



Lehiaren
Euskal Agintaritza
Autoridad Vasca
de la Competencia

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO VASCO DE LA COMPETENCIA

LEA/AVC 454-SAN-2020

Sumario:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.....	1
II. LICITACIÓN SERVICIO DE INTERVENCIÓN SOCIOEDUCATIVA Y PSICOSOCIAL 2020	3
III. EMPRESAS IMPLICADAS	4
IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	5
1. Prohibición de falseamiento de la competencia por actos desleales y actos de imitación desleales (Arts. 3 LDC y 11 LCD)	6
2. Afectación de la conducta denunciada a las condiciones de competencia del mercado	8
3. Órgano competente para resolver	9
V. RESUELVE	10

Asistentes:

Presidenta: Dña. Alba Urresola Clavero

Vocal: D. Rafael Iturriaga Nieva

Vocal: Dña. Enara Venturini Álvarez

Secretaria: Ainara Herce San Martín

El Consejo Vasco de la Competencia (en adelante CVC), en su reunión celebrada el 25 de febrero de 2021 con la composición ya expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente nº 454-SAN-2020, Licitación del servicio de intervención socio-educativa y psicosocial del municipio de Galdakao.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. En fecha 4 de agosto de 2020 el Ayuntamiento de Galdakao trasladó a esta Autoridad Vasca de la Competencia (LEA/AVC), en base al artículo 132.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), escrito presentado por la empresa AGINTZARI, S.COOP a la Mesa de Contratación de la licitación pública del



“Servicio de intervención socioeducativa y psicosocial del municipio de Galdakao” (Nº de expediente 2343/2019). En dicho escrito solicitaba lo siguiente:

“(…) que procedan a la incoación de un incidente específico en el seno de este expediente de contratación a fin de verificar si, (...) Gizatzen, S.A. ha llevado a cabo una conducta competitiva desleal con la grave alteración de la libre competencia que ello supone en el contexto del presente concurso para, en caso de que sea así acreditado, se proceda bien a la exclusión de la citada candidata y dar traslado de ello a la Autoridad Vasca de la Competencia a los efectos oportunos.”

AGINTZARI, S.COOP estimaba que la oferta técnica presentada por GIZATZEN, S.A. en la citada licitación, tenía coincidencias con anteriores ofertas técnicas elaboradas por AGINTZARI.S.COOP en licitaciones con el mismo objeto al convocado por el Ayuntamiento de Galdakao y que se corresponden con metodologías propias suyas no públicas.

AGINTZARI S.COOP. señalaba que dicha metodología se encuentra protegida y amparada por derechos exclusivos de propiedad intelectual, plasmada en proyectos presentados a concursos públicos, inscritos en el Registro central de la propiedad intelectual de Bizkaia.

2. A fin de analizar los hechos expresados por AGINTZARI.S.COOP, la Dirección de Investigación de LEA/AVC (DI), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), inició una información reservada por posibles prácticas restrictivas de la competencia de GIZATZEN, S.A.

En dicha información reservada, la DI solicitó al Ayuntamiento de Galdakao copia del expediente administrativo de la citada licitación. Asimismo, solicitó información y documentación a las licitadoras AGINTZARI, S.COOP., y GIZATZEN, S.A.

3. El 27 de enero de 2021, 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 LEA/AVC manifestaba tener competencia para analizar las conductas.
4. El 5 de febrero de 2021, la CNMC, siguiendo la propuesta recibida, consideró que correspondía a LEA/AVC la competencia para analizar y resolver los hechos en cuestión, asignando a esta la instrucción del expediente.



5. El 12 de febrero de 2021, la DI de acuerdo con el artículo 27 del RDC, elevó al CVC propuesta de resolución de no incoación y archivo de las actuaciones 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 y, en particular, del artículo 3.

II. LICITACIÓN SERVICIO DE INTERVENCIÓN SOCIOEDUCATIVA Y PSICOSOCIAL 2020

6. En febrero de 2020 el Ayuntamiento de Galdakao convocó, a través de procedimiento abierto y tramitación ordinaria, licitación del *“Servicio de intervención socio educativa y psicosocial con infancia, juventud y familia en el municipio de Galdakao”* (Nº de expediente 2343/2019).¹

7. A dicha licitación concurren 3 empresas:

- AGINTZARI. S.COOP. (CIF F48481923), prestataria del servicio desde 1996
- GIZATZEN, S.A. (CIF A95889523), del grupo OHL
- Compromiso de UTE: “FUNDACIÓN INTEGRANDO” y “ACAYA, NATURALEZA Y VIDA, S.L. (EISE GALDAKAO).

8. El 1 de julio de 2020, la Mesa de Contratación acordó proponer al Órgano de Contratación la adjudicación del contrato a la empresa GIZATZEN, S.A. por ser la licitadora con la mejor puntuación en aplicación de los criterios de adjudicación.

9. El 21 de julio de 2020 AGINTZARI.S.COOP. presentó ante la Mesa de Contratación una solicitud de inicio de incidente por vulneración de normativa de competencia en el que solicitaba:

“(…) que procedan a la incoación de un incidente específico en el seno de este expediente de contratación a fin de verificar si, (...) Gizatzen, S.A. ha llevado a cabo una conducta competitiva desleal con la grave alteración de la libre competencia que ello supone en el contexto del presente concurso para, en caso de que sea así acreditado, se proceda bien a la exclusión de la citada candidata y dar traslado de ello a la Autoridad Vasca de la Competencia a los efectos oportunos.”

10. El 23 de septiembre de 2020 la Mesa de Contratación acordó declarar excluida a GIZATZEN, S.A. al entender que no había acreditado haber ejecutado trabajos de igual o similar naturaleza a los del objeto del contrato cuyo importe anual acumulado

¹ 6. La empresa que ha prestado dicho servicio desde el año 1996 ha sido AGINTZARI, S.COOP.



en el año de mayor ejecución de los tres últimos años sea igual o superior al 70% de la anualidad media del contrato (156.545,45 euros, IVA excluido), exigido en los pliegos.

11. El 20 de octubre de 2020 GIZATZEN, S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de su exclusión de la referida licitación.
12. El 30 de diciembre de 2020 el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC) dictó Resolución nº 184/2020, resolviendo desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por GIZATZEN S.A. contra el acuerdo de exclusión de la licitación.

En dicha Resolución el OARC señalaba lo siguiente:

“Los servicios alegados por la recurrente van dirigidos a personas dependientes y las actuaciones que se efectúan en el marco de estos servicios sociales se hallan relacionadas con el cuidado y asistencia personal, tales como labores de higiene personal, ayuda a vestir, movilizaciones o mantenimiento del entorno de la persona, bien en el propio domicilio bien en un centro residencial. Por el contrario, las actuaciones solicitadas en el contrato van destinadas a menores de edad y familias, pero con el objetivo final de la protección de los derechos del menor (si bien el servicio del contrato abarca hasta los 21 años) y las actuaciones solicitadas están orientadas a detectar el riesgo de lesión de tales derechos y a disminuir en una fase temprana tal riesgo y las dificultades que obstaculicen el desarrollo personal, familiar, social, educativo o el bienestar del menor mediante diversos tipos de intervenciones, diferentes del cuidado personal o del sanitario. Consecuentemente, al igual que en su momento concluyó correctamente la Mesa de contratación, no se observa analogía entre los objetivos, finalidades y actuaciones de los servicios alegados y el demandado en el contrato.”

13. El 27 de enero de 2021 el Órgano de Contratación dictó Resolución declarando excluidas de la licitación a GIZATZEN y Compromiso de UTE: “FUNDACIÓN INTEGRANDO” y “ACAYA, NATURALEZA y VIDA, S.L.”. Asimismo, acordó adjudicar a AGINTZARI.S.COOP el contrato del referido servicio.

III. EMPRESAS IMPLICADAS

14. AGINTZARI, S.COOP DE INICIATIVA SOCIAL con NIF F48481923 y domicilio en Bilbao, Avda. Madariaga, 1. 4ª planta. (C.P. 48014). AGINTZARI S.COP. persigue el interés general de la comunidad para la promoción y plena integración, a través de su trabajo asociado, de los ciudadanos en situación de dificultad. Mediante el desarrollo de, entre otras, las siguientes actividades:



“a) Ejercer como consultora, prestadora de servicios y gestora de todo tipo de programas e iniciativas en los campos ligados de contenido social, cultural educativo, recreativo, turístico, festivo de consumo, de ocio, sanitario, artístico, medio ambiental, de intervención y desarrollo comunitarios, de cooperación interterritorial e internacional para el desarrollo, de inserción laboral, de formación para el empleo, de promoción, asesoramiento e información y atención a la infancia, la juventud, la mujer y la tercera edad, de atención, tratamiento, reinserción y prevención de drogodependencias, de desarrollo social y planificación demográfico y urbana, y, en general, todas aquellas áreas que ligadas a las ciencias humanas, contribuyen a enriquecer la dimensión social y cultural de los individuos la comunidad en su más amplia consideración. b) Realizar investigación, análisis prospectivos, estudios de campo, trabajos estadísticos, así mismo estrategias y planes de asesoramiento, difusión y comunicación en cualquiera de las áreas relacionadas en el punto a).”

15. GIZATZEN, S.A. con NIF A95889523 y domicilio en Bilbao, Calle Gran Vía Diego López de Haro 33, Piso 5º (C.P. 48009), es una empresa multiservicio cuyo objeto social comprende, entre otros,

“El estudio, concesión y explotación de toda clase de prestación de servicios en los inmuebles, sean públicos o privados, sin limitación alguna, pudiendo acudir para contratarlos a concursos, subastas, procedimientos legales que así se establezcan, igualmente sin limitación alguna, realizando al efecto toda clase de ofertas y llevando a cabo todos los trámites necesarios, sin excepción alguna, hasta conseguir la adjudicación de los repetidos servicios públicos o privados.(...)”

Prestación de servicios integrales de asistencia sanitaria, socio-sanitaria o de servicios sociales y atención a personas en situación de dependencia a los siguientes colectivos: menores, ancianos, minusválidos, familias, infancia, mujeres solitarias, con cargas familiares no compartidas, discapacitados físicos y psíquicos y personas o grupos de población en situación de necesidad (...).”

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

16. AGINTZARI S.COOP denuncia que GIZATZEN, S.A habría incurrido en una conducta de falseamiento de la competencia por actos desleales, prohibida por el artículo 3 de la LDC. En concreto estima que GIZATZEN, S. A al presentar su oferta técnica en la referida licitación con las semejanzas que seguidamente se exponen, habría realizado actos de imitación de ofertas presentadas por AGINTZARI S.COOP. en anteriores licitaciones públicas.

-En la estructura y contenidos de las “Fases de la Intervención” del punto 2.2. desarrollo de “Funciones, coordinación y organización del trabajo” de GIZATZEN.

- En la identidad de contenido y redacción del apartado “niveles de coordinación”.

-En la estructura del apartado “evaluación de servicio.

Asimismo, en lo que respecta a la afección al interés público de la conducta presuntamente contraria a la LDC, AGINTZARI, S.COOP afirma que dicha conducta



afectaría al interés público ya que su materialización incidiría directamente sobre la prestación de un servicio social municipal de atención primaria dirigido a menores y adolescentes en grave riesgo de exclusión y vulnerabilidad.

1. Prohibición de falseamiento de la competencia por actos desleales y actos de imitación desleales (Arts. 3 LDC y 11 LCD)

- 17.** El artículo 3 de la LDC prohíbe el falseamiento de la libre competencia por actos desleales que afecten al interés público, actos que se definen con relación a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), pues es esta norma donde están tipificadas estas conductas desleales.

Dichos actos deben ser realizados en el mercado y con finalidad concurrencial (art. 2 LCD). Asimismo, deben afectar al interés público de una manera especialmente grave o trascendente, especialmente por los efectos reales de la conducta desleal.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1436/2018 ECLI:ES:TS:2018:3334 establece en su Fundamento de Derecho Tercero,

“ (...) según la jurisprudencia de esta Sala, no toda manifestación de competencia desleal será constitutiva de infracción sancionable por la CNMC pues para ello será necesario, como señala artículo 3 de la Ley 15/2007, que se trate de actos de competencia desleal " que por falsear la libre competencia afecten al interés público" Y ello sucederá cuando la propia entidad de la conducta o la circunstancias concurrentes en su realización -piénsese, por ejemplo, en la posición de dominio o significación relativa de la empresa que la lleva a cabo, la situación del mercado en el momento de los hechos, la virtualidad de la conducta enjuiciada para obstaculizar el acceso o la permanencia de competidores en el mercado, u otras circunstancias o factores semejantes- permitan afirmar la existencia de un falseamiento de la competencia con afectación del interés público.(....).”

- 18.** Entre los actos de competencia desleal prohibidos por la LCD, se encuentran los actos de imitación. El artículo 11.1 de la LCD establece que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley. No obstante, el párrafo segundo de dicho precepto precisa que la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

Al respecto, el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 306/2017 (ECLI:ES:TS:2017:1910) ha precisado en su Fundamento de Derecho Decimosexto:

“Debe recordarse que, como ha declarado reiteradamente este tribunal, la regulación de la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales contenida en el art. 11 de la Ley de Competencia Desleal parte del principio de que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre si no existe un derecho de exclusiva que los ampare. Así se



desprende de la propia exposición de motivos de la Ley de Competencia Desleal, y así se expresa en el apartado primero del art. 11 de la Ley de Competencia Desleal.

La deslealtad no viene determinada por el hecho de que se hayan imitado las creaciones materiales de un competidor, sino por las circunstancias en las que se ha realizado la imitación.

(...)

Para que sea desleal, la imitación debe suponer un aprovechamiento del esfuerzo y tal aprovechamiento ha de ser indebido. La nota genérica de «aprovechamiento de lo ajeno» explica que en la doctrina y en la práctica se haga hincapié en que el tipo legal sanciona la conducta que parasita el esfuerzo material y económico de un tercero.

La deslealtad de la imitación no se basa en el mero aprovechamiento del esfuerzo ajeno, pues de otro modo estaríamos reconociendo un derecho de exclusiva no previsto por el ordenamiento jurídico. Toda imitación supone un cierto aprovechamiento del esfuerzo ajeno, y el principio de libre imitabilidad excluye que la imitación de la creación material ajena sea, per se, desleal. La deslealtad se justifica por el modo y la forma en que se llega a estar en condiciones de aprovechar esa prestación ajena objeto de imitación.

5.- En la sentencia 675/2014, de 3 de diciembre, afirmamos que, dado que toda imitación implica beneficiarse del esfuerzo del imitado, se ha impuesto una interpretación de la norma del art. 11.2 LCD que no deje sin contenido efectivo la regla de libre imitación de las prestaciones ajenas no amparadas por un derecho de exclusiva que se contiene en el art. 11.1 LCD y que, además, respete la función de la Ley de Competencia Desleal como instrumento de protección del mercado y de quienes en él concurren.

En este caso de conducta desleal, se produce una matización del principio de la competencia por los propios méritos y prestaciones que inspira la normativa de la competencia desleal. Ese principio ha de compatibilizarse con el principio de libertad de imitación del art. 11.1 LCD.

También afirmamos en esa sentencia que el art. 11.2 LCD, al considerar desleal la imitación de prestaciones con aprovechamiento de esfuerzo ajeno, trata de dar protección indirecta al competidor que con su esfuerzo se ha afirmado en el mercado o pretende afirmarse en él. Se protege a quien ha invertido tiempo y dinero en una creación, material o intelectual, frente a quien se apodera de su esencia sin tales costes y sin permitir que el pionero se afiance en el mercado.

6.- La jurisprudencia de esta sala (sentencias 888/2010, de 30 de diciembre, 792/2011, de 16 de noviembre, y la citada 675/2014, de 3 de diciembre) ha exigido, para que se produzca el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno por la imitación de sus prestaciones, que concurra un ahorro o reducción significativa de costes de producción o comercialización más allá de lo que se considera admisible para el correcto funcionamiento del mercado, y que no resulte justificada. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo viene señalando con relación al falseamiento de la libre competencia por actos desleales que para que los actos de competencia desleal puedan ser sancionados como conductas prohibidas se requiere que aquellos actos "*distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado*" y que "*esa grave distorsión afecte al interés público*". (Fund. de Derecho 10 de la Sentencia del Tribunal Supremo 3887/2006. ECLI:ES:2006:3887)."

La eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia, entre los que se encuentra esta LEA/AVC, sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además de serlo, falsean de manera sensible la competencia, esto es, distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado



con perjuicio para el interés público. Previsión que se aplica a todo tipo de operadores económicos.”

- 19.** La actuación de los órganos de competencia, como es esta LEA/AVC, debe limitarse a aquellos actos desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado con grave afectación al interés público, correspondiendo a los tribunales ordinarios el conocimiento de otro tipo de conductas desleales.

Por ello, debe analizarse primeramente el grado de repercusión de la conducta denunciada en el mercado y en el supuesto de que su afección fuera grave, estudiar la existencia en los hechos denunciados de un acto de imitación prohibido por la LCD.

2. Afectación de la conducta denunciada a las condiciones de competencia del mercado

- 20.** La licitación pública es el ámbito esencial para la determinación del mercado afectado, ámbito en el que las empresas compiten por el mercado objeto de licitación y que queda cerrado una vez se produce la adjudicación por todo el tiempo de vigencia. Así, la conducta presuntamente contraria a la normativa de competencia se produciría en el ámbito de la licitación pública.
- 21.** En el supuesto que nos ocupa, la conducta objeto de denuncia se ha producido en la licitación pública del servicio de intervención socioeducativa y psicosocial con infancia, juventud y familia en el municipio de Galdakao (Bizkaia).
- 22.** De la información y/o documentación obrante en el expediente se constata que GIZATZEN, S.A ha sido excluida de la referida licitación. Dicha consideración ha sido refrendada por el OARC a través de su reciente Resolución 184/2020. Así, la Mesa de Contratación acordó en fecha 23 de septiembre de 2020 excluir a GIZATZEN, S.A, al entender que no había acreditado haber ejecutado trabajos de igual o similar naturaleza a los del objeto del contrato exigido en los pliegos.
- 23.** Por ello, aunque GIZATZEN hubiera incurrido en un acto de competencia desleal por haber imitado parcialmente Proyectos de AGINTZARI.S.COOP presentados en licitaciones públicas anteriores con el mismo objeto, su exclusión del proceso de licitación elimina la posibilidad de que exista una afectación grave al interés público, requisito para que concurra el tipo del artículo 3 LDC.
- 24.** La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha concretado respecto a la afectación al interés público de la alteración de la competencia Resolución de 24 de octubre de 2019 el Expte. S/0651/18, EQUIPAJE DE MANO):



“Para que un acto desleal pueda afectar al interés público debe tener entidad para causar una grave perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado (...)”.

En el mismo sentido, se ha pronunciado la CNMC en, entre otras, Resolución de 20 de junio de 2019, Expte S/DC/0552/15 AGIC y Resolución de 30 de julio de 2015, Expte S/DC/0524/14, LIDL.

En dicha línea, esta LEA/AVC ha resuelto, entre otros, Exp. LEA/AVC 413-SAN-2020, TRANSPORTE DE VIAJEROS BILBAO-VITORIA y Exp LEA/AVC N° 296-SAN-2018, NATUR KALITATEA.

25. Al no haber podido afectar la conducta de GIZATZEN, S.A a las condiciones de competencia del mercado-licitación y sin entrar a valorar si existe una infracción del artículo 11.1 LCD, competencia en su caso de los juzgados de lo mercantil, no se desprenden indicios de vulneración del artículo 3 de la LDC, por lo que procede el archivo de la denuncia y de las actuaciones llevadas a cabo habidas e instruidas en el marco de la denuncia de referencia.

3. Órgano competente para resolver

26. El artículo 10 e) de la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia establece como funciones del CVC: “e) *acordar, si procede, el archivo de las denuncias o de las actuaciones iniciadas de oficio, antes ser elevadas a expediente sancionador*”.
27. Por su parte, el artículo 49.3 de la LDC establece que: “3. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, 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”.
28. El artículo 25.5 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, establece que: “5. *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 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, deberá comunicarse al denunciante, indicando los motivos por los que no procede la iniciación del procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio*”.



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.