



Lehiaren
Euskal Agintaritza
Autoridad Vasca
de la Competencia

RESOLUCIÓN NO INCOACIÓN Y ARCHIVO

CONSEJO VASCO DE LA COMPETENCIA

LEA/AVC 629-SAN-2022

Pleno:

Alba Urresola Clavero, Presidenta

Rafael Iturriaga Nieva, Vocal

Enara Venturini Álvarez, Vocal

Ainara Herce San Martín, Secretaria

El Consejo Vasco de la Competencia (en adelante CVC), en su reunión celebrada el 24 de febrero de 2023 con la composición ya expresada, ha dictado la siguiente Resolución en relación con el expediente nº 629-SAN-2022, licitación buzoneo de folletos Ayuntamiento de Bermeo.



Sumario:

I. ANTECEDENTES DE HECHO	3
II. EMPRESAS	5
III. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	5
1. Conductas analizadas	5
2. Órgano competente para resolver	7
IV. RESUELVE	8

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 5 de diciembre de 2022, a las 11:09, tuvo entrada en el correo corporativo de la Autoridad Vasca de la Competencia (LEA/AVC), una comunicación remitida por el Ayuntamiento de Bermeo, referida a un supuesto acuerdo colusorio en una licitación convocada por dicho Ayuntamiento para el pegado de carteles y buzoneo de folletos, impresos y otros materiales publicitarios. La comunicación expresó lo siguiente¹:

*“Buenos días,
En relación a un contrato que estamos tramitando, nos gustaría recibir vuestra opinión sobre unos documentos que han suscitado la sospecha de prácticas colusorias.
Adjunto remito el acta final de la Mesa de Contratación por resolución del mismo.
En este sentido, nos gustaría indicar el procedimiento adecuado para el envío de toda la documentación pertinente.
Muchas gracias,”*

2. El mismo 5 de diciembre de 2022, a las 11:47, se recibió otra comunicación del Ayuntamiento de Bermeo, con el siguiente texto²:

*“Buenos días:
Adjunto remito documentación de los archivos A y B.
El resumen del tema es el siguiente:
- 2 de las 3 empresas presentadas (E.E y Mediapost Spain, S.L.) presentan la misma propuesta económica.
- Efectuado el requerimiento de desempate, resulta adjudicataria la empresa Mediapost Spain, S.L.
- Cuando se requiere a ésta la documentación para la adjudicación indica que subcontratará a E.E.
Para cualquier duda o documentación adicional no dude en ponerse en contacto con nosotros.
Muchas gracias,”*

3. Examinada la documentación recibida se observa que la citada licitación consta de 2 lotes:

- Lote 1: Reparto (buzoneo) en hogares y/o establecimientos comerciales
- Lote 2: Colocación y retirada de carteles en portales/vía pública de Bermeo

4. Al lote 1 concurrieron las empresas MEDIAPOST SPAIN, S.L. y E.E., presentando la misma oferta económica (5.423,00 €, IVA excluido).

¹ Traducción del original en euskera.

² Traducción del original en euskera.

5. Al lote 2 concurrieron las empresas MEDIAPOST SPAIN, S.L. y E.E., que presentaron la misma oferta económica (8.337,60 €, IVA excluido), así como la empresa ORKATZ, S.L., la cual fue excluida al no contestar al requerimiento que se le envió para que firmase la documentación electrónicamente. Esta tercera empresa había presentado una oferta económica menor (8.211,00 €, IVA excluido).

6. Asimismo, la empresa MEDIAPOST SPAIN, S.L. declaró subcontratar a E.E. la ejecución de los trabajos que se indican a continuación en las siguientes condiciones:

“Trabajos: Buzoneo y pegada y retirada de carteles

Precio de los trabajos: 85% de las tarifas presentadas

Condiciones de pago del precio: Transferencia a 30 día de fecha factura

Fecha de inicio de ejecución de los trabajos: Comienzo del trabajo con el Ayuntamiento de Bermeo”

7. El 9 de diciembre de 2022, la Dirección de Investigación resolvió iniciar una información reservada con carácter previo a la incoación del procedimiento sancionador, a fin de comprobar si existían indicios de la existencia de una infracción de la normativa de defensa de la competencia en la licitación convocada por el Ayuntamiento de Bermeo para el pegado de carteles y buzoneo de folletos, impresos y otros materiales, todo ello en virtud del artículo 49.2 de la LDC.

“Artículo 49. Iniciación del procedimiento

[...]

2. Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Competencia podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador.”

8. El 5 de enero de 2023, la Dirección de Investigación resolvió autorizar una inspección en los domicilios de las empresas MEDIAPOST SPAIN S.L y E.E., junto con los de sus matrices, filiales o empresas que formasen parte del mismo grupo empresarial de las empresas inspeccionadas en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio en la medida que existiera una conexión directa entre estas y los hechos investigados.

9. El 13 de enero de 2023 se autorizó por parte del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 5 de Bilbao, en auto 2/2023, la entrada en dichos inmuebles con el fin de realizar inspección.

10. Las entradas e inspección de los locales se realizaron el 17 de enero de 2023.

11. En las inspecciones llevadas a cabo, no se recabó ningún tipo de documentación ni en formato papel ni en formato electrónico.



12. En fecha 20 de febrero de 2023, la Dirección de Investigación emitió propuesta de no incoación de expediente sancionador y archivo de la denuncia.

II. EMPRESAS

13. E.E. con DNI nº xxxxxxx, es una empresaria autónoma con domicilio en Bermeo (Bizkaia). Tiene por actividad la organización de recursos y medios necesarios para llevar a cabo servicios de distribución de material publicitario.

14. MEDIAPOST SPAIN S.L, con NIF nº B85543304, es una empresa con domicilio social en Polígono Industrial Aparcabisa, 48510 TRAPAGARÁN (Bizkaia). Tiene por objeto la distribución de todo tipo de material publicitario y su respectivo almacenaje.

15. El 1 de junio de 2017 MEDIAPOST SPAIN S.L y E.E. suscribieron un contrato para que ésta llevara a cabo la realización de las tareas de entrega final de prensa gratuita, guías telefónicas o cualquier tipo de material publicitario o mercancía.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Conductas analizadas

16. El artículo 1.1 de la LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*

17. Examinada la información remitida por el Ayuntamiento de Bermeo, se desprendían de la misma posibles indicios de un acuerdo entre MEDIAPOST S.L y E.E para repartirse la licitación convocada por el Ayuntamiento de Bermeo para el pegado de carteles y buzoneo de folletos, impresos y otros materiales publicitarios.



Ello fue el motivo por el que la Dirección de Investigación de LEA/AVC autorizó la inspección en los domicilios de ambas empresas en el seno de una información reservada a fin de encontrar evidencias directas de dichos acuerdos.

18. En dichas inspecciones no se encontró prueba alguna de la existencia de algún acuerdo. En consecuencia, no se ha podido acreditar que las empresas investigadas e inspeccionadas hayan realizado actuaciones tendentes a restringir la competencia, por lo que procede, sobre la del principio de la presunción de inocencia, no incoar expediente sancionador por el motivo de la identidad de precios ofertados.

19. En efecto, el derecho a la presunción de inocencia constituye un principio universal reconocido en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa de 1950. La Unión Europea incorporó el mandato de la adhesión al Convenio del Consejo de Europa, en el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (en los términos establecidos por su Protocolo N.º. 8) en su versión consolidada tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007.

20. Asimismo, el artículo 24.2 de la Constitución establece que todos los ciudadanos tienen derecho a la presunción de inocencia.

21. En este sentido, la LDC no contiene reglas específicas en materia de prueba, aplicándose supletoriamente, en virtud de lo previsto en el artículo 45 de la LDC, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dedica a la prueba los artículos 77 “Medios y periodo de prueba” y 78 “Práctica de la prueba”, todo ello en base al principio de la presunción de inocencia recogido en el artículo 53.2.b) para los procedimientos administrativos sancionadores.

22. Del mismo modo, el artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado establece que en todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. Con carácter general, el derecho de la UE considera que las cuestiones probatorias corresponden al derecho de cada Estado miembro en base a su autonomía procesal.

23. A tal respecto, la sentencia del Tribunal General de 25 de octubre de 2011 (ECLI:EU:T:2011:621) establece lo siguiente:

Consideraciones generales relativas a la prueba

90. *En lo que respecta a la aportación de la prueba de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, ha de recordarse que incumbe a la Comisión probar las infracciones que descubra y aportar las pruebas que acrediten de modo jurídicamente suficiente la existencia de los hechos constitutivos de la infracción (sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewebe/Comisión, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartado 58, y de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Participazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartado 86).*

(...)

94. *En efecto, en esta última situación es preciso tener en cuenta la presunción de inocencia, tal y como se halla recogida en el apartado 2 del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que forma parte de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, confirmada, por otra parte, por el Preámbulo del Acta Única Europea y por el artículo 6, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea, así como por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1). Habida cuenta de la naturaleza de las infracciones contempladas, así como de la naturaleza y [del] grado de severidad de las sanciones correspondientes, la presunción de inocencia se aplica también en los procedimientos relativos a violaciones de las normas sobre competencia aplicables a las empresas que puedan dar lugar a la imposición de multas o multas coercitivas (véanse, en este sentido, las sentencias del TEDH Öztürk, de 21 de febrero de 1984, Serie A nº 73, y Lutz, de 25 de agosto de 1987, Serie A nº 123-A; y las sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, apartados 149 y 150, y Montecatini/Comisión, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, apartados 175 y 176).*

24. En este sentido, los procedimientos sancionadores de competencia en materia de aplicación del artículo 1 LDC deben incorporar los estándares mínimos europeos en materia probatoria, por razones de la necesaria coherencia con el Derecho europeo. Así, según ha reconocido el TC, el derecho a la presunción de inocencia resulta plenamente aplicable en el ámbito sancionador y garantiza el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria. Esto quiere decir en la práctica que la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, lo que equivaldría a exigir una *probatio diabólica* prohibida en Derecho.

2. Órgano competente para resolver

25. El artículo 49.3 de la LDC establece que el Consejo de la CNMC, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley.

26. Asimismo, el artículo 27 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, establece que con el fin de que el Consejo de la CNMC pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecido en el artículo y 49.3 de la Ley 15/2007, la Dirección de



Competencia le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo.

27. La Disposición Adicional octava de la LDC, estipula que:

“Las referencias contenidas en esta Ley a la Comisión Nacional de la Competencia [actual CNMC] y a sus órganos de dirección relativas a funciones, potestades administrativas y procedimientos, se entenderán también realizadas a los órganos de instrucción y resolución correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia cuando las mismas se refieran a las competencias correspondientes previstas en el artículo 13 de esta Ley.”

28. Por su parte, el artículo 10 de la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia establece, entre las funciones del Consejo Vasco de la Competencia, la de acordar, si procede, el archivo de las denuncias o de las actuaciones iniciadas de oficio, antes de ser elevadas a expediente sancionador.

29. De acuerdo a lo anterior, y en base a su informe, la Dirección de Investigación ha emitido con fecha 20 de febrero de 2023 una propuesta de no incoación de expediente sancionador y archivo del expediente. Este Consejo asume la referida Propuesta de la Dirección de Investigación por cuanto no se encuentran indicios de infracción, por lo que no se procede a incoar expediente sancionador, de acuerdo con el apartado segundo del citado artículo 27.

En su virtud, vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, este Consejo Vasco de la Competencia,

IV. RESUELVE

PRIMERO: Acordar la no incoación de un procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones habidas e instruidas, por no haber quedado acreditada la existencia de indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia por parte de las empresas MEDIAPOST SPAIN S.L. (NIF nº B85543304) y de E.E.

SEGUNDO: Comunicar esta Resolución a la Dirección de Investigación de LEA/AVC y a la Dirección de Competencia de la CNMC, y notificar a todos los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente a su notificación.