



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 13/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 29 de abril de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se da contestación a la consulta formulada por la entidad France Telecom España, S.A., sobre supuestas irregularidades en los concursos públicos convocados por las Administraciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (RO 2009/1469).

I ANTECEDENTES DE HECHO.

Con fecha 15 de septiembre de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. Julio Gómez Cobos, en nombre y representación de la entidad France Telecom, España, S.A. (en lo sucesivo, France Telecom), mediante el que se formula consulta sobre la actividad contractual de las Administraciones Públicas en relación con los servicios de comunicaciones electrónicas. En concreto se hace alusión a los siguientes extremos:

En el ámbito de los servicios de comunicaciones electrónicas, las Administraciones Públicas constituyen un tipo de cliente corporativo que absorbe un importante volumen de consumo, circunstancia que pone de relieve la trascendencia de asegurar, en este sector, la libre competencia y la participación de todos los agentes del mercado. Este mercado, según France Telecom, resulta fundamental para cualquier operador de servicios de comunicaciones electrónicas, siendo crucial por ello presentarse a las distintas convocatorias públicas con objeto de ser adjudicatario de la contratación de alguno de los servicios licitados.

Se señala, asimismo, que en muchas ocasiones dichas Administraciones Públicas extienden los servicios de que se dotan internamente a un uso más generalizado por parte de los ciudadanos de sus respectivos ámbitos territoriales, lo que implica directamente un aumento de los servicios prestados e, indirectamente, un crecimiento de la demanda de servicios de comunicaciones electrónicas, situación que ha generado que la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones haya tramitado diversos expedientes cuyo objeto ha sido orientar a las Administraciones Públicas en este tipo de situaciones.



Según France Telecom, cada vez con mayor frecuencia, las Administraciones Públicas convocan concursos públicos cuyo objeto consiste en la contratación de diversos servicios de comunicaciones electrónicas (telefonía fija, telefonía móvil y/o datos) agrupados en un único lote y exigiendo soluciones tecnológicas concretas para dar soporte a los servicios que son objeto de la licitación.

France Telecom entiende que la agrupación de dichos servicios en un único lote perjudica y restringe gravemente la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas al quedar excluidos todos aquellos operadores que no prestan la totalidad de los servicios en que se agrupa la licitación o, incluso, que aunque prestándolos no utilicen las tecnologías específicamente solicitadas por la Administración convocante.

En este sentido, y según la referida entidad, muchas Administraciones Públicas exigen un único prestador de servicios para la totalidad de servicios objeto de la licitación (servicios móviles, fijos y de acceso a Internet), y condicionan la adjudicación final del contrato al operador que ofrezca, no unos servicios con unas funcionalidades concretas, sino una solución tecnológica específica, concretamente la conexión con redes de acceso directo de "fibra óptica" de todas las instalaciones y sedes de la Administración convocante.

En virtud de todo lo expuesto, France Telecom entiende necesario que esta Comisión emita unas directrices para las Administraciones Públicas en las que se determine cómo deberían definir y dividir el objeto de las licitaciones que pretenden convocar, con el fin de garantizar que los operadores puedan participar en el mayor número de licitaciones posible.

II HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con lo establecido en el artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, 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 otorga 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, el artículo 29.2, letra a), del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, Reglamento de la Comisión), establece que es función de esta Comisión *"la resolución de las consultas que puedan formularle los operadores de redes y servicios de Telecomunicación y las asociaciones de consumidores y usuarios de estos servicios"*.

Con carácter general, y de conformidad con lo señalado por esta Comisión en distintas resoluciones como consecuencia de las diversas consultas planteadas, ha de entenderse que las consultas a las que se refiere el artículo 29.2 a) del Reglamento de la Comisión pueden referirse a los siguientes ámbitos:



- Las normas que han de ser aplicadas por la Comisión.
- Los actos y disposiciones dictados por la Comisión.
- Y las situaciones y relaciones jurídicas sobre las cuales ha de ejercer sus competencias la Comisión.

Teniendo en cuenta los criterios mantenidos hasta el momento, puede entenderse que la consulta planteada se encuentra en el ámbito previsto en el citado artículo 29.2 a) por referirse a situaciones y relaciones jurídicas sobre las cuales ha de ejercer sus competencias esta Comisión, conforme a las que le son atribuidas por las leyes.

III CONTESTACIÓN

La contestación a la consulta presentada por la entidad France Telecom se va a efectuar en relación con aquellas cuestiones sobre las que incida la normativa sectorial relativa a las comunicaciones electrónicas, único ámbito material en el que esta Comisión despliega sus competencias de Derecho Público.

Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que escapa del ámbito competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones enjuiciar la conformidad a Derecho de los actos de otras Administraciones Públicas, materia sobre la que, en su caso, habrán de pronunciarse los Tribunales de Justicia. No obstante, sin perjuicio de las medidas que esta Comisión pudiera adoptar de conformidad con lo dispuestos en los artículos 8.4 y 48.3 e) de la LGTel, la misma puede, en ejercicio de las funciones consultivas que competen a la misma, recordar de manera general los postulados sobre cuya base pueden dilucidarse las cuestiones planteadas en la consulta de France Telecom, en lo que afecta al principio de neutralidad tecnológica y a la salvaguarda de las condiciones de competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas.

En efecto, el artículo 48.3 h) de la LGTel atribuye a esta Comisión la facultad de asesorar a las Administraciones Públicas, previa solicitud o por iniciativa propia según los casos, en los asuntos concernientes al mercado y la regulación de las comunicaciones, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado¹.

Fuera de estos ámbitos, la actuación de esta Comisión en el marco de la convocatoria de concursos públicos por parte de las Administraciones públicas podrá dirigirse a evaluar la conformidad de la conducta desplegada por parte de un operador declarado con poder significativo de mercado con sus obligaciones regulatorias.

En virtud de aquella facultad, puesta en concordancia con el principio de cooperación y colaboración entre las Administraciones Públicas, establecido en el artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, esta Comisión ha aprobado numerosas Resoluciones, con el fin de orientar la actuación de los organismos públicos relacionadas con el sector de las comunicaciones electrónicas (entre otras muchas, Resolución de 17 de octubre de 2002²

¹ Entre otros aspectos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe informar preceptivamente los pliegos de cláusulas administrativas generales que, en su caso, hayan de regir los procedimientos de licitación para el otorgamiento de concesiones de dominio público radioeléctrico.

² Resolución con respecto a la oferta de servicios de voz y datos que Telefónica de España, S.A.U. presentó en



; Resolución de 7 de noviembre de 2002³; Resolución de 13 de febrero de 2003⁴; Resolución de 20 de diciembre de 2004⁵; Resolución de 18 de marzo de 2008⁶; Resolución de 25 de marzo de 2010⁷).

III.1 PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.

En el momento actual la contratación de servicios de comunicaciones electrónicas por parte de las Administraciones Públicas está experimentando un fuerte impulso. Esta circunstancia pone de relieve la trascendencia que tiene asegurar que, en este ámbito de la contratación administrativa, se garantice la libre concurrencia entre los operadores económicos, promoviendo la máxima competencia posible, así como la igualdad de los que reúnen los requisitos necesarios para acceder a aquélla.

En este sentido, los pliegos de cláusulas administrativas deben asegurar a los operadores económicos el libre acceso a la prestación del servicio, por lo que la Administración, al elaborar los mismos, debe evitar imponer condiciones restrictivas que dificulten o imposibiliten este acceso.

En este contexto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha aprobado ya, mediante Resolución de fecha 13 de febrero de 2003, un Informe al Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre la contratación administrativa de servicios de Telecomunicaciones⁸ en el cual se destacaba la importancia de las Administraciones Públicas como clientes de comunicaciones electrónicas, y se ponía de relieve el hecho de que las finalidades propias de la normativa de contratación convergían con las de regulación de las telecomunicaciones (en lo que interesa a la salvaguarda de la igualdad en el trato dado por la Administración a los operadores).

concurso convocado por la Generalitat de Cataluña para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña y Organismos dependientes (MTZ 2001/5774).

³ Resolución con respecto a la oferta económica presentada por Telefónica de España, S.A.U. al concurso convocado por el Ayuntamiento de Pontevedra para la adjudicación del servicio de telefonía fija (OM 2002/6967).

⁴ Informe al Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre la contratación administrativa de servicios de telecomunicaciones. Relación de buenas prácticas (AJ 2003/66).

⁵ Contestación a la consulta planteada por Medialatina Holdings, S.A. acerca de determinadas bases que habían de regir la contratación del servicio portado soporte del servicio público de televisión y radio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (RO 2004/1537).

⁶ Resolución 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 (RO 2007/663).

⁷ Resolución por la que se aprueban las conclusiones a la consulta sobre propuestas regulatorias en relación con la explotación de redes públicas inalámbricas basadas en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de bandas de uso común y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sobre las mismas por las Administraciones Públicas (MTZ 2009/97)

⁸ Expediente AJ 2003/66.



El informe incluía una serie de recomendaciones generales para que los procedimientos de contratación no perjudicaran la competencia en el mercado, señalándose, entre otros aspectos, la obligación de las Administraciones convocantes de los procedimientos contractuales de actuar de forma transparente, respetando ciertas garantías formales, que permitieran la realización de los principios de igualdad y no discriminación entre operadores, presupuestos necesarios para la apertura del mercado a la competencia.

En este sentido esta Comisión ya ha señalado que, para garantizar el fomento y la salvaguarda de la libre competencia entre operadores resulta de suma importancia el respeto –real y efectivo–, por parte de las Administraciones, de los principios que rigen la contratación administrativa, entre los que se encuentran los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, así como la salvaguarda de la libre competencia.⁹

III.1.1 Separación de los servicios por lotes.

Uno de los medios que podrían limitar la concurrencia de los operadores en el sector tiene su origen, según France Telecom, en el empaquetamiento de los diferentes servicios de comunicaciones electrónicas.

En relación con esta cuestión el artículo 74.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece que *“cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto”*.

En el ámbito de la contratación de servicios de comunicaciones electrónicas, por su parte, se establece de manera explícita una preferencia por la adjudicación separada de los servicios en el artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo¹⁰, en el que se señala expresamente lo siguiente:

“El objeto del contrato definirá las necesidades que se quieran satisfacer mediante la celebración del contrato, realizando una descripción detallada de las mismas, estableciendo, siempre que sea posible, lotes separados de aquellos servicios que por sus características lo permitan. En este caso se podrá prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de presentar también ofertas integradoras de varios o de todos los lotes licitados.”

El Real Decreto reconoce, de este modo, las ventajas que implica para la Administración contar con una cierta separación en los servicios de telecomunicaciones objeto de contratación, lo que permite conseguir la oferta más ventajosa para cada servicio.

El Real Decreto precitado, que regula la actuación de la Administración General del Estado, prevé por otra parte que el pliego de cláusulas administrativas pueda admitir la presentación

⁹ Artículo 1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

¹⁰ Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, que establece determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación.



de ofertas integradoras de varios o de todos los lotes; por lo que, de conformidad con esta última previsión, las Administraciones también pueden aceptar la presentación de ofertas integradoras, en particular a efectos de beneficiarse de las eficiencias derivadas de la existencia de economías de escala o alcance. En efecto, como señaló esta Comisión en su Resolución de 7 de octubre de 2004 relativa a la consulta planteada por el Principado de Asturias en cuanto a la posición de esta Comisión con respecto a la posible contratación de los servicios de ubicación de equipos en centros emisores por medio de asignación directa a Retevisión (AEM 2004/1517)

“[...] esta Comisión ha venido recomendando que, en la medida de lo posible, se desglosen las necesidades de la Administración de manera que se proceda a realizar una contratación administrativa que permita la concurrencia de operadores capaces de prestar servicios concretos, incentivando así la competencia en beneficio de la propia Administración contratante. Todo ello se entiende sin perjuicio, como se ha comentado, de que se prevea la presentación de ofertas integradas que permitan aprovechar posibles economías de escala y/o alcance”.

Puede por tanto concluirse que, en sus distintas Resoluciones adoptadas al respecto, esta Comisión ha señalado – de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de la actuación administrativa – la importancia de asegurar que, en la medida de lo posible, las Administraciones públicas procedan a la separación por lotes de los servicios de comunicaciones electrónicas que desean contratar. Sin que por otra parte sea posible establecer una regla absoluta que niegue cualquier tipo de flexibilidad en la convocatoria y contratación de estos servicios, más aún en un entorno como el actual donde se está procediendo a la paulatina convergencia entre redes y servicios que propiciará la prestación de distintos servicios a través de una única red, con las consiguientes eficiencias que dicha evolución tecnológica propiciará.

III.1.2 Principio de neutralidad tecnológica.

En el entorno tecnológico convergente actual, caracterizado por la existencia de una pluralidad de tecnologías de transmisión en función de las cuales se articula la competencia en infraestructuras, resulta importante garantizar un tratamiento igualitario a las distintas redes a partir de las cuales se pueden prestar los diferentes servicios de comunicaciones electrónicas. Fruto de este reconocimiento, el legislador comunitario recoge el principio de neutralidad tecnológica en la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco), que estipula de forma expresa en su artículo 8.1 lo siguiente:

“Los Estados miembros velarán por que, al desempeñar las funciones reguladoras especificadas en la presente Directiva y en las directivas específicas, en particular las destinadas a garantizar una competencia efectiva, las autoridades nacionales de reglamentación tengan en cuenta en la mayor medida posible la conveniencia de una regulación tecnológicamente neutra”¹¹.

¹¹ Según la nueva redacción dada al artículo 8 de la Directiva marco a raíz de la finalización del proceso comunitario de revisión del Paquete Telecom, “salvo que el artículo 9 disponga otra cosa en relación con las radiofrecuencias, los Estados miembros tendrán en cuenta en la mayor medida posible la conveniencia de elaborar reglamentos neutrales con respecto a la tecnología y velarán por que, al desempeñar las tareas reguladoras especificadas en la presente Directiva y en las Directivas específicas, en particular las destinadas a garantizar una competencia efectiva, las autoridades nacionales de reglamentación hagan lo propio”.



Este principio ha sido transpuesto a la legislación nacional en el artículo 3 f) de la LGTel, y afecta a todos los sectores de la regulación de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Su objetivo consiste en evitar que, a través de la imposición de una determinada tecnología, se pueda influir en las condiciones de libre competencia en que debe desarrollarse el sector de las comunicaciones electrónicas.

La aplicación concreta de este principio en el marco de la contratación administrativa se traduce en que los pliegos de cláusulas administrativas aseguren a los operadores económicos el libre acceso a la prestación del servicio, de tal modo que la Administración, al elaborar los mismos, debe evitar imponer condiciones restrictivas, como puede ser el uso de determinadas tecnologías, que dificulten al libre acceso e imposibiliten la efectividad del principio mencionado.

La normativa postula, de este modo, la conveniencia de ofrecer a los operadores, prestadores de servicios, adjudicatarios en concursos públicos, etc., la posibilidad de ofrecer los servicios a través de las tecnologías o infraestructuras que consideren más convenientes, sin limitaciones en la introducción y desarrollo de una tecnología concreta.

En este sentido, como ejemplo reciente, las Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha¹², publicadas el día 30 de septiembre de 2009, señalan expresamente lo siguiente:

“Los Estados miembros no favorecerán ninguna tecnología o plataforma de red a menos que puedan demostrar que existe una justificación objetiva para ello. Los licitadores deberán poder proponer la prestación de los servicios (de banda ancha, en este caso) solicitados utilizando o combinando cualquier tecnología que consideren adecuada.”

Este principio inspirador de la actuación de las Administraciones Públicas no puede sin embargo ser incondicionado. En particular, deberá atenderse a la posible existencia de justificaciones objetivas, que podrían hacer decaer la plena aplicación de este principio, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de de 18 de noviembre de 2009 (recurso contencioso administrativo núm. 54/2006)¹³ en la que expresamente se indica lo siguiente:

“La flexibilidad con la que se recoge este principio evidencia de que no se trata de un mandato inexorable, sino que el legislador, por supuesto, pero también el Gobierno, podrían adoptar medidas en las que no fuera posible mantener una absoluta neutralidad entre las distintas tecnologías que concurren en este ámbito. Ahora bien, no cabe duda de que en tal caso dicha medida tecnológicamente no neutral debe estar sólidamente justificada, sin que fuese posible adoptar otra equivalente y respetuosa con el referido principio, y ser proporcionada en relación con los objetivos perseguidos.”

En definitiva, puede de nuevo concluirse que el principio de neutralidad tecnológica es parte esencial del ordenamiento regulador del sector de las comunicaciones electrónicas, sin

¹² DOUE C235/7, § 51.

¹³ Recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de radio y televisión por cable.



perjuicio de que las Administraciones públicas en el marco de su actuación puedan en caso de que esté justificado de manera objetiva hacer uso de la necesaria flexibilidad que reconoce la normativa sectorial a la hora de aplicar el citado principio.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 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.