más operadores con el fin de obtener para sus pacientes las mayores garantías de continuidad en el suministro de las terapias. En este sentido resultan ciertamente reveladoras las conclusiones del informe del SDC que precedió al Acuerdo de sobreseimiento en relación con el impacto de la configuración del concurso por el INSALUD en la estrategia comercial de las codemandadas con el objetivo último de asegurar a los pacientes del servicio público de salud las mayores garantías posibles en los servicios de terapias respiratorias domiciliarias y que, en definitiva, excluyen que la unión de las codemandadas tuvieran por objeto o finalidad restringir la competencia.

4. Cuestión distinta es que las peculiaridades del Concurso EOLO (y de otros concursos similares) y en la medida en que las Autoridades Sanitarias españolas incluyeron determinados requisitos de admisión así como determinados criterios de valoración y desempate de las ofertas en sus Pliegos de Condiciones hayan infringido el *artículo 49 TCE*, relativo a la libre prestación de servicios y haya resultado, por tanto, nulo de pleno derecho como, en efecto, señala recurrente.

En efecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de octubre de 2005 (Asunto C-158/03 que tenía por objeto el recurso por incumplimiento presentado por la Comisión Europea contra el Reino de España con arreglo al *artículo 226* del Tribunal de la Comunidad Europea) ha decidido:

"Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que el incumben en virtud del *artículo 49 CE* al incluir en el Pliego de Condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la provincia en la que debe prestarse el servicio o, en su caso, en su capital y, por otra parte, de unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado ubicadas, en según el caso en España o a menos de 1000 km. de la provincia de que se trate, o de oficinas abiertas al público en otras localidades determinadas de esta última, y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata."

Ahora bien, la referida sentencia, como tampoco deja de reconocer la propia recurrente, ni afecta a la cuestión que aquí se plantea ni tampoco desde el punto de vista subjetivo guarda relación con el presente

recurso que no tiene por objeto la actuación del INSALUD ni del Estado español (sino la de las empresas contendientes) ni tampoco afecta a la aplicación de las normas sobre competencia. Por el contrario si algo ha venido a poner de relieve al sentencia invocada es que las posibles restricciones de la competencia que hubieran existido en el concurso de actual referencia no tendrían su origen en la conducta de las codemandadas sino en la propia conducta de la Administración convocante del concurso que, a la postre, fue devenido nulo y sin efecto jurídico alguno.

5. No mejor suerte han de correr el resto de los motivos aducidos por la recurrente.:

-Sobre el alegado cambio de criterio del TDC en la resolución que ahora se impugna (de 31 de mayo de 2005) respecto de su anterior resolución de 20 de enero de 2003, la Sala ha de rechazar tanto la alegada falta de motivación como el pretendido cambio injustificado de valoración. El TDC en la primera de sus resoluciones (Terapias 1) se limitó a ordenar la incoación de un expediente sancionador, pues la constitución de una UTE podía ser contraria a la normativa de competencia. Y lo que ocurrió es que una vez completa la instrucción ordenada por el TDC se entendió que tal infracción no había existido.

En el primer caso se trataba de un recurso contra un archivo de actuaciones realizado al amparo del *artículo 36.2 LDC*, en el que el Tribunal se limitó a decidir si los datos disponibles a raíz de la denuncia y de las actuaciones seguidas eran suficientes para poder afirmar que existían indicios racionales de las conductas prohibidas denunciadas; es decir, sin entrar en el fondo del asunto, se limitó al examen de la existencia o no de indicios que aconsejaran la incoación de un expediente sancionador, limitándose a revocar parcialmente el Acuerdo de archivo inicialmente acordado por el SDC y ordenando la incoación del expediente para investigar si había existido o no infracción del *artículo 1 LDC* una vez descartada la existencia de las conductas prohibidas por el *artículo 6 LDC*.

Por lo tanto, lleva razón la codemandada cuando afirma que, en la medida en que el TDC se limitó a ordenar la incoación de un expediente sancionador, la primera de aquellas resoluciones no era más que un acto de trámite que, como tal, ni puso fin al procedimiento ni decidió sobre el fondo del asunto en el sentido del *artículo 25 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa*.

Por lo demás tales afirmaciones se ajustan también a lo constantemente declarado por esta misma Sala y Sección (por todas, y entre las más recientes, SAN de 28 de septiembre de 2006) en la que en una impugnación de un Auto de incoación de expediente de revocación e imposición de sanción también del Tribunal de Defensa de la Competencia (expediente Carburos Metálicos) en cierto modo relacionado con el que se encuentra en el origen de las presentes actuaciones, tuvo la ocasión de decir:

"En efecto, dado el tenor de la resolución administrativa impugnada nos encontramos ante un simple acto de trámite no cualificado y, por tanto, no susceptible de ser objeto de recurso contencioso-administrativo, siendo lo determinante para la delimitación de la naturaleza del acto recurrido, no sólo la del autor del acto sino el contenido propiamente dicho del mismo y, particularmente, los efectos jurídicos que del mismo derivan y que, en el presente caso al limitar a incoar expediente de revocación sin prejuzgar ésta, nada decide sobre el fondo ni es susceptible de modificar las relaciones jurídicas preexistentes, al haberse limitado el TDC a incoar sendos expedientes cuyo resultado se desconoce, no siendo, por ello, dable a la parte anticiparse a la decisión administrativa que en su caso pueda recaer en orden a la revocación de la autorización singular en su día concedida.

En definitiva, se trata de un acto de trámite de carácter instrumental y no cualificado, que no ha puesto fin al procedimiento administrativo ni ha resuelto el fondo de la cuestión controvertida, esto es, si procede o no la revocación de la autorización concedida en su día a la recurrente y, en su caso, alguna sanción o no y en su momento, decisiones que cuando decidan ambas cuestiones podrán ser objeto del correspondiente recurso jurisdiccional."

-Igualmente ha de rechazarse el alegado relativo a la falta de motivación y falta de justificación en el cambio de criterio. Sirva a tal fin, además de todo lo razonado hasta aquí, la propia fundamentación jurídica que se contiene en la resolución impugnada en orden al fundamentar -una vez reconocido que la capacidad técnica y económica de los operadores en el mercado en cuestión les permitía a todos ellos formular ofertas individualmente- que, ello no obstante, 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 las UTE que resultó ganadora, con lo cual operando de forma individual era difícil ofertar con éxito; estrategia a la que, por lo demás, la recurrente tampoco fue ajena si bien el resultado del concurso no le fue propicio.

Motivación, en definitiva, suficiente y adecuada, a juicio de la Sala, en los términos exigidos por los

artículos 9.3 y 24 CE así como por el artículo 54 LRJPAC .

-En cuanto al principio de confianza legítima, que, según la propia jurisprudencia invocada "ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa..." y que, evidentemente, tampoco resulta aquí de aplicación cuando lo que se había ordenado, según lo dicho más arriba, era incoar un expediente sancionador, por cierto no sólo a las empresas competidoras sino también a la propia recurrente, mediante el citado acto administrativo de mero trámite.

-Y, finalmente, tampoco resulta aplicable el principio de "non venire contra factum proprium" puesto que el acto a que se refiere la recurrente no creó, modificó ni extinguió derecho alguno de la misma, ni tampoco -se insiste una vez más- definió situación jurídica individualizada alguna, limitándose a ordenar al SDC la incoación del tantas veces referido expediente dirigido a investigar si se había producido la infracción denunciada.

Ni, en fin, cabe tampoco apreciar infracción del principio de igualdad, según la recurrente "en la aplicación de la ley", garantizado por el artículo 14 de la Constitución y que, en efecto, exigiría que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas también iguales. Pero en el presente caso faltan de todo punto los requisitos precisos para reconocer una identidad de supuestos de hecho sobre los que eventualmente hubieran podido recaer las pretendidas resoluciones contradictorias que, por lo demás, si bien fueron dictadas dentro de un mismo procedimiento, al ser la primera una resolución que no prejuzga, ni en un sentido ni en otro, la decisión del fondo del asunto, resulta obvia la diferente naturaleza y finalidad así como el contenido y efectos de una y otra resolución.

6. De todo lo anterior deriva la procedencia de desestimar el presente recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

## FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad **CONTSE** , S.A. contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 31 de mayo de 2005 a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D<sup>a</sup> MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.