



Resolución R 8/2014 – Adjudicación del servicio de redacción de la revisión del Plan Especial de Protección y Rehabilitación de la Ciudad Histórica de Santiago de Compostela

Pleno:

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

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

El *Consello Galego da Competencia* (CGC), con la composición arriba expresada y siendo relator D. Fernando Cachafeiro García, dictó la siguiente Resolución en el Expediente 1/2014, iniciado por la Subdirección de Investigación del CGC con ocasión de la denuncia interpuesta por el Grupo Municipal Socialista del Concello de Santiago de Compostela, por la presunta existencia de prácticas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) con respecto a la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y las prescripciones técnicas (PPT) que regirán la licitación para proceder al inicio y adjudicación del servicio de redacción de la revisión del PEPER de la Ciudad Histórica de Santiago de Compostela.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En fecha 21 de enero de 2014, el Grupo Municipal Socialista del Concello de Santiago de Compostela, presentó denuncia en el Registro de la Comisión Nacional dos Mercados y de la Competencia (CNMC) contra el Concello de Santiago de Compostela por presunta prácticas contrarias a la competencia con respecto a la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de las prescripciones técnicas (PPT) que regirán la licitación para proceder al inicio y adjudicación del servicio de redacción de la revisión del PEPER de la Ciudad Histórica de Santiago de Compostela.
2. En fecha 27 de enero de 2014, la Dirección de la Competencia de la CNMC remitió la citada denuncia a la Subdirección de Investigación del CGC, por considerar que la competencia para su conocimiento correspondía al *Consello Galego da Competencia*, de conformidad con lo previsto en la *Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia*.



3. La información reservada practicada por la Subdirección General de Investigación del CGC permitió acreditar que en la sesión extraordinaria y urgente de la Junta de Gobierno Local de Santiago de Compostela, del 9 de septiembre de 2013, se aprobaron las características que establecen el PPT e PCAP, mediante el procedimiento abierto, al amparo de lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), por un importe de 374.545,45 euros.
4. Con fecha 16 de septiembre de 2013, fue enviado al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el correspondiente anuncio de licitación, que fue también publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de la Coruña el 24 de septiembre de 2013 y en Boletín Oficial del Estado el día 1 de octubre de 2013.
5. Con fecha 5 de octubre de 2013, el denunciante presento en el Registro el escrito de anuncio de la interposición de recurso especial perteneciente al Régimen Especial de Revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos.
6. El 28 de noviembre de 2013, la Junta de Gobierno del Concello de Santiago de Compostela, acordó la inadmisión a trámite del recurso especial, por extemporáneo, a propuesta de la Concejera Delegada en el Área de Desarrollo Urbano y Sostenible.
7. Completada la información reservada, en fecha 19 de diciembre de 2014, la Subdirección de Investigación del CGC elevó al Pleno del CGC su propuesta de no incoar expediente sancionador y de archivar las actuaciones llevadas a cabo, conforme a lo previsto en el artículo 49.3 LDC, al no apreciar indicios de conducta contraria a la LDC.
8. El Pleno de *Consello Galego da Competencia* deliberó sobre este asunto en su reunión del 1 de octubre de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Competencia

1. Conforme al artículo 3 de la *Ley 1/2011, del 28 de febrero*, reguladora del Consejo Gallego de la Competencia, el *Consello Galego da Competencia* es el órgano competente para la aplicación ejecutiva en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia de la Ley 15/2007, del 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1º, 2º y 3º de dicha Ley.



Segundo: Objeto de la resolución

2. El artículo 49.2 LDC prevé que ante la noticia de la posible existencia de una infracción de la legislación de la competencia, la Subdirección de Investigación del CGC podrá realizar una información reservada, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de un expediente sancionador, conforme al procedimiento establecido en la Ley de Defensa da Competencia.
3. Verificada, en su caso, la información reservada, el artículo 49.3 LDC prevé que el Pleno, a propuesta de la Subdirección General de Investigación del CGC, podrá acordar la no incoación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 e 3 LDC en el archivo de las actuaciones cuando considere que no existen indicios de infracción de la legislación de la competencia.

Tercero. Valoración de la propuesta de archivo

4. La Subdirección de Investigación del CGC fundamenta su propuesta de archivo en los siguientes términos:

“De seguir la doctrina FENIN/SELEX, el contrato de servicios para la redacción del Plan Especial de Protección no es una actividad económica y el ayuntamiento de Santiago no es un operador económico. No cabe, por lo tanto, asignarle responsabilidad por infracción de la LDC. Los interesados en impugnar el PCAP deben acudir al procedimiento previsto en el TRLCSP para el recurso especial en materia de contratación pública y los Tribunales Contencioso-Administrativos. Por esta solución, aunque empleando argumentos diferentes, se pronunció la CNC (actual CNMC) en la resolución del caso SESCOAM (Expte. 639/08, Colegio de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha), F. X. 3º:

“la Administración actuará como operador económico cuando adquiera los medicamentos y otros productos incluidos en la prestación farmacéutica pública, si bien sometido a la normativa de contratación del sector público, lo que en teoría debería excluir la aplicación de la legislación de defensa de la competencia por virtud de lo dispuesto en la primera frase del art. 2.1 LDC (actualmente, art. 4.1 Ley 15/2007)”

Por el contrario, de admitirse la posibilidad de dirigir una acción en defensa de la competencia contra un ente público conforme a la doctrina sentada por la CNMC en el antedicho Expte. 25 CAN 02-11/13 es necesario subrayar que en el presente caso no se aprecia la concurrencia de ninguna infracción a la LDC.



En primer lugar, non cabe atribuir al órgano de contratación la comisión de acuerdos o prácticas concertadas previstas en el artículo 1 LDC. Están ausentes tanto el pacto como el segundo término subjetivo con el que alcanzar el acuerdo o con el que coordinar la concertación de voluntades.

En segundo lugar, falta cuando menos el primer requisito – comportamiento desleal- necesario para traer a colación la infracción del artículo 3 LDC (falseamiento de la competencia por actos desleales).

Por último, puesto que la redacción del PCAP es un acto unilateral del ayuntamiento, es necesario analizar si este incurrió en abuso de posición de dominio a la hora de redactar el PCAP. Para lo cual deben examinarse el mercado, la eventual posición de dominio del ayuntamiento, y por último, la existencia de una práctica abusiva.

A la hora de definir el mercado del producto, es necesario subrayar que el objeto del contrato, de acuerdo con la página 1 del PCAP y la redacción del Plan Especial de Protección y Rehabilitación de la Ciudad Histórica de Santiago de Compostela. A esta tarea se suman, en concepto de mejoras, la redacción de proyectos para la renovación urbana de espacios públicos o áreas de especial interés y de la ordenanza de directrices de urbanización y reurbanización para la Ciudad Histórica.

La ley autonómica 9/2002, del 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia define en su artículo 69.1 los planes especiales de protección como la modalidad de planes especiales que tienen por objeto preservar el medio ambiente, las aguas continentales, y el litoral costero, los espacios naturales, las áreas forestales, y los espacios productivos, las vías de comunicación, los paisajes de interés, el patrimonio cultural y otros valores de interés.

Como categoría general, los planes especiales son instrumentos urbanísticos que desarrollan los planes generales de ordenación municipal (artículo 45.1 Ley 9/2002). Así pues, los instrumentos de ordenación previstos para la Ciudad Histórica de Santiago de Compostela son, de mayor a menor entidad: el Plan General de Ordenación Municipal (PXOM) y el futuro PEPER (sin perjuicio de la existencia de instrumentos intermedios).

A la vista de lo anterior, el mercado de producto comprende la elaboración de instrumentos de ordenación urbana, tanto generales como parciales o especiales. Excepto prueba cualificada en contrario, las empresas que posean cualificación técnica y solvencia empresarial para redactar un PXOM la tienen también para la redacción de instrumentos subordinados.



El mercado geográfico es claramente nacional. La legislación urbanística gallega no constituye una barrera de entrada para la participación de empresas foráneas en procedimientos de contratación para la redacción de la normativa urbanística local. Tampoco las peculiaridades de la Zona Histórica de Santiago de Compostela son suficientes para caracterizar el mercado como local. La zona histórica de cada población tiene particularidades propias con respecto a las zonas equivalentes de las restantes de la misma región y país. Para reducir el mercado de elaboración de los planes especiales de protección a la Zona Histórica de Santiago de Compostela sus especificidades tendrían que ser absolutas. No es este el caso. Por otra parte, es común que este tipo de contratos se adjudiquen a empresas domiciliadas en cualquier parte del territorio español. Tal es el caso del procedimiento de contratación sobre el que versa el procedimiento en curso, adjudicado por el Concello de Santiago de Compostela a la empresa ESTUDIO-THUBAN, S.L., con domicilio social en la villa de Cáceres.

Así pues, concebido el mercado como la elaboración de instrumentos de ordenación urbana a nivel nacional, resulta palmario que el ayuntamiento de Santiago de Compostela carece de poder de mercado o posición de dominio sobre el mismo. A esta misma conclusión se llega aunque se reduzcan las dimensiones del mercado a nivel autonómico, partiendo de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Galicia para dictar su normativa urbanística. Tampoco cabe hablar de posición de dominio del Concello de Santiago de Compostela si entendemos el mercado como el de la elaboración de instrumentos de planes especiales de protección en la Comunidad Autónoma de Galicia".

5. El Pleno del Consello Galego da Competencia considera que procede archivar las actuaciones porque las actuaciones objeto del expediente no constituyen una actividad económica y, por consiguiente, no entran dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.



6. Según se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley de Defensa de la Competencia, la Ley tiene por objeto la protección de la competencia efectiva entre empresas, unos de los elementos definitorios de la economía de mercado, que disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores y de las técnicas más eficientes. Los tres artículos que contienen las prácticas prohibidas (art. 1 conductas colusorias, art. 2 abuso de posición dominante, e art. 3 falseamiento de la competencia por actos desleales) aluden reiteradamente al término empresa al definir las infracciones de la Ley. Así pues, se puede decir que la ley de Defensa de la Competencia, protege únicamente la competencia “entre empresas”. La Disposición Adicional Cuarta define el concepto de empresa en los siguientes términos: *“a efectos de lo previsto en esta ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiamiento”*. Así pues es el hecho de realizar una actividad económica es el rasgo definitorio de la empresa para el Derecho de Defensa de la Competencia.
7. La sentencia *FENIN* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de julio de 2006 (Asunto C-205/03 P) se ha encargado de precisar cuándo la adquisición por parte de una administración pública de bienes y servicios en el mercado, tras el oportuno concurso público, puede ser considerada una actividad económica y, por ende, sujeta al Derecho de la Competencia. En opinión del TJCE, la naturaleza económica o no de la actividad pública de compra (contratación de bienes y servicios en el mercado), ha de determinarse en función del uso posterior que la Administración realiza de los bienes adquiridos. Si utiliza los bienes adquiridos para una actividad económica, la adquisición de los mismos también es una actividad económica, mientras que si los utiliza para una actividad no económica, la compra pública está exenta del Derecho de la competencia. En el caso examinado, surgido de una denuncia de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contra la Seguridad Social española por una infracción de las normas de competencia, la Comisión Europea concluyó que la compra de productos médicos y equipamiento para los hospitales españoles pertenecientes a la red de salud pública, no constituía una actividad económica y que, por lo tanto, no era susceptible de infringir la legislación de competencia. La decisión fue confirmada posteriormente por los tribunales europeos.
8. En el caso que se nos presenta, la aplicación de la mencionada doctrina jurisprudencial nos lleva a concluir que la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que regirán la licitación para proceder al inicio y la adjudicación del servicio de redacción de la revisión del PEPER de la Ciudad Histórica de Santiago de Compostela, no es una actividad económica dado que el Concello de Santiago no realiza el planeamiento urbanístico como una actividad económica, sino como una función pública.



En consecuencia, el *Consello Galego de la Competencia* con la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

RESUELVE

ÚNICO: No incoar expediente sancionador y, consiguientemente, archivar las actuaciones iniciadas en virtud de la denuncia presentada por el Grupo Municipal Socialista del Concello de Santiago de Compostela, por la presunta existencia de prácticas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) con respecto a la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de las prescripciones técnicas (PPT) que regirán la licitación para proceder al inicio y adjudicación del servicio de redacción de la revisión del PEPER de la Ciudad Histórica de Santiago de Compostela.

Comuníquese esta Resolución a la Subdirección de Investigación del *Consello Galego da Competencia* y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe ningún recurso en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.”