



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

## **RESOLUCIÓN**

**(Expte. R/AJ/027/16, AIR LIQUIDE)**

## **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

### **PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

### **CONSEJEROS**

D. Josep Maria Guinart Solà

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

### **SECRETARIO**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 9 de junio de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/027/16, AIR LIQUIDE por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por AIR LIQUIDE MEDICINAL,S.L. ( AIR LIQUIDE), al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 29 de marzo de 2016, de denegación parcial de la confidencialidad solicitada en el marco del expediente sancionador S/DC/0561/15.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Los días 14 y 15 de julio de 2015 se llevó a cabo por la Dirección de Competencia (DC) una inspección, en la sede de AIR LIQUIDE. Durante la inspección fueron recabados diversos documentos, tanto en formato papel como electrónico.
2. El 14 de enero de 2016 se notificó a AIR LIQUIDE Acuerdo de la DC por el que se incoaba expediente sancionador S/DC/0561/16 y se incorporaba al mismo determinada documentación recaba en la inspección realizada en su sede,

concediéndole diez días para solicitar y motivar la confidencialidad de la misma, aportando, en su caso, la correspondiente versión censurada.

3. El 26 de enero de 2016, AIR LIQUIDE solicitó el tratamiento confidencial de una serie de documentos entre los incorporados, aportando las versiones censuradas correspondientes y justificando la confidencialidad de los mismos.
4. Visto el escrito de AIR LIQUIDE, el 29 de marzo de 2016 la DC acordó, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la LDC, aceptar parcialmente la solicitud de confidencialidad.
5. Con fecha 11 de abril de 2016, tuvo entrada en la CNMC, recurso interpuesto por la representación de AIR LIQUIDE, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de la DC de 29 de marzo de 2016.
6. Con fecha 13 de abril de 2016, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNMC remitió copia del recurso a la DC, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
7. Con fecha 18 de abril de 2016, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 5. En dicho informe la DC considera que procede la desestimación del recurso, al no producir el Acuerdo recurrido indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses de la recurrente.
8. Con fecha 28 de abril de 2016, se admitió a trámite el recurso de AIR LIQUIDE, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
9. El 20 de mayo de 2016 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de la recurrente.
10. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 9 de junio de 2016.
11. Es interesada en este expediente AIR LIQUIDE MEDICINAL, S.L. (AIR LIQUIDE)

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente.**

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra el Acuerdo de la DC de 29 de marzo de 2016, que deniega parcialmente la solicitud de

confidencialidad solicitada por AIR LIQUIDE, en el ámbito del expediente sancionador S/0561/15.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DI, disponiendo que *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*.

En su recurso, la recurrente solicita al Consejo de la CNMC que dicte resolución por la que se declare la confidencialidad de la información solicitada.

La documentación controvertida y la argumentación de AIR LIQUIDE para solicitar su confidencialidad es la siguiente:

- Folios 147 a 148: la información que contienen ambos folios está referida a hospitales pertenecientes a un grupo empresarial privado, por lo que los datos que se facilitan no tienen carácter público. Dicha información ha sido recabada por AIR LIQUIDE gracias a su conocimiento del mercado y sus recursos internos, por lo que su divulgación al resto de competidores le causaría un grave perjuicio, proporcionando a sus competidores ventajas competitivas de forma gratuita y no justificada.
- Folios 152 y 155: la recurrente acepta que no se declaren confidenciales los datos relativos a la facturación y las condiciones comerciales, pero reitera la necesidad de mantener confidenciales ciertas expresiones del folio 152 y del folio 155, debido a que revelan el posicionamiento estratégico de las empresas del grupo Air Liquide, Air Liquide y Grupo Gasmendi, S.L., en el marco de las licitaciones públicas durante el año 2015. El conocimiento por parte de otros competidores de esta información supondría un perjuicio irreparable para AIR LIQUIDE. La recurrente manifiesta además que la propia DC ha aceptado el tratamiento confidencial de un párrafo contenido en el folio 149 en el cual se hace referencia a una de estas estrategias mencionadas, por lo que el Acuerdo de confidencialidad que se recurre no sería coherente con el propio criterio adoptado por la DC.
- Folio 158: la recurrente señala que la información contenida en dicho folio tiene importante valor estratégico y no entra dentro de las actividades que están siendo objeto de investigación en el expediente, por cuanto se refiere a un mercado distinto del afectado. Asimismo, sostiene la recurrente que su divulgación causaría un grave perjuicio para AIR LIQUIDE, pues se estaría menoscabando los esfuerzos realizados para su elaboración, en términos de inversión de tiempo empleado, y le generaría desventajas competitivas, pues tal información podría ser aprovechada por sus competidores en el mercado de construcción e instalación de infraestructuras gasistas.
- Folio 737: AIR LIQUIDE señala que dicho documento tiene carácter confidencial y estratégico por cuanto no solo contiene datos de un procedimiento de licitación

sino que además revela la metodología empleada por la compañía a la hora de evaluar los procedimientos de licitación y diseñar las ofertas a presentar. Afirma que su divulgación al resto de competidores le causaría un grave perjuicio por cuanto les permitiría, en el marco de futuros procedimientos de licitación, prever cómo AIR LIQUIDE va a evaluar las distintas opciones estratégicas para diseñar su oferta. Folios 739 y 740: la recurrente señala que los datos incluidos en dichos folios contienen información sobre los contratos y estrategias de segmentación de clientes aplicables por AIR LIQUIDE en el mercado de óxido nítrico para determinada patología. Ninguno de los datos incluidos en dichos folios es público, por cuanto la práctica habitual de contratación en relación con la comercialización de óxido nítrico consiste en negociaciones bilaterales y contratos privados en general, no públicos.

Señala asimismo, que aunque existen algunas licitaciones para óxido nítrico, dada la complejidad de su administración y debido a la importancia de su posología y monitorización, en la mayoría de los casos estas licitaciones han sido derogadas o impugnadas, por no cumplir las exigencias de los profesionales sanitarios para su administración. La recurrente señala que de hacerse pública la información contenida en estos folios, ésta sería aprovechada por sus competidores en este mercado, que no tienen el mismo conocimiento y experiencia.

Del mismo modo, señala que los listados de clientes que figuran en el folio 740 constituyen información con un alto valor estratégico, al identificar aquellos hospitales que estarían proporcionando terapias con óxido nítrico y que la divulgación de dicha información causaría un grave perjuicio a AIR LIQUIDE al haber sido elaborada tras invertir y dedicar muchos esfuerzos y recursos.

- Folios 778: la recurrente señala que este folio contiene información actualmente vigente sobre la estrategia de la compañía en relación con la presentación de ofertas en concursos públicos, por lo que su divulgación supondría un grave perjuicio para sus intereses, pues permitiría a los competidores conocer la estrategia y metodología interna que aplica la empresa a la hora de presentarse a concurso públicos.
- Folio 782: la recurrente indica que dicho folio debe mantenerse confidencial debido a que contiene valoraciones del mercado que AIR LIQUIDE ha realizado y revela su metodología interna de trabajo. Los datos que se incluyen en dicho documento son estimaciones y valoraciones internas de los operadores del mercado, que los empleados de la recurrente han elaborado gracias a su amplio conocimiento y sus continuos esfuerzos en actualizar y estar al corriente de los movimientos más relevantes que se producen en el mercado en cada zona geográfica.

Indica AIR LIQUIDE, asimismo, que el acceso a la información cuya confidencialidad solicita no es necesario para la protección de los intereses de otros interesados en el marco del expediente de referencia. La declaración de su confidencialidad no implicaría la indefensión de las otras partes, mientras que su divulgación sí perjudicaría a AIR LIQUIDE, al tratarse de información que ha sido elaborada internamente y supone un importante esfuerzo tanto en términos de

horas de trabajo como de asignación de recursos, y cuya divulgación generaría una injustificada ventaja competitiva a los competidores

En su informe de 18 de abril de 2016, la DC considera que debe entenderse ajustado a Derecho el contenido del Acuerdo de la DC de 29 de marzo de 2016. No obstante lo anterior, a la vista de las alegaciones de AIR LIQUIDE en su recurso, la DC señala que podrían tener tratamiento confidencial los siguientes datos:

- Folios 152 y 155: exclusivamente las expresiones alusivas a su estrategia del folio 152 y del folio 155, pero no el término "OFFER" incluido en ambos folios, porque esta última palabra es la que indica lo que en realidad se refleja en el folio correspondiente, que es la presentación de ofertas en un procedimiento de licitación.
- Folio 158: la DC señala que la recurrente en el escrito de solicitud de confidencialidad no motivó la confidencialidad para este documento, pero examinada la argumentación expuesta en el recurso entiende que procede aceptar dicha petición, al hacer referencia el folio a la realización de obras para la instalación de tuberías e infraestructura gasista, participando AIR LIQUIDE en estas instalaciones como empresa subcontratada por una constructora, siendo la mayoría de sus competidores, en esta actividad, constructoras y no empresas de distribución de gases medicinales.
- Folio 737: la DC considera que debe aceptarse la confidencialidad de los datos que hacen referencia a la estrategia propia de AIR LIQUIDE y Gasmendi por coherencia con lo realizado en supuestos idénticos, así como la información contenida en las dos últimas pestañas del documento Excel que hacen referencia a los Tanques de AIR LIQUIDE y GASMEDI, por considerar que la misma no tiene carácter de información pública.

En sus alegaciones de 20 de mayo de 2016, AIR LIQUIDE manifiesta que comparte la valoración de la DC relativa al carácter confidencial de determinados datos incluidos en los folios 152, 155 y 158, y por lo tanto mantiene que dichos datos son confidenciales.

Asimismo, comparte la valoración de la DC sobre el carácter confidencial de ciertos datos del folio 737 (datos que hacen referencia a la estrategia propia de AIR LIQUIDE y Gasmendi, así como la información contenida en las dos últimas pestañas del documento Excel antes referida). Sin embargo, considera que la totalidad de dicho folio debe ser declarado confidencial.

AIR LIQUIDE no comparte la valoración del Informe de la DC sobre el carácter no confidencial del resto de los documentos discutidos (folios 147,148, 739, 740, 778 y 782)

**SEGUNDO.- Sobre la declaración de no confidencialidad de determinados documentos.**

Conforme al artículo 42 LDC, *“En cualquier momento del procedimiento se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales”*.

La LDC permite que las partes en un procedimiento puedan instar la confidencialidad de determinados documentos obrantes en el mismo, sin que ello constituya un principio absoluto, matizándose por las circunstancias de cada caso, como ha señalado en reiteradas ocasiones esta Sala de Competencia (por todas Resoluciones de 5 de marzo de 2015, Expte. R/ AJ/0409/14, LABORATORIOS INDAS). Esto es, se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentran *“sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial”*.

Asimismo, la valoración de la confidencialidad debe realizarse ponderando otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contrapuestos, fundamentalmente el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento sancionador. Tal y como precisa la Comisión Europea en su Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (párrafo 24) *“En los procedimientos de conformidad con los artículos 81 y 82 del Tratado, el hecho de que una información se considere confidencial no será óbice para su revelación si tal información es necesaria para probar una presunta infracción (documento inculpativo) o puede ser necesaria para exculpar a una parte (documento exculpativo)”*.

En consecuencia, la declaración de confidencialidad no es un derecho del recurrente, sino una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y formulada siempre motivadamente.

Para evaluar si procede la declaración de confidencialidad de los documentos obrantes en un procedimiento sancionador es necesario llevar a cabo un triple análisis, tal y como ha señalado la Sala de Competencia en diferentes Resoluciones (a título de ejemplo, Resolución de 28 de enero de 2016, Expte R/AJ/117/15 RENALETTO): en primer lugar, determinar si se trata efectivamente de secretos comerciales; en segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales en su origen, estos han tenido difusión entre terceros, perdiendo en esa medida la calificación de secreto comercial; y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros, pero son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento así como para garantizar el derecho de defensa de los imputados.

Corresponde pues, con carácter previo, analizar la documentación cuyo carácter confidencial la recurrente alega, para determinar si se da o no tal condición confidencial conforme a los parámetros descritos.

**- Sobre la confidencialidad de los cuadros de hospitales (folios 147 y 148)**

Dichos folios contienen varios cuadros elaborados por AIR LIQUIDE con datos referidos a hospitales públicos y privados (nombre del hospital, ubicación, número de camas, etc.).

En el folio 147 figuran algunos hospitales que aun perteneciendo su gestión a un grupo sanitario de carácter privado, son de titularidad pública y pertenecen a la red sanitaria

pública (Hospital Universitario Infanta Elena, Hospital Universitario Rey Juan Carlos y Hospital General de Villalba). Por su parte el folio 148, incluye varios cuadros con información referida a centros hospitalarios privados.

La recurrente considera que la información contenida en ambas folios ha sido recabada gracias a su conocimiento del mercado y sus recursos internos, por lo que su divulgación al resto de competidores le causaría un grave perjuicio, proporcionando a sus competidores ventajas competitivas de forma gratuita e injustificada.

La DC, en su Acuerdo de 29 de marzo de 2016, motivó la denegación de la confidencialidad solicitada por la recurrente argumentando que parte de esa confidencialidad afectaba a información que podría tener carácter público, como los nombres de los hospitales, su ubicación o su número de camas, independientemente de que fueran hospitales privados.

Esta Sala de Competencia coincide plenamente con la DC en que, la información controvertida no reviste carácter confidencial por contener datos de carácter público. El hecho de que la recurrente pueda haber accedido a datos de hospitales de gestión privada, no desvirtúa su carácter no confidencial, pues en todo caso se trataría de datos fácilmente accesibles para otros competidores en el sector. Con mayor razón todavía, si se trata de datos referentes a otros competidores.

Por otra parte, se trata de información necesaria para el esclarecimiento de los hechos investigados en el expediente S/DC/0561/15, relativos a la existencia de posibles prácticas anticompetitivas en los mercados de licitaciones públicas y privadas para el suministro de gases medicinales, tanto de uso hospitalario como de uso domiciliario, y por tanto la solicitud de confidencialidad debe ser rechazada.

**- Sobre la confidencialidad de la presentación sobre clientes (folios 152 y 155)**

A la vista tanto de estas nuevas alegaciones que modifican lo dicho en la inicial solicitud de confidencialidad, como de lo expuesto anteriormente a nivel teórico, una vez valorados los distintos principios tutelables en juego, esta Sala resuelve aceptar la confidencialidad exclusivamente de las expresiones que encabezan ambos folios relativas a la estrategia de AIR LIQUIDE, pero no así el término “OFFER” que las acompaña, de acuerdo con el razonamientos expuesto por la DC en su informe sobre el recurso.

**- Sobre la confidencialidad del informe de proyecto hospitalarios (folio 158)**

Analizada la argumentación expuesta por la recurrente en el momento de la presentación del recurso, y coincidiendo con lo expuesto por la DC en su informe, esta Sala entiende que procede aceptar la petición de la recurrente sobre la confidencialidad solicitada para dicho folio.

**- Sobre la confidencialidad del análisis de concursos públicos (folio 737)**

El folio 737 contiene un documento Excel para uso interno que analiza la situación del mercado así como posibles estrategias de AIR LIQUIDE en relación con determinados concursos públicos del año 2008.

AIR LIQUIDE indica que la totalidad de dicho documento reviste carácter confidencial y estratégico, por cuanto contiene datos correspondientes a un procedimiento de licitación que revelan la metodología empleada por la compañía a la hora de evaluar los procedimientos de licitación y diseñar las ofertas a presentar, por lo que su divulgación al resto de competidores le ocasionaría un grave perjuicio en la medida en que les permitiría, en el marco de futuros procedimientos de licitación, prever como va a evaluar la ahora recurrente las distintas opciones estratégicas para diseñar su oferta.

En su informe la DC considera que la información que hace referencia a datos relativos a los procedimientos de licitación no puede considerarse como confidencial, si bien entiende que debe aceptarse la confidencialidad de los datos que hacen referencia a determinada estrategia propia de AIR LIQUIDE y Gasmendi por coherencia con lo realizado en supuestos idénticos, así como la información contenida en las dos últimas pestañas del documento Excel que hacen referencia a los “Tanques” de AIR LIQUIDE y Gasmendi, por considerar que la misma no tiene ese carácter de información pública. En esos estrictos términos, esta Sala entiende que procede aceptar la petición de la recurrente sobre la confidencialidad de tales datos.

No obstante, respecto a las estimaciones realizadas por AIR LIQUIDE en este documento, no justificadas en cuanto a la fuente de las mismas y su método de elaboración, esta Sala considera que debe mantenerse su carácter no confidencial. El Consejo de la extinta CNC, ha señalado en diversas ocasiones, que la mera afirmación de que estos datos deben ser protegidos porque constituyen estimaciones sobre datos confidenciales, no justifica su carácter confidencial, puesto que en la medida en que la empresa no explica cuál es la fuente ni el método de trabajo con el que elabora dichas estimaciones sobre la actividad de sus competidores, en principio y a salvo de otra explicación, debe presumirse que se trata de información de carácter público y de fácil obtención que no constituye secreto comercial y puede ser puesta de manifiesto en el expediente (véase, Resoluciones del Consejo de la CNC de 23 de junio de 2010 - R/039/10 HORMIGON Y PRODUCTOS RELACIONADOS-, de 27 de julio de 2010 - R/043/10 CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS-, y de 12 de enero de 2011 - R/056/10 MEKANO 4-).

De acuerdo con lo anterior, esta Sala de Competencia coincide con el órgano instructor que no queda suficientemente acreditada la fuente ni el método de trabajo de la elaboración de las estimaciones realizadas por AIR LIQUIDE en el citado documento, por lo que se debe mantener su carácter de no confidencial.

**- Sobre la confidencialidad del correo electrónico de 2014 y su anexo sobre contratos y clientes de óxido nítrico (folios 739 y 740)**

El folio 739 contiene un correo electrónico interno de AIR LIQUIDE con un resumen de la información incluida en un fichero adjunto que se corresponde con el folio 740. Ambos contienen información sobre contratos y estrategias de segmentación de



clientes aplicables por AIR LIQUIDE en el mercado del óxido nítrico para la patología que estaba autorizada en ese momento.

La recurrente señala que ninguno de los datos incluidos en dichos folios son públicos, por cuanto la práctica habitual de contratación en relación con la comercialización del óxido nítrico consiste en negociaciones bilaterales y contratos privados en general.

Manifiesta, asimismo, que aunque existen algunas licitaciones públicas para óxido nítrico, dada la complejidad de su administración y debido a la importancia en la posología y monitorización, en la mayoría de los casos esas licitaciones han sido derogadas o impugnadas por no cumplir las exigencias de los profesionales sanitarios en cuanto a su administración, por lo que de hacerse pública dicha información, sería aprovechada por los competidores en este mercado, que no tienen el mismo conocimiento y experiencia que AIR LIQUIDE, pues han entrado recientemente en el mismo tras haber recibido la autorización para comercializar y las indicaciones pertinentes.

Del mismo modo, afirma la recurrente que los listados de clientes que figuran en el folio 740 constituyen información con un alto valor estratégico al identificar aquellos hospitales que estarían proporcionando terapias con óxido nítrico, por lo que su divulgación causaría un grave perjuicio para sus intereses, al haber sido elaborada la misma tras invertir y dedicar muchos esfuerzos y recursos en crear un red de ventas dedicada a explorar el mercado y obtener información relevante sobre el mismo.

Por otra parte, la recurrente señala que el hecho de no declarar confidenciales dichos documentos supondría que por parte de esta DC se estaría adoptando un criterio que se apartaría de lo establecido en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente, en concreto lo determinado en su párrafo 18 relativo a los secretos comerciales, haciendo énfasis la recurrente en el ámbito de la estrategia de ventas.

Esta Sala coincide con la DC en que, a la vista del objeto del expediente de referencia, la información controvertida tiene una clara relación con las conductas investigadas en el expediente sancionador.

De acuerdo con el apartado 24 de la Comunicación de la Comisión sobre acceso al expediente *“En los procedimientos de conformidad con los artículos 81 y 82 del Tratado, el hecho de que una información se considere confidencial, no será óbice para su revelación si tal información es necesaria para probar una presunta infracción («documento incriminatorio») o puede ser necesaria para exculpar a una parte («documento exculpatario»).* En este caso la necesidad de salvaguardar los derechos de defensa de las partes permitiendo el mayor acceso posible al expediente de la Comisión puede ser superior al interés de proteger la información confidencial de las otras partes. La Comisión debe evaluar si estas circunstancias se aplican en una determinada situación. A este efecto, habrá que evaluar todos los elementos pertinentes, incluyendo:

- la importancia de la información a efectos de determinar si efectivamente se ha cometido una infracción y su valor probatorio;
- si la información es imprescindible;

- *su carácter más o menos delicado (en qué medida su divulgación podría perjudicar los intereses de la empresa o persona en cuestión);*
- *la gravedad a primera vista de la presunta infracción.*

[...]

Conforme a lo señalado por la DC en su informe de 18 de abril de 2016, la información que se contiene los folios 739 y 740 hace referencia no sólo a clientes de la recurrente, sino que se refiere también a sus competidores, y a las estrategias adoptadas respecto a ellos, incluyendo comentarios como por ejemplo “no agresión”, “mantener y respetar”, lo que puede constituir de forma evidente pieza clave de la investigación.

Desde esta perspectiva, la información contenida en los referidos folios constituye información necesaria para fijar los hechos objeto del expediente sancionador S/0561/1, en el que se analiza, tal y como se especifica en el Acuerdo de incoación de la DC de 12 de enero de 2016, la existencia de “intercambios de información y acuerdos de reparto del mercado de licitaciones públicas y privadas para el suministro de gases medicinales, tanto de uso hospitalario como de uso domiciliario”.

**- Sobre la confidencialidad de la diapositiva sobre concursos (folio 778)**

El folio 778 incluye una diapositiva de una presentación interna de AIR LIQUIDE relativa a su forma de actuación en concursos públicos.

La recurrente indica que la información contenida en dicho folio contiene su estrategia para la presentación de ofertas en licitaciones públicas, por lo que su divulgación le supondría un grave perjuicio, pues permitiría a sus competidores conocer la estrategia y la metodología que aplica a la hora de presentarse a los concursos públicos.

Al igual que se ha indicado en el apartado anterior, esta Sala comparte la valoración de la DC de que la información contenida en dicho folio resulta necesaria para determinar de forma adecuada los hechos analizados en la investigación en curso.

La estrategia de cada una de las empresas con motivo de las diferentes licitaciones convocadas por los hospitales o Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, que es a lo que se refiere este documento precisamente respecto de AIR LIQUIDE, resulta esencial para el correcto esclarecimiento de los hechos.

Debido a ello, la solicitud de confidencialidad debe ser desestimada.

**- Sobre la confidencialidad del correo electrónico de 2012 sobre gases medicinales (folio 782)**

El folio 782 contiene un correo electrónico de AIR LIQUIDE en el cual se analiza el mercado de los gases medicinales en Andalucía.

AIR LIQUIDE manifiesta que debe mantenerse la confidencialidad del documento debido a que contiene valoraciones del mercado que ha realizado y revela su metodología interna de trabajo.

Esta Sala de Competencia no comparte la alegación de AIR LIQUIDE y considera que dicha información es necesaria para poder determinar si el comportamiento de la recurrente podría corresponderse con las conductas indicadas en el Acuerdo de incoación dictado por el Director de Competencia, con fecha 12 de enero de 2016, en el cual se establece la existencia de indicios racionales de la comisión por la interesada de “una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en intercambios de información y acuerdos de reparto del mercado de licitaciones públicas y privadas para el suministro de gases medicinales, tanto de uso hospitalario como de uso domiciliario”. De ello claramente se deriva nuevamente que la estrategia de cada una de las empresas con motivo de las diferentes licitaciones convocadas por los hospitales o Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas resulta esencial para el correcto esclarecimiento de los hechos.

### **TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.**

Conforme lo señalado en el artículo 47 LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto supone verificar si el Acuerdo recurrido ha ocasionado a AIR LIQUIDE indefensión o perjuicio irreparable, lo que conllevaría la estimación del recurso.

La posible existencia de indefensión no ha sido alegada por la recurrente ni en su recurso de 11 de abril de 2016, ni en sus alegaciones de 20 de mayo, por lo que no resulta necesario analizar su posible concurrencia. En cualquier caso, la no declaración de confidencialidad de los documentos discutidos no ha supuesto la imputación de cargo alguno a la recurrente frente a la cual no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, por lo que hemos de concluir que se trata de un acto que, per se, no puede producir tal indefensión. El hecho de que AIR LIQUIDE haya podido recurrir tanto el Acuerdo de la DC de 29 de marzo de 2016 como efectuar alegaciones al informe de la DC de 18 de abril de 2016, pone de manifiesto que la actuación administrativa no ha causado ni podido causar ningún género de indefensión a la recurrente.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el art. 47 LDC para que pueda prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable *"aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración"* (ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009)

AIR LIQUIDE considera que la divulgación de la información cuya declaración de confidencialidad solicita le causaría un grave perjuicio, proporcionando a sus competidores ventajas competitivas de forma gratuita y no justificada.

Esta Sala, tal y como ha expuesto en el Fundamento anterior, entiende que la documentación controvertida no puede considerarse secreto comercial ni información cuyo conocimiento por las restantes partes del expediente pudiera causarle un perjuicio, al contener datos de carácter público y/o tener un carácter imprescindible para el esclarecimiento de los hechos.

Finalmente cabe recordar, en todo caso, que no existe peligro de divulgación a terceros operadores de la información recabada durante la inspección en la sede de AIR LIQUIDE y cuya declaración de confidencialidad la recurrente solicita, puesto que ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente, y además, sobre los interesados en este expediente pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

### HA RESUELTO

**PRIMERO.-** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por AIR LIQUIDE MEDICINAL, S.L., contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 29 de marzo de 2016 por el que se denegaba la confidencialidad de ciertos datos en el marco del expediente S/DC/0561/15, en lo referente a las expresiones que encabezan los folios 152 y 155, el folio 158 y las referencias a la estrategia de AIR LIQUIDE y Gasmendi así como la información de las dos últimas pestañas del documento Excel contenidos en el folio 737, respecto de los que se declara su tratamiento confidencial en los términos expuestos en el Fundamento Segundo.

**SEGUNDO.-** Desestimar el recurso en cuanto al resto de pretensiones, en la medida en la que el Acuerdo recurrido no produce indefensión ni causa perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, no reuniendo en consecuencia los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.