



Lehiaren
Euskal Agintaritza
Autoridad Vasca
de la Competencia

RESOLUCION DEL CONSEJO VASCO DE LA COMPETENCIA

Expediente LEA/AVC nº 337-SAN-2019

Sumario:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.....	1
II. ENTIDAD DENUNCIADA	4
III. HECHOS PROBADOS	4
IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	10
1. Administración Pública y sujeción a la normativa de competencia	11
2. Análisis de las conductas	13
a. Concurso de ideas nuevo cementerio Deba (1996).....	13
b. Contrato para el análisis de la viabilidad económica del proyecto de construcción (1997)	14
c. Contrato análisis técnico para una nueva ubicación del cementerio (2015)	15
d. Proyecto para la redacción de proyecto básico y ejecución del nuevo cementerio (2018).....	15
e. Proyecto y dirección facultativa relacionado con obras en el Palacio Aguirre (2006)	18
3. Conclusión	18
4. Órgano competente para resolver	19
V. RESUELVE	19

Asistentes:

Presidenta: Dña. Alba Urresola Clavero
Vocal: D. Rafael Iturriaga Nieva
Vocal: Dña. Enara Venturini Álvarez
Secretaria: Dña. Ainara Herce San Martín

El Consejo Vasco de la Competencia (en adelante CVC), en su reunión celebrada el 30 de marzo de 2020 con la composición ya expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente nº 337-SAN-2019, Cementerio de Deba.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. En fecha 28 de marzo de 2019 tuvo entrada en el registro de la Autoridad Vasca de la Competencia (LEA/AVC) un escrito presentado por D. XXX. A través del mismo



denunciaba posibles prácticas prohibidas en materia de defensa de la competencia referidas a la contratación por parte del Ayuntamiento de Deba (Ayuntamiento) de dos proyectos básicos y de ejecución para la construcción de un nuevo cementerio en el municipio de Deba, así como de un proyecto de viabilidad económica del mismo¹.

Como consecuencia de dichas prácticas, solicitó la adopción de las medidas cautelares precisas ante los organismos judiciales competentes, oficiando al Ayuntamiento y las empresas adjudicatarias de las obras de construcción del proyecto, para impedir su ejecución material hasta el correspondiente fallo de LEA/AVC.

El 3 de abril de 2019 el denunciante remitió por correo electrónico a LEA/AVC copia del Acta de la Comisión de Urbanismo de 11 de diciembre de 2018 con el fin que se adjuntase al expediente administrativo.

2. La Dirección de Investigación (DI) inició el 7 de junio de 2019 una fase de Información reservada para contrastar y, en su caso, profundizar en los hechos expuestos por el denunciante, así como para determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de un procedimiento sancionador por vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia.
3. En la información reservada la DI solicito el día 7 de junio de 2019 al Ayuntamiento la siguiente información y/o documentación:
 - Copia de la convocatoria del concurso de ideas para la construcción de un nuevo cementerio en Deba, así como los arquitectos invitados y los términos de la misma. (1996).
 - Copia del expediente de contratación por el que se adjudicó al arquitecto XXX la redacción del proyecto básico y ejecución del nuevo cementerio de Deba, así como la memoria de dicho proyecto visado por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro en el año 2003.
 - Copia del expediente de contratación por el que se ha adjudicado a XXX la redacción del proyecto básico y ejecución del nuevo cementerio de Deba en Artzabal.
 - Cualquier información que el Ayuntamiento de Deba desee aportar en aclaración de los hechos objeto de denuncia.

El Ayuntamiento respondió el requerimiento de información en fecha 2 de julio de 2019.

¹ Se adjunta a la denuncia los siguientes anexos: I) Invitación a concurso II) Fallo concurso de ideas III) Proyecto de Ejecución IV) Necesidad de contratar V) Antecedentes de Hecho VI) Contratación Pública en Euskadi.



Asimismo, la DI solicitó información y documentación sobre el encargo del Ayuntamiento en el año 2015 de un Informe sobre una nueva ubicación del cementerio. Dicha solicitud fue respondida los días 14 y 15 de octubre de 2019.

4. El 11 de septiembre de 2019, la DI remitió a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) una nota sucinta descriptiva de las conductas detectadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.1 de 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, en la que la LEA/AVC manifestaba tener competencia para analizar las conductas.

El 1 de octubre de 2019, la CNMC, siguiendo la propuesta recibida, consideró que correspondía a la LEA/AVC la competencia para analizar y resolver los hechos en cuestión.

5. El 13 de noviembre de 2019 la DI solicitó nuevamente al Ayuntamiento información y documentación. A través de dicha solicitud se requería al Ayuntamiento documentación complementaria a la ya presentada, relación de arquitectos o estudios de arquitectura a los que ha adjudicado contratos, así como relación de encargos realizados de servicios de arquitectura desde el año 2000 hasta el 2019.

Dicha solicitud de información fue respondida los días 19 de diciembre de 2019, 14 de enero de 2020 y 7 de febrero de 2020. En la última respuesta el Secretario municipal señaló:

“(.....) hasta el año 2015 el Ayuntamiento proporciona a LEA/AVC todos los datos solicitados. Posteriormente, existe un intervalo de tiempo en el que no constan nuevos encargos servicios de arquitectura, hasta el año 2007. Desde el año 2007, retrocediendo en el tiempo, disponemos de la información de qué expedientes que se tramitaron, cuál fue el objeto de los contratos y quién fue el adjudicatario. Sin embargo, no en todos ellos -del año 2007 hacia atrás- hemos sido capaces de encontrar la información requerida. Por tanto, los cuadros que aparecen sin cumplimentar, se deben a esa razón, la de que no disponemos de esa información, o al menos, nosotros no somos capaces de localizarla.”

6. Los días 2 y 3 de enero de 2020 el denunciante amplió nuevamente la denuncia. En dicha ampliación hizo referencia al Acuerdo de 17 de marzo de 2011 del Pleno del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas (TVCP) de aprobación definitiva del informe de fiscalización de la Cuenta General del Ayuntamiento de Deba y sus Organismos Autónomos Locales para el ejercicio 2008.

El denunciante solicitó que se adjuntase dicho acuerdo del TVCP al expediente de LEA/AVC, en lo relativo a la siguiente opinión, así como a la contestación por parte del Ayuntamiento:



“El Ayuntamiento formalizó con un arquitecto un contrato administrativo de asesoramiento en materia urbanística en el ejercicio 2006. Adicionalmente y sin estar previsto en el contrato anterior, el arquitecto ha facturado gastos de elaboración de proyectos y dirección facultativa relacionados con las obras del Palacio de Aguirre, al margen de los procedimientos establecidos en el TRLCAP o la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) por importe de 93, 42 y 74 miles de euros en los ejercicios 2007, 2008 y 2009, respectivamente.”

Con relación a dicha opinión del TVCP el Ayuntamiento señaló lo siguiente:

“– Contrato de asesoramiento con arquitecto:

Palacio Aguirre: importes:

– 2007: 93.000 euros.

– 2008: 42.000 euros.

– 2009: 74.000 euros.

Respecto a la facturación por parte del arquitecto asesor municipal de proyectos y dirección facultativa relacionados con el Palacio Aguirre, cabe señalar que en mayo de 2006 el Ayuntamiento y los arquitectos que dirigían los trabajos de rehabilitación rescindieron, de mutuo acuerdo, dicho contrato. Posteriormente, y a propuesta del Departamento de Cultura de la Diputación Foral, se solicitó un estudio del proyecto y una propuesta de solución al arquitecto asesor municipal, con amplia experiencia en obras de rehabilitación y reconstrucción de edificios catalogados, que fue aceptada por la Diputación Foral. El proyecto redactado por el arquitecto asesor municipal (visado en el COAVN el 19 de septiembre de 2007) indica textualmente ser «una continuación del proyecto desarrollado por los arquitectos anteriores, disponiendo la misma aprobación municipal tramitada con anterioridad». En todo caso, se aplicaron las tarifas establecidas con el COAVN.”

7. El 21 de febrero de 2020 la DI remitió a este Consejo Vasco de la Competencia (CVC) propuesta de resolución de no iniciación de procedimiento sancionador y archivo de las actuaciones habidas e instruidas en el marco de la referida información reservada, por cuanto no infiere la existencia de indicios de infracción de la normativa en materia de defensa de la competencia.

II. ENTIDAD DENUNCIADA

8. EL AYUNTAMIENTO DE DEBA, con NIF nº P2003000C y domicilio en Portu kalea 1 de Deba (C.P. 20820).

III. HECHOS

9. En noviembre de 1994 la empresa GAIN, Urbanismo e Ingeniería Civil, S.A. realizó por encargo del Ayuntamiento un estudio sobre cinco alternativas de emplazamiento del nuevo cementerio de Deba.



- 10.** En el año 1996 el Ayuntamiento convocó un concurso de ideas para la redacción de un proyecto de nuevo cementerio municipal. La convocatoria del concurso de ideas contemplaba la posterior adjudicación del contrato de redacción del proyecto básico y de ejecución del nuevo cementerio de Deba.

El Ayuntamiento barajaba la construcción de un nuevo cementerio o la ampliación del existente en la zona de Arrillaga. Los participantes al concurso debían presentar ideas con relación a cualquiera de las opciones o a las dos.

La tipología de cementerio en caso de nueva construcción debía realizarse con enterramientos en panteones con el máximo de superficie vegetal a modo de parque.

- 11.** El Ayuntamiento invitó a diferentes profesionales² a participar en el referido concurso de ideas y, entre los que se presentaron, quedaron finalistas las ideas presentadas por los siguientes profesionales:

- D. XXX
- GAIN y XXX
- XXX e XXX.

- 12.** El Ayuntamiento, a través de acuerdo de su Comisión de Gobierno en sesión celebrada el 6 de febrero de 1997, acordó fallar el concurso de ideas a favor de la presentada por el arquitecto XXX. Asimismo, acordó conceder la cantidad de 125.000 ptas. a cada uno de los participantes que no resultaron seleccionados en el concurso. Por último, acordó conceder a todos los participantes un obsequio como reconocimiento de su participación en el concurso y de los trabajos realizados.

En la misma sesión, la Comisión de Gobierno acordó encargar al mismo arquitecto la redacción de un estudio de viabilidad económica de la construcción del nuevo cementerio. El importe del contrato ascendió a 810.000 ptas. (IVA incluido).

- 13.** El 9 de octubre de 1998 el Ayuntamiento, a través de acuerdo de su Comisión de Gobierno, acordó adjudicar al ganador del concurso de ideas la redacción del proyecto básico y ejecución para la construcción de un nuevo cementerio en Istiña por un importe de 7.284.680 pts. (IVA incluido).

² XXX, YYY, ZZZ; RRR; SSS; TTT y Gain.



- 14.** En el año 1998 el Ayuntamiento inició la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Urbanístico de Deba (NNSS) para recoger en el planeamiento municipal, como Sistema General, el nuevo cementerio en Istiña.

Dicha modificación fue aprobada definitivamente por la Diputación Foral de Gipuzkoa (DFG), a través de acuerdo de su Consejo de Diputados de 21 de diciembre de 1999. En la modificación aprobada se definía un Sistema General de Equipamiento Comunitario de nuevo cementerio en suelo no urbanizable en la zona de Istiña.
- 15.** XXX interpuso recurso de reposición contra el acuerdo de la DFG de aprobación definitiva de la referida modificación puntual de las NNSS, recurso que fue desestimado en fecha 18 de julio de 2000 por acuerdo del Consejo de Diputados de la DFG. Contra dicho acuerdo interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), recurso que fue estimado por Sentencia 750/2002, de 23 de julio. De esta manera, quedó anulada la modificación de las NNSS para la definición de un sistema general de equipamiento comunitario de nuevo cementerio en suelo no urbanizable (zona de Istiña), de 21 de diciembre de 1999.
- 16.** En el año 2002 el Ayuntamiento inició la Revisión de las NN. SS. Dicha Revisión recogía, como Sistema General nº 8 (SG 8), el nuevo cementerio en Artzabal.
- 17.** En el año 2003 el Colegio de Arquitectos Vasco Navarro (COAVN) visó el proyecto básico y ejecución del nuevo cementerio de Deba redactado por el ganador del concurso de ideas de 1996 y posterior adjudicatario del contrato en el año 1998.
- 18.** El 16 de octubre de 2007 la DFG aprobó definitivamente el Texto Refundido de la Revisión de las NNSS de Deba (TR NNSS 2007), el acuerdo de aprobación fue publicado 17 de diciembre de 2007 en el Boletín Oficial de Gipuzkoa.
- 19.** La FICHA URBANÍSTICA del SG 8. CEMENTERIO DE DEBA, AREA DEBA es la siguiente:

 - “1. INFORMACIÓN URBANÍSTICA. ANTECEDENTES.

 - 1.1. ESTRUCTURA URBANA,

Cementerio del Área Urbana de Deba.

Se constituye junto al 8.0.9. (Cementerio de Itziar) como elemento configurador de la estructura orgánica del territorio.
 - 1.2. SUPERFICIE DEL ÁMBITO. 11.603 m²



2. RÉGIMEN URBANÍSTICO.

2.1. CLASIFICACIÓN DEL SUELO: No urbanizable

2.2. CALIFICACIÓN GLOBAL: Zona de Equipamiento Comunitario de Servicios Públicos (artículo 11:G8)

2.3. DELIMITACIÓN DE ÁREAS: Todo el cementerio constituye una unidad morfológica y consecuentemente una sola Área

3. CRITERIOS Y OBJETIVOS DE LA ORDENACIÓN PROPUESTA.

Posibilitar el traslado del viejo cementerio de Amillaga, en pleno casco urbano, para conseguir el cumplimiento de normativas sectoriales como la Policía Mortuoria y la Ley de Accesibilidad. Considerar el cementerio como un hito en el territorio y en la ordenación municipal, Adecuación al terreno con criterios de cementerio abierto, a modo de "jardín" o "parque".

3.1. CALIFICACIÓN PORMENORIZADA.

Con carácter orientativo.

Viales y aparcamientos 451 m²

Edificación programada 1.460 m²

Jardín de enterramientos 3.731 m²

Zona verde 4.600 m²

Acceso e itinerarios peatonales 352 m²

Acceso de convivencia de tráfico 378 m²

3.2. ORDENANZAS PORMENORIZADAS.

Las relativas a la Ley de Policía Mortuoria y Decreto 202/2004 de 19 de octubre y el Anexo al mismo (BOPV, 18 de noviembre de 2004).

3.3. CONDICIONES DE APROVECHAMIENTO, EDIFICACIÓN, DOMINIO Y USO.

Aprovechamiento. Equipamiento,

Edificación. Nueva: Según necesidades del proyecto arquitectónico.

Dominio. Público.

Uso. Según la Ley de Policía Mortuoria y Decreto 202/2004 de 19 de octubre y el Anexo al mismo (BOPV, 18 de noviembre de 2004). (.....)

3.4. CONDICIONES DE EQUIPAMIENTO, URBANIZACIÓN Y GESTIÓN.

Según los proyectos de obras correspondientes. En caso de ampliaciones, Sistema de Expropiación de los terrenos necesarios. La incorporación de zonas colindantes para la ampliación precisa, no supondrá ni modificaciones de planeamiento ni reclasificaciones de suelo.

A pesar que no existen cauces de agua en el interior del ámbito ordenado, el proyecto técnico y el desarrollo de las obras garantizarán la impermeabilización del terreno, y el control de lixiviados en base a los siguientes criterios:

La impermeabilización del terreno desde:



El objeto de evitar posibles afecciones el proyecto propondrá la creación de barrera impermeable en el terreno que impida posibles filtraciones que aseguren la protección del suelo y de las aguas subterráneas.

Dicha barrera impermeabilizadora cumplirá las exigencias marcadas por el Gobierno Vasco para la gestión de inertes e inertizados (Artículo 6 del Decreto 4231/1994 del Departamento de Urbanismo, Vivienda y Medio Ambiente del Gobierno Vasco, con fecha 2 de noviembre de 1994 y Ordena de 15 de febrero de 1995, del Consejero de ese mismo Departamento) donde la Normativa indica que para valores de permeabilidad comprendidos entre 10-5 mis y 10' mis, será necesaria la impermeabilización o acondicionamiento del terreno, con objeto de reducir su permeabilidad por debajo de 10-7 m/s. Asimismo cumplirá igualmente los requisitos establecidos por la Normativa Europea, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas en febrero de 1996, donde también se exige para vertederos de residuos inertes un coeficiente de permeabilidad K igual o menor a 10-7 m/s., en un espesor de un metro. (...).”

- 20.** Contra el acuerdo de aprobación definitiva del TR NNSS 2007 se interpuso recurso contencioso-administrativo ante TSJPV. El recurrente señalaba en su recurso que el SG 8 del TR NNSS 2007 se situaba en el mismo ámbito superficial en que lo previó en su momento la Modificación de las NNSS de 21 de diciembre de 1999, modificación que ya fue anulada por la Sentencia de la Sala nº 750/2002. El recurrente solicitaba la nulidad del TR NNSS 2007 en lo que respecta a la definición del SG 8, nuevo cementerio en Artzabal.

El TSJPV dictó Sentencia nº 21/2010, de 18 de enero, desestimando el referido recurso y declarando conforme a derecho la revisión de las NNSS recurrida en lo que respecta a la definición en el planeamiento urbanístico de Deba del nuevo cementerio como SG 8.

Contra la referida Sentencia del TSJPV se interpuso recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, quien dictó Sentencia en fecha 31 de mayo de 2012 fallando no haber lugar al recurso de casación.

- 21.** El Ayuntamiento no llevó a término el proyecto básico y ejecución de nuevo cementerio visado el 2003.
- 22.** En el año 2015 el Ayuntamiento encargó al arquitecto XXX un Informe sobre una nueva ubicación del cementerio de Deba. El importe de dicho encargo ascendió a 2.400 euros (IVA excluido).
- 23.** El Ayuntamiento, por jubilación del arquitecto municipal, licitó por el procedimiento negociado sin publicidad contrato de asesoramiento urbanístico. El Ayuntamiento invitó a participar a dicha licitación a XXX, Toledo Taldea, YYY y ZZZ. En diciembre de 2015 adjudicó dicho contrato a XXX.



- 24.** En el año 2017 el Ayuntamiento inició una exposición pública relativa al nuevo cementerio³. Para ello realizó una presentación el 19 de julio de 2017. En el anuncio de la misma el Ayuntamiento señaló lo siguiente:

“La necesidad de una nueva ubicación para el cementerio viene de años atrás y a través del tiempo ha sufrido diferentes modificaciones (emplazamiento, tamaño etc.)

El desarrollo urbanístico de la zona de Amillaga hace imposible mantenerlo en su ubicación actual, por lo que el Ayuntamiento ha realizado un proyecto acorde con las necesidades actuales en cuanto al tipo de enterramientos, servicios a ofrecer etc.

En esta presentación se analizará la evolución que ha tenido la problemática del cementerio desde el año 1993, año en el que se realiza un estudio de alternativas para la posible ubicación del nuevo cementerio en Deba. Su posterior elección e inclusión en el planeamiento municipal, las razones del actual escenario, las evoluciones y cambios sufridos los últimos 15 años, así como la explicación de esta nueva propuesta.

Esta nueva propuesta pasa por adecuar el cementerio a la realidad de los enterramientos en Deba, la adecuación de los servicios (nichos, columbarios, etc) así como la realización de zonas de estancia, despedida o recuerdo, desde una visión lo más plural e igualitaria posible. (...).”

- 25.** El 8 de marzo de 2018 el Ayuntamiento, a través de Decreto de Alcaldía nº 31/2018, encargó al arquitecto XXX la redacción de Proyecto 2018 en Artzabal⁴. El Decreto señaló la necesidad de cambiar el lugar de ubicación del actual cementerio de Deba sito en Arrillaga y definió el contrato como menor, ascendiendo su cuantía a 18.000 euros (IVA excluido).

El Ayuntamiento determinó el importe de dicho contrato en virtud de la oferta presentada por el arquitecto XXX. El objeto del servicio ofertado fue la redacción de proyecto básico y de ejecución del nuevo cementerio de Deba, en Artzabal y la oferta económica ascendió a 18.000 euros.

El Proyecto fue visado por el COAVN el 9 de mayo del mismo año y presentado al Ayuntamiento el 22 de mayo de 2018.

- 26.** El Ayuntamiento en el año 2019 licitó, a través de procedimiento abierto simplificado, las obras para la construcción del nuevo cementerio de Deba. El presupuesto base de licitación ha sido 1.773.738,74 euros.

- 27.** Desde el año 2000 hasta el 2019, el Ayuntamiento ha adjudicado 37 contratos de servicios de arquitectura, de los cuales 11 han sido adjudicados al arquitecto XXX

³ AYUNTAMIENTO DE DEBA. <https://www.deba.eus/es/actualidad/noticias/el-ayuntamiento-presentara-el-proyecto-del-nuevo-cementerio>.

⁴ El ámbito de Artzabal, se identifica en el planeamiento municipal como Sistema General 8, "Cementerio de Istiña".



o a su estudio de arquitectura, XXX Arkitektoak, S.L.P⁵, conforme los datos trasladados por el Ayuntamiento a esta LEA/AVC.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 28.** El denunciante ha puesto en conocimiento de LEA/AVC una supuesta vulneración de la normativa para la defensa de la competencia mediante la práctica de eliminar de facto la concurrencia adjudicando directamente contratos públicos al arquitecto XXX o a su empresa XXX Arkitektoak S.L.P.

Se deduce, pues, que se denuncia un acuerdo colusorio entre el Ayuntamiento y el arquitecto XXX o su empresa XXX Arkitektoak S.L.P.

- 29.** El denunciante lleva a cabo una equiparación entre la vulneración de la normativa de contratos de las Administraciones Públicas y la normativa de defensa de la competencia.
- 30.** Sin embargo, dicha equiparación no cabe realizarla en términos absolutos, sólo en el supuesto que las conductas contrarias a la Ley de Contratos puedan enmarcarse en alguna de las conductas prohibidas en la LDC.
- 31.** En el supuesto planteado, procede analizar si concurre en los hechos probados un acuerdo colusorio entre el Ayuntamiento y el profesional adjudicatario de los contratos prohibido por el artículo 1 de la LCD.
- 32.** El artículo 1.1 de la LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

La aplicación del artículo 1 de la LDC requiere, pues, la existencia de un concierto de voluntades entre diversos operadores económicos. La Sentencia de 19 de junio de 2007 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en su Fundamento de Derecho nº 3 establece:

“(…) pues, como es sabido, dicho precepto es aplicable exclusivamente a los acuerdos bilaterales o plurilaterales, pero no a las decisiones que, cualquiera que sea su denominación legal o formal, sean adoptadas por un solo sujeto, como ocurre en el caso analizado, debiendo

⁵ En dos de ellos el Ayuntamiento ha adjudicado el contrato siguiendo el procedimiento abierto, en uno siguiendo el procedimiento negociado sin publicidad y en cinco como contrato menor. En tres contratos el Ayuntamiento no ha señalado a LEA/AVC el procedimiento seguido para su adjudicación, al no contar en el momento actual con dicha información.



exigirse en todo caso que dichos acuerdos procedan de un concierto de voluntades plurales e independientes entre sí. En este sentido, este Tribunal ha mantenido reiteradamente los expresados criterios de pluralidad e independencia, negando incluso la calificación de acuerdo al pacto suscrito ente empresas de un mismo grupo económico (Resoluciones de 19.1190 y 22.5.97 [AC 1997, 1214] (...))”

33. Para ello, el Ayuntamiento debería ostentar la categoría de operador económico y no de Administración Pública en ejercicio de potestades públicas.

1. Administración Pública y sujeción a la normativa de competencia

34. La Disposición Adicional cuarta de la LDC establece:

1. 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 financiación. (...)

En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo ha destacado en varias ocasiones la plena sujeción de las Administraciones Públicas a la normativa de defensa de la competencia y su consideración, en consecuencia, como operador económico. Así, la Sentencia del TS de 19 de junio de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:4763) expresó:

(...) [respecto] de la actuación de las Administraciones públicas al derecho de la competencia cuando actúan como tales administraciones públicas, hay que afirmar la plena sujeción de las mismas a dicha regulación, sin que pueda objetarse a ello la dicción literal del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia como argumenta el Tribunal de Defensa de la Competencia. En efecto, el que dicho precepto hable de agentes económicos no debe entenderse en el sentido de que sólo pueden ser sancionados de acuerdo con el mismo aquellos agentes sometidos al derecho privado y no al derecho administrativo, sino como una referencia a **cualquier sujeto que actúe en el mercado**, aun en los casos en los que las propias Administraciones públicas o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al derecho administrativo.

Del mismo modo, la Sentencia del TS de 14 junio de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:3139) expresó:

Las consideraciones precedentes ceden, sin embargo, **cuando la actuación de cualquier Administración Pública se produce no en virtud de sus atribuciones de imperium sino en su calidad de operador económico que interviene en el mercado y presta sus servicios dentro de un marco de concurrencia con otros agentes**. El propio Ayuntamiento recurrente así lo reconoce cuando admite que "si la Administración actúa como cualquier otro sujeto de derecho o como cualquier otro operador o agente en el mercado será cuando se le apliquen también las prohibiciones contenidas en la LDC". Aunque ya hemos afirmado que esta última conclusión no es del todo correcta -pues la Administración también está sometida en general a las prohibiciones de la Ley de Defensa de la Competencia, salvo que sus actos gocen del respaldo, amparo o cobertura explícita de otra norma del mismo rango- sirve para centrar el debate en los mismos términos en que la parte recurrente lo hace. Ello implica, por



consiguiente, dilucidar si en el caso que nos ocupa el Ayuntamiento (...) actuó en el ejercicio de potestades administrativas o como operador económico.

Asimismo, la Sentencia del TS de 18 julio de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:3525) expresó:

(...) en el ámbito del derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que **lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado.** (...) Sin duda **habrá supuestos en que, por estar dirigida la apreciación de una posible vulneración del derecho de la competencia contra un acto administrativo formalmente adoptado, o contra una disposición de carácter general, la vía a seguir** por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -o, en su caso, por los órganos de las Comunidades Autónomas con atribuciones en materia de defensa de la competencia- **será la de la impugnación del acto** o disposición ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme a lo previsto en los artículos 12.3 y 13.2 de la Ley 15/2007. Pero la capacidad de reacción de las autoridades de defensa de la competencia no puede quedar reducida a esa vía impugnatoria (...)

En el mismo sentido que las anteriores, la STS de 27 de julio de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3131).

35. En consecuencia, cuando las Administraciones Públicas actúan como operadores económicos que intervienen en el mercado y prestan sus servicios en concurrencia con otros agentes, se sitúan en el ámbito subjetivo de aplicación de la LDC y pueden ser declaradas responsables de una infracción.
36. Por el contrario, cuando las Administraciones Públicas actúan en virtud de potestades públicas, las autoridades de competencia deben usar la legitimación activa —otorgada por el artículo 13.2 de la LDC y, en el caso de la Autoridad Vasca de la Competencia, también el artículo 3.4 de la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia— para impugnar los actos administrativos o la disposición reglamentaria ante la jurisdicción contencioso-administrativa, o bien pueden realizar labores de promoción ante dichas administraciones dirigiéndoles propuestas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia en los mercados.
37. Así, cuando las Administraciones Públicas ejercitan potestades de contratación administrativa para hacerse con bienes y servicios necesarios para la satisfacción de fines de interés general, actúan en el ámbito de sus funciones públicas atribuidas por ley y quedan sometidas a la legislación de contratos, la cual dispone de mecanismos de reacción propios ante una eventual restricción de competencia, además de la legitimación activa de las autoridades de competencia.



38. En definitiva, cabe la imputación de una infracción de la LDC a la Administraciones Públicas, en el caso de que éstas vayan más allá de las atribuciones públicas y se dirija a la culminación de un acuerdo anticompetitivo⁶.
39. Sin embargo, cuando la Administración ejercite potestades administrativas atribuidas por ley y restrinjan la competencia en los mercados, la Autoridad de Competencia deberá utilizar la vía de impugnación ante los Tribunales.

2. Análisis de las conductas

40. De la información reservada instruida por la DI, cabe desprender que el Ayuntamiento actúa en cada una de las licitaciones de servicios de arquitectura ejerciendo potestades públicas atribuidas por Ley (de Contratación Pública) y no ostenta la condición de empresa a los efectos de la normativa de competencia. Por ello, con la información de la denuncia y la aportada por el Ayuntamiento, no cabe inferir de las adjudicaciones de los contratos acuerdo colusorio alguno, ni por tanto cabe desprender indicios racionales de infracción del artículo 1 de la LDC.

a. Concurso de ideas nuevo cementerio Deba (1996)

41. La Ley Contratos de 1995⁷ reguló, a través de su artículo 216, los concursos de proyectos con intervención de Jurado. Dichos concursos eran procedimientos caracterizados por la intervención de un Jurado y que, con o sin asignación de premios, tenían por objeto elaborar planes o proyectos principalmente en los campos de la ordenación territorial, el urbanismo, la arquitectura, la ingeniería y el procesamiento de datos.

La adjudicación de contratos al ganador de un concurso de proyectos podía realizarse por procedimiento negociado sin publicidad, siempre que ello supusiese una continuidad del concurso y estuviese previsto en sus condiciones.

42. En el supuesto que nos ocupa, el Ayuntamiento convocó en el año 1996 un concurso de ideas para la elaboración de un proyecto de nuevo cementerio de Deba. En dicho concurso se señalaba que el ganador del mismo sería el

⁶ Resolución LEA/AVC, expediente 7/2013, Obras Públicas Álava.
http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/RESOLUCION%20arabako%20lanak%20definitiva%20sin%20firmas.pdf .

Resolución CNMC, expediente S/0167/09, Productores de Uva y Vinos de Jerez.
https://www.cnmc.es/sites/default/files/86308_6.pdf

⁷ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. BOE nº 119, de 19 de mayo de 1995.



adjudicatario del posterior contrato para la redacción de proyecto básico y ejecución del nuevo cementerio de Deba. El jurado era la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento.

43. El Ayuntamiento invitó a cinco profesionales o estudios de arquitectura⁸. Entre los profesionales que se presentaron al concurso, el Ayuntamiento designó tres finalistas: 1) XXX, 2) GAIN y XXX, 3) XXX e XXX.

Finalmente, el Ayuntamiento, a través de acuerdo de su Comisión de Gobierno, acordó dar por ganador al proyecto presentado por el arquitecto XXX y como consecuencia de ello adjudicó posteriormente en el año 1998 el contrato para la redacción del proyecto básico y ejecución del nuevo cementerio de Deba.

44. La adjudicación del contrato obedece a un procedimiento previo de carácter especial de la Ley Contratos 1995, como es el concurso previo de proyectos, y el Ayuntamiento ha adjudicado el contrato como órgano de contratación, a través de procedimiento negociado sin publicidad, al ganador del concurso de ideas 1996, tal y como estaba previsto en la convocatoria del mismo.

b. Contrato para el análisis de la viabilidad económica del proyecto de construcción (1997)

45. Una vez fallado el concurso de ideas de 1996, el Ayuntamiento adjudicó a su ganador el contrato para evaluar la viabilidad económica de la construcción del nuevo cementerio de Deba. El importe de dicho contrato fue de 810.000 ptas. (IVA incluido), siendo tramitado por el Ayuntamiento como contrato menor, de acuerdo con el artículo 202 de la Ley de Contratos 1995.
46. El contrato para el estudio de la viabilidad de la construcción del nuevo cementerio de Deba era un contrato de servicios y su tramitación como contrato menor requería que su importe fuese menor a 2.000.000 ptas.
47. Así, la adjudicación del contrato para evaluar la viabilidad económica de la construcción del nuevo cementerio de Deba se realizó, a través de una decisión de la Administración como órgano de contratación, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 202 de la entonces vigente Ley Contratos 1995, adjudicando el mismo al ganador del concurso de ideas de 1996.

⁸ XXX, YYY, RRR; SSS; XXX; ZZZ y Gain.



c. Contrato análisis técnico para una nueva ubicación del cementerio (2015)

48. El Ayuntamiento encargó en el año 2015 al arquitecto XXX un Informe técnico para una nueva ubicación del cementerio de Deba. El importe de dicho encargo fue de 2.400 euros (IVA excluido).
49. Dicha adjudicación fue una decisión del Ayuntamiento en ejercicio de potestades públicas atribuidas por Ley, de acuerdo con lo prescrito para los contratos menores en los artículos 111 y 138.3 de la Ley de Contratos de 2011⁹

d. Proyecto para la redacción de proyecto básico y ejecución del nuevo cementerio (2018)

50. El TR NNSS de 2007 definió como SG 8 el nuevo cementerio en la zona de Istiña.
51. Sin embargo, como se ha señalado en los párrafos de la presente que van del 14 al 20, la incardinación en las normas de planeamiento del nuevo cementerio de Istiña ha traído consigo un cúmulo de recursos administrativos y/o contencioso-administrativo para anular dicha instalación mortuoria de la normativa de planeamiento urbanístico de Deba.

Tras resolverse los recursos contra las Normas de Planeamiento que establecían el nuevo cementerio en Istiña, el Ayuntamiento no llegó a ejecutar el Proyecto 1998, pese a estar recogida la instalación mortuoria en las normas de planeamiento municipal.
52. El Ayuntamiento en el año 2017 constató que las necesidades que debía satisfacer el nuevo cementerio habían cambiado sustancialmente. En efecto, había disminuido el número inhumaciones y se había incrementado el de incineraciones, lo que conllevaba una menor necesidad de espacio.
53. Por ello, el Ayuntamiento decidió encargar un nuevo proyecto. Así, por Decreto de Alcaldía nº 31/2018, de 8 de marzo, encargó al arquitecto XXX la redacción de un Proyecto de Básico y de Ejecución de un nuevo cementerio de Deba en Artzabal.

⁹ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. BOE nº 276, de 16/11/2011.



El Decreto señaló la necesidad de cambiar el lugar de ubicación del actual cementerio de Deba sito en Arrillaga y definió el contrato como menor, ascendiendo su cuantía a 18.000 euros (IVA excluido).

54. El denunciante ha señalado que, si bien los Proyectos de 2003 y 2018 mantienen un mismo objeto, ambos son absolutamente independientes, atendiendo a la superficie ocupada, número de enterramientos y presupuesto de ejecución.

55. Dichos Proyectos definen una tipología de cementerio muy diferente.

La Memoria del Proyecto 2018 señala que éste trata de **revisar íntegramente el Proyecto de 2003**, ocupando menos espacio y como consecuencia de ello disminuyendo el número de enterramientos y nichos e incrementando el número de columbarios. Ello también afecta al presupuesto previsto para su ejecución.

Dicha Memoria recoge lo siguientes antecedentes y la justificación del Proyecto 2018:

“En fecha de 2 de diciembre de 2003, es visado por el Colegio de Arquitectos, COAVN, el Proyecto Básico y de Ejecución del nuevo cementerio de Deba, a consecuencia del premio otorgado en el concurso de ideas celebrado en 1997, y posterior contrato de 1998.

La grave crisis del sector de la construcción iniciada en 2007, provocaron un paréntesis de inacción constructora, que eliminó presión sobre el actual cementerio de Arrillaga, presión que aparece ahora tras el claro desarrollo urbanístico al Sureste por el Sector 1 "Elizburu" y la petición de la propiedad de Amillaga de proceder a una reordenación del ámbito, así como al posterior desarrollo del planeamiento pormenorizado.

Por otro lado, se ha producido una involución en el sistema de enterramientos cambiándose el sistema de panteones o bajo tierra de los años noventa (100%) al de columbarios de cenizas (76% en 2016) con un incremento progresivo, sin haber alcanzado el techo todavía.

Ello ha conllevado a una reconsideración del proyecto del año 2003. En julio de 2017, se realizó una exposición pública, en el Salón de Plenos Municipal, dando explicaciones del proceso evolutivo producido y dando a conocer el anteproyecto de la nueva propuesta que es la que aquí se desarrolla”

Asimismo, la Memoria lo justifica desde el punto de vista arquitectónico:

“La posterior crisis económica, la necesidad de ajustar los costes de ejecución y sobre todo, el rápido cambio de tendencia hacia la incineración, que supone una menor intervención espacial han obligado a una lógica revisión integral del proyecto original”

56. El proyecto 1998 contemplaba una ocupación plena del espacio, 11.603 m². Sin embargo, el Proyecto 2018 prevé una ocupación inicial de 4.800 m², un 41% del total de la superficie. El resto queda en reserva para futuras necesidades.



57. En lo que respecta a los tipos de instalaciones funerarias en el cementerio, el Proyecto de 2018 prevé los siguientes:

- 7 módulos con 63 plazas de nichos (13%)
- 7 módulos con 42 enterramientos (8,9%)
- 73 módulos con 438 columbarios (78,4%)
- Osario y Fosa Común

Sin embargo, el Proyecto de 2003 preveía las siguientes:

- 72 plazas de nichos
- 36 osarios
- 46 depositarios de cenizas enterramientos:
- 522 plazas de enterramientos

58. Por último, los presupuestos de ejecución material previstos también eran diferentes:

- Proyecto de 2003: Presupuesto de ejecución por contrata: 3.656.459, 10 euros. (IVA excluido)
- Proyecto de 2018: Presupuesto de ejecución: 1.773.738,74 euros (IVA excluido)

59. El contrato relativo al proyecto de 2018 es un contrato de servicios y su cuantía asciende a 18.000 euros (IVA excluido), determinada por el Ayuntamiento en virtud de la oferta de trabajo que le ha presentado el arquitecto posteriormente adjudicatario del mismo.

En lo que respecta a dicha oferta de servicios profesionales, los honorarios deben ser libremente adoptados, sin que quepa establecer los mismos en virtud de honorarios mínimos u orientativos del Colegio Profesional correspondiente, prohibidos por el artículo 14 la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales¹⁰.

60. La adjudicación de dicho contrato ha sido una decisión de la Administración, de acuerdo con lo dispuesto para los contratos menores en los artículos 111 y 138.3 del TR Ley de Contratos 2011.

¹⁰ El artículo 14 de la Ley de Colegios Profesionales prohíbe las recomendaciones sobre honorarios profesionales. En concreto, señala que los Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales.



e. Proyecto y dirección facultativa relacionado con obras en el Palacio Aguirre (2006)

- 61.** El Acuerdo del TVCP, permite constatar que el Ayuntamiento encargó a un arquitecto la elaboración de proyectos y dirección facultativa relacionados con las obras del Palacio de Aguirre, tras la rescisión de un contrato previo suscrito con otros profesionales. Dicho encargo, conllevó la facturación del profesional encomendado de gastos por dichos conceptos durante los años 2007 (93.000,00 euros), 2008 (42.000,00 euros) y 2009 (74.000,00 euros). El TVCP ha señalado que dicho encargo se realizó al margen de los procedimientos establecidos por la normativa de contratación pública.

Por su parte, el Ayuntamiento alegó al TVCP que dicho encargo se realizó tras la rescisión de mutuo acuerdo del contrato previo de servicios para la elaboración de proyectos y dirección facultativa del Palacio Aguirre y que el gasto estaba previamente autorizado.

- 62.** En este sentido, el Ayuntamiento habría ejercitado potestades públicas de contratación, si bien,-- según señala el TVCP-, lo habría realizado al margen de los procedimientos que establece a tal efecto la Ley de contratos públicos.

3. Conclusión

- 63.** Del análisis de los datos obrantes en el expediente respecto de los anteriores contratos y desde un punto de vista estrictamente de la Ley de Defensa de la competencia, este CVC considera que el Ayuntamiento ejercita potestades administrativas conferidas por la Ley de Contratos al adjudicar los referidos contratos y, por tanto, no tiene la consideración de operador económico. Por ello, no cabe desprender de dichas adjudicaciones acuerdo colusorio alguno en el sentido del art. 1 de la LDC.
- 64.** Por todo ello, con relación a las conductas denunciadas la DI, después de llevar a cabo una fase de información reservada, ha propuesto a este CVC no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones habidas e instruidas en el marco de la referida información reservada, por cuanto no infiere la existencia de indicios de infracción de la normativa en materia de defensa de la competencia.
- 65.** Este CVC comparte la propuesta de la DI de acuerdo con las consideraciones jurídicas expuestas.



4. Órgano competente para resolver

- 66.** El artículo 49.3 de la LDC establece que el Consejo de la CNMC, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley.
- 67.** El artículo 25 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, establece que la formulación en forma de una denuncia no vincula a la Dirección de Investigación para iniciar el procedimiento sancionador. El acuerdo de no iniciación del procedimiento deberá comunicarse al denunciante, indicando los motivos por los que no procede la iniciación del procedimiento.

V. RESUELVE

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones habidas e instruidas en el marco de la denuncia de referencia, por cuanto no ha quedado acreditada la existencia de indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Como consecuencia de ello, no cabe realizar pronunciamiento alguno sobre la solicitada medida cautelar.