



Resolución R 8/2014 – Adxudicación do servizo de redacción da revisión do Plan Especial de Protección e Rehabilitación da Cidade Histórica de Santiago de Compostela

Pleno:

D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente
D. Fernando Cachafeiro García, vocal

En Santiago de Compostela, a 30 de outubro de 2015.

O Consello Galego da Competencia (CGC), coa composición arriba expresada e sendo relator D. Fernando Cachafeiro García, ditou a seguinte Resolución no Expediente 1/2014, iniciado pola Subdirección de Investigación do CGC con ocasión da denuncia interposta polo Grupo Municipal Socialista do Concello de Santiago de Compostela, pola presunta existencia de prácticas prohibidas pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC) verbo da aprobación dos pregos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) e de prescricións técnicas (PPT) que rexerán a licitación para proceder ao inicio e adxudicación do servizo de redacción da revisión do PEPER da Cidade Histórica de Santiago de Compostela.

ANTECEDENTES DE FEITO

1. En data 21 de xaneiro de 2014, o Grupo Municipal Socialista do Concello de Santiago de Compostela, presentou denuncia no Rexistro da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia (CNMC) contra o Concello de Santiago de Compostela por presunta prácticas contrarias á competencia verbo da aprobación dos pregos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) e de prescricións técnicas (PPT) que rexerán a licitación para proceder ao inicio e adxudicación do servizo de redacción da revisión do PEPER da Cidade Histórica de Santiago de Compostela.
2. Con data 27 de xaneiro de 2014, a *Dirección de Competencia* da CNMC remitiu a citada denuncia á Subdirección de Investigación do CGC, por considerar que a competencia para o seu coñecemento correspondía ao Consello Galego da Competencia, de conformidade co previsto na Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de Coordinación das Competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de Defensa da Competencia.



3. A información reservada practicada pola Subdirección Xeral de Investigación do CGC permitiu acreditar que na sesión extraordinaria e urxente da Xunta de Goberno Local de Santiago de Compostela, do 9 de setembro de 2013, aprobáronse as características que establecen o PPT e PCAP, mediante o procedemento aberto, ao abeiro do disposto no Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público (TRLCSP), por un importe de 374.545,45 euros.
4. En data 16 de setembro de 2013, foi enviado ao Diario Oficial da Unión Europea (DOUE) o correspondente anuncio de licitación, que foi tamén publicado no Boletín Oficial da Provincia da Coruña o 24 de setembro de 2013 e no Boletín Oficial do Estado o día 1 de outubro de 2013.
5. En data 5 de outubro de 2013, o denunciante presentou no Rexistro o escrito de anuncio da interposición do recurso especial pertencente ao Réxime Especial de Revisión de decisións en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflitos.
6. O 28 de novembro de 2013, a Xunta de Goberno do Concello de Santiago de Compostela, acordou a inadmisión a trámite do recurso especial, por extemporáneo, a proposta da Concelleira Delegada na Área de Desenvolvemento Urbano e Sostible.
7. Completada a información reservada, con data 19 de decembro de 2014, a Subdirección de Investigación do CGC elevou ao Pleno do CGC a súa proposta de non incoar expediente sancionador e de archivar as actuacións levadas a cabo, conforme ao previsto no artigo 49.3 LDC, ao non apreciar indicios de conduta contraria á LDC.
8. O Pleno de Consello Galego da Competencia deliberou sobre este asunto na súa reunión do 1 de outubro de 2015.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro: Competencia

1. Conforme ao artigo 3 da Lei 1/2011, do 28 de febreiro, reguladora do Consello Galego da Competencia, o Consello Galego da Competencia é o órgano competente para a aplicación executiva no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, nos procedementos que teñan por obxecto as condutas previstas nos artigos 1º, 2º e 3º da devandita Lei.



Segundo: Obxecto da resolución

2. O artigo 49.2 LDC prevé que ante a noticia da posible existencia dunha infracción da lexislación de competencia, a Subdirección de Investigación do CGC poda realizar unha información reservada, co fin de determinar con carácter preliminar se concorren as circunstancias que xustifiquen a incoación dun expediente sancionador, conforme ao procedemento establecido na Lei de Defensa da Competencia.
3. Verificada, no seu caso, a información reservada, o artigo 49.3 LDC prevé que o Pleno, a proposta da Subdirección Xeral de Investigación do CGC, poderá acordar a non incoación dos procedementos derivados da presunta realización das condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 LDC e o arquivo das actuacións cando considere que non existen indicios de infracción da lexislación de competencia.

Terceiro. Valoración da proposta de arquivo

4. A Subdirección de Investigación do CGC fundamenta a súa proposta de arquivo nos seguintes termos:

“De seguir a doutrina FENIN/SELEX, o contrato de servizos para a redacción do Plan Especial de Protección non é unha actividade económica e o concello de Santiago non é un operador económico. Non cabe, polo tanto, asignarlle responsabilidade por infracción da LDC. Os interesados en impugnar o PCAP deben acudir ao procedemento previsto no TRLCSP para o recurso especial en materia de contratación pública e aos Tribunais Contencioso-Administrativos. Por esta solución, aínda que empregando argumentos diferentes, pronunciouse a CNC (actual CNMC) na resolución do caso SESCOAM (Expte. 639/08, Colexio de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha), F. X. 3º:

“a Administración actuará como operador económico cando adquira os medicamentos e outros produtos incluídos na prestación farmacéutica pública, se ben sometido á normativa de contratación do sector público, o que en teoría debería excluír a aplicación da lexislación de defensa da competencia en virtude do disposto na primeira frase do art. 2.1 LDC (actualmente, art. 4.1 Lei 15/2007)”

Polo contrario, de admitirse a posibilidade de dirixir unha acción en defensa da competencia contra un ente público conforme á doutrina sentada pola CNMC no antedito Expte. 25 CAN 02-11/13 cómpre subliñar que no presente caso non se aprecia a concorrencia de ningunha infracción á LDC.



En primeiro lugar, non cabe atribuír ao órgano de contratación a comisión de acordos ou prácticas concertadas previstas no artigo 1 LDC. Están ausentes tanto o pacto como o segundo termo subxectivo co que acadar o acordo ou co que coordinar a concertación de vontades.

En segundo lugar, falta cando menos o primeiro requisito – comportamento desleal- necesario para traer a colación a infracción do artigo 3 LDC (falseamento da competencia por actos desleais).

Por último, posto que a redacción do PCAP é un acto unilateral do concello, cómpre analizar se este incorreu en abuso de posición de dominio á hora de redactar o PCAP. Para o cal deben examinarse o mercado, a eventual posición de dominio do concello e, por último, a existencia dunha práctica abusiva.

Á hora de definir o mercado de produto, cómpre subliñar que o obxecto do contrato, consonte á páxina 1 do PCAP é a redacción do Plan Especial de Protección e Rehabilitación da Cidade Histórica de Santiago de Compostela. A esta tarefa súmanse, en concepto de melloras, a redacción de proxectos para a renovación urbana de espazos públicos ou áreas de especial interese e da ordenanza de directrices de urbanización e reurbanización para a Cidade Histórica.

A Lei autonómica 9/2002, do 30 de decembro, de Ordenación Urbanística e Protección do Medio Rural de Galicia define no seu artigo 69.1 aos plans especiais de protección coma a modalidade de plans especiais que teñen por obxecto preserva-lo medio ambiente, as augas continentais, o litoral costeiro, os espazos naturais, as áreas forestais, os espazos produtivos, as vías de comunicación, as paisaxes de interese, o patrimonio cultural e outros valores de interese.

Como categoría xeral, os plans especiais son instrumentos urbanísticos que desenvolven os plans xerais de ordenación municipal (artigo 45.1 Lei 9/2002). Así pois, os instrumentos de ordenación previstos para a Cidade Histórica de Santiago de Compostela son, de maior a menor entidade: o Plan Xeral de Ordenación Municipal (PXOM) e o futuro PEPER (sen prexuízo da existencias de instrumentos intermedios).

Á vista do anterior, o mercado de produto comprende a elaboración de instrumentos de ordenación urbana, tanto xerais como parciais ou especiais. Agás proba cualificada en contrario, as empresas que posúan cualificación técnica e solvencia empresarial para redactar un PXOM téñena tamén para a redacción de instrumentos subordinados.



O mercado xeográfico é claramente nacional. A lexislación urbanística galega non constitúe unha barreira de entrada para a participación de empresas foráneas en procedementos de contratación para a redacción da normativa urbanística local. Tampouco as peculiaridades da Zona Histórica de Santiago de Compostela son suficientes para caracterizar o mercado como local. A zona histórica de cada poboación ten particularidades propias verbo ás zonas equivalentes das restantes da mesma rexión e país. Para reducir o mercado da elaboración de plans especiais de protección á Zona Histórica de Santiago de Compostela as súas especificidades terían que ser absolutas. Non é este o caso. Por outra parte, é común que este tipo de contratos se adxudiquen a empresas domiciliadas en calquera parte do territorio español. Tal é o caso do procedemento de contratación sobre o que versa o procedemento en curso, adxudicado polo Concello de Santiago de Compostela á empresa ESTUDIO-THUBAN,S.L., con domicilio social na vila de Cáceres.

Así pois, concibido o mercado como a elaboración de instrumentos de ordenación urbana a nivel nacional, resulta palmario que o concello de Santiago de Compostela carece de poder de mercado ou posición de dominio sobre o mesmo. A esta mesma conclusión chégase aínda que se reduzan as dimensións do mercado ao nivel autonómico, partindo da competencia exclusiva da Comunidade Autónoma de Galicia para ditar a súa normativa urbanística. Tampouco cabe falar de posición de dominio do concello de Santiago de Compostela se entendemos o mercado coma o da elaboración de instrumentos de plans especiais de protección na Comunidade Autónoma de Galicia.”

5. O Pleno do Consello Galego da Competencia considera que compre o arquivo das actuacións porque as actuacións obxecto do expediente non constitúen unha actividade económica e, por conseguinte, non entran dentro do ámbito de aplicación da Lei de Defensa da Competencia.



6. Segundo se desprende da Exposición de Motivos da Lei de Defensa da Competencia, a Lei ten por obxecto a protección da competencia efectiva entre empresas, uns dos elementos definitorios da economía de mercado, que disciplina a actuación das empresas e resigna os recursos produtivos en favor dos operadores e das técnicas máis eficientes. Os tres artigos que conteñen as prácticas prohibidas (art. 1 condutas colusorias, art. 2 abuso de posición dominante, e art. 3 falseamento da competencia por actos desleais) aluden reiteradamente o termo empresa ó definir as infraccións da Lei. Así pois, pódese dicir que a Lei de Defensa da Competencia, protexe unicamente a competencia “entre empresas”. A Disposición Adicional Cuarta define o concepto de empresa nos seguintes termos: “*a efectos do previsto nesta Lei, enténdese por empresa calquera persoa ou entidade que exerza unha actividade económica, con independencia do estatuto xurídico de devandita entidade e do seu modo de financiamento*”. Así pois e o feito de realizar unha actividade económica é o trazo definitorio da empresa para o Dereito de defensa da competencia.
7. A sentenza *FENIN* do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, de 11 de xullo de 2006 (Asunto C-205/03 P), encargouse de precisar cando a adquisición por parte dunha administración pública de bens e servizos no mercado, tralo oportuno concurso público, pode ser considerada unha actividade económica e, por ende, suxeita ao Dereito da Competencia. En opinión del TJCE, a natureza económica ou non da actividade pública de compra (contratación de bens e servizos no mercado), ha de determinarse en función do uso posterior que a Administración realiza dos bens adquiridos. Se utiliza os bens adquiridos para unha actividade económica, a adquisición dos mesmos tamén é unha actividade económica, mentres que se os utiliza para unha actividade non económica, a compra pública está exenta do Dereito da Competencia. No caso examinado, xurdido dunha denuncia de la *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria* (FENIN) contra a Seguridade Social española por unha infracción das normas da competencia, a Comisión Europea concluíu que a compra de produtos médicos e equipamento para os hospitais españois pertencentes á rede de saúde pública, non constituía unha actividade económica e que, polo tanto, non era susceptible de infrinxir a lexislación de competencia. A decisión foi confirmada polos tribunais europeos.
8. No caso que se nos presenta, a aplicación da mencionada doutrina xurisprudencial lévanos a concluír que a aprobación dos pregos de cláusulas administrativas particulares e de prescricións técnicas que rexerán a licitación para proceder ao inicio e adxudicación do servizo de redacción da revisión do PEPER da Cidade Histórica de Santiago de Compostela non é unha actividade económica dado que o Concello de Santiago non realiza o planeamento urbanístico como unha actividade económica, senón como unha función pública.



En consecuencia, o Consello Galego da Competencia coa composición recollida ao principio, vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación,

RESOLVEU

ÚNICO: Non incoar expediente sancionador e, conseguintemente, archivar as actuacións iniciadas en virtude da denuncia presentada polo Grupo Municipal Socialista do Concello de Santiago de Compostela, pola presunta existencia de prácticas prohibidas pola *Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia* (LDC) verbo da aprobación dos pregos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) e de prescricións técnicas (PPT) que rexerán a licitación para proceder ao inicio e adxudicación do servizo de redacción da revisión do PEPER da Cidade Histórica de Santiago de Compostela.

Comuníquese esta Resolución á Subdirección de Investigación do Consello Galego da Competencia e notifíquese aos interesados, facéndolles saber que contra a mesma non cabe recurso algún en vía administrativa, podendo interpoñer recurso contencioso-administrativo no Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses a contar desde a súa notificación.”