



IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 28/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 29 de julio de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con la tramitación del procedimiento número RO 2009/1017, se aprueba la siguiente

Resolución por la que se da contestación a la consulta formulada por la DIPUTACIÓN DE VALENCIA sobre el principio de no discriminación en relación con las condiciones de solvencia técnica y económica establecidas en el procedimiento de contratación para el Diseño, Despliegue y Explotación de la Red Inalámbrica Provincial de comunicaciones de la Diputación de Valencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Proyecto de la Diputación de Valencia

Con fecha 21 de enero de 2009, la Diputación de Valencia aprobó las directrices para el desarrollo del programa de ámbito provincial "*Sona la Dipu. Valencia Provincia WIFI*". El proyecto consiste en la puesta en funcionamiento, mantenimiento y explotación de infraestructuras y servicios de comunicaciones mediante una Red Inalámbrica Provincial (Red Wifi Provincial). Se trata, por tanto, de implementar y desarrollar una Red Wifi en cada uno de los municipios de la provincia y unir todas esas redes formando una red provincial.

Esta red permitirá a ciudadanos, empresas y entidades el acceso a Internet y a servicios locales como información de los ayuntamientos, comunicación con dispositivos de alarma, servicios de conexión entre diversas administraciones; telecontrol y vídeovigilancia, entre otros.



SEGUNDO.- Convocatoria del procedimiento de contratación

Con fecha 17 de junio de 2009, la Diputación de Valencia aprobó el inicio del expediente de contratación y del programa funcional para la contratación del diseño, despliegue y explotación de una red provincial de comunicaciones basada en tecnología inalámbrica (en adelante, el Proyecto). La contratación se realizará a través de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la selección se llevará a cabo por el procedimiento de diálogo competitivo previsto en el artículo 163 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

Los documentos básicos en los que se contienen los elementos que han de informar el diálogo con los licitadores son: el Documento Descriptivo y el Documento de Solicitud de Participación en el Proceso de Diálogo Competitivo para la contratación (en adelante, Documento de Solicitud).

El proyecto tiene una duración de 10 años, prorrogable por dos periodos de 5 años más y un presupuesto inicial de 14 millones de Euros (IVA incluido). La red se extenderá por 266 municipios de la provincia de Valencia que han firmado un Convenio con la Diputación de Valencia por el que durante 25 años los Ayuntamientos se obligan, entre otras cuestiones, a:

- a) Delegar en la Diputación de Valencia el ejercicio de la competencia para el suministro, puesta en funcionamiento, mantenimiento y explotación de infraestructuras y servicios de comunicación mediante redes digitales municipales basadas en tecnología inalámbrica.
- b) Autorizar a la Diputación de Valencia a la utilización de bienes patrimoniales y de dominio público local para la instalación de los elementos mecánicos precisos para el funcionamiento de la Red Inalámbrica.
- c) Remover cualquier tipo de obstáculo que impida o dificulte la instalación de elementos tecnológicos.

La red que se construya pertenecerá a la Diputación de Valencia. Sobre ella se soportarán los siguientes tipos de actividades:

- Actividades administrativas propias de la gestión de las competencias que tienen atribuidas los Ayuntamientos.
- Servicios de transmisión de datos (Acceso a Internet, Videoconferencia, ...) a los ciudadanos, sin que en la actual fase del procedimiento se hayan concretado de forma definitiva cuáles van a ser estos servicios.

TERCERO.- Denuncia del Proyecto

Con fecha 25 de junio de 2009, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones una denuncia en la que se pone de manifiesto que la convocatoria por parte de la Diputación de Valencia, de un procedimiento de diálogo competitivo para la contratación del diseño, despliegue y explotación del Proyecto podría tener carácter discriminatorio y que no fomenta la libre competencia, por lo que se solicita que se determine por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la necesidad



de imponer condiciones previas a la formalización del contrato de colaboración entre el sector público y privado resultante de la licitación.

CUARTO.- Consulta de la Diputación de Valencia

Con fecha 30 de junio de 2009, se recibió un escrito de la Diputación de Valencia en el que plantea diversas cuestiones relacionadas con el procedimiento de contratación del Proyecto.

QUINTO.- Apertura del procedimiento

Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 1 de julio de 2009, se procedió a la apertura de un procedimiento administrativo para determinar la necesidad de establecer condiciones en relación con la explotación de una red inalámbrica de comunicaciones electrónicas por la Diputación de Valencia y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sobre la misma, así como para proceder a la contestación de la consulta presentada por la Diputación de Valencia sobre diversos aspectos del procedimiento de contratación del Proyecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

De acuerdo con lo establecido en el artículo 48 de la LGTel, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto *“el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*. Para el cumplimiento de este objeto, la Ley atribuye a esta Comisión determinadas funciones, además de cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Concretamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.3 h) de la LGTel, la Comisión podrá asesorar a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones locales, a petición de los órganos competentes de cada una de ellas, en relación con el ejercicio de competencias propias de dichas Administraciones públicas que entren en relación con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones.

SEGUNDO.- Objeto del procedimiento

Tanto la determinación de la existencia de distorsión de la libre competencia por la explotación de la red y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por parte de la Diputación de Valencia, como la respuesta a la consulta planteada por esta Administración Pública exigen un estudio en profundidad de los distintos aspectos implicados. En consecuencia, ambas cuestiones serán objeto de contestación en una Resolución posterior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de forma conjunta por estar estrechamente relacionadas.



No obstante, dado que en el calendario de licitación recogido en el Documento de solicitud se prevé la comunicación del resultado de la evaluación de las solicitudes de participación en septiembre de 2009, esta Comisión ha estimado necesario dar contestación previa a las dos primeras cuestiones recogidas en la consulta. La premura de fechas justifica que se proceda a dar contestación, con carácter previo, a estas preguntas que están directamente vinculadas con la evaluación de las solicitudes.

En consecuencia, la presente Resolución tiene por objeto dar respuesta a las siguientes cuestiones planteadas por la Diputación de Valencia:

1. ¿Considera la CMT que el procedimiento iniciado por la Diputación de Valencia, basado en el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado del artículo 11 de la Ley de Contratos del Sector Público, cumple con los principios de neutralidad, transparencia y libre concurrencia de la Ley General de Telecomunicaciones?

2. Dentro del Documento de Solicitud de Participación se establecen requisitos mínimos para poder ser invitados al proceso de Diálogo Competitivo, para asegurar de esta forma que en dicho proceso toman parte empresas (separadamente o en UTE) con una solvencia técnica y económica que les permita afrontar con garantías el desarrollo del proyecto. Teniendo en cuenta que cuando se presenten en UTE se acumulan las solvencias de las empresas participantes en la misma, ¿considera la CMT que alguna de las condiciones que constan en dicho Documento, podría no respetar el principio de no discriminación?

TERCERO.- Cuestión previa: objeto del proyecto

Antes de proceder al examen de las cuestiones objeto de la presente Resolución, esta Comisión desea señalar que si bien el proyecto remitido exige la necesidad de que las empresas que participen en el diálogo competitivo estén inscritas como operadores, esta exigencia se limita a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

El apartado 3 del Documento de solicitud señala que:

“La contratación asociada a este proceso conlleva:

- La adquisición, el despliegue y la puesta en servicio de la infraestructura de comunicaciones necesaria para desarrollar el proyecto.*
- El mantenimiento y explotación de la infraestructura por un periodo de 10 años”.*

Por tanto, la actividad a desplegar por el adjudicatario alcanza no sólo a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, sino también a la explotación de la red en el sentido previsto en el anexo II de la LGTel (la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta a disposición de dicha red). En consecuencia, a juicio de esta Comisión deberá exigirse al adjudicatario que esté inscrito en el Registro de Operadores además de como operador de servicios de comunicaciones electrónicas, como operador que explota redes de comunicaciones electrónicas.

Asimismo, resulta oportuno recordar que las Administraciones Públicas para el desempeño de su actividad como operadores están sometidas a lo dispuesto en el artículo 8.4 de la LGTel, a cuyo tenor, la prestación o explotación en el mercado de servicios o redes de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas se deberá ajustar a lo dispuesto en la citada ley y sus normas de desarrollo y se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad,



transparencia y no discriminación, pudiendo, esta Comisión, imponerles condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia.

Precisamente, debido a la especial posición que ostenta toda Administración Pública, esta separación contable constituye un medio adecuado para detectar la posible realización de prácticas que puedan distorsionar la libre competencia y que no estuvieran justificadas objetivamente. Esta mayor transparencia que implica la separación contable no sólo permite una intervención *ex post* más fácil por el acceso a la información, sino que evita, la mayoría de las veces, que se produzca la distorsión de la competencia, dificultando su ocultación.

No obstante, el Reglamento del Servicio Universal contempla en su artículo 4, de forma expresa, una excepción al régimen general descrito. Así, se dispone que:

“Conforme al artículo 8.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en la explotación de redes o servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas con contraprestación económica serán de aplicación las condiciones impuestas, en su caso, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para garantizar la libre competencia.

La prestación transitoria por las entidades locales a sus ciudadanos de servicios de comunicaciones electrónicas de interés general sin contraprestación económica precisará su comunicación previa a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Cuando ésta detecte que dicha prestación afecta al mercado, en función de la importancia de los servicios prestados, de la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso a dichos servicios o de la distorsión de la libre competencia, podrá imponer condiciones específicas a dichas entidades en la prestación de los servicios conforme al párrafo anterior” (el subrayado es nuestro).

En función de que se exija o no contraprestación, la actividad en materia de comunicaciones electrónicas por una Administración Pública estará sujeta a las siguientes obligaciones:

a) **A cambio de una contraprestación:**

- Separación de cuentas.
- Respeto de los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.
- Sujeción a las condiciones especiales que, en su caso, imponga la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para garantizar la no distorsión de la libre competencia.

b) **Gratuita.** Además del respeto a las condiciones establecidas para los supuestos de actividades realizadas a cambio de contraprestación económica, las Administraciones Públicas deberán:

- Comunicar previamente a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la voluntad de prestar el servicio de forma gratuita y la duración de la misma, dando así cumplimiento a las exigencias de



comunicación y “*transitoriedad*” previstas en el artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios.

Dicha comunicación podrá realizarse conjuntamente con la notificación de inicio de la prestación del servicio prevista en el artículo 6.2 de la LGTel o bien de forma separada, pero siempre antes del inicio de la actividad.

- Sujetarse a las condiciones específicas que, cuando la actividad afecte al mercado, esta Comisión imponga para la prestación de esos servicios en función de: (i) la importancia de los servicios prestados, (ii) la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso a dichos servicios o (iii) la distorsión de la libre competencia (artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios).

CUARTO.- Análisis de las cuestiones planteadas

- Sobre los requisitos mínimos establecidos en el proceso de licitación iniciado por la Diputación de Valencia (cuestión segunda).

Los apartados 5.2.2 y 5.2.3 del Documento de solicitud señalan los medios para acreditar la solvencia.

En relación con el apartado 5.2.3 relativo a la solvencia técnica y profesional, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera necesario realizar las siguientes observaciones:

1) A la hora de determinar la solvencia técnica y profesional, el Documento de solicitud remite a los medios previstos en el artículo 66 de la LCSP que regula la solvencia técnica en los contratos de suministro. Sin embargo, el artículo 68 de la LCSP establece que

“La acreditación de la solvencia profesional o técnica en contratos distintos de los de obras, servicios o suministro podrá acreditarse por los documentos y medios que se indican en el artículo anterior”.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de la LCSP, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado constituye una modalidad distinta de los de obras, servicios y suministro. La garantía de solvencia profesional o técnica deberá regirse por lo previsto en el artículo 67 de la LCSP y no por el artículo 66 que recoge el Documento de solicitud. Por lo tanto, a juicio de esta Comisión deberá modificarse la referencia al artículo 66 de la LCSP que se realiza en el apartado 5.2.3 del Documento de solicitud por el artículo 67 de la LCSP.

2) En el primer apartado se exige que el empresario haya realizado al menos cinco proyectos de despliegue y explotación de redes de acceso inalámbricas de ámbito municipal. Esta expresión no resulta clara pues puede referirse a la extensión física de la red o a la entidad que contrata con el empresario. Si con la expresión de ámbito municipal se hace referencia a la entidad contratante, es decir, si se exige que el licitador haya realizado al menos cinco proyectos de este tipo con una entidad local, el requisito resultaría discriminatorio puesto que lo que se debe valorar es la experiencia en la realización de proyectos y no la personalidad jurídica de las entidades con las que se haya firmado los proyectos.



De ser esta la interpretación correcta, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera que debería eliminarse la exigencia de que los proyectos sean de ámbito municipal.

3) En el último punto del apartado 5.2.3 se exige como requisito de solvencia que el empresario esté *“dado de alta como operador en la modalidad de prestador de servicios de telecomunicaciones, durante, al menos, los 12 meses anteriores al anuncio de licitación, y con un volumen mínimo de 1.000 clientes a dicha fecha”*.

El requisito de que el empresario esté dado de alta como operador se cumple con la inscripción en el Registro de operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Esta exigencia se recoge también en el apartado 5.2 del Documento de solicitud que exige entre la documentación para solicitar la participación en el diálogo Competitivo:

“8. Acreditación de estar inscrito en el registro de operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (u organismo regulador similar de la UE) en la modalidad de prestador de servicios de telecomunicaciones”.

La inscripción del empresario como operador debe entenderse como un requisito de capacidad, y así aparece recogido en el Documento de solicitud.

Por otro lado y sin perjuicio de reiterar lo señalado en el punto segundo sobre la necesidad de que el operador designado se haya inscrito no sólo prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, sino también como explotador de redes de comunicaciones electrónicas, por lo que se refiere a los requisitos de solvencia técnica y profesional relativos a que la condición de operador se tenga desde hace doce meses y un volumen de al menos 1.000 clientes, parecen excesivos teniendo en cuenta el resto de los requisitos de solvencia tanto económicos como técnicos y profesionales (cinco proyectos de despliegue y explotación de redes inalámbricas y los referidos a la titulación).

En consecuencia, esta Comisión considera que las exigencias de una antigüedad de doce meses como operador y un volumen mínimo de 1.000 clientes podrían resultar discriminatorias y sería aconsejable su supresión.

- Sobre si el tipo de contrato por el que ha optado la Diputación de Valencia cumple con los principios de neutralidad, transparencia y libre concurrencia de la LGTel (cuestión primera).

Como ya se indicó en los Antecedentes de Hecho, con fecha 17 de junio de 2009, la Diputación de Valencia aprobó el inicio del expediente de contratación, a través de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, para la contratación del diseño, despliegue y explotación de una red provincial de comunicaciones basada en tecnología inalámbrica.

A este respecto cabe indicar que esta Comisión considera que el tipo de contrato por el que ha optado la Diputación de Valencia para la licitación aquí analizada no contraviene disposición alguna de la LGTel. A este respecto debemos recordar que esta Comisión únicamente se ha pronunciado sobre su disconformidad con el uso, por parte de las Administraciones Públicas, del contrato de gestión de servicio público en procesos de



licitación para la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas¹, y ello sobre la base de que los servicios de telecomunicaciones son calificados en nuestra LGTel como servicios de interés general que deben ser prestados en régimen de libre competencia (artículo 2).

No obstante, con independencia del tipo de contrato que sea utilizado por las Administraciones Públicas, el procedimiento de licitación deberá respetar los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación exigidos por el artículo 8.4 de la LGTel, de forma que se garantice que el mayor número de entidades puedan acceder al procedimiento de adjudicación, tal y como se ha indicado anteriormente.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.

¹ Resolución de 18 de marzo de 2008, por la que se da contestación a la consulta planteada por Cableuropa S.A.U. sobre la adecuación del pliego de cláusulas administrativas y económicas del concurso convocado por el Excmo. Ayuntamiento de Mérida al marco regulatorio vigente de comunicaciones electrónicas.