

## **RESOLUCIÓN**

### **Expte. S/0236/10 AYUNTAMIENTO DE CALVIÁ**

#### **CONSEJO:**

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
Dña. M<sup>a</sup> Jesús González López, Consejera  
Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 20 de septiembre de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición arriba expresada y siendo Ponente la Consejera Doña Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0236/10 AYUNTAMIENTO DE CALVIÁ, que trae causa de la denuncia presentada por WILL-KILL S.A. contra el AYUNTAMIENTO DE CALVIÁ por supuestas prácticas contrarias al Artículo 1.1.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

### **1 ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El día 21 de junio de 2010 se recibió en el Consejo de la CNC una propuesta de archivo de la Dirección de Investigación (en adelante DI), en el expediente S/0236/10 originado por la denuncia presentada por WILL KILL S.A. el 19 de febrero de 2010. La citada denuncia dio lugar a que la DI tuviese conocimiento de los hechos que a continuación se relatan y que han llevado a plantearle al Consejo la presente propuesta de archivo.
2. La conducta denunciada consistiría en ofrecer a particulares en condiciones subvencionadas, los servicios de control de plagas de la procesionaria, a través de la empresa adjudicataria del concurso convocado por el Ayuntamiento para realizar los servicios de desratización, desinfección y desinsectación del municipio de Calviá.
3. El Ayuntamiento de Calviá, dada la presencia de la “procesionaria del pino” en su término municipal y como medida para fomentar la lucha integrada contra la procesionaria del pino y sus tratamientos preventivos, y así minimizar los graves efectos sobre la salud pública, ha declarado que siguió los protocolos técnicos de actuación establecidos para la lucha contra estas plagas que están basados en el uso de acciones físicas y acciones preventivas, con anterioridad a que la plaga sea patente y dañina.

Con este objetivo, el Ayuntamiento de Calviá ha tratado de favorecer y promocionar (aparte y como complemento de las zonas públicas) la implantación de estos sistemas en las zonas privadas, mediante dos vías principalmente:

- Transporte y montaje de trampas-jaula suministradas gratuitamente por la Consejería de Medio Ambiente de Palma.
  - Impulso de campañas voluntarias de incorporación a la realización de tratamientos preventivos.
4. El origen de la conducta denunciada está en el concurso cuyo Pliego técnico aporta el denunciante, “Pliego de condiciones técnicas que han de regir el concurso para adjudicar la realización del servicio de desratización, desinfección y desinsectación de Calviá”, fechado el 16 de diciembre de 2004. En la convocatoria de los concursos para adjudicar la realización del servicio de desratización, desinfección y desinsectación de Calviá, (Expedientes de contratación 36/05 y 64/09) que se realiza con este Pliego de Condiciones Técnicas, se incluía una cláusula 4.- “*Otras Campañas*” en la que se decía textualmente:
- “Ante una determinada problemática relacionada con un exceso en las poblaciones de animales que ocasionen problemas fitosanitarios, riesgos para la salud pública, la flora o la fauna silvestre, que con carácter periódico o extraordinario, puedan acontecer a lo largo de la duración de la contratación del presente expediente, este Ayuntamiento se reservará negociar con el adjudicatario la realización de las campañas concretas o extraordinarias. Así mismo, si se produce una especial problemática ocasionada por plagas en determinados núcleos o zonas privadas del municipio, también se podrá llegar a acuerdos, ayudas y la debida asistencia técnica a los tratamientos en inmuebles privados, a realizar por la empresa adjudicataria. Todo ello tiene el objeto de poder realizar un control integrado de las especies potencialmente molestas o que ocasionen problemas de forma ocasional o periódica y que no estén contemplados en el presente pliego de condiciones. Para la valoración económica de estas campañas o de las subvenciones correspondientes a particulares, se realizarán de mutuo acuerdo para cada caso entre el Ayuntamiento y el adjudicatario. En el caso de no llegar a ningún acuerdo, este Ayuntamiento quedará facultado para poderlo realizar (dentro de los términos legales correspondientes) con cualquier otra empresa”.* (subrayado nuestro).
5. A los citados concursos convocados por el Ayuntamiento se podía presentar cualquier empresa del sector. Se llevó a cabo la tramitación de los expedientes de contratación de conformidad con lo establecido en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y en la precedente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio.
6. El Ayuntamiento de Calviá declara a la DI que las actuaciones “*no llevan implícita en ningún caso subvención económica alguna ni para la empresa ni para los ciudadanos, ni tampoco ninguna obligatoriedad a los ciudadanos a tener que contratar a esta empresa*”. Adicionalmente, presenta un certificado del Interventor Accidental del Ayuntamiento de Calviá, en el que certifica que desde el ejercicio presupuestario del 2005 hasta la fecha del certificado, el Ayuntamiento no ha concedido subvenciones ni transferencias corrientes a los vecinos del municipio en concepto de eliminación de plaga de oruga procesionaria.
7. Simultáneamente, en la página “Calviá.com” el Ayuntamiento publicó un aviso en el que entre otras cosas se afirmaba que “... *el Ayuntamiento ha llegado a un acuerdo con la empresa adjudicataria para el control de plagas, para ofrecer a los vecinos que quieran adherirse a esta campaña y efectuar la fumigación en sus*

*propiedades privadas, puedan realizarla a un precio de bajo coste y con el respaldo y la garantía de seguimiento por parte de los responsables municipales....*

*Hay que destacar que los vecinos, pese a disponer de ésta opción, pueden recurrir, si así lo desean, a otra empresa especializada sin que en este caso el Ayuntamiento medie ni supervise los trabajos”.*

8. Ante la queja formulada al Ayuntamiento por parte del denunciante, referida al citado aviso, el Ayuntamiento respondió en los siguientes términos:

“En cuanto a la frase que aparece en la web municipal que establece la opcionalidad de escoger a cualquier empresa, en cuyo caso el Ayuntamiento no mediará ni supervisará los trabajos, cabe informarle que:

*Se ha procedido a retirar dicha frase de la web ya que la clara intención de este Ayuntamiento es que NO HAY NINGÚN INCONVENIENTE POR PARTE DE ESTE AYUNTAMIENTO EN PROCEDER DE LA MISMA FORMA CON CUALQUIER OTRA EMPRESA Y CIUDADANO QUE LO SOLICITE, EN ESTABLECER LOS MISMOS CRITERIOS Y CONDICIONES DE COLABORACIÓN, PROMOCIÓN, MEDIACIÓN, PRECIOS AJUSTADOS, SOPORTE TÉCNICO, TRAMITACIÓN DE QUEJAS DE LOS CIUDADANOS Y SUPERVISIÓN DE LOS TRABAJOS QUE SE REALICEN EN ZONAS PRIVADAS DEL MUNICIPIO .... y reiterando la no existencia de subvención económica municipal alguna hacia una empresa concreta ni hacia los ciudadanos”.*

9. Por todo ello la DI concluye que “*el Ayuntamiento de Calviá no ha actuado en el presente caso como operador económico. El Ayuntamiento desarrolla estas actividades en busca del interés público y no de una ventaja competitiva “sujeta a la lógica de un mercado competitivo”, y lo hace desde el marco de competencias que tiene atribuidas por lo que cabe concluir que la conducta denunciada no tiene por objeto ni por efecto restringir la competencia. En este sentido, se puede afirmar que la actuación del denunciado se lleva a cabo en beneficio del interés público, pues se trata de un servicio y una iniciativa que estarían encuadrados entre las actividades que competen al Ayuntamiento en pos del interés general, al intentar evitar los graves riesgos que podría producir la plaga de procesionaria en la salud pública. Por otra parte y a más abundamiento, en el desarrollo de dichas actividades no se han dado precios que puedan calificarse de predatorios ni ha habido intención de expulsar del mercado a otros operadores”.*
10. Por el contrario, el denunciante considera que se trata de una recomendación colectiva efectuada por el Ayuntamiento de Calviá, ofertando a los particulares, ajenos al Consistorio y a los bienes públicos, un servicio a un precio subvencionado y con la colaboración de sus técnicos, todo ello a favor de una única empresa, lo que supone una ingerencia en el libre mercado.
11. El Consejo deliberó y falló la presente resolución en su sesión plenaria del 15 de septiembre de 2010.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El artículo 49.3 de la LDC dispone que el Consejo, a propuesta de la DI, podrá acordar no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la citada Ley y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas cuando considere que no hay indicios de infracción.

El artículo 25.1 del RDC, en cuanto a la iniciación del procedimiento sancionador, dispone que se hará siempre de oficio por la DI, en virtud de propia iniciativa, por denuncia o a iniciativa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. El número 5 de este precepto reglamentario añade que la formulación en forma de una denuncia no vincula a la DI para iniciar un procedimiento sancionador, y que la resolución del Consejo de archivo de las actuaciones debe indicar los motivos por los que no procede la incoación del procedimiento conforme al artículo 49 de la LDC, que se comunicará al denunciante.

Según se recoge en el Antecedente de Hecho (AH) 17 de esta Resolución, la DI concluyó las actuaciones proponiendo al Consejo la no incoación de procedimiento sancionador, así como el archivo de las mismas, por considerar que no existían indicios de infracción de la LDC.

**SEGUNDO.-** El Consejo de la CNC, analizada la propuesta de la Dirección de Investigación coincide con su valoración, pues de las actuaciones practicadas no se desprenden indicios de infracción de la Ley 15/2007.

Desde la óptica de la defensa de la competencia, la conducta denunciada por WILL KILL S.A., se centra en que el Ayuntamiento estaría distorsionando la competencia en el mercado de la aplicación privada de tratamientos contra la procesionaria del pino, por incentivar a los particulares a contratar el servicio con una empresa concreta. Según los hechos que constan en el expediente, en la página web del consistorio se podía leer que aquellos vecinos que decidiesen contratar el servicio con la empresa señalada por el Ayuntamiento tendrían un “precio de bajo coste” y los servicios serían supervisados por técnicos del Ayuntamiento. Se añadía además que “si a pesar” de esta oferta los vecinos decidían contratar con otra empresa distinta, si bien estaban en su derecho, el Ayuntamiento no supervisaría los trabajos. La lectura de dicho anuncio no puede llevar a este Consejo sino a valorar que dicho anuncio supone favorecer a un operador frente a sus competidores, y por tanto podría estar alterando el equilibrio competitivo. La oferta a los particulares de que la empresa “contratada por el Ayuntamiento” para la desratización, puede darles también el servicio de tratamiento contra la procesionaria a buenos precios supone un fomento de la actuación privada contra la plaga, pero también una ventaja competitiva para la empresa adjudicataria, pues está facilitándole, como mínimo, un acceso directo a los clientes, dándole publicidad y difusión. Y en concreto el añadido sobre que “pueden contratarlo con otras empresas pero que en ese caso el Ayuntamiento no supervisará los trabajos”, supone un desincentivo a buscar empresas alternativas. Desde un espacio público, como es la web de un Ayuntamiento, una entidad pública, como es el Ayuntamiento, está favoreciendo a un operador privado frente al resto de sus competidores, y no sólo publicitando exclusivamente los servicios de este operador y no de los demás, sino incentivándolos, bajo la insinuación de menores precios (“precios de bajo coste”) y mayor calidad (“supervisión por los técnicos del Ayuntamiento”), por no hablar de la

sutil advertencia que de contratar con terceros el Ayuntamiento no supervisará los servicios.

En definitiva, si bien, como concluye la DI, no hay indicios de que hayan existido subvenciones para esta actividad, y el Ayuntamiento no está actuando como un operador económico, por lo que su conducta no es por tanto enjuiciable bajo el artículo 1 o 2 de la LDC, no se puede pasar por alto que su actuación ha podido favorecer a un operador privado frente a sus propios competidores. Por ello, el Consejo quiere llamar la atención sobre los efectos anticompetitivos que este tipo de actuaciones conllevan, cuando un operador público, bajo programas que pueden tener un innegable interés público, como el aquí presente, cuyo objeto es incentivar que los particulares participen en la aplicación privada fitosanitaria para la eliminación de una plaga que perjudica a todos, se extralimita en el diseño de estos programas de incentivos, y terminan distorsionando las competencia en el mercado afectado.

**TERCERO.-** No obstante el anterior Fundamento de Derecho, y si bien no es objeto de la denuncia, ni es enjuiciable bajo la LDC, el Consejo aprecia otra cuestión adicional censurable desde la óptica de la promoción de la competencia, como es la forma en la que el Ayuntamiento contrata la provisión de los servicios de tratamiento contra la procesionaria del pino. No parece estar justificada la asimetría de procedimiento por parte del Ayuntamiento a la hora de proveerse de servicios necesarios en el ejercicio de sus responsabilidades. Mientras que la provisión de los servicios de desratización, desinfección y desinsectación de Calviá se somete a un proceso de concurso público, respetando así, los principios de publicidad, concurrencia y transparencia que deben presidir la actuación pública, la provisión de los servicios de prevención y eliminación de la procesionaria del pino se ve privada de un proceso que garantice que su provisión se hará bajo los mismo principios señalados, así como el respeto a la igualdad y a la no discriminación. Este Consejo viene declarando que la competencia entre los licitadores es la manera de asegurar que las entidades del sector público se beneficien de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación de los bienes o servicios finalmente contratados. Por el contrario, la ausencia de competencia provocará ineficiencia en la gestión de los recursos públicos y por ello un mayor esfuerzo económico para la sociedad. En el caso presente las condiciones de prestación del servicio de prevención y eliminación de la procesionaria del pino serán las que se acuerden mutuamente entre el Ayuntamiento y el licitador de otro servicio distinto, el de desratización, por lo que con este procedimiento por una parte se les ha hurtado al resto de oferentes en este mercado la posibilidad de ofrecer sus servicios a un demandante de notable importancia en el mercado, lo cual distorsiona las condiciones de competencia en el mismo, y por otra parte el Ayuntamiento ha renunciado a un proceso competitivo que le podría suponer la prestación de un servicio a un menor coste, además de poder estar incurriendo en un incumplimiento de los principio de igualdad y no discriminación.

Por todo ello, vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

**HA RESUELTO**

**ÚNICO.-** No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por WILL-KILL S.A. contra el AYUNTAMIENTO DE CALVIÁ por supuestas prácticas contrarias al Artículos 1.1.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

**2 Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al denunciante y a las sociedades denunciadas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.**