

RESOLUCIÓN (Expte. S/DC/0561/15 GASES MEDICINALES)**CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 13 de julio de 2017.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada al margen, ha dictado la presente Resolución en el expediente **S/DC/0561/15 GASES MEDICINALES**, incoado por la Dirección de Competencia contra varias empresas por supuesta infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en acuerdos de reparto del mercado en suministro de gases medicinales a hospitales y centros sanitarios en el territorio nacional.

I. ANTECEDENTES

1. Con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación de expediente sancionador, con fecha 1 de julio de 2015, la Dirección de Competencia (DC) inició una **información reservada** (S/DC/0561/15), tras tener acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de fabricación, distribución y comercialización de gases medicinales, consistentes en posibles acuerdos de reparto de mercado, de fijación de precios e intercambios de información en el marco de las licitaciones para el suministro de gases medicinales en el territorio nacional.
2. En el marco de la citada información reservada, la DC, con fechas 14, 15 y 16 de julio de 2015, realizó **inspecciones** en las sedes de las siguientes cinco empresas: (i) ABELLÓ LINDE, S.A., (ii) AIR LIQUIDE MEDICINAL,

S.L., (iii) SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS, S.A., (iv) CONTSE, S.A. y (v) PRAXAIR ESPAÑA, S.L.

3. De la información obtenida en las inspecciones domiciliarias, y tras su examen, se dedujo la posible existencia de indicios racionales de la comisión, por parte de ABELLÓ LINDE, S.A. (LINDE), AIR LIQUIDE MEDICINAL, S.L. (AIR LIQUIDE), SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS, S.A. (CARBUROS METÁLICOS), CONTSE, S.A. (CONTSE), PRAXAIR ESPAÑA, S.L. (PRAXAIR), OXIMESA, S.L. (OXIMESA), GRUPO GASMEDI, S.L. (GASMEDI), OXIGEN SALUD, S.A. (OXIGEN SALUD), VIVISOL IBÉRICA, S.L. (VIVISOL) y ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE, S.L. (ESTEVE TEIJIN), de una infracción del artículo 1 de la LDC, consistente en intercambios de información y acuerdos de reparto de mercado de licitaciones públicas y privadas para el suministro de gases medicinales, tanto de uso hospitalario como de uso domiciliario.
4. Con fecha 12 de enero de 2016, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, la DC acordó la **incoación de expediente sancionador** por conductas prohibidas en el artículo 1 de dicha LDC contra las diez empresas anteriormente citadas.
5. Durante la instrucción del expediente la DC remitió los siguientes requerimientos de información:
 - a. Con fecha 20 de enero de 2016, la DC remitió a las diez empresas incoadas **solicitudes de información** al objeto de que aportasen datos relacionados con el mercado de los gases medicinales, tanto en hospitales como para las llamadas Terapias Respiratorias Domiciliarias (folios 1304 a 1332).

Los escritos de contestación a la citada solicitud tuvieron entrada en la CNMC en los días 2 (VIVISOL, folios 2052 a 2065), 3 (CONTSE -folios 2066 a 2079- y OXIGEN SALUD -folios 2085 a 2112), 5 (ESTEVE TEIJIN -folios 2113 a 2973-, PRAXAIR -folios 2974 a 2983- y OXIMESA (folios 2984 a 2991), 8 (LINDE -folios 2992 a 3010-, AIR LIQUIDE y GASMEDI -folios 3011 a 3049) y 12 de febrero de 2016 (CARBUROS METÁLICOS (folios 3157 a 3178).

- b. Con fecha 22 de enero de 2016, se remitieron escritos de **solicitud de información** a los Servicios de Salud de seis Comunidades Autónomas, al objeto de que aportasen datos respecto de licitaciones de gases medicinales tanto en hospitales y centros de salud como en Terapias Respiratorias Domiciliarias.

Las respuestas a estos requerimientos de información tuvieron entrada en la CNMC los días 10 (SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS -folios 3050 a 3078- y SERVICIO DE SALUD DE LAS ISLAS BALEARES -folios 3079 a 3156), 16 (GERENCIA REGIONAL DE SALUD DE CASTILLA Y LEÓN, folios 3186 a 3295), 19 (SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, folios 3296 a 3319) y 22 de febrero de 2016 (INSTITUTO CATALÁN DE SALUD, folios 3321 a 3444) y,

posteriormente, el 9 de marzo y 16 de junio del mismo año (SERVICIO GALLEGO DE SALUD, folios 3457 a 3481 y 4034 a 4139)

6. El 14 de julio de 2016, el Consejo de la CNMC resolvió la **estimación parcial del recurso** interpuesto con fecha 19 de mayo de 2016 por LINDE contra el Acuerdo de la DC, de 5 de mayo de 2016, de denegación parcial de la confidencialidad solicitada por LINDE (R/AJ/037/16 ABELLO LINDE).
7. El 15 de septiembre de 2016, el Consejo de la CNMC resolvió la **inadmisión de la solicitud de revisión de oficio formulada por LINDE al objeto de que se declarara de oficio la nulidad de la Orden de Investigación** dictada por el Director de Competencia el 3 de julio de 2016 y de las actuaciones inspectoras realizadas al amparo de la misma (R/AJ/318/16, ABELLÓ LINDE 2). LINDE interpuso recurso contencioso-administrativo contra tal Resolución el 18 de noviembre de 2016.
8. El 19 de octubre de 2016 la DC formuló el **Pliego de Concreción de Hechos** (PCH), que fue notificado a las partes ese mismo día. En la notificación se informó a los incoados que, conforme con el artículo 50.3 de la LDC, podían presentar alegaciones al PCH y proponer las pruebas que consideraran pertinentes, haciéndoles saber que, transcurrido el plazo de 15 días, las alegaciones presentadas no serían tenidas en cuenta y las pruebas propuestas serían denegadas, sin perjuicio de su incorporación al expediente.
9. El 2 de noviembre de 2016, tuvieron entrada las **alegaciones** al PCH formuladas por ESTEVE TEIJIN (folios 4748 a 4750), con fecha 4 de noviembre de 2016 las formuladas por VIVISOL (folios 4751 a 4752), con fecha 16 de noviembre las formuladas por PRAXAIR y OXIMESA (folios 4759 a 5040), AIR LIQUIDE (folios 5041 a 5469), CONTSE (folios 5470 a 5506), OXIGEN SALUD (folios 5507 a 5509), GASMEDI (folios 5510 a 6005), CARBUROS METÁLICOS (folios 6006 a 6070) y LINDE (folios 6071 a 6535).
10. Conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), la DC acordó, el 28 de noviembre de 2016, el **cierre de la fase de instrucción** del expediente, siendo notificado a las partes ese mismo día.
11. El 12 de diciembre de 2016, fue notificada a las partes por la DC la **Propuesta de Resolución**. En la misma la DC considera que cinco de las empresas incoadas, **CONTSE, S.A., ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE, S.L., OXIGEN SALUD, S.A., OXIMESA S.L. y VIVISOL IBÉRICA, S.L. no son responsables de la infracción del artículo 1 de la LDC investigada, al no haberse acreditado su participación** en la misma.
12. Con fecha 22 de diciembre de 2016, tuvo entrada escrito de **alegaciones** a la PR presentado por OXIGEN SALUD (folios 7639 a 7641). Con fecha 27 de diciembre de 2016, tuvo entrada escrito de **alegaciones** a la PR presentado por VIVISOL (folios 7642 a 7643). Con fecha 29 de diciembre de 2016, tuvo entrada escrito de **alegaciones** a la PR presentado por CARBUROS

METÁLICOS conteniendo la solicitud de celebración de vista y de práctica de prueba (folios 7647 a 7671). Con fecha 30 de diciembre de 2016, tuvieron entrada escritos de **alegaciones** a la PR presentados por: GASMEDI (folios 7675 a 7732), AIR LIQUIDE (folios 7736 a 7958), PRAXAIR (folios 7964 a 7999), OXIMESA (folios 8003 y 8004) y LINDE (folios 8008 a 8133).

13. El 9 de enero de 2017, la DC **elevó su Informe Propuesta de Resolución (PR)** a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.
14. Con fecha 17 de enero de 2017 tuvo entrada el escrito de **alegaciones** a la PR de ABELLÓ LINDE (folios 8231-8245).
15. Con fecha 25 de mayo de 2017, la Sala de Competencia de la CNMC acordó **requerimiento de información del volumen de negocios total en 2016** de las empresas incoadas, lo que supuso la **suspensión** del plazo máximo para resolver el expediente, lo cual fue notificado a las interesadas. Superado el plazo de 10 días previsto en el Acuerdo de 25 de mayo, la suspensión acordada se levantó con efectos de 10 de junio de 2016, continuando el cómputo del plazo para dictar Resolución.
16. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 13 de julio de 2017.
17. Son interesadas en este expediente:
 1. ABELLO LINDE, S.A.
 2. AIR LIQUIDE MEDICINAL, S.L
 3. CONTSE, S.A
 4. ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE, S.L
 5. GRUPO GASMEDI, S.L.U
 6. OXIGEN SALUD, S.A.
 7. OXIMESA, S.L
 8. PRAXAIR ESPAÑA, S.L
 9. SOCIEDAD ESPAÑOLA CARBUROS METALICOS,S.A
 10. VIVISOL IBERICA, S.L

II. LAS PARTES

Las partes interesadas en el presente expediente, tal y como consta en el PCH de la DC, son las siguientes¹:

1. ABELLÓ LINDE, S.A. (LINDE)

ABELLÓ LINDE es una empresa dedicada, principalmente, a la fabricación y distribución de gases del aire (oxígeno, nitrógeno, argón), para su aplicación en los ámbitos industrial, alimentario y medicinal.

ABELLÓ LINDE, S.A. es una filial española de THE LINDE GROUP, grupo internacional con más de 600 empresas afiliadas en más de 100 países y con

¹ Información extraída por la DC de las diferentes páginas web de las entidades.

alrededor de 63.500 empleados. La división encargada de los gases medicinales se denomina LINDE HEALTHCARE.

En España, cuenta con 10 centros de producción y envasado que dan servicio a más de 21.000 clientes, contando con una red de distribución que se divide en cuatro regiones: Nordeste, Levante, Centro y Sur, con un total aproximado de 380 empleados.

2. AIR LIQUIDE MEDICINAL, S.L. (AIR LIQUIDE)

AIR LIQUIDE es una sociedad creada en 1909, filial del GRUPO AIR LIQUIDE, uno de los mayores grupos dedicados a la producción y comercialización de gases industriales y medicinales. Inició su andadura con el nombre de sociedad Española de Oxígeno.

Es especialista en gases de usos sanitarios. Fabrica y suministra gases medicinales; desarrolla, instala y mantiene los equipamientos.

Sus especialidades farmacéuticas son gases medicinales utilizados particularmente en las áreas de anestesia-reanimación, del tratamiento del dolor y de las deficiencias respiratorias. También comercializa dispositivos médicos utilizados en situaciones especiales y gases de análisis imprescindibles para los diagnósticos y los seguimientos de los cuidados de los pacientes.

3. CONTSE, S.A. (CONTSE)

CONTSE es un laboratorio farmacéutico de gases acreditado por la Agencia Española de Medicamentos para la producción y envasado de gases medicinales, con dos centros ubicados en San Sebastián de los Reyes (Madrid) y en Palencia.

CONTSE se dedica a la manipulación de gases licuados, su gasificación, envasado en recipientes a presión y su comercialización.

4. ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE, S.A. (ESTEVE TEIJIN)

ESTEVE TEIJIN es una *joint venture* entre ESTEVE (laboratorio farmacéutico español que centra sus actividades principales en dos grandes campos: el ámbito farmacéutico y el de los principios activos o química fina farmacéutica) y TEIJIN PHARMA (empresa líder en Japón en terapias respiratorias domiciliarias, activa en el sector de las terapias respiratorias domiciliarias).

Con anterioridad a su actual denominación, la empresa se llamó ESTEVE TEIJIN ESPAÑA, tras la adquisición en el año 2009 de la empresa OXIMEPLUS, S.A.

5. GRUPO GASMEDI, S.L.U. (GASMEDI)

GASMEDI nace en 1996 con el objetivo de convertirse en un operador de referencia en el mercado español de terapias respiratorias domiciliarias y de suministro de gases medicinales.

GASMEDI cuenta con dos divisiones principales: la División de Terapias Respiratorias a Domicilio -para el tratamiento en casa del paciente de

patologías de carácter respiratorio- y la División Hospitalaria –dedicada al suministro de gases medicinales a hospitales- prestando sus servicios tanto en el ámbito de la sanidad pública, fruto de los concursos públicos en los que ha resultado adjudicataria, como en el de la sanidad privada, mediante contratos suscritos con compañías privadas de salud y seguros médicos.

Con fecha 5 de septiembre de 2012, el Consejo de la CNC autorizó la operación de concentración económica por la que el GRUPO L’AIR LIQUIDE pasaba a ostentar el control exclusivo sobre el GRUPO GASMEDI, S.L. (Expte. C/0458/12).

6. OXIGEN SALUD, S.A. (OXIGEN SALUD)

OXIGEN SALUD nació a principios de los años 70. La empresa se creó para suministrar oxígeno medicinal comprimido a domicilio a los pacientes con dolencias respiratorias crónicas.

Actualmente OXIGEN SALUD ofrece asistencia de terapias respiratorias domiciliarias a más de 20.000 pacientes. La empresa también suministra equipos de electromedicina y gases medicinales a hospitales y centros sanitarios.

7. OXIMESA, S.L. (OXIMESA)

OXIMESA nació en 1966 como Compañía de Oxigenoterapia Domiciliaria. Prácticamente desde entonces se estableció un vínculo empresarial con PRAXAIR (entonces Argón) para el suministro de Oxígeno.

En 1993, después de un periodo de progresiva integración, OXIMESA para formar parte del grupo PRAXAIR.

8. PRAXAIR, S.L.U. (PRAXAIR)

PRAXAIR es una empresa dedicada a la fabricación, distribución y venta de gases tanto de aplicación industrial como medicinal.

PRAXAIR es filial de la compañía estadounidense PRAXAIR INC., que está presente en más de 50 países, contando con alrededor de 27.000 empleados.

9. SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS, S.A. (CARBUROS METÁLICOS)

CARBUROS METÁLICOS es una compañía activa en el sector de gases industriales y medicinales que produce, distribuye y vende gases para múltiples sectores: metalurgia, vidrio, aguas, alimentación, medicinal, energía, petroquímica, laboratorios, congelación, refrigeración, enología, ocio y bebidas.

Desde 1995, pertenece al grupo norteamericano AIR PRODUCTS, que cuenta con más de 20.000 empleados en más de 50 países, ofreciendo además de gases, materiales de alto rendimiento e intermedios químicos.

10. VIVISOL IBÉRICA, S.L. (VIVISOL)

VIVISOL es una filial del GRUPO VIVISOL, uno de los principales grupos europeos que operan en las curas domiciliarias, dedicándose en particular al área respiratoria, o la oxigenoterapia, la ventilación mecánica, el diagnóstico y

cura del síndrome de las apneas obstructivas del sueño, la nutrición artificial, la telemedicina, y distintos aspectos de asistencia sanitaria.

El grupo VIVISOL forma parte del Grupo SOL, con sede en Monza (Italia), activo en la producción, investigación aplicada y comercialización de gases técnicos, puros y medicinales y presencia en 23 países europeos, en India, Marruecos y Turquía.

III. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

1. Marco normativo

Tal como expone la DC en el PCH (párrafos 31 a 56), los gases medicinales están considerados como medicamentos de uso humano, cuya fabricación y dispensación requieren de una autorización administrativa previa por parte de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS).

El artículo 52 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, considera, en su apartado 1, que *“los gases medicinales son medicamentos que estarán sujetos al régimen previsto en esta Ley, con las particularidades que reglamentariamente se establezcan”*.

Asimismo, en el apartado 2 del citado artículo se indica que *“las empresas titulares, importadoras y comercializadoras de gases medicinales licuados podrán suministrarlos, conforme determinen las autoridades sanitarias competentes, a los centros de asistencia sanitaria, de atención social a los pacientes con terapia respiratoria a domicilio, así como a los establecimientos clínicos veterinarios legalmente autorizados. A tales efectos, se entenderá por gases medicinales licuados el oxígeno líquido, nitrógeno líquido y protóxido de nitrógeno líquido así como cualesquiera otros que, con similares características y utilización, puedan fabricarse en el futuro”*.

El procedimiento para la autorización de los gases medicinales está contenido en el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente.

El citado Real Decreto define, en su artículo 2, apartado 32, los gases medicinales indicando lo siguiente: *“Gases medicinales: Es el gas o mezcla de gases destinado a entrar en contacto directo con el organismo humano y que, actuando principalmente por medios farmacológicos, inmunológicos o metabólicos, se presente dotado de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias. Se consideran gases medicinales los utilizados en terapia de inhalación, anestesia, diagnóstico «in vivo», o para conservar y transportar órganos, tejidos y células destinados al trasplante, siempre que estén en contacto con ellos. Se entenderá por gases medicinales licuados, el oxígeno líquido, nitrógeno líquido y protóxido de nitrógeno líquido, así como cualquier otro que con similares características y utilización, puedan fabricarse en el futuro”*.

2. Mercado de producto

Del análisis realizado por la DC en el PCH (párrafos 57 a 69), no existe una clasificación rígida de los gases medicinales. En función del consumo se podrían distinguir: i) Gran consumo, que representan el 80% del consumo del hospital (como Oxígeno, Protóxido u Óxido Nitroso, Nitrógeno, Aire Medicinal) y se distribuyen a las unidades terminales desde el depósito criogénico y ii) Bajo consumo que son habitualmente gases especiales como dióxido de carbono, hexafluoruro de azufre, octafluoropropano, etorex. Son usados en pequeñas cantidades en aplicaciones definidas, suministrándose habitualmente en botellas.

El suministro de gases medicinales en los centros sanitarios tiene una sólida implantación y un aumento constante de consumos y tipos de terapias. Así, los hospitales necesitan una gran variedad de gases para llevar a cabo su actividad diaria. Estos gases constituyen un grupo muy heterogéneo con diversas presentaciones y envases, distintas vías de administración dosificación y posología.

Los gases medicinales suministrados a hospitales tienen los siguientes usos: i) facilitar la función respiratoria de los pacientes que lo necesiten, ii) como elementos de apoyo en diagnósticos, anestesia, esterilización de material quirúrgico, técnicas de endoscopia, laparoscopia, láser, resonancia magnética nuclear, cirugía oftálmica y conservación de muestras y órganos, y iii) calibrado de equipos de medidas en laboratorios clínicos.

En precedentes comunitarios² y nacionales³ se ha analizado el sector de los gases medicinales, estableciéndose la existencia de dos mercados de gases medicinales: la provisión de gases medicinales para cuidados domiciliarios y la provisión de gases medicinales a hospitales.

En los citados precedentes, la diferenciación entre ambos mercados se basó en los siguientes argumentos: i) desde el punto de vista de la oferta los materiales utilizados para la prestación de cuidados domiciliarios tienen una naturaleza diferente a los utilizados en los hospitales ya que son más ligeros, de menor precio, y pueden transportarse fácilmente, ii) los recursos que se precisan en cada caso también son diferentes ya que los hospitales tienen instalaciones de almacenamiento que permiten el suministro de gases a granel y iii) a diferencia de los cuidados domiciliarios, los hospitales no necesitan la provisión de personal cualificado para el seguimiento y monitorización de los pacientes y equipos, ya que disponen de su propio personal para estas funciones.

Desde el punto de vista de la demanda, tampoco pueden considerarse intercambiables los cuidados prestados a los enfermos en sus propios

² Decisión de la Comisión Europea de 18 de abril de 2012, caso COMP/M.6504 LINDE/AIR PRODUCTS HOMECARE.

³ Resolución del Consejo de la CNC de 5 de septiembre de 2012, Expte. C-0458/12 AIR LIQUIDE/GASMEDI.

domicilios con los destinados a los pacientes hospitalizados, siendo en todo caso, servicios complementarios.

Dentro de los servicios de cuidados domiciliarios, en los citados precedentes se diferenció entre cuidados respiratorios y no respiratorios, debido a que los primeros exigen más tiempo y atención a los pacientes, diferentes equipos y tecnología y personal con mayor nivel de conocimientos. En cuanto a los cuidados no respiratorios, estos incluyen cuidados domiciliarios relacionados con distintas patologías, destacando el síndrome de la muerte súbita infantil.

Asimismo, dentro de los cuidados respiratorios, en los precedentes citados, la Comisión Europea valoró una ulterior división de los cuidados respiratorios en dos grupos: i) mediante terapias de oxígeno, a su vez aplicables en tres modalidades: líquido (LOX), gaseoso (GOX) y concentrado (COX), y ii) otras terapias respiratorias (no oxígeno) como la ventilación, prevención de la apnea del sueño e inhalación de aerosoles. Sin embargo, la Comisión no llegó a una conclusión definitiva respecto a la necesidad de segmentar estos tipos de terapias en mercados diferenciados.

En los citados precedentes comunitarios la Comisión no tuvo que examinar específicamente el mercado de suministro de gases medicinales a hospitales aunque realizó un examen del mercado de producción y venta de gases industriales.⁴

En dicho examen la Comisión determinó que la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda de los gases medicinales respecto a los gases industriales es limitada, porque algunos consumidores como los hospitales en el caso del sector farmacéutico y sanitario, sólo pueden usar gases etiquetados, que aseguran su calidad y trazabilidad. Sin embargo, las investigaciones de la Comisión demostraron la existencia de cierta sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta de los dos grupos de gases, puesto que los gases medicinales, distribuidos tanto en cisternas como en botellas, son producidos en las mismas plantas y a partir de la misma fuente que los gases industriales, sometiéndose a análisis posteriores para cumplir las regulaciones correspondientes sobre trazabilidad y calidad. La Comisión dejó abierta la cuestión de si los gases medicinales constituyen un mercado de producto distinto de los gases industriales.

Por otro lado, para facilitar la comprensión del expediente tramitado y para el mejor conocimiento del funcionamiento del mercado afectado por las conductas investigadas se recoge a continuación la descripción de los principales métodos de adquisición de gases medicinales para su suministro a hospitales y centros de salud, que expuso la DC en los párrafos (38) a (56) del PCH.

A este respecto la DC señala que cabe distinguir entre las adquisiciones realizadas por los hospitales y centros de salud de titularidad pública y aquéllos de titularidad privada. Esa diferenciación también ocurre respecto a las Terapias Respiratorias Domiciliarias (TRD).

⁴ Decisión de la Comisión Europea, de 6 de junio de 2006, caso COMP/M.4141 LINDE/BOC

En cuanto a la contratación de los gases medicinales para centros de titularidad privada, tal y como han manifestado la mayoría de las empresas interesadas en el expediente en sus respuestas a requerimientos de información efectuados a la DC, la forma más habitual es mediante el contacto directo entre los grupos hospitalarios y las empresas suministradoras, al objeto de que por parte de los primeros se soliciten ofertas y se produzcan entre ellos negociaciones bilaterales.

Por el contrario, la adquisición de gases medicinales en los hospitales y centros de salud de titularidad pública se lleva a cabo mediante los diferentes procedimientos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Estos procedimientos y licitaciones públicas son realizados por las diferentes Comunidades Autónomas a través de sus Servicios de Salud o bien por los Hospitales públicos pertenecientes a dichas Comunidades.

Tal y como se regula en el apartado 1 del artículo 109 de la LCSP, la celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de dicha Ley.

Los procedimientos de licitación para el suministro de gases medicinales en los centros de titularidad pública suelen adjudicarse siguiendo las normas del procedimiento abierto, contenidas en los artículos 157 y siguientes de la LCSP y por el que todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores.

En determinadas ocasiones, algunas Comunidades Autónomas, como la Comunidad Autónoma de Madrid o el Principado de Asturias, llevan a cabo convocatorias de suministro de gases medicinales a través de la figura denominada Acuerdo Marco, regulada en los artículos 196 a 198 de la LCSP. El órgano contratante podrá concluirlos con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada. Sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente partes en aquél.

La duración de los contratos de suministro de gases medicinales varía entre dos y cuatro años, no pudiendo exceder en ningún caso de seis años.

3. Mercado geográfico

La Comisión Europea, en el precedente citado anteriormente (caso COMP/M.6504 LINDE/AIR PRODUCTS HOMECARE), señaló que, en relación con los servicios de cuidados domiciliarios, la dimensión del mercado es nacional debido principalmente a que el suministro se lleva a cabo en su gran mayoría mediante procedimientos de licitaciones públicas y a que el régimen

regulatorio, la estructura de la oferta y los precios del sector se organizan sobre una base nacional.

Respecto al suministro de gases medicinales a hospitales, la Comisión concluyó que la dimensión relevante, cualquiera que sea su forma de suministro o contenedor, es nacional.

En el precedente nacional citado, Resolución del Consejo de la CNC de 5 de septiembre de 2012, Expte. C-0458/12 AIR LIQUIDE/GASMEDI, se procedió a examinar: (i) los mercados nacionales de servicios domiciliarios de cuidados respiratorios, dividiéndose este en segmentos de oxígeno en sus distintas modalidades (COX, LOX y GOX) y no oxígeno (Apnea, ventilación y aerosoles), (ii) el mercado nacional de servicios domiciliarios de cuidados no respiratorios y (iii) el mercado nacional de provisión a hospitales de gases medicinales en sus dos segmentos de tanques y botellas.

III. HECHOS ACREDITADOS

En el presente expediente los hechos considerados acreditados por la Dirección de Competencia, están basados en la información obtenida a raíz de las inspecciones llevadas a cabo los días 14, 15 y 16 de julio de 2015 en las sedes de LINDE, AIR LIQUIDE, CARBUROS METÁLICOS, CONTSE y PRAXAIR y que fue recabada en soporte físico y digital.

Asimismo, además de los requerimientos de información a las partes, la DC ha analizado la información aportada a requerimiento del órgano de instrucción por seis Servicios de Salud de otras tantas Comunidades Autónomas (de Castilla y León, Cataluña, Galicia, Iles Balears, Madrid y Principado de Asturias), relativa a licitaciones de gases medicinales tanto en hospitales y centros de salud como en terapias respiratorias, con objeto de verificar la posible existencia de conductas prohibidas por la LDC en relación a la participación de las empresas imputadas en varios expedientes de licitación ejecutados por dichos servicios de salud.

Los hechos considerados probados por la DC quedaron consignados en los párrafos (73) a (100) del PCH. No obstante, conforme a lo dispuesto en el artículo 68.1 de la LDC, que determina que las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, determinadas conductas acreditadas en el expediente, fueron consideradas por el órgano de instrucción en el propio PCH como prescritas, al no existir continuidad acreditada entre las mismas y el resto de las conductas acreditadas en la investigación, como se expondrá más adelante.

Adicionalmente, la DC, tras la recepción y valoración de las alegaciones presentadas por las partes imputadas al PCH, modificó en la Propuesta de Resolución su valoración originaria, de forma que restringe la consideración inicial sobre la acreditación de la **infracción del artículo 1 de la LDC, que queda delimitada a acuerdos de reparto de mercado en suministro a hospitales y centros sanitarios que se habrían materializado durante los**

años 2012 a 2014, con base exclusivamente a los hechos recogidos en los párrafos (81), (82), (83), (84), (93), (96) y (97) del PCH.

Así pues, la DC en su propuesta de resolución elevada a esta Sala considera acreditados los siguientes hechos en relación a la participación de cinco de las empresas imputadas en los siguientes expedientes de contratación pública.

1. Concurso del Servicio Gallego de Salud (SERGAS) de 2012.

Según expone la DC en los párrafos 81 y 83-84 del PCH, el SERGAS convocó en 2012 un concurso para el suministro de gases medicinales a diferentes centros hospitalarios (expte. MI-SER1-12-013). En dicho concurso la apertura pública de ofertas económicas se realizó el 13 de agosto de 2012, acordándose la adjudicación definitiva en noviembre de 2012.

En dicha adjudicación definitiva AIR LIQUIDE resultó ganadora de los lotes correspondientes a Coruña y Santiago de Compostela, CARBUROS METÁLICOS del lote correspondiente a Pontevedra, GASMEDI resultó adjudicataria de los lotes de Ourense, Ferrol y Lugo y PRAXAIR, finalmente, se adjudicó el lote correspondiente a Vigo.

Según indica el párrafo (81) del PCH unas anotaciones manuscritas incluidas en un cuaderno denominado “libreta 2011”, localizado durante la inspección realizada en la sede de AIR LIQUIDE en el despacho de uno de sus empleados, coinciden casi en su totalidad con la adjudicación definitiva de dicho concurso (folio 3522): “SERGAS. Coruña ALM/CM; Ferrol ALM; Santiago ALM; Vigo ALM PRX; Lugo GASMEDI; Ourense GASMEDI; Pontevedra CM; Fin de año”.

Por su parte, los párrafos (83) y (84) del PCH mencionan un correo electrónico interno de AIR LIQUIDE, de fecha 19 de abril de 2012 que adjunta dos hojas Excel, indicando: “Así quedaría el panorama con el nuevo escenario (ver detalle fichero adjunto)” (Folio 3647). En la segunda hoja se indican los centros sanitarios, su ubicación, las ventas realizadas durante el año 2011 y los proveedores que las realizaron. Asimismo, se indican las ventas previstas durante el año 2012 y los proveedores que las realizarán.

2. Concurso en el Principado de Asturias de 2014

Según expone la DC en el párrafo (93) del PCH con fecha 27 de diciembre de 2013 el Principado de Asturias convocó un concurso de gases medicinales para el Hospital Universitario Central de Asturias (HUCA), el Hospital Monte Naranco y los Centros de Salud del Área Sanitaria 4 del Principado de Asturias. Dicho concurso fue publicado en el BOE con fecha 9 de enero de 2014, y fue finalmente adjudicado a AIR LIQUIDE, mediante Resolución de 1 de abril de 2014.

En un correo electrónico interno de LINDE, de fecha 12 de diciembre de 2013, se informa sobre el citado concurso, señalando lo siguiente (subrayado añadido por la DC) (folios 837-838):

“Supongo que ya tenéis la información, pero por si acaso: en el HUCA está Gasmedi en líquidos y Air Liquide en comprimidos; y en el Montenaranco está Praxair. Nos comentó que, como es lógico, tanto Gasmedi como AL como Praxair están “nerviosos” por el concurso y no quieren perder su parcela, Están hablando con él todos para convencerle de que proteja cada una de las parcelas y que se quede todo como está. Él es totalmente contrario a esto. Dice que quiere un concurso abierto a todas las empresas, que no va a favorecer ni a proteger a nadie y que le gustaría mucho que Linde se presentara al concurso”.

Posteriormente, consta que dicho correo electrónico fue reenviado asimismo por el responsable de suministro de gases a hospitales al responsable de gases medicinales, ambos de LINDE, con fecha 12 de diciembre de 2013 (folios 837 a 839).

3. Estrategias de AIR LIQUIDE en 2012 y 2014

Según expone la DC en el párrafo (82) del PCH en un correo electrónico interno de AIR LIQUIDE, fechado el 28 de marzo de 2012, se indica lo siguiente (folio 782, subrayado añadido):

“Málaga + Granada + Jaén + Melilla

PRAXAIR:

Estrategia.

Respetar a los clientes ALM (no los visita) es muy competitivo en los nuevos negocios, tiene buenas referencias en los clientes que han trabajado con ellos (Hospital de la Axarquía)”.

Posteriormente, tal y como se recoge en los párrafos (96) y (97) del PCH, en un correo electrónico de AIR LIQUIDE, enviado el 11 de abril de 2014 una empleada de la empresa informaba al Director General y al Director del área de atención hospitalaria de la empresa, de las estrategias a desarrollar usando varias veces las expresiones “mantener clientes ALM”, “no tocar clientes LINDE”, “COMPARTIDOS: trabajar los Corales”.

El fichero adjunto a dicho correo es un documento Excel que consta de varias hojas. En la hoja “Estrategia por Segmentos” existen dos cuatros titulados “Clientes Linde” y “Clientes Compartidos”, en los que se reflejan, con respecto a cada uno de los clientes, comentarios tales como: “NO AGRESION”, “LUCHAR”, “MANTENER Y RESPETAR”, “DEFENDER”, “ABANDONAR”, “LUCHAR EL SERGAS SI SALE PROVEEDOR UNICO” (véase en especial el folio 740).

Como se ha anticipado, junto a los hechos reseñados *supra*, la DC recoge en los párrafos (73) a (100) del PCH una serie de hechos que considera acreditados en el expediente pero que, finalmente, no han sido imputados como conducta infractora de la LDC a ninguna de las diez empresas inicialmente incoadas, incluidas las cinco finalmente consideradas responsables en la PR.

Los hechos consignados como acreditados en el PCH se reseñan a continuación:

1. Conductas consideradas prescritas conforme a la prueba acreditada recabada en el presente expediente:

Como ya señaló la DC en el párrafo (131) del propio PCH y ratifica en el párrafo (44) de la PR, las conductas acreditadas en los años 2000 y 2001 referidas a reuniones celebradas entre empresas y a la estrategia de LINDE expuestas en los párrafos (74) a (77) del mismo documento, al no existir continuidad acreditada entre las mismas y el resto de las conductas acreditadas en la presente investigación, se consideran prescritas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68.1 de la LDC respecto a la prescripción de infracciones muy graves a los cuatro años.

- Documento interno de LINDE de 2000 (párrafos 74-76 PCH, folio 415)
- Anotaciones manuscritas de directivo de LINDE de 2001 (párrafo 77 del PCH, folios 419-420)

2. Conductas acreditadas no imputadas a ninguna empresa

En su respuesta a varias de las alegaciones presentadas por las empresas imputadas a los hechos descritos en el PCH la DC señala expresamente que determinados hechos incluidos en el mismo se consideran acreditados si bien no han podido ser imputados como prueba de cargo a ninguna de las empresas por lo que no deben considerarse incluidos en la imputación realizada.

Se trata de los hechos consignados en los párrafos 86-87 y 90-95 del PCH que afectan a los siguientes procedimientos de licitación:

- Acuerdo Marco Comunidad de Madrid para contratación de gases medicinales (párrafos 86 y 87 del PCH)
- Correos y documentación internos de LINDE de 2013 y 2015 referidas a concursos Andalucía, Baleares y Asturias (párrafos 90 y 92-93 del PCH)
- Presentaciones internas de AIR LIQUIDE de 2014 (párrafos 94 y 95 PCH)

3. Conductas cuya imputación se modifica en la PR

Como se ha expuesto, a la vista de las alegaciones formuladas por las empresas incoadas al PCH, la DC ha modificado en su Propuesta de Resolución su valoración originaria de determinados hechos inicialmente considerados como infracción cometida por alguna de las cinco empresas

incoadas. Se trata de los hechos expuestos en los párrafos 78-79, 88-89, 98 y 100 del PCH que corresponden a determinados procesos de licitación, así como a presentaciones internas realizadas por las propias empresas:

- Anotaciones manuscritas sobre “Libreta 2011 de AIR LIQUIDE”
- Concurso del Servicio Catalán de Salud para Terapias Respiratorias Domiciliarias en 2008 (párrafo 79 PCH)
- Concurso en el Principado de Asturias de 2012 (párrafo 85 PCH)
- Correo interno de LINDE de 2013: concursos en Baleares (párrafo 88 y 89 PCH)
- Presentación de PRAXAIR de 2015 (párrafo 100 PCH)
- Acuerdo Marco del Principado de Asturias de 2015 (párrafo 98)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- COMPETENCIA PARA RESOLVER

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete “aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”, y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”.

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

SEGUNDO.- OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

En el presente expediente sancionador esta Sala debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la DC, que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las prácticas investigadas constituyen una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, tras la valoración final de los hechos acreditados realizada por la DC en la PR, se trataría en el presente expediente de una conducta presuntamente realizada durante la vigencia de la Ley 15/2007, siendo, por tanto, esta Ley la que cabe aplicar en el presente procedimiento.

TERCERO.- PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Finalizada la instrucción del expediente, teniendo en cuenta la información obrante en el mismo, la DC entiende acreditada la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, constitutivas de infracción muy grave,

consistentes un reparto de mercado entre las empresas suministradoras de gases medicinales que conforman una infracción única y continuada que se habría materializado a través de la manipulación de los procedimientos de licitación pública convocados por los Servicios de Salud autonómicos o por los propios hospitales y centros sanitarios, para el suministro de gases medicinales a los hospitales realizadas, al menos, desde 2012 a 2014, con duraciones parcialmente distintas en función de las empresas partícipes.

La DC considera responsables de esta infracción a ABELLÓ LINDE, S.A., AIR LIQUIDE MEDICINAL, S.L., GRUPO GASMEDI, S.L., PRAXAIR ESPAÑA, S.L. y SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CARBUROS METÁLICOS, S.A.

Por el contrario, el órgano instructor entiende que las también incoadas CONTSE, S.A., ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE, S.L, OXIGEN SALUD, OXIMESA, S.L. y VIVISOL IBÉRICA, S.L. no son responsables de la precitada infracción del artículo 1 de la LDC, al no haberse acreditado su participación en la misma.

CUARTO.- VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

Esta Sala de Competencia coincide con la Dirección de Competencia en que de la instrucción realizada en el expediente se puede deducir, dadas las evidencias recabadas y descritas en el apartado de Hechos Acreditados, la existencia de indicios de una conducta consistente en acuerdos de reparto de mercado entre empresas suministradoras de gases medicinales a hospitales y centros sanitarios.

De conformidad con el material probatorio recabado, estas actuaciones podrían haberse iniciado en el año 2000 y se estarían desarrollando hasta el momento de las inspecciones domiciliarias realizadas en julio de 2015. Ahora bien, considerando lo dispuesto en el artículo 68.1 de la LDC, que determina que las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, la Dirección de Competencia considera que las infracciones acreditadas en los años 2000 y 2001 habrían quedado prescritas a los efectos del presente expediente sancionador⁵. Las conductas finalmente imputadas a las empresas incoadas en la Propuesta de Resolución no son anteriores a 2012⁶. En conclusión, las conductas sancionables atendiendo a la instrucción realizada lo serían, en su caso, desde el año 2012 en adelante.

La Resolución del Expediente S/106/08 ALMACENES DE HIERRO, de 17 de mayo de 2010, confirmada por la Sentencia la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2013, y por el Tribunal Supremo con fecha 14 de noviembre de 2013 (rec. 1523/2013), señala que *“ el hecho de que no exista prueba directa en determinados años (de octubre de 1999 a abril de 2001 y de diciembre de 2002 a noviembre de 2004) de las actividades que, evaluadas en su conjunto, integran una infracción única, no impide en Derecho concluir que ésta*

⁵ Párrafo (131) del PCH.

⁶ Párrafo (227) de la PR.

infracción continuaba estando activa, por cuanto existe abundante prueba de hechos posteriores a esos periodos de tiempo, que acreditan la persistencia del objetivo final y único que permite inscribir todas esas conductas o actividades en un plan conjunto o estrategia anticompetitiva”⁷.

De igual modo, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Octava), de 19 de mayo de 2010 (asunto T-18/05), ha señalado que los periodos no excesivos de interrupción de la conducta no rompen la continuidad de la misma: *“Sin embargo, habida cuenta de que las demandantes reanudaron y repitieron, tras un período ligeramente superior a dieciséis meses, su participación en una infracción que se trata de la misma práctica colusoria en la que habían participado antes de la interrupción, identidad que no ponen en duda, no resulta aplicable la prescripción en el sentido del artículo 25 del Reglamento núm. 1/2003”.*

La Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004 (asuntos acumulados C-204/00 p, C- 211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 p, Aalborg Portland A/S, § 258 a 261) concreta que: *“(…) En el marco de un acuerdo global, que dura varios años el transcurso de algunos meses entre las manifestaciones del acuerdo tiene poca importancia. Por el contrario, el hecho de que las diferentes acciones se inscriban en un “plan conjunto” debido a su objeto idéntico es determinante”.*

Sin embargo, como ya expuso esta Sala en su resolución de 5 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0525/14 CEMENTOS) cuando los periodos en los que no se ha obtenido prueba de la conducta imputada alcanzan o superan los tres años, a la luz de la jurisprudencia aplicable conviene considerar que dichos periodos sin prueba rompen la continuidad de la conducta y permiten apreciar la prescripción de las conductas más antiguas.

En el presente expediente el lapso temporal entre los diversos hechos en los que se ha obtenido prueba de la conducta es mucho más extenso, por lo que a la vista de la jurisprudencia y de los precedentes citados, debe apreciarse la falta de continuidad de la conducta y aceptar la prescripción señalada por la DC respecto a los hechos de 2000 y 2001.

Por otro lado, entre las alegaciones presentadas relativas a la falta de acreditación de la conducta por las cinco empresas respecto de las que la DC mantiene la imputación, éstas se refieren a la ausencia de prueba directa e imputación de conductas basada exclusivamente en documentos elaborados por terceros, internos y no intercambiados entre sí. Sostienen, así, el incumplimiento de los requisitos jurisprudenciales para aplicar la prueba de indicios y la interpretación errónea de los documentos incorporados al

⁷ En el mismo sentido, Resolución de esta Sala de Competencia de 5 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0525 CEMENTOS)

expediente en los que la DC basa la acreditación de la infracción, para los que las empresas formulan explicaciones alternativas razonadas.

Como esta Sala de Competencia ha afirmado en otras resoluciones, uno de los mayores obstáculos a los que se enfrentan las autoridades de competencia en su lucha contra las prácticas anticompetitivas es la obtención de pruebas de su existencia, ya que la propia experiencia de las empresas contribuye a la confección de entramados cada día más sofisticados que dificultan la labor de detección y sanción de los poderes públicos. Si a ello se le añade el carácter secreto de las conductas investigadas y las especiales precauciones adoptadas por las empresas para la ocultación de los ilícitos en los que incurrir, es indiscutible la compleja labor que tiene que llevar a cabo la Dirección de Competencia como órgano instructor para, a través de todas las evidencias obtenidas durante el procedimiento, configurar una base probatoria suficiente sobre la que sustentar la sanción que deba, en su caso, imponerse.

Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado el uso de la prueba de presunciones para determinar la existencia de las conductas prohibidas por los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del TFUE. Respecto del uso de esta técnica probatoria en el ámbito del Derecho de la Competencia, el Tribunal Supremo (STS de 3 de febrero de 2009 en el recurso nº 3073/2006 y STS de 6 de marzo de 2000 en el recurso nº 373/93) ha señalado lo siguiente:

"De la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (17-111985 [RTC 1985. 17-1], 17511985 [RTC 1985. 175], 229/1988 [RTC 1988, 229]) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria: pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora: pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."

Esta misma doctrina jurisprudencial ha sido aplicada por el extinto TDC (entre otras, R TDC de 3/0611997, Expte. 3 52/94 Industrias Lácteas; R TDC de

19110/2001, Expte. 2035/99; RTDC de 13/06/2003, Expte. 543/02) y por el Consejo de la CNC y de la CNMC (RCNC de 29/05/2009, Expte. 2789/07 Entidades de crédito y RCNC de 2 de julio de 2009, Expte. 2759/09 Teléfonos móviles; RCNMC de 5 de septiembre de 2016, Expte. S/DC/0525/14 CEMENTOS). De todo este conjunto de decisiones cabe concluir que para imputar la comisión de un acuerdo o práctica concertada restrictiva de la competencia es preciso que se cumplan conjuntamente los siguientes requisitos: (i) la existencia de unos hechos plenamente probados; (ii) una relación causal entre esos hechos y los indicios de infracción plenamente razonada; y (iii) que no exista explicación alternativa plausible al concierto de voluntades.

Pues bien, de los indicios recabados por la DC, aplicando los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para aplicar la prueba de presunciones, cabría deducir una presunta concertación de las empresas investigadas. No obstante, a pesar de que la deducción descrita previamente en los Hechos Acreditados y la valoración de la conducta realizada por la DC es razonable, es decir, se puede inferir de los hechos base acreditados, a la vista de las alegaciones formuladas por las incoadas a la Propuesta de Resolución, esta Sala de Competencia considera que éstas han dado explicaciones alternativas plausibles para algunos de los hechos acreditados a lo largo de la instrucción que impiden concluir que haya quedado acreditada, sin margen de duda razonable, una conducta infractora del artículo 1 de la LDC en los términos expuestos por la DC en su propuesta a esta Sala.

De la documentación recabada por la DC y en la que sustenta su imputación no puede deducirse indubitadamente que existiera un reparto de mercado entre empresas suministradoras de gases medicinales, llevado a cabo tanto en suministros a hospitales y centros sanitarios como en la prestación del servicio de terapias respiratorias domiciliarias, desarrollado entre los años 2012 a 2014 en todos los concursos y licitaciones finalmente imputados⁸.

Por lo tanto, aun observado actuaciones cuestionables desde la perspectiva del derecho de la competencia desarrolladas por las imputadas en este expediente en el período analizado, la Sala de Competencia concluye que los elementos de prueba obrantes en el expediente no permiten acreditar la infracción bajo la imputación presentada por la Dirección de Competencia.

En atención a todo lo anterior, esta Sala de Competencia considera que, en el momento presente y de la información que obra en el expediente, no puede concluirse que se haya acreditado la existencia de infracción del artículo 1 de la LDC consistente en acuerdos de reparto de mercado para el suministro de gases medicinales a hospitales y centros sanitarios en el territorio nacional, por parte de la incoadas.

⁸ Fundamentalmente folios 3522, 837-839, 739-740, 782-783 y 3647-3651 y conexos (párrafos 81 a 84, 93 y 96 y 97 del PCH).

Esta conclusión, no obstante, no descarta la posibilidad de que, de recabarse nuevas pruebas o indicios, pueda acreditarse la existencia de una infracción del artículo 1 de la LDC en algunos de los concursos y licitaciones investigados en este expediente.

Como ha tenido ocasión de manifestar esta Sala en anteriores resoluciones (entre otras la resolución de 26 de mayo de 2016, expte. S/DC/0504/14 AIO) las conductas colusorias y restrictivas de la competencia en el ámbito de la contratación pública resultan doblemente dañinas para el interés público ya que no sólo reducen la competencia en el mercado afectado sino que, además, suponen un perjuicio adicional para los presupuestos públicos y, por ende, para los contribuyentes dado que el precio de los bienes y servicios que se contratan a través de licitaciones en las que ha existido colusión se incrementa de forma altamente significativa impidiendo la aplicación de los fondos públicos a la atención de otras necesidades sociales.

Como señala la “Guía sobre contratación pública y competencia” elaborada por la CNC en 2011, el papel de los órganos contratantes resulta esencial para la prevención y detección de acuerdos colusorios en los procesos de adjudicación de contratos públicos.

En lo que se refiere a la prevención, aun cuando la normativa de contratación pública establece una serie de pautas de observancia obligatoria para el órgano de contratación en la redacción de los pliegos, la promoción de la libre competencia debe tener lugar en el propio proceso de redacción y preparación de los mismos. La “Guía sobre contratación pública y competencia” propone una serie de medidas a adoptar por los órganos de contratación para restringir o eliminar las conductas colusorias en el proceso de contratación. La introducción de estas medidas conlleva unos procesos de contratación pública de mayor eficiencia económica y mayor promoción de la competencia en el mercado afectado.

Como también señalaba la CNC en el informe titulado “Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia”: *“El pliego es el principal elemento del juego competitivo en estos procesos, resultando de suma importancia para preservar la competencia en el acceso a las licitaciones públicas y para una adjudicación eficiente de la licitación. De la misma manera, el peso que se otorga a cada uno de los criterios de valoración en la puntuación constituye un elemento discrecional de la Administración contratante que se antoja crucial para que adjudicación sea verdaderamente al oferente más competitivo.”*

Respecto a la detección de comportamientos colusorios o anticompetitivos una vez ya iniciado el procedimiento de licitación pública, hay que recordar que la propia LCSP prevé, en su disposición adicional vigésima tercera, que tanto los órganos de contratación como otros sujetos intervinientes en el procedimiento de supervisión y recurso puedan comunicar a esta Comisión cualquier hecho conocido en el ejercicio de sus funciones que pueda constituir infracción a la

legislación de defensa de la competencia. En particular, afirma la citada disposición, *“comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”*.

Así pues, la detección y prevención de conductas restrictivas de la competencia debe tener lugar, tanto a través de la función de prevención y detección por parte de los órganos de contratación, como de la investigación y sanción por parte de esta Comisión y de las autoridades de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas.

QUINTO.- OTRAS ALEGACIONES Y CUESTIONES PLANTEADAS EN LA FASE DE CONSEJO

5.1. Sobre el derecho de defensa de las partes y la alegada nulidad de las inspecciones.

AIR LIQUIDE sostiene en sus alegaciones que la inspección llevada a cabo por parte de la CNMC los días 14, 15 y 16 de julio de 2015 en la sede de AIR LIQUIDE está viciada de nulidad, por haberse proporcionado por la CNMC una información incorrecta al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente, respecto de las informaciones que dieron lugar a las inspecciones, para obtener la resolución judicial de entrada y registro en la sede de AIR LIQUIDE y consecuentemente la labor inspectora de la CNMC, por lo que las pruebas recabadas en dicha inspección son nulas y no pueden ser utilizadas como prueba de cargo contra AIR LIQUIDE.

Por su parte, LINDE mantiene que la Orden de Investigación de 3 de julio de 2015 y la inspección domiciliaria llevada a cabo por la DC deben ser consideradas nulas de pleno derecho, por análogas razones; adicionalmente, LINDE considera que la CNMC no ha seguido el procedimiento legal establecido para dictar la Resolución de 15 de septiembre de 2016, (R/AJ/318/16) por la que inadmite el recurso de revisión interpuesto por LINDE frente a la actuación inspectora.

GASMENDI se suma asimismo en sus alegaciones al entendimiento de que las supuestas pruebas que se obtuvieron como resultado de las inspecciones de AIR LIQUIDE y de LINDE son nulas puesto que, conforme a su criterio, las inspecciones en las cuales se obtuvieron no estaban justificadas.

En el caso de CARBUROS METÁLICOS, se alega que la no incorporación al expediente administrativo de la documentación preparatoria de la instrucción, consistente en la información sobre las reuniones mantenidas con los responsables de compras de varios hospitales, supone una vulneración del derecho de defensa de la misma, en tanto no es posible descartar que esa información contenga elementos relevantes para la defensa de CARBUROS METÁLICOS.

Coincide esta Sala de Competencia con el criterio de la DC en lo tocante a que las reuniones, requerimientos y entrevistas realizados de oficio e *in situ* durante los meses de abril y mayo de 2015, por parte de los Inspectores de la Dirección de Competencia, con los responsables de compras de distintos hospitales, especialmente de la Comunidad Autónoma de Madrid y de Galicia, fueron los que determinaron la necesidad de llevar a cabo investigaciones domiciliarias en las posibles empresas implicadas. Este criterio se ha visto corroborado por los distintos Juzgados de lo Contencioso Administrativo competentes que aprobaron las correspondientes Autorizaciones judiciales de entrada.

Asimismo, esta Sala de Competencia, en el marco de la inadmisión de la solicitud formulada por LINDE al objeto de que se declarase de oficio la nulidad de pleno derecho de la Orden de Investigación dictada por el Director de Competencia con fecha 3 de julio de 2015, así como de las actuaciones inspectoras realizadas a su amparo (Resolución de 15 de septiembre de 2016, Expte. R/AJ/318/16, ABELLÓ LINDE 2), ya ha señalado que: *“Al contrario de lo que LINDE señala en su recurso, el conocimiento por parte de la DC de información obtenida por sus funcionarios en el contexto de una investigación de oficio, información procedente de entrevistas realizadas en distintos hospitales a los responsables de compras de los mismos, supone la existencia de indicios de realización de prácticas restrictivas de la competencia que justifican plenamente la correspondiente investigación domiciliaria en el marco de una información reservada, en el sentido del artículo 49.2 de la LDC.”*

En conclusión, esta Sala se reitera en su apreciación sobre la licitud de la Orden de investigación de 3 de julio de 2015, así como de las actuaciones inspectoras realizadas a su amparo, y entiende que no corresponde estimar ninguna de las alegaciones formuladas por las partes incoadas en relación a sus derechos de defensa y al derecho a la inviolabilidad de su sedes sociales.

5.2. Sobre las pruebas propuestas y la solicitud de vista

Algunas de las empresas incoadas solicitan en sus alegaciones a la PR la práctica de prueba testifical y documental. En algunos supuestos se trata de reiteración de pruebas ya propuestas o aportadas en la fase de instrucción. Asimismo, algunas de las incoadas en sus escritos de alegaciones han solicitado la celebración de vista ante el Consejo.

Dado la valoración que realiza esta Sala de Competencia sobre la insuficiente acreditación de la conducta, no corresponde la práctica de prueba adicional ni la celebración de vista.

5.3. Sobre la solicitud de confidencialidad

Algunas de las empresas incoadas han aportado en fase de alegaciones a la PR información sobre la que solicitan declaración de confidencialidad de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la LDC.

Esta Sala accede a declarar confidencial la información reseñada, dado el carácter detallado de la misma, como se detalla a continuación.

Los siguientes folios correspondientes a las respuestas al requerimiento de información sobre volúmenes de negocio en el ejercicio 2016 de las siguientes empresas:

- ABELLÓ LINDE, los folios correspondientes a la versión confidencial de su contestación a la solicitud de información sobre volúmenes de negocios, de la que consta versión censurada (folios 8312),
- AIR LIQUIDE MEDICINAL y GRUPO GASMENDI, los folios correspondientes a la versión confidencial de su contestación a la solicitud de información sobre volúmenes de negocios, de la que consta versión censurada (folios 8499-8503), así como la versión confidencial relativa al escrito sobre su programa de cumplimiento, de la que consta versión censurada (folios 8348-8423),
- CARBUROS METÁLICOS, los folios correspondientes a la versión confidencial de su contestación a la solicitud de información sobre volúmenes de negocios, de la que consta versión censurada (folios 8499-8503) y
- PRAXAIR, los folios correspondientes a la versión confidencial de su contestación a la solicitud de información sobre volúmenes de negocios, de la que consta versión censurada (folios 8533-8535).
- Los folios correspondientes a la versión confidencial de las alegaciones de GASMENDI (folios 7675-7702), AIR LIQUIDE (folios 7736-7885), PRAXAIR (folios 7962-7974), ABELLÓ LINDE (folios 8006-8029), respecto de las que en todos los casos consta versión censurada.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, y sin perjuicio de la apertura en su caso de un nuevo expediente de aparecer nuevos hechos o indicios, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar, al amparo del artículo 53.1 c) de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, que en el presente expediente no se ha acreditado suficientemente la existencia de infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en los términos propuestos por la Dirección de Competencia.

SEGUNDO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto.

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