



## **EBAZPENA (Espt.:\_07/2011, BILBOKO UDALEKO TELEFONO KONTRATUA)**

Lehiaren Euskal Kontseilua

María Pilar Canedo Arrillaga and., presidentea

Natividad Goñi Urriza and., kidea

Rafael Iturriaga Nieva jn., kidea

Idazkaria: Ibon Alvarez Casado jn.

### **EBAZPENAREN LABURPENA**

<b>I. AURREKARIAK.....</b>	<b>2</b>
<b>II. FROGATUTAKO GERTAERAK.....</b>	<b>9</b>
A. Enpresa inplikatuak.....	9
B. Akordioen deskribapena.....	11
C. Bilboko Udalean zerbitzua ematea eta ukitutako lizitazioa.....	12
<b>III. ZUZENBIDEKO OINARRIAK .....</b>	<b>20</b>
A. LDEAren eta LEAren arteko trantsizioa.....	20
B. Enpresek eskatutako ikustaldia .....	20
C. Dagokion merkatuaren azterketa .....	21
D. Administrazioaren askatasun mugatua kontratazio publikoan.....	27
E. Sailkapenaren esanahia .....	28
F- Aldi Baterako Enpresa Elkarteak (ABEE).....	29
G. Lehiaren araudiaren aurkako arau-haustek, helburuagatik.....	32
H. Telekomunikazioen Merkatuaren Batzordearen funtzioa .....	33
I. TESAUren, TMEren eta EUSKALTELen aurka zehapen-prozedura irekitzea ekarri duten jokabideen azterketa.....	34
a. Praktika motak .....	34
b. Merkatuko garrantzia.....	34
c. Akordioen kalifikazio juridikoa .....	35
d. Lizitazioaren definizioan Udalak izan dezakeen erantzukizuna.....	36
e. Enpresen gaitasun teknikorik eza .....	38
f. Erruduntasuna.....	40
g. Errugabetasun-presuntzioa .....	42
h. Balorazio orokorra.....	43
i. Isuna.....	45
<b>IV. EBAZTEN DU.....</b>	<b>47</b>



Lehiaren Euskal Kontseiluak (LEK), jada adierazi den osaerarekin eta txostengile María Pilar Canedo Arrillaga and. eta Natividad Goñi Urriza and. direla, ondoko Ebazpena eman du 07/2011, BILBOKO UDALEKO TELEFONO KONTRATUA espedientearen kasuan. Desegindako Lehiaren Defentsarako Euskal Zerbitzuak (LDEZ) abiatu zuen espedientea, Telefónica de España SAUk, Telefónica Móviles SAUk eta Euskaltel SAk ustez lehiakortasuna murrizteko praktikak egin zituztelako.

## I. AURREKARIAK

1. 2010eko martxoaren 12an, desegindako Lehiaren Defentsarako Euskal Auzitegiaren (aurrerantzean, LDEA) idazki bat (1. folioa) sartu zen desegindako Lehiaren Defentsarako Euskal Zerbitzuan (aurrerantzean, LDEZ edo Zerbitzua). Idazkian, eskatzen zitzaion Zerbitzuari abia zezala zehapen-espediente bat, Lehiaren Defentsari buruzko Legearen arabera, aldi baterako enpresa-elkarte baten (ABEE) forman Telefónica de España SAU, Telefónica Móviles SAU eta Euskaltel SA enpresek formalizatutako akordioari zegokionez. Bilboko Udaleko telekomunikazioak modu integralean eta elkarrekin kudeatzea zuen xede akordio horrek.

2. 2010eko martxoaren 16an, sumatutako jokabideari buruzko ohar labur deskriptibo bat bidali zion LDEZk Lehiaren Batzorde Nazionalari (LBN), dokumentazio lagungarri guztiarekin, Lehiaren Defentsaren alorrean Estatuaren eta autonomia-erkidegoen eskumenak koordinatzeko otsailaren 21eko 1/2002 Legeko 2.1 artikuluan aurreikusitakoaren arabera, LDEZren eskumena adierazten zela (*2.etik 7.era bitarteko folioak*).

2010eko apirilaren 5ean, LBNk ofizio bat bidali zuen. Hartan, jakinarazten zen ezen, jasotako proposamenari jarraituta, LDEZ eskudun jotzen zela salatutako gaia ikertzeko (*9.etik 11. bitarteko folioak*).



3. 2010eko apirilaren 7an, Ekonomia eta Plangintza Zuzendariaren ebazpenaren bitartez, erabaki zen informazio erreserbatu baten instrukzio-fasea hasiko zela, hala bazegokion zegokion zehapen-espedita ireki aurretik, Lehiaren Defentsari buruzko Legearen 49.2 artikuluan ezarritakoaren arabera (*13.etik 15.era bitarteko folioak*).

4. Informazio erreserbatuaren instrukzio-fasean, LDEZk zenbait informazio eskatu zizkien Bilboko Udaleko Kontratazio Zuzendaritzari, TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAUri (aurrerantzean, TESAU), TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAUri (aurrerantzean, TME) eta EUSKALTEL SAri, eta enpresek informaziook bete eta igorri zituzten.

5. 2010eko azaroaren 29an, herri-administrazioek laguntza emateko duten betebeharrak Lehiaren Defentsari buruzko Legeko 39.1 artikuluan agindutakoarekin bat, LDEZk eskatu zion Eusko Jaurlaritzako Informatika eta Telekomunikazio Zuzendaritzari (ITZ) igor zezala adituen txosten bat, eta, haren bidez, argi zezala ea TELEFÓNICAko TESAU eta TME enpresek eta EUSKALTELe bazuten, bakoitzak bere aldetik, kaudimen egokia eta behar bestekoa, bai lizitaziora aurkezteko, bai kontratuaren helburua betetzeko (*528.etik 530.era bitarteko folioak*).

2010eko abenduaren 20an, eskatutako txostena jaso zuen LDEZk (*531.etik 569.era bitarteko folioak*). Agirian, azterketa bat egiten zen lehiaketaren baldintza teknikoek eta LDEZren informazio-eskaerari EUSKALTELe, TMEk eta TESAUK emandako erantzunez.

Txostenak konklusio hauek dakartza:

- 091724000001 zenbakidun kontratazio-espeditari (Bilboko Udalerako eta Udal Erakundeetarako Telekomunikazio Zerbitzua) dagokionez, ondorioztatu da TELEFÓNICA Taldeak baduela kaudimen egokia eta behar bestekoa bere kasa, bai lizitaziora aurkezteko, bai kontratuaren helburua betetzeko, beste inolako ohar gehigarririk egin beharrik gabe.

- 091724000001 zenbakidun kontratazio-espeditari (Bilboko Udalerako eta Udal Erakundeetarako Telekomunikazio Zerbitzua) dagokionez, ondorioztatu da



EUSKALTELEk baduela kaudimen egokia eta behar bestekoa bere kasa, bai lizitaziora aurkezteko, bai kontratuaren helburua betetzeko, maila txikiagoko ohar gehigarri bat egiten dela EUSKALTELEntzat, hau da, berringeniaritzako, egokitzapeneko, eboluzioko eta/edo azpikontratazioko prozesu ohiko eta arruntak behar izan daitezkeela.

6. 2011ko urtarrilaren 11n, Ekonomia eta Planifikazio zuzendariak, Lehiaren Defentsari buruzko Legeko 49.1 artikuluan ezarritakoarekin bat, zehapen-espeditate bat irekitzea erabaki zuen, lege horretan debekatutako lehia murrizteko praktikengatik, EUSKALTEL SAre, TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAUren eta TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAUren aurka. Ebazpen horren arabera, **EUSKALTEL SA, TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAU eta TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU** jo ziren interesduntzat espeditate horretan, eta instruktorea eta idazkaria izendatu ziren.

7. 2011ko otsailaren 17an, Ekonomia eta Plangintza Zuzendariak ebazpen bat eman zuen, Haren bidez, zabaldu egin zen zehapen-espeditatearen akordioa, VODAFONE ESPAÑA SAU eta LBNko lkerketa Zuzendaritza ere interesdun gisa onartzeko (*621.etik 627.era bitarteko folioak*).

8. 2011ko otsailaren 25ean, LDEZk 2011ko urtarrilaren 31n eskatu izandako informazioa igorri zuen Bilboko Udalak: 2010eko martxoaren 11ko B gutunaren irekierako Kontratatzeko Mahaiaren aktatik espeditatearen amaierara arte igorritako txostenak, aktak eta jakinarazpenak. Aipatu informazioak nabarmentzen du Bilboko Udaleko Gobernu Batzordeak, 2010eko maiatzaren 13an, eta Kontratazio Mahaiaren maiatzaren 6ko txostena irakurri ondoren, baztertu egin zituela deitutako lizitaziora aurkeztu izandako eskaintza guztiak, eta esleitu gabetzat jo zuela hura, Sektore Publikoko Kontratuen Legeko 135.1 artikulua xedatutakoaren arabera (*661.etik 688.era bitarteko folioak*).

9. 2011ko urtarrilaren 28an, espeditatearen instruktoreak loteslea ez zen txosten bat eskatzeko probidentzia bat igorri zion



Telekomunikazioen Merkatuaren Batzordeari (TMB), Lehiaren Defentsarako Legeko (LDL) 17.2 d) artikuluan xedatutakoaren arabera. Gainera, prozeduraren instrukzio-epearen igarotzea etetea erabaki zuen –txostenaren eskaera-ofizioaren irteera-datatik informazioa jaso arte–; baita etete hori aldeei jakinaraztea ere (*605.etik 613.era bitarteko folioak*).

2011ko apirilaren 4an sartu zen aipatu txostena (*755.etik 776.era bitarteko folioak*), eta, beraz, jakinarazi zitzaien interesdunei altxatua zela instrukzio-epearen igarotzean ezarritako etenaldia (*777.etik 784.era bitarteko folioak*).

Txostenak ondorio hauek zekartzan:

- «Telekomunikazio-zerbitzuak (finkoak eta mugikorak) eskaintzeko Bilboko Udalak deitutako lehiaketako eta 2010eko urtarrilaren 21ean argitaratutako baldintza teknikoen agiriaren arabera, ez da justifikaziorik, ez eskatutako zerbitzuen ezaugarrien ikuspegitik, ez aplika daitekeen puntu-baremoaren arabera haietaz egindako balioespenaren ikuspegitik, Euskaltel nahitaez Telefónicarekin eta Telefónica Móvilesekin batera aurkez zedin.
- Telekomunikazio-zerbitzuak (finkoak eta mugikorak) eskaintzeko Bilboko Udalak deitutako lehiaketako eta 2010eko urtarrilaren 21ean argitaratutako baldintza teknikoen agiriaren arabera, ez da justifikaziorik, ez eskatutako zerbitzuen ezaugarrien ikuspegitik, ez aplika daitekeen puntu-baremoaren arabera haietaz egindako balioespenaren ikuspegitik, Telefónica nahitaez Euskaltekin batera aurkez zedin.
- Telefónicak, Telefónica Móvilesek eta Euskaltelek ez dute justifikatu elkarrekin aurkeztu izana, aurreko bi paragrafoetan adierazi den bezala. Lehiaren Defentsarako Euskal Zerbitzuak aztertu beharko du hori, garrantzia duten gainerako inguruabarrekin batera, Lehiaren Defentsari buruzko 15/2007 Legeko 1. artikulua eremuan kokatzeko moduko jokabiderik izan den erabakitzeak».

**10.** 2011ko maiatzaren 11n, EUSKALTELen idazki bat sartu zen (*786.etik 793.era bitarteko folioak*), eta, han, laburpen gisa, honako alegazio hauek egiten ziren aipatu txosten teknikoei dagokienez:

- Eusko Jaurlaritzako Informatika eta Telekomunikazio Zuzendaritzak 2010eko abenduaren 16an egindako txostenean eta TMBk 2011ko martxoaren 24an egindako txostenean adierazten denaz bestera, EUSKALTELeK deritzo eskaintza taxutzeko unean zeuzkan gabezia teknikoek nabarmenki oztopatzen zutela zerbitzuak betetzeko kaudimen egoki eta behar bestekoa edukitzea.



Zehazki, telefono finkoko zerbitzuei zegokienez, EUSKALTEL ez zegoen teknikoki prestatuta lotura analogikoko zirkuituen bidez eman beharreko zerbitzua –zegozkion baldintza-agirietan xehatuta bezala– bere gain hartzeko, eta ez zen gertatzen eraginkorra –ez eta, segur aski, epean kudeagarria– beharrezko kokapen-eskeman elementu tekniko alternatiboak sartzea.

Telefono mugikorreko zerbitzuei zegokienez, EUSKALTELeK, operadore mugikor birtual moduan, ez zuen data hartako araudiaren araberako plataforma eguneraturik ondoko zerbitzuak eskaintzeko: SMS edo MMS bidalketen pasabidea; luzapenei lotutako funtzioak, hala nola dei-transferentziak, erabilgarritasun-zerbitzua, etab., eta SIM txartelei lotutako funtzioak partekatzea.

-Lehiaketa bertan behera gelditu den unetik, Udalak esleitu gabetzat jo baitzuen, desagertu egiten da jokabide ustez legez kontrako oro; baita, beraz, alderdien artean eta hirugarrenen aurrean ondoriorik ez duen jokabide bat «debekatutzat» tipifikatzeko aukera oro ere.

**11.** 2011ko ekainaren 14an, LDEZk 2011ko maiatzaren 23an eskatutako informazioa igorri zuen Bilboko Udalak: 091724000001 zenbakidun kontratazio-espedientea deitu arte Bilboko Udalarik eta haren udal-erakundeei telekomunikazio-zerbitzuak eskaintzen zizkieten enpresen zerrenda, berariaz aipatzen zirela, bai kontratuen hasierako datak, bai jarraitu izandako kontratazio-prozedura; baita aipatu espedientera aurkeztu izandako enpresek egin zituzten eskaintza ekonomikoak ere (*1452.etik 1459.era bitarteko folioak*).

**12.** 2011ko ekainaren 16an, espedientearen instruktoreak zegokion Gertaerak Zehazteko Agiria idatzi zuen, Lehiaren Defentsari buruzko Legeko 50.3 artikuluan ezarritakoaren arabera (*1460.etik 1483.era bitarteko folioak*). Gertaerak Zehazteko Agiri hori behar bezala jakinarazi zen, eta EUSKALT, TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU eta TELEFÓNICA ESPAÑA SAU merkataritza-enpresek alegazioak aurkeztu zituzten.

TELEFÓNICA Taldeko enpresek proposatu zuten, gainera, egin zitezela agiri-froga zehatz batzuk; haiei buruz, espedientearen instruktoreak probidentzia bat eman zuen, eskatutako frogak onartzen zituena, eta, haiek egiteko, ofizio bat bidaliko zitzaien, bai, alde batetik, Bilboko Udalarik, bai, bestetik, Eusko Jaurlaritzako



Justizia eta Herri Administrazio Sailari. Egin zen eskatutako frogara, eta haren ondoriozko dokumentazioa espedienteari gehitu zitzaion.

**13.** 2011ko irailaren 6an, espedientearen **instruktoareak** probidentzia bat eman zuen; haren bitartez, instrukzio-fasea ixteko agindu zuen, ebazpen-proposamena idazteko.

**14.** 2011ko urriaren 10ean, espedientearen instruktoareak ondoko Ebazpen Proposamena idatzi zuen, eta desegindako Lehiaren Defentsarako Euskal Auzitegiari igorri zion:

**LEHENENGOA:** Deklaratzea lehia murrizteko praktikak izan direla, debekaturik baitaude halakoak Lehiaren Defentsari buruzko uztailaren 3ko 15/2007 Legeko 1.1 artikulua bitartez, honako hauek izaki aipatu praktikak: eskaintza elkarrekin aurkeztea, eta, hiru enpresek proposatutako eskaintzak irabaziz gero, aldi baterako enpresa-elkarte bat (ABEE) eratzeko konpromisoa edukitzea, helburu hauekin: enpresek beren artean banatzea –eta, beraz, akordioan partaide diren enpresen arteko lehia ezabatzea– 091724000001 zenbakidun lehiaketa publikoa (Bilboko Udalarentzako telekomunikazio-zerbitzua); Bilboko Udalaren mendeko udal-erakundeek esleituko dituzten telefonia-zerbitzuak formalizatzeko prezioen tarifak erabakitzea, eta kontratuak eskatuko dituen inbertsioak egitea.

**BIGARRENA:** Ondokoak jotzea debekatutako jardueren erantzuletzat:

- EUSKALTEL SA; IFK zk.: Q0166002F; helbide soziala: Parke Teknologikoa, 809 eraikina, DERIO (BIZKAIA); PK: 48160.

-TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU; IFK zk.: A82018474; helbide soziala: Ronda de la Comunicación, zk.g., C barrutia, Edificio Sur 3 - 2.a, Madril; PK: 28050.

-TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU; IFK zk.: A78923125; helbide soziala: Ronda de la Comunicación, zk.g., C barrutia, Edificio Sur 3 - 2.a, Madril; PK: 28050.

**HIRUGARRENA:** Kontuan izatea, erantzukizunaren aringarri gisa, hauek:

Jokabideak ez du ondoriorik izan merkatuan: enpresek ez zuten jakinarazi ABEE moduan aurkeztu nahi zutela lehiaketara, eta, beraz, aipatu jokoerak ezin izan zuen izan disuasio-efekturik beste enpresa batzuetan lehiaketara aurkezteko edo ez erabakitzeko orduan, eta, gainera, Bilboko Udalak esleitu gabetzat jo zuen lehiaketa (ez zen aukeratu eskaintzarik, eta, beraz, ABEEa ez zen sekula gauzatu).

Jokabideak ez dakar berekin telekomunikazio-lehiaketa guztiak enpreson artean banatzeko planik edo estrategiarik.





**LAUGARRENA:** Lehiaren Defentsari buruzko Legeko 53. artikulua aipu dituen gainerako adierazpenak ere hartzea.

**15.** Aipatu Ebazpen Proposamena zehapen-espeditenteko interesdunei jakinarazi zitzairen, eta haiek alegazioak aurkeztu zituzten. Aipatu alegazioetan, TELEFÓNICA Taldeko enpresek, TESAUk eta TMEk, ikustaldi bat egitea eskatu zuten.

**16.** 2011ko azaroaren 22an, desegindako LDEZn 2/2010 zenbakiarekin izapidetutako zehapen-prozeduraren instruktoreak Ebazpen Proposamena eta administrazio-espeditentea igorri zizkion desegindako LDEAri, hark zuzenbidearen arabera zegokion ebazpena eman zezan. Administrazio-espeditenteari instruktorearen txostena gehitu zitzaion. Haren bidez, instruktoreak adierazten du EUSKALTEL SAk, TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAUK eta TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAUK alegazioak aurkeztu dizkiotela Ebazpen Proposamenari; alegaziook ez dutela ezertan indargabetzen Ebazpen Proposamena, eta, horregatik, berak osoki berresten duela hartan adierazitako guztia.

**17.** LDEZk igorritako zehapen-espeditentea desegindako LDEAn erregistratu zen, zenbaki honekin: 07/2011, BILBOKO UDALEKO TELEFONO KONTRATUA. Lehiaren Euskal Agintaritzaren jarduerak hastearrekin, eta 1/2012 Legeko Lehenengo Xedapen Iragankorraren arabera, LDEA desegin egin da, eta Lehiaren Euskal Kontseiluari dagokio orain goian aipatutako zehapen-prozedura erabakitzea.

**18.** Lehiaren Euskal Kontseiluak 2012ko irailaren 7an egindako bileran eztabaidatu eta ebatzi zuen espeditentea.

**19.** Ondokoak dira interesdunak:

- EUSKALTEL, SA
- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU
- TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU





- VODAFONE ESPAÑA, SAU
- LEHIAREN BATZORDE NAZIONALA

## II. FROGATUTAKO GERTAERAK

**20.** Jarraian adierazten diren gertaerak daude jasota Txostenean eta Ebazpen Proposamenean; baita espedientean bildutako informazioan ere. Gertaerok ezagutzea garrantzitsua da espedientea ebazteko. Lehiaren Euskal Kontseiluaren iritzian, behar bezala egiaztatuta eta frogatuta daude.

### A. Enpresa inplikatuak

**21.** EUSKALTEL SA (IFK: A48766695) Euskal Autonomia Erkidegoko telekomunikazio-operadore global bat da. Telefonia finkoko, mugikorreko, Interneteko eta telebista digitaleko zerbitzuak eskaintzen ditu. Sare propioa duen Europako lehen operadore mugikor birtual independentea da, eta, beraz, erabateko gaitasuna du mota guztietako zerbitzuak, finkoak, mugikorrak eta konbergenteak, eskaintzeko.

EUSKALTEL TMBren Komunikazio Elektronikoko Operadoreen **Erregistroan dago inskribatua**, ondoko zerbitzuak emateko **gaituta**: operadore mugikor birtual (OMB) osoa eta nazio mailan zerbitzuak ematen dituen OMB; telefonia finkoko sarea (Euskal Autonomia Erkidegoko lurralde-eremuan); lurreko sare finkoa; telefono finkoa-sarbide zuzena zerbitzuaren birsalmenta; eskaera peko datu-bideo transmisioa; zerbitzu telefoniko finkoa; ahots-zerbitzu nomadak; erabiltzaile talde itxietako ahots-telefonía, eta datuen transmisioa - Interneteko sarbide-hornitzailea.

Enpresak emandako datuen arabera, 330.709 m. €-ko **negozio-bolumena** izan zuen 2007an; 339.896 m. €-koa 2008an, eta 338.892 m. €-koa 2009an (305. folioa).



Euskal Autonomia Erkidegoko **merkatu-kuotei** dagokienez, 2008an telefono finkoko lineen % 36,20 zuen; telefono mugikorreko lineen % 12,23, eta Interneteko sarbideen % 20,64 (*304. folioa*).

**22. TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU (TME) (IFK: A82018474) eta TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAU (TESAU) (IFK: A78923125)** enpresa talde berean daude, TELEFÓNICA Taldean, zeinaren enpresa nagusia TELEFÓNICA SA (IFK: A28015865) baita. Bi enpresen artean, telefonia finkoko zerbitzuak (ordaindutako TB barne), telefonoko mugikorrekoak eta banda zabala eskaintzen dituzte. 2010eko maiatzetik, MOVISTAR da taldeak Espainian duen merkataritza-marka bakarra<sup>1</sup>.

TME TMBren Komunikazio Elektronikoko Operadoreen **Erregistroan dago inskribatua**, ondoko zerbitzuak emateko **gaituta**: multikonferentzia, IP Centrex sare pribatuen gaineko ahotsa, lurreko sare - hibrido koaxiala eta zuntz optikoa, telefono finkoko zerbitzua, ahots-zerbitzu nomadak, erabiltzaile talde itxietako ahots-telefonia, IP bidezko ahots-telefonia multimedia nomada, datuen transmisioa (mezu laburren bidez abonatuaren zenbakia kontsultatzea; eskaera peko faxa; mezularitza elektronikoa; Internetera sartzeko hornitzailea; paketeen edo zirkuituen bitartez datuen kommutazioa hornitzea; informazioaren transmisioa; testua; irudia eta soinua sare publikoen bitartez, eta bideokonferentzia) eta telefono-sare finkoa. Hori guztia, nazio mailan.

TESAU TMBren Komunikazio Elektronikoko Operadoreen **Erregistroan dago inskribatua**, ondoko zerbitzuak emateko **gaituta**: irrati bitartezko bilaketa; ikus-entzunezko komunikazio-zerbitzuen garraioa; lurreko irrati-komunikazio mugikorrak erabiltzaile talde itxietan; JEP-erabilera pribatiboa erabiltzen duen sarea, telefono-sare finkoa, telefono-sare mugikorra (DCS 1800 zerbitzuaren euskarria; hirugarren belaunaldiko komunikazio

<sup>1</sup> Iturria: [http://www.telefonica.com/es/annual\\_report/pdf/telefonica\\_ia10\\_esp.pdf](http://www.telefonica.com/es/annual_report/pdf/telefonica_ia10_esp.pdf)



mugikorren euskarria (UMTS), GSMren euskarria), telefono finkoko zerbitzua, telefono mugikorreko zerbitzua (UMTS, DCS 1800 eta GSM), erabiltzaile talde itxietako ahots-telefonía eta datuen transmisioa (mezuak gordetzea eta birbidaltzea, Interneteko sarbidearen hornitzailea)<sup>2</sup>. Hori guztia, nazio mailan.

TESAUren **negozio-bolumena** 12.401 m. €-koa izan zen 2007an; 12.581 m. €-koa 2008an, eta 12.167 m. €-koa 2009an (379. eta 380. folioak).

**Merkatu-kuotei** dagokienez, TESAUk EAEko telefonía finkoko lineen % 61,30 zuen 2008an, eta Interneteko sarbideen % 40,90 (357. folioa).

TMEren **negozio-bolumena** 9.693 milioi €-koa izan zen 2007an; 9.684 milioi €-koa 2008an, eta 8.965 milioi €-koa 2009an (352. folioa).

Euskal Autonomia Erkidegoko **merkatu-kuotei** dagokienez, TMEk linea mugikorren % 42,40 zuen 2008an (329. folioa).

## B. Akordioen deskribapena

**23.** 2010eko urtarrilaren 26an, EUSKALTEKek, TESAUk eta TMEk hainbat akordio sinatu zituzten. «Proiektua» edo «BILBO Proiektua» deitu zieten (314.etik 322.era, 338.etik 346.era eta 366.etik 374.era bitarteko folioak). Akordio horiek konfidentzialtasun-akordio bat ekarri zuen berekin; harekin batera, ABEE bat, Bilbo UDALCOM ABEE, eratzeko akordioa, bakoitzaren partaidetza kuotarekin, eta eskaintza bateratu bat aurkezteko akordioa nahiz ABEE bat sortzeko konpromisoa, baldin eta Bilboko Udalaren 091724000001 lehiaketa publikoan EUSKALTEL SAK, TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAUK eta TELEFÓNICA ESPAÑA SAUK aurkeztutako eskaintzak iristen bazuen behin betiko esleipena.

<sup>2</sup>[http://www.cmt.es/cmt\\_ptl\\_ext/SelectOption.do?nav=registro&pagina=4&categoria=comunicaciones\\_electronicas&tb\\_servicio=&tb\\_busqueda=TELEFONICA%20M%20D3VILES%20ESPA%D1A.%20S.A.U.](http://www.cmt.es/cmt_ptl_ext/SelectOption.do?nav=registro&pagina=4&categoria=comunicaciones_electronicas&tb_servicio=&tb_busqueda=TELEFONICA%20M%20D3VILES%20ESPA%D1A.%20S.A.U.)



EUSKALTELEk, TESAUK eta TMEk ABEE bat eratzeko konpromisoa aurkeztu zuten –2010eko martxoaren 1ean sinatu zuten akordioa–, beren eskaintzak esleipena irabazten zuen kasurako. Ondoko ehuneko hauetan ezarri zen konpromisoa, hurrenez hurren: % 50 lehenak; % 11 bigarrenak, eta % 39 hirugarrenak (323. eta 324., 336. eta 364. folioak).

Lehiaren Defentsari buruzko Legeko 1.1 artikuluan debekatutako jokabideen barruan kokatzen ditu akordio horiek desegindako LDEZk, Kontseilu honi zuzendutako Ebazpen Proposamenean.

### **C. Bilboko Udalean zerbitzua ematea eta ukitutako lizitazioa**

**24.** Bilboko Udalari dagokionez, 091724000001 zenbakidun kontratazio-espedientea lizitaziora irten zen arte (2010ean), TELEFÓNICA zen betidanik telefonia finkoko zerbitzuaren hornitzailea. Telefono mugikorreko zerbitzuei dagokienez, MOVILINE enpresarekin kontratu ziren, 1995 inguruan (enpresa horrek 2004an eten zuen bere jarduera). 1996tik, VODAFONE eta MOVISTAR ari dira horretan, eta, 1997tik, EUSKALTEL ere bai (1458. folioa).

2010 arte, Udalak sekula ez zuen deitu izan lizitazio publikorik mota horretako zerbitzuetarako.

**25.** 2010eko urtarrilaren 29an, Bilboko Udalak 091724000001 zenbakidun lehiaketa publikoa deitu zuen (BAO 19. zb) –2010eko urtarrilaren 21eko Gobernu Batzordearen akordioaz onartua–. Haren xedea zen «Bilboko Udalerako telekomunikazio-zerbitzuak kontratatzea; Bilboko Udalaren mendeko udal-erakundeek esleituko dituzten telefonia-zerbitzuak formalizatzeko prezioen tarifak erabakitzea, eta kontratuak eskatuko dituen inbertsioak egitea» (174 ter folioa).



Udaleko Gobernu Batzordea zen lizitazio horretarako kontratazio-organo eskuduna<sup>3</sup> (173 folioa).

Deialdia prozedura ireki bidez egin zen, eta lehiaketa esleitzeko forma, berriz, irizpide hauek kontuan zirela: zerbitzuaren kalitatea; eskaintako irtenbidearen proposamen teknikoa; eskaintza ekonomikoa; kalitatea, ingurumena eta hobekuntzak<sup>4</sup> (167. folioa).

Kontratua betetzeko epea lau urtekoa jo zen, beste bi urtez luza zitekeela<sup>5</sup> (172 folioa).

Ondokoa izan zen kontratuaren gasturako jotako gehieneko aurrekontua (BEZ gabe): zerbitzuak, 5.517.237,93 euro; Bilboko Udalaren mendeko udal-erakundeei emandako zerbitzuak, 1.040.000,00 euro; inbertsioak, 1.724.137,93 euro. Ondokoa izan zen kontratuari jotako balioa –izan zitezkeen luzapenak barne- (BEZ gabe): zerbitzuak, 9.835.860,00 euro; inbertsioak, 2.586.206,89 euro<sup>6</sup> (171. eta 172. folioak).

**26.** Honela geratu zen zehaztuta eskatzen zen **enpresa-sailkapena**, zegozkion hutsak zuzendu ondoren: V. taldea: Informazio eta Komunikazio Teknologien Zerbitzuak; 4. azpitaldea: Telekomunikazio Zerbitzuak; D kategoria (174 ter folioa).

---

3

Zerbitzuen administrazio-kontratu mistoetarako Administrazio Klausula Berezien Agiriaren Azaleko 3. puntua, eta dagokion esparru-akordioa, prozedura ireki bidezkoa, esleipenerako (lehiaketa) hainbat irizpide dituena.

<sup>4</sup> Zerbitzuen administrazio-kontratu mistoetarako Administrazio Klausula Berezien Agiriaren Azaleko 24. eta 25. puntuak, eta dagokion esparru-akordioa, prozedura ireki bidezkoa, esleipenerako (lehiaketa) hainbat irizpide dituena, Eskaintzak Balioesteko Irizpideei buruz.

<sup>5</sup> Zerbitzuen administrazio-kontratu mistoetarako Administrazio Klausula Berezien Agiriaren Azaleko 7. puntua, eta dagokion esparru akordioa, prozedura ireki bidezkoa, esleipenerako (lehiaketa) hainbat irizpide dituena, kontratuaren iraupen-epeari buruz.

6

Zerbitzuen administrazio-kontratu mistoetarako Administrazio Klausula Berezien Agiriaren Azaleko 9. eta 8. puntuak, eta dagokion esparru-akordioa, prozedura ireki bidezkoa, esleipenerako (lehiaketa) hainbat irizpide dituena; gastuaren gehieneko aurrekontu estimatuari eta kontratuaren balio estimatuari buruz, hurrenez hurren.



**27.** Enpresa esleipendunak eman beharreko prestazio motengatik lehiaketa lotetan banatuta diseina zitekeen arren, deialdiak ez zuen aurreikusi aukera hori (*172. folioa*)<sup>7</sup>.

Eman beharreko prestazioei eta kontratuaren ezaugarri teknikoei dagokienez, hain luzeak baitira, ez dira errepikatu behar, eta espedientean jasotako Baldintza Teknikoen Agirian xedatutakora jo daiteke (*30.etik 120.era bitarteko folioak*).

2010eko martxoaren 5ean amaitu zen eskaintzak aurkezteko epea (*174 ter folioa*).

**28.** Hona lizitaziora eskaintzak aurkeztu zituzten enpresak:

- 1. lizitazailea: BILBO UDALCOM ABEE (arestian deskribatua).
- 2. lizitazailea: VODAFONE ESPAÑA, SA

**29.** 2010eko martxoaren 8an, enpresek aurkeztutako dokumentazioa kalifikatzeari ekin zion kontratazio-mahaiak. Dokumentazio hori egokitzat jo zen (*23.etik 29.era bitarteko folioak*).

Esleipendun gertatuz gero lizitaziora ABEE bat eratzeko konpromisoarekin aurkeztu ziren enpresetako bakoitzak bazeukan, banaka, **enpresa-sailkapen** egokia eta beharrezkoa –V. taldea, 4. azpitaldea, D kategoria– lizitaziora banaka aurkezteko.

Puntu honetara heldurik, gauza bat argitu behar da TELEFÓNICA Taldea deitzen ari garen taldeko enpresez. Hala, espediente honen esparruan, kontratuko prestazioak emateko gaitasunaren azterketa, TESAU eta TME enpresei dagokienez, biak enpresa bakartzat hartuta egin behar da, eta, beraz, horrelako azterketak egiten direnean, TELÉFÓNICA Taldea aipatuko dugu<sup>8</sup>, kontuan izan gabe

---

<sup>7</sup> Zerbitzuen administrazio-kontratu mistoetarako Administrazio Klausula Berezien Agiriaren Azaleko 6. puntua, eta dagokion esparru-akordioa, prozedura ireki bidezkoa, esleipenerako (lehiaketa) hainbat irizpide dituena, loteen existentziari buruz.

<sup>8</sup> Kontratazio publikoari buruzko araudian xedatutakoarekin bat, enpresa talde bereko enpresen kaudimena baloratzeko orduan, kontuan hartu ahal izango da aipatu taldeko sozietateen kaudimena. ZPKLko 56.3. artikulua: «Sozietate talde bateko kide diren pertsona juridikoen kasuan, eta haien kaudimen ekonomikoa, finantzarioa, teknikoa edo profesionala baloratzeko, kontuan hartu ahal izango dira talde horretan dauden sozietateak, betiere dagokion pertsona



bi enpresa horiek, lizitazioetara aurkezten direnean, ABEE bat eratzeko Sektore Publikoko Kontratuen Legeak ezarritako aukera ere baliatzen dutela batzuetan.

**30. Enpresek lizitazioan duten jarrerari buruz**, haiek ez dute egiaztatu, ez bakarka aurkeztu ezina justifikatzen duen zailtasun berezirik, ez, hala dagokionean, lizitazioa elkarrekin aurkeztea modu egokian justifikatzen duen eraginkortasunik. Zuzenbideko oinarrietan ere sakonduko da horretaz.

**ABEE osatzen duten enpresetako bakoitzak** –TELEFÓNICA Taldea eta EUSKALTEL– bazuen, banaka, lizitazioan aurkezteko kaudimen egokia eta nahikoa. Motibo hauengatik:

- Biek zuten Bilboko Udalak eskatutako sailkapena; lizitazioa aurkezteko enpresek duten gaitasuna kontuan hartuta ematen da sailkapen hori.
- Espedientean dauden txostenak –batetik, Telekomunikazioen Batzorde Nazionalarena, eta, bestetik, Eusko Jaurlaritzako Informatika eta Telekomunikazio Zuzendaritzarena– oso argiak dira horren gainean.
- Aipatu enpresak banaka aurkeztu ziren Bilboko Udalak helburu berarekin aurkeztutako lizitazio publiko berrira; lizitazioa lotetan banatua zen oraingoan: telefonia finkoa eta telefonia mugikorra. Hartan ere, Telefónica Taldeko enpresek eta EUSKALTELe bazuten Bilboko Udalak eskatutako sailkapena.
- Aipatu enpresak banaka aurkeztu dira lizitatzailer gisa hainbat lizitaziotara. Lizitaziook aztertzen ari garenaren helburu bera zuten, baina konplexutasun handiagoa, hiru lurralde historikoak hartzen baitzituzten eta/edo zentro ugari, hala nola Eusko Jaurlaritzaren (Administrazio Orokorra, Justizia Administrazioa, Osakidetza...), Euskal Herriko Unibertsitatea, Bizkaiko Foru Aldundia, Donostiako Udala, Arabako Foru Aldundia, Eusko Trenbideak, etab.

---

juridikoak egiaztatzen badu benetan bere esku izango dituela, 59.2 artikuluan aipatutako epean zehar, kontratuak betetzeko behar diren aipatu sozietateen bitartekoak».





Oso kontuan hartu behar da, daukan garrantziagatik eta konplexutasunagatik, lehiaketa horietako bat: Eusko Jaurlaritzak 2010eko urtarrilaren 25ean deitutako lehiaketa (2010eko urtarrilaren 25ean igorri zen EBAOra, eta 26. zenbakiko EAOn argitaratu zen, 2010eko urtarrilaren 30ekoan); espediente-kodea: KM/2010/045. Haren helburua zen «Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazioari Telekomunikazio Zerbitzuak kontratatzea». Haren balio estimatu osoa, luzapenak barne, 170.058.247,00 euro zen (*794.etik 1225.era bitarteko folioak*).

Oso konplexutasun handiko lehiaketa zen, kontuan izaki haren aplikazio-eremuak Eusko Jaurlaritzako ondoko sare sektorialak eta organoak hartzen zituela: administrazio-, osasun-, hezkuntza- eta justizia-sare korporatiboak, EHU, EJIE, Herri Kontuen Euskal Epaitegia, EEE eta SPRI; hau da, eman beharreko prestazioak askoz zabalagoak ziren Bilboko Udalaren kontratuaren helburuan jasotakoak baino<sup>9</sup>.

Bi enpresetatik bakar bat ere ez zuten baztertu loteetatik, behar adinako gaitasuna ez izateagatik.

Honela egin zen behin betiko esleipena: 1. lotea, TELEFÓNICA Taldea; 2. lotea, EUSKALTEL; 3. lotea, EUSKALTEL (*1220. folioa*).

**31.** Arrazoi horiengatik guztiengatik, gertaera frogatutzat eta ezbairik gabetzat jotzen da enpresok gai direla, bai helburu bereko edo antzekoko lizitazio publikoetara banaka aurkezteko, bai lizitazioan jasotako kontratuak betetzeko.

**32.** Ondokoak izan ziren 091724000001 zenbakidun espedientera aurkeztutako eskaintza ekonomikoak (*1452.etik 1456.era bitarteko folioak*):

#### UDALCOM ABEE

<sup>9</sup> Lizitazio hori hartu dugu adibidetzat; kontuan izanda, batetik, oso konplexua dela –Bilboko Udalean eman beharrekoak baino askoz prestazio tekniko konplexuagoak aurreikusten ditu– eta, bestetik, bi deialdien daten hurbiltasunagatik eta, beraz, enpresen egoerek sobera aldatzerik izan ez zutelako. Kontratu horri buruzko informazio osoa Eusko Jaurlaritzaren Kontratatzailearen Profilean ikus daiteke, web orri honetan: [www.ei-gv.net](http://www.ei-gv.net).



-Sare finkoa, guztira	787.609,5087
-Telefonia mugikorra, guztira	249.293
-Telko. zerbitzuak, guztira	1.036.903
- Telefonía finkoko elementuak, guztira	268.342,6793
<u>VODAFONE</u>	
-Sare finkoa, guztira	477.550,9000
-Telefonia mugikorra, guztira	146.677,2600
-Telko. zerbitzuak, guztira	624.228,1600
- Telefonía finkoko elementuak, guztira	268.342,6793

**33.** Bilboko Udaleko Gobernu Batzordeak, 2010eko maiatzaren 13an egindako bileran, kontratazio-mahaiaren 2010eko maiatzaren 6ko txostena-proposamena aztertuta, lizitaziora aurkeztutako eskaintza guztiak baztertu zituen, eta esleitu gabetzat jo zuen lehiaketa (*661.etik 688.era bitarteko folioak*).

Adierazitako motiboen arabera, bai VODAFONE SAUK eta bai UDALCOM ABEEK aurkeztutako eskaintzek haiek baliogabetzen zituzten irregulartasunak zeuzkaten, zeinek eskaintzak ez onartzera behartzen baitzuten, eta, beraz, esleitu gabetzat jo behar izan zen lehiaketa (*307.etik 313.era bitarteko folioak*).

**34.** Ez da frogatu enpresek lizitaziora batera aurkezteko asmoaren **publizitaterik** egin zutenik.

**35.** Ez da frogatu **telekomunikazio-lehiaketa guztiak beren artean banatzeko estrategiarik** zutenik. Hala diote bi enpresek (*325., 352. eta 380. folioak*), eta LDEZk ez du aurkakoaren frogarik aurkitu.

**36.** 2010eko azaroaren 23an, Bilboko Udalak lehiaketa berri baten iragarpena argitaratu zuen (EAO, 281. zk.): «Bilboko Udalerako eta udal-erakundeetarako telekomunikazio-zerbitzuak, eta kontratuak eskatzen dituen inbertsioak egitea»; espediente-zenbakia: 101724000004 (*1240.etik 1427.era bitarteko folioak*).



Deialdia prozedura ireki bidez egin zen, eta esleipen-formak zenbait irizpide zeuzkan kontuan (lehiaketa): eskainitako soluzioaren proposamen teknikoa; zerbitzuaren kalitatea; eskaintza ekonomikoa, eta hobekuntzak.

Oraingoan, prestazioak lotetan banatzea aukeratu zuen Udalak. Hona loteak: 1. lotea: sare finkoko eta datu zerbitzua; 2. lotea sare mugikorreko zerbitzua (*1424. folioa*).

Kontratua betetzeko epea lau urtekoa jo zen, beste bi urtez luza zitekeela.

Ondokoa izan zen kontratuaren gasturako jotako gehienezko aurrekontua (BEZ gabe): zerbitzuak: 1. lotea, 2.661.628,00; 2. lotea: 1.067.184,00 euro; Bilboko Udalaren mendeko erakundeetarako zerbitzuak, 1. lotea: 723.840,00 euro; 2. lotea: 482.560,00 euro; esparru akordioko inbertsioak: 2.000.000,00 euro. Kontratuaren balio estimatuari dagokionez –izan daitezkeen luzapenak barne– (BEZ gabe), ondokoa izan zen: zerbitzuak: 7.402.818,00 euro; esparru akordioa: 3.000.000,00 euro (*1423. folioa*).

Hauxe izan zen eskatutako enpresa-sailkapena:

1. lotea: V. taldea: Informazio eta Komunikazio Teknologien Zerbitzuak; 4 azpitaldea: Telekomunikazioko Zerbitzuak; D kategoria.

2. lotea: V. taldea: Informazio eta Komunikazio Teknologien Zerbitzuak; 4 azpitaldea: Telekomunikazio Zerbitzuak; C kategoria.

Eman beharreko prestazioei eta kontratuaren ezaugarri teknikoei dagokienez ere, hain luzeak baitira, ez dira errepikatu behar, eta espedientean jasotako Baldintza Teknikoen Agirian xedatutakora jo daiteke (*1240.etik 1354.era bitarteko folioak*).

2010eko abenduaren 27an amaitu zen eskaintzak aurkezteko epea.

**37. Ondoko enpresak aurkeztu ziren lizitaziora:**

1. lotea: TELEFÓNICA Taldea, VODAFONE ESPAÑA SAU, EUSKALTEL



## 2. Iotea: TELEFÓNICA Taldea, VODAFONE ESPAÑA SAU, EUSKALTEL, FRANCE TELECOM ESPAÑA SA

Oraingoan, EUSKALTEL eta TELEFÓNICA Taldea, nahiz eta lizitazio berrian eman beharreko prestazioak aurreko lehiaketakoen (esp.: 091724000001) ia berdinak izan, zein bere aldetik aurkeztu ziren lote guztietara, eta ez zen zalantzan jarri eskatutako zerbitzuak eskaintzeko zuten gaitasuna<sup>10</sup>.

Kontratazio-mahaiak, enpresen gaitasunaren gaineko dokumentazioa kalifikatu ondoren, aurkeztutako eskaintza guztiak onartu zituen, eta, berriro ere, ez zuen zalantzan jarri ezin enpresaren gaitasuna (1237. folioa).

Ondokoak izan ziren proposamenen balorazioa eta onartutako eskaintzen sailkapena (1232. folioa):

### 1. LOTEA: Telefonía finkoa

EUSKALTEL, SA 87,43 puntu

TELEFÓNICA-MÓVILES ABEE 83,27 puntu

VODAFONE ESPAÑA, SAU 55,53 puntu

### 2. LOTEA: Telefonía mugikorra

TELEFÓNICA-MÓVILES ABEE 95,94 puntu

<sup>10</sup> TMBk igorritako txostenean adierazten den bezala: «(...) Bilboko Udalaren webgunean eskura dauden baldintza teknikoak funtsean berdinak dira lehen lizitaziokoekin (nahiz eta hartan Lehiaren Defentsarako Euskal Zerbitzuak zehapen-espeditentea ireki zuen), baldintza batzuk gehiago erantsi badira ere.

Telefonia finkoko zerbitzuei dagokienez, lehen lehiaketako enkantean eskaini ziren berak dira, eta Udalaren baldintza funtzionalak eta egoitzak ere funtsean lehengo berak dira, nahiz eta desagertu egin den balorazio-irizpide gisa zerbitzu bateratu finkoen eta mugikorren eskaintza. Zerbitzuei, gainera, hauek gehitzen zaizkie: (i) telefonia finkoko zerbitzuak eta datuenak osoki eta berme guztiekin ematea, frekuentzia-inhibitzaileen presentziaren edo telefonia-zerbitzu kopuru handi baten funtzionamenduagatik sistema geldiaraz dezakeen ezohiko edozein gertaeraren aurrean; (ii) kontsumoak murrizteko plan bat garatzea eta ezartzea Udaleko eta mendeko erakundeetako erabiltzaileentzat (aipatu zerbitzuak betetzen ez badira, kontratua murriztea aurreikusten da, kontratistak kontratua bete ez duelako).

Zerbitzuaren baldintza berezien artean, egoitza berri baten (Miribilla) integrazioa sartu da barne, 16 aste barru egon behar baitu erabiltzeko moduan (...). Halaber, baldintza-agiriaren berritasun bat da IP teknologia gehitu behar dela kontratua hasi eta sei hileko epean (...).

Telefonia mugikorrari dagokionez, zerbitzuak berak dira, nahiz eta aldaketaxo bat gertatzen den linea-kopuruan (handitu egiten da kopuru hori kasu hauetan: ahotsa, datuak eta M2M zerbitzuak) (...) (757. folioa).



VODAFONE ESPAÑA, SAU 74,72 puntu

FRANCE TELECOM ESPAÑA, SA 70,37 puntu

EUSKALTEL, SA 54,10 puntu

2011ko martxoaren 9an, Udalak ebatzi zuen EUSKALTELi esleitzea 1. lotea, eta TELEFÓNICA Taldeari 2. lotea (1229.etik 1232.era bitarteko folioak).

### III. ZUZENBIDEKO OINARRIAK

#### A. LDEAren eta LEAren arteko trantsizioa

**38.** Desegindako LDEZk desegindako LDEAri igorri zion Ebazpen Proposamena, ebatz zezan. Alabaina, agiri honen datan, eta Lehiaren Euskal Agintaritzari buruzko 1/2012 Legeko Bigarren Xedapen Gehigarrian xedatutakoaren arabera, LDEA desagertu egin da LEA jardunean hasi denetik, hau da, 2012ko uztailaren 17tik.

Horregatik, eta Bigarren Xedapen Iragankorrean nahiz Lehiaren Euskal Agintaritzari buruzko aipatu 1/2012 Legeko 10.a artikuluan xedatutakoari jarraiki, Agintaritzak horri dagokio, Lehiaren Euskal Kontseiluaren bitartez, zehapen-prozedurak ebatzea.

#### B. Enpresek eskatutako ikustaldia

**39.** Lehenik eta behin, eta TME, TESAU eta EUSKALTEL enpresen aurka zehapen-prozedura ekarri duen jokabideari buruz lehiaren ikuspegitik alderatze juridikoa egin aurretik, Kontseilu honek aztertu behar du ea egokia den TESAU eta TME enpresek eskatu duten Ikustaldia. Horri dagokionez, Lehiaren Euskal Kontseilu honek ezetsi egin beharko du aipatu eskaera, kontuan izanik zehapen-prozedura ekarri duten gertaerak behar bezain egiaztatuta gelditu direla aurkeztu diren txosten teknikoen bitartez.

TME, TESAU eta EUSKALTEL enpresek zalantzan jartzen dute aipatu gertaeren balorazio juridikoa, eta, gertaeron inguruan, guztiz



aurkako jarrerak dira LDEZren Ebazpen Proposamenaren eta TME, TESAU eta EUSKALTEL enpresen alegazioen artean.

Kontseilu honi iruditzen zaio desadostasun juridiko horrek ez duela eskatzen ikustaldia egiterik; izan ere, jarrerak beharrezko kontraesanaz, hedaduraz eta sakontasunaz daude adierazita zehazpen-espediterearen instrukzio-fasean zehar, eta Lehiaren Euskal Kontseilu honek modu arrazoituan aztertzen eta ebazten ditu agiri honen bitartez.

**40.** Bilboko Udalaren aipatu lizitazio publikoari dagokionez aipatu enpresek hartutako akordioen alderatze juridikoa egiteko, komenigarria da ondoko zehaztapenak egitea ikuspuntu juridikotik.

### **C. Dagokion merkatuaren azterketa**

**41.** Beharrezkoa da dagokion **merkatuaren ezaugarriak** definitzea, eta LDEZk oso zuzen definitu ditu Ebazpen Proposamenean. Lehiaren Euskal Kontseilu honek bere egiten ditu definizioak, eta haiek azaltzera doa.

Produktuaren merkatutik hasita, telekomunikazioen sektorearekin daude lotuta aztertzen diren jokabideak. Aipatu beharra dago sektore horretako eragile ekonomikoen kopurua mugatua dela, eta zurruntasun handia dagoela operadore berriak sartzeko. Testuinguru horretan, 2010ean, sektoreak 39.787,3 milioi euro fakturatu zuen guztira Espainian, ikus-entzunezko jarduerak barne hartuta; % 3,5 gutxiago, 2009an fakturatutakoaren aldean. Joera beheranzkoa da oraindik, 2009an % 6,5koa izan baitzen murrizketa 2008ko datuen aldean. Ondoko taulan erakusten dira sektorearen sarrerak guztira, operadoreka<sup>11</sup>:

---

<sup>11</sup> Iturria: TMB. 2010eko Urteko Txostena.



INGRESOS TOTALES DEL SECTOR POR OPERADOR (millones de euros)									
	Servicios mayoristas			Servicios minoristas			Total		
	2008	2009	2010	2008	2009	2010	2008	2009	2010
Telefónica de España	1.974,49	1.957,56	2.022,22	10.103,54	9.528,65	8.749,32	12.078,03	11.486,21	10.771,54
Movistar	1.472,76	1.234,27	1.033,76	8.239,56	7.744,35	7.518,49	9.712,32	8.978,63	8.552,25
Vodafone	1.434,61	1.166,03	980,51	5.596,92	5.429,30	5.100,93	7.031,53	6.595,33	6.081,44
Orange	933,55	753,58	735,7	3.010,66	3.117,51	3.075,58	3.944,20	3.871,08	3.811,29
Ono	148,08	135,43	129,02	1.461,00	1.376,70	1.339,66	1.609,08	1.512,14	1.468,68
Sogecable	-	-	-	1.869,02	1.523,71	1.454,65	1.869,02	1.523,71	1.454,65
Telecinco	-	-	-	822,26	535,64	679,3	822,26	535,64	679,3
Antena 3	-	-	-	722,31	604,35	657,28	722,31	604,35	657,28
Yoigo	64,91	100,37	138,18	209,83	324,47	513	274,74	424,85	651,19
Jazztel	97,03	112,99	135,87	252,59	335,26	479,88	349,61	448,24	615,76
Grupo Abertis	346,9	382,74	340,9	39,08	135,08	167,75	385,98	517,82	508,64
BT	83,45	89,12	86,71	372,29	341,76	342,7	455,73	430,88	429,41
Euskaltel	29,84	27,03	24,51	311,05	312,46	320,14	340,89	339,49	344,65
La Sexta	-	-	-	159,79	226,42	297,55	159,79	226,42	297,55
Resto	614,71	676,96	763,62	3.760,04	3.051,40	2.700,02	4.374,75	3.728,36	3.463,63
<b>Total</b>	<b>7.200,32</b>	<b>6.636,08</b>	<b>6.391,01</b>	<b>36.929,92</b>	<b>34.587,06</b>	<b>33.396,26</b>	<b>44.130,25</b>	<b>41.223,14</b>	<b>39.787,27</b>

## SEKTOREAN SARRERAK GUZTIRA, OPERADOREKA MILIOI EURO

Handizkako zerbitzuak

Txikizkako zerbitzuak

Guztira

Guztira

Bilboko Udaleko telekomunikazio-zerbitzuen lizitazio-kontratuan sartzen diren merkatuak definitzeko –telefono finkoko, telefono mugikorreko, Internetarako sarbideko eta zirkuituen alokairuko txikizkako merkatuak sartzen dira zehazki lizitazioan–, Telekomunikazioen Merkatuaren Batzordeak zenbait ebazpenetan emandako definizioak hartzen ditugu aintzat; TMBk LDEZri igorritako txostenean jasotzen dira definiziook, LDLko 17.2 d) artikuluan aurreikusitakoaren arabera (763.etik 765.era bitarteko folioak).

«Batzorde honen ebazpenaren bidez, **kokapen finko batetiko telefono trafikoari** buruzko merkatuaren definizioa onartu zen<sup>12</sup>, eta ondokoa sartzen da merkatu horretan: «*mugikorra ez den sare bateko bukaera-puntu batetik deiak egiteko beharrezkoak diren baliabideak azken erabiltzaileen eskura jartzea*»; bi teknologia erabiltzen dira horretarako: zirkuituen kommutazioa (ohiko teknologia) eta paketeen kommutazioa (IP telefonia). Ondokoak sartzen dira merkatuan: tokiko deiak, naziokoak, nazioartekoak, finkotik mugikorrera, Internet zerbitzurako sarguneak, balio erantsiko edukietara sartzea (hartzailearen konturako deiak, ordainketa partekatua, tarifakazio gehigarria eta

<sup>12</sup> Telekomunikazioen Merkatuaren Batzordearen Ebazpena, 2008ko abenduaren 12koa (MTZ 2008/1079).





dei masiboak), zerbitzu publikoak eta larrialdietakoak, informazioko zenbakiak eta operadore bidez egindako deiak. Ikuspegi geografikotik begiratuta, merkatua izaera nazionalkoa da, ez baita detektatu naziokoa baino txikiagoko eremurik non lehiaren baldintzak behar bezain bestelakoak diren lurraldearen gainerakoarekiko<sup>13</sup>.

Aipatu zerbitzuarekin lotuta, **kokapen finko batetiko telefono-konexioa**<sup>14</sup> ere sartuko litzateke, zeren haren bitartez jartzen baitira azken erabiltzaileen eskura telefono finkoko zerbitzua mugikorra ez den bukaera-puntu batetik erabiltzeko baliabideak. Zerbitzu horrek ahots-deiak jasotzen eta egiten uzten du nahitaez, baina bestelako zerbitzu batzuk gozatzeko ere erabil daiteke; adibidez, datu-sareetara sartzeko, edo faxak bidaltzeko eta/edo jasotzeko. Halaber, aldi berean ahots-komunikazio bat edo gehiago ezartzen utz dezake erreferentziako zerbitzuak.

**Telefonia mugikorreko zerbitzuen merkatuari** dagokionez, ahots- eta datu-zerbitzuak eta beste zerbitzu batzuk (SMS, MMS) sartzten dira<sup>15</sup>.

Bilboko Udalak enkantean eskainitako kontratuaren barruan, **Interneten sartzeko banda zabaleko zerbitzuak** ere badira barne, eta teknologia hauen bidez ematen dira: Xdsl; zuntza-koaxiala hibridoa (HBC); zuntz optikoa (FTTH); satelitea, eta LMDS nahiz WIMAX teknologiak). Honela definitzen da Interneterako banda zabaleko sarbidea: «*terminal zehatz bat erabilia datuen etengabeko eta transmisio-gaitasun handiko konexioa edukitzen uzten diona azken erabiltzaileari. Zerbitzu horrek baditu ezaugarri batzuk Interneten sartzeko beste zerbitzu batzuetatik bereizten dutena, hala nola banda estuko sarbidea*. Izaera geografiko nazionala du merkatuak.

Azkenik, honela definitzen da **alokatutako lineen txikizkako** zerbitzua: telekomunikazio-sare publiko baten bitartez bi punturen artean etengabeko konexioa izateko transmisioa, gaitasun finko zehatz bat duena, eta erabiltzaileak kontrolatzeko moduko konmutazio-funtziorik ez duena. Zerbitzu horrek bi puntu konektatzen uzten du, informazio-fluxuak bidaltzeko eta jasotzeko, eta enpresa edo erakunde baten egoitzak komunikatzeko erabili ohi

<sup>13</sup> Erreferentziako ebazpenean, ezabatu egin ziren lehenago aplikatzen ziren betebeharrak, ondorioztatu baita dagozkion zerbitzuak benetako lehiaranzko joera duen ingurune batean ematen direla, eta ez baitira detektatu merkatuan botere esanguratsua duten operadore bat edo batzuk.

<sup>14</sup> Aipatu zerbitzua Batzorde honek aurretik ezarritako araudi baten pean dago, Telekomunikazioen Merkatuaren Batzordearen 2009ko martxoaren 5eko Ebazpenaren ondorioz (MTZ 2008/1085).

<sup>15</sup> Telekomunikazioen Merkatuaren Batzordearen Ebazpena, 2006ko otsailaren 2koa (MTZ 2005/933). Ez dago Batzorde horrek (merkatuak definitzeko eta betebeharrak espezifikoko ezartzeko daukan eskuduntzen barruan) aurretik araututako zerbitzuen artean. Eta, horregatik, aipatu merkatua egiazko lehia-baldintzetan garatzen da.



da<sup>16</sup>. Zerbitzuaren euskarri ohiko interfazeak eta Ethernet interfazeak dira (normalean, 100 Mbit/s, 1 Gbit/s eta are 10 Gbit/s). Zerbitzu-merkatuaren eremua nazioa da, eta, egun, ez dago Batzorde horrek aurretik araututako merkatuen artean, nahiz eta bai den atxikitzen araudia handizkako mailan, zeina honetan zehazten den, besteak beste: alokatutako lineen handizkako eskaintzaren betebeharrean».

Jarraian, eta ukitutako merkatu geografikoa hartuta kontuan, lizitazio honen helburu diren zerbitzuen operadoreen merkatu kuotak jaso dira:

Telefonia finkoa EAEn <sup>17</sup>			
	2008	2009	2010
<b>Linea-kopurua, guztira</b>	1.074.071	1.068.886	1.063.078
<b>Merkatu kuotak</b>			
- Telefónica	% 61,3	% 56,8	% 53,6
- Kable-operadoreak (Euskaltel)	% 33,8	% 34,9	% 35,3
- Besteak	% 4,9	% 8,3	% 11,2

Telefonía fija en España <sup>18</sup> / Telefonia finkoa Espainian <sup>18</sup>			
	2008	2009	2010
<b>Linea-kopurua, guztira</b>	20.277.281	20.333.818	20.205.506
<b>Merkatu kuotak</b>			
- Telefónica	% 78,6	% 76,5	% 74,9
- ONO	% 8,6	% 8,5	% 8,7
- Vodafone	% 2,0	% 3,3	% 4,2
- Orange	% 2,6	% 2,3	% 2,4
- Euskaltel	% 1,6	% 1,7	% 1,8
- Jazztel	% 1,4	% 1,4	1,85
- Besteak	% 5,5	% 6,3	% 6,2

<sup>16</sup> Telekomunikazioen Merkatuaren Batzordearen Ebazpena, 2009ko uztailaren 23koa (MTZ 2008/1944).

<sup>17</sup> Iturria: TMB. Telekomunikazioko azken zerbitzuen eta azpiegituren barneratzea. 2008, 2009 eta 2010. Aukeratutako parametroak, autonomia-erkidegoen eta probintzien arabera.

<sup>18</sup> Iturria: TMB. 2008ko, 2009ko eta 2010eko urteko txostenak. Sektoreko estatistikak. Telefonia finkoko merkatuko sarrerak eta kuotak.



2009n, Bilboko Udaleko telekomunikazio-zerbitzuen lehiaketaren iragarpena argitaratu zen urtean, TELEFÓNICA eta EUSKALTEL izan ziren telefonia finkoko EAEko bi operadore nagusiak, bien artean merkatuaren % **91,7ko kuota** zeukatela. EUSKALTELeK Euskadin bakarrik dihardu; beraz, haren kuota % 1,7 da soilik, baldin eta estatuko merkatu osoa hartzen bada kontuan. Espainiako merkatuan, TELEFÓNICAren kuota % 76,5 izan zen; batez ere, espainiar telekomunikazio-merkatuko operadore historiko gisa daukan nazio mailako azpiegiturari esker.

Ordaindu osteko telefonia mugikorra EAEn <sup>19</sup>			
	2008	2009	2010
<b>Linea-kopurua, guztira</b>	1.316.902	1.406.301	1.460.451
<b>Merkatu kuotak</b>			
- Telefónica	% 42,4	% 43,3	% 43,2
- Vodafone	% 33,3	% 31,8	% 30,0
- Orange	% 10,5	% 10,3	% 10,9
- <b>Besteak (*)</b>	% 13,8	% 14,5	% 15,9

(\*) Kuotaren % 12 inguru Euskalteli dagokio, enpresak berak emandako informazioaren arabera (304. folioa)

Ordaindu osteko telefonia mugikorra EAEn <sup>20</sup>			
	2008	2009	2010
<b>Linea-kopurua, guztira</b>	29.310.320	30.203.953	31.460.607
<b>Merkatu-kuotak</b>			
- Telefónica	% 45,3	% 44,0	% 43,3
- Vodafone	% 33,2	% 32,8	% 31,8
- Orange	% 20,4	% 21,3	% 21,8
- Yoigo	% 0,7	% 1,2	% 2,1
- <b>Besteak</b>	% 0,5	% 0,7	% 1,0

Telefonia mugikorrean, 2009an, TELEFÓNICAren eta EUSKALTELen kuota bateratua % 55 izan zen EAEn, telefonia

<sup>19</sup> Iturria: TMB. Telekomunikazioko azken zerbitzuen eta azpiegituren barneratzea. 2008, 2009 eta 2010. Aukeratutako parametroak, autonomia-erkidegoen eta probintzien arabera.

<sup>20</sup> Iturria: TMB. 2010eko urteko txostena. Sektoreko estatistikak. Trafikoa, operadoreka.



finkoko merkatuan baino txikiagoa. Bestetik, TELEFONICAREN kuota % 43 izan zen, bai euskal merkatuan, bai espainiarrean.

Aipagarria da kontzentrazio maila jaitsi egin dela telefonia mugikorreko merkatuan, bai EAEn, bai Estatuan, Yoigok eta Operadore Mugikor Birtualek (OMB) duten gero eta garrantzia handiagoagatik<sup>21</sup>.

Banda zabala Euskal Herrian <sup>22</sup>			
	2008	2009	2010
<b>Linea-kopurua, guztira</b>	455.494	487.284	526.424
<b>Merkatu kuotak</b>			
- Telefónica	% 40,9	% 40,0	% 38,6
- Kable-operadoreak (Euskaltel)	% 43,3	% 43,7	% 42,7
- Beste operadoreak	% 15,8	% 16,3	% 18,7

Banda zabala Espainian <sup>23</sup>			
	2008	2009	2010
<b>Linea-kopurua, guztira</b>	9.135.959	9.799.486	10.646.428
<b>Merkatu kuotak (Linea-kuoten %)</b>			
- Telefónica	% 56,4	% 54,9	% 52,7
- Ono	% 15,3	% 14,8	% 14,3
- Orange	% 12,7	% 11,1	% 10,5
- Jazztel	% 4,3	% 6,0	% 8,0
- Vodafone	% 4,2	% 5,9	% 7,0
- Euskaltel	% 2,2	% 2,2	% 2,2
- Besteak	% 4,9	% 5,1	% 7,2

Banda zabaleko sarbide-zerbitzuetan berriz ere TELEFÓNICA eta EUSKALTEL dira operadore nagusiak EAEn; **bien artean,**

<sup>21</sup> Zehazki, EUSKALTEL OMB osoa da, hau da, baditu bere zerbitzuak eskaintzeko bere sare-azpiegiturak, Vodafonerekin kontratatuta daukan sarbide erradioelektrikoko sarea izan ezik.

<sup>22</sup> Iturria: Telekomunikazio azken zerbitzuen eta azpiegituren barneratzea. 2008, 2009 eta 2010. Aukeratutako parametroak, autonomia-erkidegoen eta probintzien arabera.

<sup>23</sup> Iturria: Telekomunikazio Merkatuaren Batzordearen 2008ko, 2009ko eta 2010eko urteko txostenak. Sektoreko estatistikak.



**merkatuaren % 85 inguru zuten 2009an.** Espainiako merkaturan, TELEFÓNICAren kuota % 54,9 da (gero eta txikiagoa, Xdsl-ko beste operadoreak bezero ugari ari baitira berenganatzen). Bestalde, EUSKALTELen kuota % 2,2 da, EAEn bakarrik diharduen kable-operadore bat baita.

Zirkuituen alokairua Espainian <sup>24</sup>			
Merkatu-kuotak (diru-sarreraren arabera %)			
	2008	2009	2010
- Telefónica	% 64,8	% 67,9	% 74,8
- Euskaltel	% 5,3	% 5,9	% 5,5
- Ono	% 6,7	% 6,2	% 4,9
- Orange	% 2,3	% 6,1	% 4,7
- Xtra	-	% 1,6	% 1,9
- BT	-	% 1,7	% 1,4
- R	-	-	% 1,2
- Colt	-	-	% 1,1
- Vodafone	% 2,5	% 1,7	-
- Besteak	% 18,4	% 8,9	% 4,5

Zirkuituen alokairuaren merkaturan, espainiar merkaturako datuak soilik dira eskura. TELEFÓNICA eta EUSKALTEL dira lehenengo bi operadoreak; halere, TELEFÓNICA nabarmentzen da alde handiz, % 67,9ko kuota izan baitu 2009an. EUSKALTEL bigarren tokian dago, eta % 5,9ko kuota du.

#### **D. Administrazioaren askatasun mugatua kontratazio publikoan**

**42.** Zehapen-prozedura irekitzea ekarri duten jokabideak Herri Administrazioaren eremuan (Bilboko Udala) gertatu dira, administrazio hori baita telekomunikazio-merkaturako eragile ekonomikoek eskaintzen dituzten zerbitzuen eskatzaile, eta, zehazki, eremu juridiko formalean, hortxe jardun behar baitu herri-

<sup>24</sup> Iturria: TMB 2008ko, 2009ko eta 2010eko urteko txostenak. Sektoreko estatistikak.



administrazio orok herritar guztien interesa betetzeko ondasunak eta zerbitzuak eskatzeko orduan.

Hala, herri-administrazio bat dugu aurrean, Bilboko Udala, legezkotasun-printzipioaren pean dagoena, Espainiako Konstituzioko 9. eta 103. artikuluen arabera. Herri-administrazio horrek, Legeak (Toki Araubidearen Oinarriak arautzen dituen 7/1985 Legea) aitortutako eskumenak darabiltzala, aipatu merkatura jo nahi du, aipatu zerbitzuen hornikuntza kontratatzeko merkatu horretako eragile ekonomikoekin. Udala ez da libre berak nahi duen eragile ekonomikoa aukeratzeko, iritsi beharreko guztien interesa betetzeko orduan, legezkotasun-printzipioaren pean baitago; ez da libre, lehenik eta behin, zeren Sektore Publikoko Kontratazioa zaintzen duen araudi berezi baten pean baitago; egun, Sektore Publikoko Kontratuen 30/2007 Legearen pean.

Orobat gertatzen da administrazio-kontratuen esparruan lehia askea babestu beharraz. Horren arabera, 15/2007 Legea, Lehiaren Defentsari buruzkoa, eta 3/1991 Legea, Lehia Desleialari buruzkoa, bete behar dira nahitaez, horrela bermatzen baita guztien interesa modu egokian eta eraginkorrean betetzea, baldintzarik (teknikoak edo prezioenak) oneneko kontratuak iritsita, baldintzok administratuen onerako baitira azken finean.

## E. Sailkapenaren esanahia

**43.** Nola Herri Administrazioak guztien interesa bete nahi duen eta bere prozesuen eraginkortasuna bilatzen, enpresariak, sektore publikoarekin kontratuak egiteko, egiaztatu behar dute badituztela kontratazio-organoak zehaztutako beharrezko gutxieneko kaudimen ekonomikoa, finantzarioa, profesionala edo teknikoa (ikus Sektore Publikoko Kontratuen Testu Bategina onartzen duen azaroaren 14ko 3/2011 Legegintzako Errege Dekretuko 62. artikulua). Baldintza hori, ordea, **sailkapenarenak** ordeztuko du, Sektore Publikoko Kontratuen Legean ezarritakoaren arabera sailkapen hori eska daitekeenean. Lizitazio-iragarpenean adieraziko dira, eta



kontratu-agirian zehaztuko, enpresariak bete beharreko gutxieneko kaudimen-baldintzak eta horiek egiaztatzeko behar den dokumentazioa; baldintzok helburuari lotuta egon behar dute, eta proportzionalak izan.

Halaber, aipatu Legegintzako Errege Dekretuko 65. artikulua ondokoa dio, *Sailkapena eskatzea* aipu duenean: «Herri-administrazioekin 350.000 euroko edo gehiagoko balio zenbatetsia duten obra-kontratuak edo 120.000 euroko edo gehiagoko balio zenbatetsia duten zerbitzu-kontratuak egiteko, nahitaezko baldintza izango da enpresaburua behar bezala sailkatuta egotea». Alabaina, ez da beharrezkoa izango sailkapenik II. eranskineko 6., 8., 21., 26. eta 27. kategorietan sartzen diren zerbitzu-kontratuak egiteko.

Hau da, Sektore Publikoko Kontratuen Legeak gutxieneko kaudimen ekonomiko, finantzario, profesional edo tekniko bat egiaztatzea eskatzen die sektore publikoarekin kontratuak egin nahi dituzten enpresariei, edo, zenbait kontratu motatan, beharrezko sailkapena edukitzea.

Ulertu behar da, beraz, kontratu motak eskatzen duen adinako kaudimen ekonomikoa, finantzarioa, profesionala edo teknikoa dakarrela sailkapen horrek berekin.

## **F- Aldi Baterako Enpresa Elkarteak (ABEE)**

**44. Aldi Baterako Enpresa Elkarte eta Batasunen eta Eskualdeko Industria Garapenerako Sozietateen Zerga Araubideari buruzko maiatzaren 26ko 18/1982 Legeak enpresen aldi baterako elkarteak aurreikusten ditu, enpresak elkarlanean ari daitezen aldi jakin batez, denbora mugatuan edo mugagabean, lan, zerbitzu edo hornikuntza bat garatzeko edo betetzeko. Aldi Baterako Enpresa Elkarteek ez dute berezko izaera juridikorik, eta haien partaideenak dirau. Baimena ematen duen notario baten aurrean sinatutako eskritura publiko bidez eratzen da formalki ABEEa.**





Oro har, ezin da zalantzan jarri ABEEek eduki dezaketen enpresa-eraginkortasuna; ez eta, noski, hainbat gertaeratan duten legezkotasuna eta egokitasuna ere. Hori gorabehera, nabarmendu behar da ABEEek lehiaren alorreko indarreko legeria errespetatu behar dutela, zeren, bestela, ez-zilegi administratiboan eror baitaitezke, eta horrek aurreikusitako zehapen batzuk dakartza, Lehiaren Defentsari buruzko 15/2007 Legearen arabera, bai izaera administratibokoak, bai zibilekoak (akordioen erabateko deuseztasuna).

Hau da, nahiz eta ABEEa eratzea ekarri duen negozio juridikoa ustez baliozkoa izan ikuspegi juridikotik, horrek ez du esan nahi aipatu negozio juridikoak baliogabetzea eragiteko moduko akatsik ez duenik, baldin eta Lehiaren Defentsari buruzko 15/2007 Legeko 1., 2. edo 3. artikuluen aurkako akordioak jasotzen baditu. Kasu horretan, dagokion lehia-agintaritzak deuseztasuna eta arau-haustea deklara ditzake, eta, hala badagokio, zehapena ezar dezake, Lehiaren Defentsako araudia aplikatuta.

**45.** Horri dagokionez, honako hau dio Lehiaren Batzorde Nazionalaren Kontratazio Publikoari eta Lehiari buruzko Gidaliburuak, ABEEez ari dela:

«ABEEak eta IEEak lizitazio-prozeduretan erabiltzeak ondorio positiboak izan ditzake, inbertsio handien finantzazioa eskuratzea erraz baitezake, eta baliabide osagarriak bateratzen dituzten ETEen partaidetza.

Enpresen elkartze horiek, ordea, kolusioa ere erraz dezakete, eta, arrazoi horregatik, arreta berezia jaso behar dute. Lehiaren aurkako akordioaren adierazle izan daitezke, besteak beste:

-IEEko edo ABEEko kide den enpresaren batek dagokion lizitazioan bakarka parte hartzeko gaitasuna izatea.

- ABEEa edo IEEa osatzen duten enpresek jardueraren zati handi bat kontzentratzea eremu publikoan edo pribatuan»<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Ikus LEHIAREN BATZORDE NAZIONALA, «Kontratazio Publikoari eta Lehiari buruzko Gidaliburua» hemen:

<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/GuíasyRecomendaciones/tabid/177/Default.aspx>



Aipatu gidaliburuan adierazitako konklusio horiek bi hauen ondorio dira: lehiaren alorrean Europan bildutako esperientziarena, eta hainbat zehapen-prozeduratan jadanik desegindako LDAk eta egungo LBNk aztertuarena. Gagozkion eremuan, aipagarria da desegindako Lehiaren Defentsarako Auzitegiaren Ebazpena, 2003ko urtarrilaren 20koa (Espt.: 504/01, Etxeko Arnas Terapiak). Ondokoa dio:

«...lehiakideen arteko akordioek, lehiaketa publikoetan eskaintzak aurkeztu aurrekoak, LDLko 1. artikulua urra dezakete beren helburuagatik edo ondorioengatik, eta soilik LDLko 3. artikulua eskatutako baldintzak betez gero baimen ditzake LDAk. Elkar hartutako enpresek lizitazioaren helburua beren kasa iristeko beharrezko gaitasunik ez dutenean eta enpresok lizitazioa bakarka aurkeztu ezin direnean soilik ezarri ahal izango da ez zaiola eragiten lehiari».

Halaber, interesgarria da Lehiaren Batzorde Nazionalaren 2010eko urtarrilaren 18ko Ebazpena aipatzea, Osasun Hondakinen Kudeaketa espedienteari buruzkoa; ABEE bat eratzeko akordioak aztertzen baititu, besteak beste. Ebazpenak dio: «...lehiaren aurkako aipatu jokabidea hainbat ekintzaren bidez gauzatu da; zehazki: akordio batzuk egin dira lizitazioetara ABEE gisa aurkezteko (...), eta ez da frogatu haien behar objektiboa edo eraginkortasuna, edo guztien interesaren onerako duten eragina (...)».

Europar Batasuneko eremuan, elkarlan horizontaleko akordioei Ituneko 81. artikulua aplikatzearen ganean Batzordeak onartutako Zuzentzauek ondokoa ezartzen dute beren 24. artikuluan: enpresa lehiakideen arteko elkarlan horizontaleko akordio batzuk ez dira sartuko EBren Ituneko 81. artikulua eremuan; besteak beste, elkarlan-akordioan aurreikusitako proiektua edo jarduera bakarka gauzatzeko gai ez diren enpresa lehiakideen arteko elkarlana. **Elkarlan horizontaleko akordioei Europar Batasunaren Funtzionamenduari buruzko Ituneko 101. artikulua aplikatzearen ganean onartutako Zuzentzauek ordeztu dituzte aipatu zuzentzauek.**



**46.** Konklusioa da, zalantzarik gabe, ordenamendu juridikoak uzten duela ABEEak eratuta gauzatzen enpresen arteko elkarlana, baina elkarlan horrek zorrotz errespetatu behar du ordenamendu juridikoa –gagozkion kasuan, lehiaren arauak–, edo, bestela, erabat deusez bilaka liteke, eta arau-hauste administratibo bat ekar lezake. Lehiaren zuzenbidearen eremuan, elkar hartutako enpresek ez dutenean bakarka lizitazioaren helburua iristeko gaitasunik, eta ezin direnean bakarka aurkeztu lizitazio horretara, ezarriko da ez zaiola eragiten lehiari. Gainera, eraginkortasun batzuk eta guztien onerako eragina egiaztatu behar dira.

### **G. Lehiaren araudiaren aurkako arau-haustekak, helburuagatik**

**47.** Lehiaren Defentsari buruzko 15/2007 Legeko 1.1 artikulua debekatu egiten du taldeko akordio, erabaki edo gomendio oro, edo hitzartutako jardunbide edo jakinaren gaineko jardunbide paralelo oro, horien helburua ondorengo bada edo izan badaiteke: merkatu nazional osoan edo zati batean lehia eragozteak, murriztea edo faltsutzea. Jarraian, izaera exhaustiborik gabe, legegileak zehazten du zein jokabide eror daitezkeen aipatu ez-zilegi administratiboan.

Bai desegindako Lehiaren Defentsarako Auzitegiak eta bai egungo Lehiaren Batzorde Nazionalak errepikatu dute hiru jokabide mota koka daitezkeela LDLko 1. artikulua barruan, merkatuko lehia eragozteari, murrizteari edo faltsutzeari dagokionez: helburu hori dutenak (nahiz eta ez iritsi bera), ondorio hori sortzen dutenak (asmorik ez badute ere) edo sortu ahal izan dutenak (nahiz eta ez bera bilatu).

Auzitegi Gorenaren jurisprudentzia-doktrinak ere egiten du helburuagatik eta ondorioagatik murrizteen arteko bereizketa; lehenengoen kasuan, halere, ez da behar haiek merkatuan dituzten ondorioen azterketa potentzial edo egungo bat. Esanguratsuak dira, besteak beste, Auzitegi Gorenaren epai hauek: 2007ko otsailaren



14koa (RJ 2007\634), 2008ko urriaren 15ekoa (RJ 2008\5734) eta 2010eko ekainaren 1ekoa (RJ\2010\5465).

Gogoan izan behar da, beraz, lehiaren aurkako jokabideak ondoriorik ez edukitzeak ez duela esan nahi ez dela izan arau-hauste administratiborik lehiaren defentsarako araudia urratzeagatik.

Lege- eta jurisprudentzia-hausnarketa horiek kontuan izanda, baztertu egin behar da zehapen-prozedura honek ukitutako enpresek behin eta berriz errepikatutako ideia, hau da, nola ez den izan lehiaren araudiaren aurkako ondoriorik, ez dela izan, ezta ere, arau-hauste administratiborik lehiaren araudia urratzeagatik; baztertu egin behar da, bai, ideia hori, kontuan izanik, batez ere, tarteko diren enpresek beharrezko urrats guztiak egin zituztela praktikak merkatuan ondorioak izan zitzan, eta enpreson asmoetatik eta kontroletik kanpoko gai bat dela –hala nola lizitazioa onartzea edo hura esleitu gabe gelditzea– akordioak merkatuan ondorioak izatea eragotzi duena.

## H. Telekomunikazioen Merkatuaren Batzordearen funtzioa

48. Telekomunikazioen Merkatuaren Batzordea [Ekonomia Jasangarriari buruzko martxoaren 4ko 2/2001 Legeko 8. artikuluan](#) aurreikusitako erakunde arautzaileetako bat da. Bere izaera juridikoa du, eta gaitasun publiko eta pribatu osoa. Telekomunikazioen Merkatuaren Batzordea erakunde espezializatu bat da, eta honako eginkizun hauek ditu: telekomunikazioen merkatuetan operadoreek bete behar dituzten berariazko betebeharrak ezartzea eta gainbegiratzea, eta ikus-entzunezko zerbitzuen merkatuetan lehia bultzatzea, hura arautzen duen araudian eta [Ekonomia Jasangarriari buruzko martxoaren 4ko 2/2001 Legeko 10. artikuluko 1. paragrafoan](#) aurreikusitakoarekin bat; halaber, operadoreen arteko gatazkak konpontzea, eta, hala badagokio, operadoreon arteko eztabaidetan arbitraje-organo gisa jardutea.



Beraz, inongo zalantzarik ez da gelditzen txostenaren konklusioen garrantziaz.

## I. TESAUren, TMEn eta EUSKALTELen aurka zehapen-prozedura irekitzea ekarri duten jokabideen azterketa

### a. Praktika motak

**49.** Bilboko Udalaren 091724000001 lehiaketa publikora elkarrekin aurkezteko TESAU, TME eta EUSKALTEL enpresek hartutako **akordioek** ekarri dute aztertzen ari garen zehapen-prozedura irekitzea. *Desegindako LDEZk LDLko 1.1 artikuluan debekatutako jokabideetan sailkatu ditu akordio horiek, Kontseilu honi aurkeztutako EPren bitartez, akordiook aipatu lehiaketa publikoa enpresen artean banatzea baitzuten helburu.*

Enpresen arteko akordioak dira, beraz, eta ez alde bakarreko ekintzak, batzuk besteetatik bereziak. Bistakoa denez, enpresa horietako bakoitzaren nahia aipatu akordioen zati da, eta adostasuneremu horretantxe batzen dira nahiok, helburu komun bat iristeko.

### b. Merkatuko garrantzia

**50.** Ukitutako merkatuari dagokionez, eta lehenago aipatu diren datuak kontuan izanda, ondoriozta daiteke TMEk, TESAUK eta EUSKALTELeK oso merkatu kuota handiak dituztela aztertutako merkatu garrantzitsuetan. Kuota horiek, 2009an, eta TELEFÓNICA Taldeko enpresen kasuan, % 44 (telefonía mugikorra) eta % 76,5 (telefonía finkoa) ziren, Espainiako merkatuan; EAEn, berriz, % 40 (banda zabala) eta % 56,8 (telefonía finkoa). EUSKALTELeK, berriz, telefonía mugikorraren % 12 eta telefonía finkoaren % 35 dauzka EAEn.

Merkatuaren definizioa atalean sartu diren tauletan jasotako datuen arabera, ikusten da merkatuko kontzentrazioa poliki-poliki jaisten ari dela, operadore berriak sartu direlako, eta, ondorioz, operadore



historikoak, hots, TELEFÓNICAk, merkatu kuota galdu duelako. Hala ere, merkatuan diharduten enpresen kopurua mugatua da oraindik.

Ondokoa da TMEk, TESAUk eta EUSKALTELeK merkatu bakoitzean daukaten merkatu kuota EAeko lurralde-eremuan 2009an, aurretik zuzenbide-oinarrietan adierazi den bezala:

Telefonia finkoa: % 91

Telefonia mugikorra: % 55

Banda zabala: % 83,7

**51.** Zehapen-prozedura ekarri duten jokabideak aztertzeko, garrantzitsua da, halaber, TMBren Komunikazio Elektronikoko Operadoreen Erregistroan jasotako informazioa. Ondokoak lirateke Bilboko Udalaren kontratuan jasotako zerbitzu guztiak emateko gaituta dauden enpresa bakarrak: TESAU/TME, VODAFONE, ORANGE, EUSKALTEL eta JAZZTEL.

Merkatu horietan aritzen diren enpresak, merkatuon izaeragatik eta ezaugarriengatik, mugatua da. Gainera, Bilboko Udalak deitutako lizitazioan eskaintza aurkez zezaketen enpresen kopurua are mugatuagoa da oraindik: TESAU/TME, VODAFONE, ORANGE, EUSKALTEL eta JAZZTEL. Azkenik, Bilboko Udalak deitutako lizitazio publikoan eskaintza aurkez zezaketen enpresen artean zeuden aipatu merkatuetako operadore nagusiak, hots, TME, TESAU eta EUSKALTEL, eta enpresok elkar hartu zuten aipatu lehiaketan eskaintza aurkezteko.

### **c. Akordioen kalifikazio juridikoa**

**52.** Bilboko Udalaren lizitazio publikoari dagokionez aipatu enpresen artean egindako aipatu akordioek esan nahi dute benetako lehiakideen artean egin zirela akordioak, zeren lehiakideok merkatu kuota esanguratsuak baitituzte EAeko lurralde-eremuko lehen adierazitako txikizkako telefonia-zerbitzuen merkatuetan. Akordio horiek bata bestearekin lotuta daude, eta helburu bakarra dute:



Bilboko Udalak deitutako lizitazioaren behin betiko esleipendun gertatzea.

Arrazoi horregatik koka daitezke Lehiaren Defentsari buruzko Legeak dioenaren barruan, aipatu Legeak debekatu egiten baitu, bere 1. artikuluan, taldeko akordio, erabaki edo gomendio oro, edo hitzartutako jardunbide edo jakinaren gaineko jardunbide paralelo oro, horien helburua ondorengo bada edo izan badaiteke: merkatu nazional osoan edo zati batean lehia eragoztekoa, murriztea edo faltsutzea, eta, zehazki –besteak beste–, merkatua edo hornigaien iturria banatzea.

#### **d. Lizitazioaren definizioan Udalak izan dezakeen erantzukizuna**

**53.** Telefónica Taldeko enpresek, TMEk eta TESAUk, eta, berdin, EUSKALTELeK, diote, beren burua defendatzeko, Bilboko Udalak aipatu lizitaziorako onartutako baldintza juridiko-administratiboek eragin dituztela aztergai den zehapen-prozedura irekitzea ekarri duten jokabideak, hau da, baldintzok behartu dituztela aipatu enpresak ABEE gisa elkarrekin aurkeztera, BILBO UDALCOM ABEE izenarekin, aipatu lizitaziora.

Lehiaren Euskal Kontseilu hau ezin da bat etorri aipatu enpresekin errugabetze-justifikazio horretan; ezin du onartu Bilboko Udalak sortu duela lehiaren aurkako jokabidea, administrazio publiko horrek behar dituen zerbitzu guztiak lote bakarrean (eta ez hainbat lotetan) bilduta.

Nahiz eta egia den TMBk, inoiz, lizitazioak lotetan banatuta egitea gomendatu duela, lehiakortasun handiagoa iristeko eta operadore gehiago merkaturatzeko, baina hori gomendio huts gisa ulertu behar da.

Ildo horretan, lizitazioa lote bakarrean deitzeak ez du esan nahi jokabide administratibo hori indarreko legeriatik at dagoenik, legeria horren pean baitago Bilboko Udala Espainiako Konstituzioko 9.1 eta





103 artikuluen arabera. Kasu honetan, baztertu egin behar da beren ustezko erantzukizun administratibotik libratzeko enpresek darabilten argudioa. Lizitazioa deitu zuen administrazioak aurretik lehiaren arauak urratu izana da argudio horren oinarria.

Bestalde, baldin eta zehapen-prozedura ezarri zaien enpresek uste bazuten Bilboko Udalak deitutako lizitazioa lehiaren araudiaren aurka zihoala, ondokoa egin behar zuten legezko tasun-printzipioaren pean dauden aldetik 9. artikuluaen arabera: aipatu lizitazioa errekurritu, zegokion errekurtsio bereziaren bitartez, eta, gero, auzitegien aurrean, hala bazegokion.

**54.** Enpresek, beren defentsa oinarritzeko, Auzitegi Nazionalaren epai bat darabilte, zehazki Administrazioarekiko Auzien Salak 2000ko abenduaren 5ean emandakoa. Argudiatzen dutenez, aipatu epaiak ezartzen du ezinezkoa dela arau-hausterik izatea enpresen arteko akordio bategatik baldin eta akordio horren eraginkortasuna administrazio-baimenaren menpe badago.

Ezeztatu egin behar aipatu ebazpenean oinarrituta aldeek darabilten argudioa, zeren Epai horrek oinarrian duen gertaera ezin baita inolaz ere konparatu gagozkionarekin. Hala, araututako sektore bateko enpresek gutxieneko prezio batzuen inguruan egindako akordio bat aztertzen da aipatu ebazpenean; izan ere, akordio hori Administrazioari proposatu zitazioan gero, hark onar zezan, eta zerbitzuen prestazioko gutxieneko prezioak erabaki zitzaizkion. Bistakoa eta kontuzkoa da gagozkion kasuarekiko aldea. Izan ere, aipatu ebazpenean jasotako kasuan, Administrazioak finkatutako prezioen mendean egongo ziren enpresak, hark onartzen bazituen; gagozkion kasuan, aldiz, lizitazioa modu independentean aurkezteko askatasuna zuten enpresek, eta, beraz, administrazioak akordioan jokatzeko duen rola ez du garrantzirik erabaki-hartzean.



## e. Enpresen gaitasun teknikorik eza

**55.** Enpresek argudiatzen dute, halaber, ez zeukatela lizitaziora aurkezteko behar adinako gaitasun teknikorik, eta berresten dute elkarrekin aurkeztea zitzaiela lizitaziora aurkezteko eta kontratua betetzeko irtenbide bakarra.

Horretan ere, Kontseilua ez dator bat TESAUrekin, TMErekin eta EUSKALTELekin.

Espedientean jasotako informazioaren arabera, ondoriozta daiteke, bete-betean, bi konpainiek bazutela behar adinako gaitasuna lizitaziora bakarka aurkezteko. Aipatu lizitaziora aurkezteko enpresa horiek zuten gaitasun teknikoa, eta esleipendun gertatuz gero kontratua betetzekoa, jadanik aztertu eta zehaztu dira frogatutako gertaeretan, eta, beraz, haietara jotzea besterik ez dago.

Gogora dezagun, baita ere, TMBk bere nahitaezko txostenean argi eta garbi dioena; komunikazio elektronikoen alorrean beren eskumenen barruan Telefónicak, Telefónica Móvilesak eta Euskaltelek izandako jokabidearen azterketa du ardatz txostenak:

«...ikuspuntu teknikotik, Euskaltelen, Telefónicaren eta Telefónica Móvilesen alegazioak ez dira nahikoak Bilboko Udalak deitutako lizitaziora elkarrekin aurkeztu beharra justifikatzeko. Aitzitik, elementu ugari pentsarazten dute Telefónica eta Euskaltel bakarka aurkez zitezkeela, kontuan izanik, bai ezaugarri teknikoak, bai jasoko ziren proposamenetarako aurreikusitako balorazioa» (000758 folioa).

Horregatik, eta adierazitakoarekin bat datorrela, ondokoa dio azkenean Telekomunikazioen Merkatuaren Batzordearen txostenak:

«Aurreko IV. atalean adierazitakoarekin bat, konklusio hauek atera daitezke Lehiaren Defentsarako Euskal Zerbitzuak aztergai dituen jokabideen inguruan:

- «Telekomunikazio-zerbitzuak (finkoak eta mugikorak) eskaintzeko Bilboko Udalak deitutako lehiaketako eta 2010eko urtarrilaren 21ean argitaratutako baldintza teknikoen agiriaren arabera, ez da justifikaziorik, ez eskatutako zerbitzuen ezaugarrien ikuspegitik, ez aplikatu daitezkeen puntu-baremoaren arabera haietaz egindako balioespenaren ikuspegitik, Euskaltel nahitaez Telefónicarekin eta Telefónica Móvilesekin batera aurkez zedin.

- Telekomunikazio-zerbitzuak (finkoak eta mugikorak) eskaintzeko Bilboko Udalak deitutako lehiaketako eta 2010eko urtarrilaren 21ean argitaratutako



baldintza teknikoen agiriaren arabera, ez da justifikaziorik, ez eskatutako zerbitzuen ezaugarrien ikuspegitik, ez aplika daitekeen puntu-baremoaren arabera haietaz egindako balioespenaren ikuspegitik, Telefónica nahitaez Euskaltekin batera aurkez zedin.

- Telefónicak, Telefónica Móvilesak eta Euskaltelek ez dute justifikatu elkarrekin aurkeztu izana, aurreko bi paragrafoetan adierazi den bezala. Lehiaren Defentsarako Euskal Zerbitzuak aztertu beharko du hori, garrantzia duten gainerako inguruabarrekin batera, Lehiaren Defentsari buruzko 15/2007 Legeko 1. artikulua eremuan kokatzeko moduko jokabiderik izan den erabakitzeak».

Arautzaileak ateratako txostenaren ildo berekoa da Eusko Jaurlaritzako Justizia eta Herri Administrazio Saileko Informatika eta Telekomunikazio Zuzendaritzak 2010eko abenduaren 16an ateratako txostena. Espedientean dago jasota, eta, daukan luzeragatik, ez dugu hemen ezarriko, baina bai hartara joko (*531.etik 568.era bitarteko folioak*). Ondoko konklusioa dakar (*531. folioa*):

Txosten honetan egindako azalpenarekin bat, ondoko azken konklusioak aurkezten dira:

#### TELEFÓNICA TALDEA

091724000001 zenbakidun kontratazio-espeditari (Bilboko Udalako eta Udal Erakundeetarako Telekomunikazio Zerbitzua) dagokionez, ondorioztatu da TELEFÓNICA Taldeak baduela kaudimen egokia eta behar bestekoa bere kasa, bai lizitazioa aurkezteko, bai kontratuaren helburua betetzeko, beste inolako ohar gehigarriarik egin beharrik gabe.

#### EUSKALTEL, SA

091724000001 zenbakidun kontratazio-espeditari (Bilboko Udalako eta Udal Erakundeetarako Telekomunikazio Zerbitzua) dagokionez, ondorioztatu da EUSKALTELEk baduela kaudimen egokia eta behar bestekoa bere kasa, bai lizitazioa aurkezteko, bai kontratuaren helburua betetzeko, maila txikiagoko ohar gehigarri bat egiten dela EUSKALTELEntzat, hau da, berringeniaritzako, egokitzapeneko, eboluzioko eta/edo azpikontratazioko prozesu ohiko eta arruntak behar izan daitezkeela.

Beraz, Kontseilu honen konklusioa da Telefónica Taldeko enpresen (TESAU eta TME) eta EUSKALTELEn baterako eskaintza ez dela izan Bilboko Udalaren lizitazioari erantzuteko irtenbide tekniko bakarra, baina bai lehiaren araudiaren aurkakoenetako bat, ziren aukera teknikoen artean.



## f. Erruduntasuna

### 56. Garrantzitsua da **erruduntasun**-elementua akordioetan:

«honako hau ulertu behar da erruduntasunaz: egitez edo ez-egitez egitate tipiko eta antijuridiko bat egin duenari zuzendutako gaitzespeneko iritzi pertsonala; horrek dakar berekin egilea egile, konplize edo estaltzaile izatea jokabide ez-zilegia dakarren egitean edo ez-egitean; egileari egotzi ahal izatea aipatu egitatea, haren jarduteko gaitasuna aldatzen duen inguruabarrik ez dela, eta egile hori errudun izatea, hau da, jakinean eta nahita aritu izana, edo intentzozko moduan, edo erruzko moduan..(...)

Erruduntasun-printzipioa oinarri-oinarrizko elementua da pertsona baten jokabidea zehagarritzat jotzeko orduan, hau da, funtsezko elementua da ez-zilegi administratibo guztietan; printzipioak ez dihardu bakarrik arau-haustea ekarri duen jokabidea aztertzean, baizik eta baita inguruabar astungarrien gainean ere». (AGren epaia, 2010eko uztailaren 6koa)

Telefónica Taldeko TME eta TESAU enpresak eta EUSKALTEL jakitun dira nolako kokapena duten Bilboko Udalak deitutako lizitazio publikoak ukitutako merkatuetan, eta badakite lehiaren araudiaren pean daudela. Hala ere, ABEE bat eratzea hitzartu dute, aipatu lizitazio publikoan behin betiko esleipendun gertatzen diren kasurako, eta elkarrekin aurkeztu dira lehiaketara. Horrek esan nahi du EAEn aipatu merkatuetan presentziarik eta merkatu kuotarik handienak dituzten eragile ekonomikoen artean banatzea esleipena, eta ABEE forma juridikoaren bitartez kudeatzen da hori. Borondate-adostasun horren ondorioa da enpresok beren arteko lehia ezabatzea aipatu kontratu publikotik. Horrek zerbitzuen prezioen igoera bat dakar berekin, eta, ondorioz, kalte bat sortzen zaie guztien interesari, Udalari eta herritarrei. Aise egiazta daiteke prezioen igoera hori, enpresok aurkeztutako eskaintza eta VODAFONErena konparatzen badira (azken enpresa horrek emana zuen zerbitzua lehenago, eta, beraz, ezagutzen zituen beharrak eta kostuak).

Zehaztu behar da aipatu akordioak Bilboko Udalaren 091724000001 zenbakidun lizitazio publikoari bakarrik dagozkiola. Izan ere, LDEZK bere EPn eta Telekomunikazioen Merkatuaren Batzordeak (TMB) 2011ko martxoaren 24ko bere txostenean adierazi bezala,



TESAUren, TMERen eta EUSKALTELen baterako parte-hartzeak ez du aurrekaririk; enpresok sekula ez dira batera aurkeztu EAeko azken hiru urteetako (2007, 2008 eta 2009) lizitazioetara. Hori horrela, ez da erraz ulertzen enpresek aipu duten ustezko beharra, normalean bakarka aurkezten baitira antzeko edo munta handiagoko kontratueta.

Gainera, aipatu lehiaketa publikoa esleitu gabetzat jo ondoren, eta hari zegokion aurrekontuaren onarpena ezeztaturik, Bilboko Udalak beste lizitazio bat abiatu zuen aurrekoaren helburu berarekin. Lizitazio publiko berri horretara, bakoitza bere aldetik aurkeztu dira Telefónica Taldeko enpresak eta Euskaltel, beste eragile ekonomiko batzuek gainera. Horrek kontra egiten dio, beste behin ere, lizitazioa elkarrekin aurkeztu beharraz enpresek erabilitako argudioari.

Agiri honetan aztergai diren akordioak hartu dituzten enpresek ongi dakite nolako ezaugarriak dituzten beren merkatuek. Halaber, ongi dakite nola dauden kokatuta, bai berak, bai lehiakideak, merkatuan. Horrek merkatuengatik lehiatzera bultzatu ditu beti, orain arte. Berdin jakitun izaki, gagozkion kasuan, TELEFÓNICA Taldeko enpresek eta EUSKALTELek erabaki dute ez lehiatzea beren artean, ez lehiatzeko *ad casum* itun bat eginda, eta betidanik beren artean izan duten lehia-tentsioa deuseztatzen dutela. Era horretan, helburu bakar eta komun baterantz zuzendu dute tentsio hori: lizitazioaren esleipendun gertatzera, BILBO UDALCOM ABEE gisa. Aipatu enpresak, MOVISTAR, VODAFONE eta EUSKALTEL, ari ziren aurretik ere Bilboko Udalarari aipatu zerbitzuak ematen. Bilboko Udalak eskainitako kontratua eskuratzeko elkarrekin saiatzeko eta, beraz, beren artean ez lehiatzeko itunarekin, soilik uler daiteke ez dutela beren artean lehiatu nahi berek merkatu kuota handiak dituzten eta eragile ekonomiko gutxi dagoen merkatu batean. Gainera, Bilboko Udalaren lizitazioaren kasuan, zerbitzua eskain dezaketen enpresen kopurua are txikiagoa da, eta, beraz, lehia ahalik eta gehien murrizteko ahalegina beren onerako dute argi eta garbi.



Ildo horretan, Lehiaren Euskal Kontseilu honek dakusa enpresok egindako akordio tipikoei eta antijuridikoei (LDLko 1.1 art.), haietan parte hartu dutenen erruduntasun-elementu subjektiboa gehitu behar zaiela, aipatu akordioen bidez aldeek lehiaren araudia urratzeko asmoa baitute, eta beren artean banatu nahi baitute Bilboko Udalaren lizitazioen helburu den merkatua.

## **g. Errugabetasun-presuntzioa**

**57.** EUSKALTEL enpresak dio, aztergai den zehapen-prozeduran, errugabetasun-presuntzioaren printzipioa urratzen dela, eta, harekin, EKko 24. artikulua, desegindako LDEZ zantzu-frogetan bakarrik oinarritu delako, eta ebazpen-proposamena aipatu froga motan oinarritzeko jurisprudentziak eskatzen dituen egoerak gertatu ez direlako.

**58.** Lehiaren Euskal Kontseilu honek ezin du bat egin EUSKALTELeK adierazitako eta juridikoki EKko 24. artikuluan oinarritutako prozedura-gogoeta horrekin, desegindako LDEZren EPk ez baititu zantzu-frogetan oinarritutako gertaerak hartu oinarri faktikotzat. Aitzitik, zehapen-prozeduran zehar egiaztatu, kontrastatu eta frogatu dira gertaerak, ebazpen honetan jaso diren elementuen bitartez.

«Defentsarako berme guztiak dituen zehapen-prozedurarako eskubidea Administrazioaren botere hertsatzaileen aitzinean prozedura bidezko eta zuzen bat izateko herritarrak duen oinarritzeko eskubide bat da, aipatu prozeduran zorrotz errespetatzen dela defendatzeko eskubidea, defentsa-gabeziaren debeku eta guzti, eta interpretazio sistematikoa egiten dela EKko 24. eta 25. artikuluez eta Giza Eskubideen Europako Hitzarmeneko 6.1 artikuluz (1999, 1190 eta 1571 Lege Bilduma Kronologikoak); eskubide horrek, gainera, ondoko bermeak biltzen ditu, besteak beste, Auzitegi Konstituzionalaren eta Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren doktrinaren arabera: entzun gabe ez zehatua izateko eskubidea, eta prozedurako fase guztien kontra alegatze-eskumena erabiltzekoa, prozedura publiko baterako eskubidea, akusazioaz informatua izateko eskubidea, inolako murrizterik gabe ezagut daitezkeela egotzitako gertaerak, eta horrek berekin dakar korrelazio bat izatea gertaeron eta ebazpen zehatzailearen artean, defendatzeko frogabide egokiak erabiltzeko eskubidea, zeinak frogaz ez-zilegiak onartzea eta aintzat hartzea baztertzen



duen, eta errugabetasun-presuntziorako eskubidea, zeinak zehapen zehatzailea oinarritzeko egozketa-froga legitimorik eta baliozkorik gabe zigorrik ez jasotzeko eskubidea jasotzen duen». (Auzitegi Gorenaren Epaia, 2006ko ekainaren 20koa, RJ\2006\3541)

## **h. Balorazio orokorra**

**59.** Puntu honetara heldurik, ondoriozta dezakegu Telefónica Taldeko enpresen eta Euskaltelen arteko akordio batzuk ditugula, Bilboko Udalaren lizitazioarekin lotuta. Aipatu akordioak dira:

-**Gertaera ziurrak**, espedientean zehar egiaztatu direnak eta ukitutako enpresek ukatu ez dituztenak.

-**Tipikoak eta antijuridikoak**, aurka egiten baitiote Lehiaren Defentsari buruzko 15/2007 Legeko 1. artikuluari, zeinak lehia murrizteko eta, zehazki, merkatua banatzeko asmoz enpresen artean akordioak egitea (ebazpen honetan zehar egiaztatu den bezala) debekatzen baitu.

-**Errudunak**, enpresek ezagutzen zituzten eta nahi zituzten ondorioak zekartzaten jokabideak zirelako.

**60.** Gagozkion kasuan, eta gorago egiaztatu denez, Telefónica Taldeko TME eta TESAU enpresak benetako lehiakideak dira Bilboko Udalaren lizitazioak helburu dituen merkatuetan; gainera, merkatu kuota esanguratsuak dituzte sarbide zurrunekeo eta eragile ekonomiko kopuru mugatuko merkatu horietan. Orain arte, merkatuengatiko lehia dei daiteke aipatu enpresek aurkeztu diren lehiaketa publikoetan izan duten jokabidea; izan ere, bakarka aurkeztu dira lizitazioetara 2007an, 2008an eta 2009an. Lehiakideen arteko dinamika hori eten egin da, ordea, Bilboko Udalaren 091724000001 zenbakidun lizitazio publikoan. Gorago adierazitako helburua zuen lizitazioak, eta lote bakarrean zegoen eratuta. Aipatu lizitaziora, elkarrekin aurkeztu ziren Telefónica Taldeko TME eta TESAU enpresak eta EUSKALTEL. ABEE bat eratzeko konpromisoa zuten guztiek, kontratuaren esleipendun gertatuz gero. Konpromiso hori alde zuzen aurretik zuten hartua aipatu enpresek, eta konfidentzialtasun-akordio bat ere bai, lehenago. Akordiook guztiak bata bestearekin lotuta zeuden, eta xedea zuten aipatu Udalar





aipatu telekomunikazio-zerbitzuak emateko kontratua iristea. Esan behar da, gainera, egiaztaturik gelditu denez, enpresok guztiok bazutela Bilboko Udalak lizitaziorako eskatzen zuen administrazio-sailkapena; eta ez bakarrik Bilboko Udalak antolatu zuen hasierako lizitazio publikorako, baizik eta baita aurrekoa esleitu ez zelako udal berak deitu zuen hurrengo lizitazio publikorako ere. Hau da, aipatu enpresok bazituzten lizitaziora deitzen zuen administrazioak eskatutako gaitasuna eta kaudimen teknikoa; ez soilik lizitatzaile gisa aurkezteko; baita kontratua betetzeko ere, esleipena eskuratuz gero.

Hori behar bezain argi ez balego, kontratuaren helburua den merkatuko erakunde arautzaileak, TMBk, dio, desegindako LDEZren eskariz igorritako eta espedientean jasotako txostenaren bitartez, aipatu enpresek behar besteko gaitasun teknikoa dutela Bilboko Udalaren lizitazioan lizitatzaile gisa parte hartzeko, bai eta kontratua betetzeko ere, eta ez dagoela nahikoa arrazoirik guztien onaren aldeko efikazia eta onura hipotetikoak aztertzeko. Antzekoa dio Eusko Jaurlaritzako Informatika eta Telekomunikazio Zuzendaritzak ere. Azkenik, bistakoa da aipatu enpresak bakarka aurkeztu direla konplexutasun tekniko eta geografiko handiagoko beste lizitazio publiko batzuetara, eta hori, nahiz eta era askotako –baina oso pisu txikiko– argudioekin estali nahi den, froga argigarria da, eta erakusten du aipatu enpresek bazutela gaitasuna Bilboko Udalaren lizitazioan lizitatzaile gisa aurkezteko; baita kontratua betetzeko ere, esleipendun gertatuz gero.

Zehapen-prozeduraren helburua honetan zentratzen da: telekomunikazio-zerbitzuen EAEko merkatuko egiazko eta ohiko lehiakideen arteko akordio ugaritan; akordio horiek, adierazi den bezala, bata bestearekin lotuta daude, eta Bilboko Udalaren lizitazio publikoarekin dute lotura. Lizitazioak, berriz, Bilboko Udalari eta haren mendeko erakundeei telekomunikazio-zerbitzuak eskaintzea du helburu. Aipatu merkatuan, aipatu enpresek merkatu kuota esanguratsua dute, eta badute aipatu lizitazio publikora bakarka aurkezteko gaitasun teknikoa eta ekonomikoa ere, horrela aurkeztu



ohi baitira beste herri-administrazio batzuen lizitazioetara. Aipatu akordioen bidez, lehiakide bat kentzen dute, hura «kolizitatzailer» gisa hartzen dutela lizitazio publikoan, eta, aldi berean, dagoeneko baduten «gihar» tekniko eta ekonomiko ahaltsua indartzen dute merkatuan. Hori guztia, telekomunikazioen merkatuan, non eragile ekonomiko kopuru mugatua den, non, gainera, izaera juridikoko eta ekonomikoko oztopo ugari den, sartzeko. Ildo horretan, aipatu behar da ukitutako enpresek beren lehiakortasun-indarra apaltzen dutela adierazitako merkatuan, eta EAEko lehiakide garrantzitsuenetako bi batzera zuzentzen dutela indar hori, Bilboko Udaleko telekomunikazio-merkatua bien artean banatzea dutela helburu. Aipatu bat-egiteak ez du inolako justifikazio teknikorik, bi enpresak bakarka aurkez baitzitezkeen lizitaziora, eta bakarka bete baitzezaketen kontratua, esleipendun gertatuz gero. Bat-egitetik ez dator, ezta ere, jokabide horrek lehiaren araudiarekin daukan gatazka gaindi dezakeen interes orokorreko onurarik; lehiaren araudiaren helburua, gainera, interes publikoa asetzea da. Aitzitik, bat-egiteak, operadoreen arteko lehia murrizten du merkatuan, eta horrek eraginkortasuna murriztea eta prezioak igotzea ekar ditzake (aski da ikustea zer prezioak aurkeztu dituzten enpresok, VODAFONEK aurkeztutakoekin konparatuta).

## i. Isuna

**61. Argiturik, bada, akordioetan tarteko diren enpresek arau-hauste bat egin dutela, arau-hauste horrek berekin eraman dezakeen zehapenaren zenbatekoa zehaztea gelditzen da.**

Ildo horretan, kontuan izanik akordioak azkenean ez direla gauzatu (nahiz eta enpresez kanpoko arrazoiengatik izan), ez dela egiaztatu haietaz publizitaterik egin denik, ez dela egiaztatu telekomunikazio-lehiaketa guztiak bien artean banatzeko plan orokor edo estrategia bat zenik, kontuan izanik, halaber, ez dela egiaztatu ondoriorik merkatuan, Kontseilu honi iruditzen zaio ez dela zehatu behar arau-haustea.



Horregatik guztiagatik, Lehiaren Euskal Kontseilu honek,



#### IV. EBAZTEN DU

**LEHENENGOA.-** Aintzat hartzea desegindako Lehiaren Euskal Zerbitzuak Lehiaren Euskal Kontseilu honi igorritako Ebazpen Proposamena, eta, beraz, 15/2007 Legeko 1.1 artikulua hautsi dela deklaratzeko.

**BIGARRENA.-** Enpresak ez zehatzea arau-hausteagatik, adierazi diren arazoietan oinarrituta.

Jakinaraz bekio Ebazpen hau Ikerketa Zuzendaritzari, eta jakinaraz bekie interesdun guztiei, eta adierazi behar zaie Ebazpen honek administrazio-bidea amaitzen duela, eta administrazioarekiko auzi-errekurtsoa ipin dezaketela EAEko Justizia Auzitegi Nagusiko Administrazioarekiko Auzien Salan, aipatu jakinarazpenetik hasi eta bi hilabeteko epean.

Bilbon, 2012ko irailaren 7an

**LEHENDAKARIA  
MARIA PILAR CANEDO ARRILLAGA**

**IDAZKARIA  
IBON ALVAREZ CASADO**

**KIDEA  
NATIVIDAD GOÑI URRIZA**

**KIDEA  
RAFAEL ITURRIAGA NIEVA**