

ACUERDO POR EL QUE SE EMITE INFORME RELATIVO AL BORRADOR DE RESOLUCIÓN DE CONVOCATORIA DE AYUDAS PARA LA REALIZACIÓN DE PROYECTOS EN EL ÁMBITO DEL PROGRAMA DE EXTENSIÓN DE LA BANDA ANCHA DE NUEVA GENERACIÓN EN LAS ISLAS BALEARES

INF/D TSA/153/16/AYUDAS AL DESPLIEGUE DE REDES EN BALEARES

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 17 de enero de 2017

Vista la solicitud de informe de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, dependiente de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, en relación con la convocatoria de ayudas para la realización de proyectos en el ámbito del programa de extensión de la banda ancha de nueva generación en las Islas Baleares, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 7 de octubre de 2016, se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) escrito de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, dependiente de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante, SETSI) –actualmente, la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital (en adelante, la SESIAD)¹,

¹ Esta Secretaría ha asumido las funciones de la extinta Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), tras la reorganización ministerial operada por el Real Decreto 415/2016, de 3 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. Asimismo, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo se extingue y sus funciones pasan a integrarse en el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (en adelante, Minetad).

mediante el que se solicitaba a la CNMC la emisión del informe previsto en el artículo 3.2 del Real Decreto 462/2015, de 5 de junio, por el que se regulan instrumentos y procedimientos de coordinación entre diferentes Administraciones Públicas en materia de ayudas públicas dirigidas a favorecer el impulso de la sociedad de la información mediante el fomento de la oferta y disponibilidad de redes de banda ancha (en adelante, Real Decreto de coordinación de ayudas), en relación con la propuesta de resolución de convocatoria de ayudas para la realización de proyectos en el ámbito del programa de extensión de la banda ancha de nueva generación en las Islas Baleares, en el plazo de dos meses.

II. OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar el proyecto de *“Resolución de XX de XXXXXXX de 2016, de la Vicepresidencia y Conselleria de Innovación, Investigación y Turismo, por la que se convocan ayudas para la realización de proyectos en el ámbito del programa de extensión de la banda ancha de nueva generación en las Islas Baleares”* (en adelante, el proyecto de Resolución) remitido por la SETSI, para valorar su posible afectación a la libre competencia y qué condiciones entiende esta Comisión que habrían de imponerse, en su caso, a los beneficiarios de las ayudas, especialmente en relación con los servicios mayoristas de acceso y sus precios, teniendo en cuenta las condiciones de desarrollo de las telecomunicaciones en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

De forma adicional, esta Comisión formula otro tipo de observaciones al proyecto de Resolución remitido, relacionadas con las competencias que tiene esta Comisión, dirigidas a garantizar la regulación económica eficiente y la promoción de la competencia en la convocatoria de las ayudas (véase apartado siguiente).

III. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Este informe se emite en ejercicio de las competencias establecidas en el artículo 6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC), que dispone que la CNMC *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones:*

(...) 5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo”².

El artículo 70.2.I) de la vigente LGTel faculta a la CNMC a asesorar al Gobierno y al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (Minetad), y a

² La remisión a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, ha de entenderse efectuada en la actualidad a la LGTel de 2014, que ha derogado la anterior ley.

comunidades autónomas y corporaciones locales, en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo de los mercados de comunicaciones electrónicas.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 70.2.n) de la LGTel, la CNMC realizará las funciones que de manera expresa le atribuya la normativa comunitaria, el citado texto legal y su normativa de desarrollo. En este sentido, el artículo 3.2 del Real Decreto de coordinación de ayudas prevé que la CNMC elaborará un informe sobre la fijación de los precios y condiciones de acceso mayorista a las infraestructuras que sean objeto de ayudas dirigidas a favorecer el impulso de la Sociedad de la Información mediante el fomento de la oferta y disponibilidad de redes de banda ancha, que será remitido a la SETSI³.

Asimismo, el Reglamento (UE) No 651/2014, de la Comisión Europea, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (en adelante, Reglamento de exención por categorías)⁴ y las Directrices de la Unión Europea para la aplicación de normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha (Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha)⁵, se refieren a la labor de asesoramiento de las autoridades nacionales de reglamentación responsables de la regulación de mercados, labor que se ejerce a través del presente informe. En cualquier caso, el presente informe se emite sin perjuicio del control en materia de Ayudas de Estado que corresponde a la Comisión Europea, de conformidad con el artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Por todo ello, la Sala de Supervisión regulatoria es el órgano competente para la emisión del presente informe en virtud de lo previsto en los artículos 5.3 y 6 (en relación con el artículo 21.2 de la Ley CNMC y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

De conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con fecha 12 de enero de 2017, la Sala de Competencia ha emitido informe favorable al presente Acuerdo.

³ La disposición transitoria única del Real Decreto de coordinación de ayudas determina en qué supuestos deberán solicitarse a la SETSI los informes de compatibilidad que requieran futuros proyectos de concesión de ayudas hasta la aprobación de la correspondiente orden ministerial, entre los que, a juicio de la CNMC, está incluido el analizado a través del presente informe.

⁴ Reglamento de exención por categorías: <http://www.boe.es/doue/2014/187/L00001-00078.pdf>.

⁵ Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha (2003/C 25/01 DOUE de 26 de enero de 2013).

IV. DESARROLLO DE LA BANDA ANCHA EN LAS ISLAS BALEARES

Las Islas Baleares cuentan con una población de 1.104.479 habitantes⁶ repartidos en 67 municipios –1.010 entidades de población– que a su vez se distribuyen en 4 islas principales (Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera) y numerosos islotes. La isla más poblada es Mallorca con 859.289 habitantes, mientras que la menos poblada, Formentera, tiene un total de 11.878 habitantes. La densidad de población media de la comunidad se sitúa en 200 habitantes por km².

En cuanto al desarrollo de las infraestructuras de banda ancha de muy alta velocidad en relación con el número de unidades inmobiliarias, según la información disponible en la página web del Minetad⁷ relativa al primer trimestre del año 2016, los accesos de fibra óptica hasta el hogar (FTTH) instalados ofrecen cobertura a un 48% del total de unidades inmobiliarias de las Islas Baleares, mientras que los accesos de cable HFC dan cobertura a un 43% y los de par de cobre con tecnología VDSL a un 11%. No obstante, observando con más detalle cada municipio por separado o incluso barrios dentro de un mismo municipio, las situaciones son algo dispares, como se describirá más adelante en este informe.

Por lo que se refiere a la penetración y conforme a la información de la que dispone esta Comisión⁸, la penetración de la banda ancha fija⁹, tanto básica como de alta velocidad en las Islas Baleares en el año 2015 fue de 31,3% (líneas contratadas por cada 100 habitantes), ligeramente por encima de la media estatal, situada en un 27,9%. Se incluyen en este cómputo la tecnología xDSL, que supone la mayoría de los accesos, con una penetración del 19,9% y todavía superior a la media española situada en 16, 5%), el cable modem (HFC¹⁰) con una penetración del 5,90% (también mayor a la media estatal que asciende al 5,5%) y el FTTH¹¹ con una penetración igual al 5,1%, que en este caso es inferior a la media estatal (6,8%).

El siguiente gráfico muestra la evolución comparada de la penetración de FTTH entre la media española y la de las Islas Baleares para los años 2014 y 2015. En ambos casos se percibe un crecimiento anual significativo. Se observa que, mientras la evolución estatal es del 3,4% (al pasar del 3,4% al 6,8%), la de las

⁶ Según cifras oficiales de población residente a 1 enero de 2015 del Instituto Nacional de Estadística. Las cifras de población a 1 de enero de 2016 son provisionales, por eso no han sido recogidas en este informe.

⁷ http://www.minetad.gob.es/telecomunicaciones/banda-ancha/cobertura/Datos%202016/Balears_Illes_2016.pdf

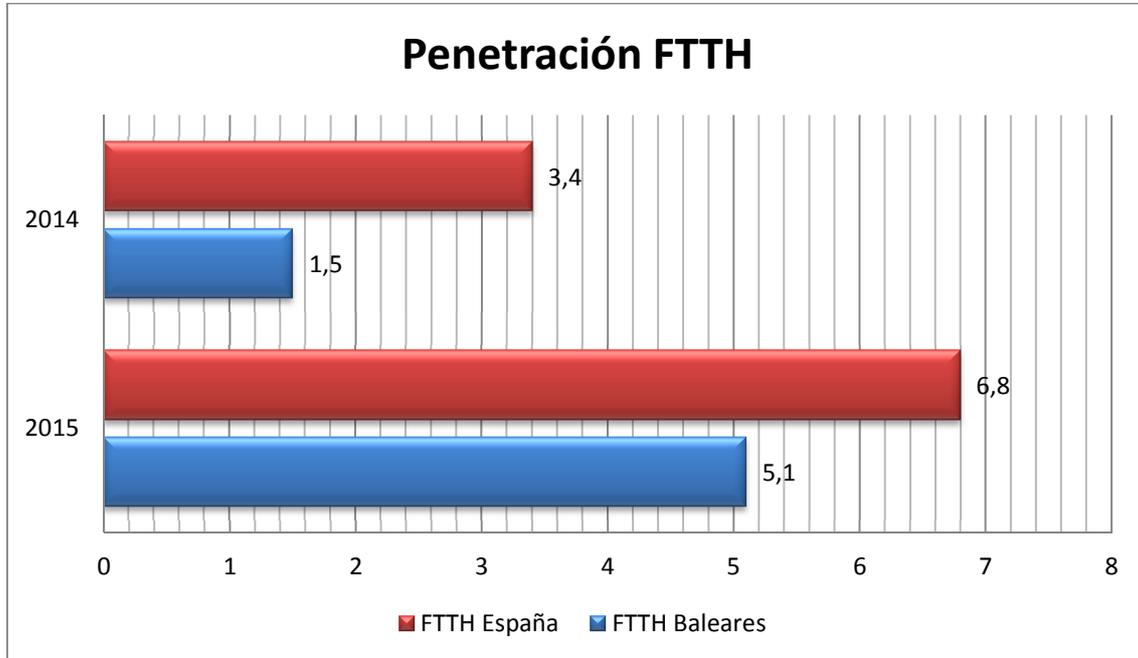
⁸ Datos procedentes del Informe Económico Sectorial de las Telecomunicaciones y el Audiovisual de 2016, CNMCdata (página web de la CNMC).

⁹ Accesos contratados en relación con el total de la población, información geográfica CNMC, datos diciembre 2015.

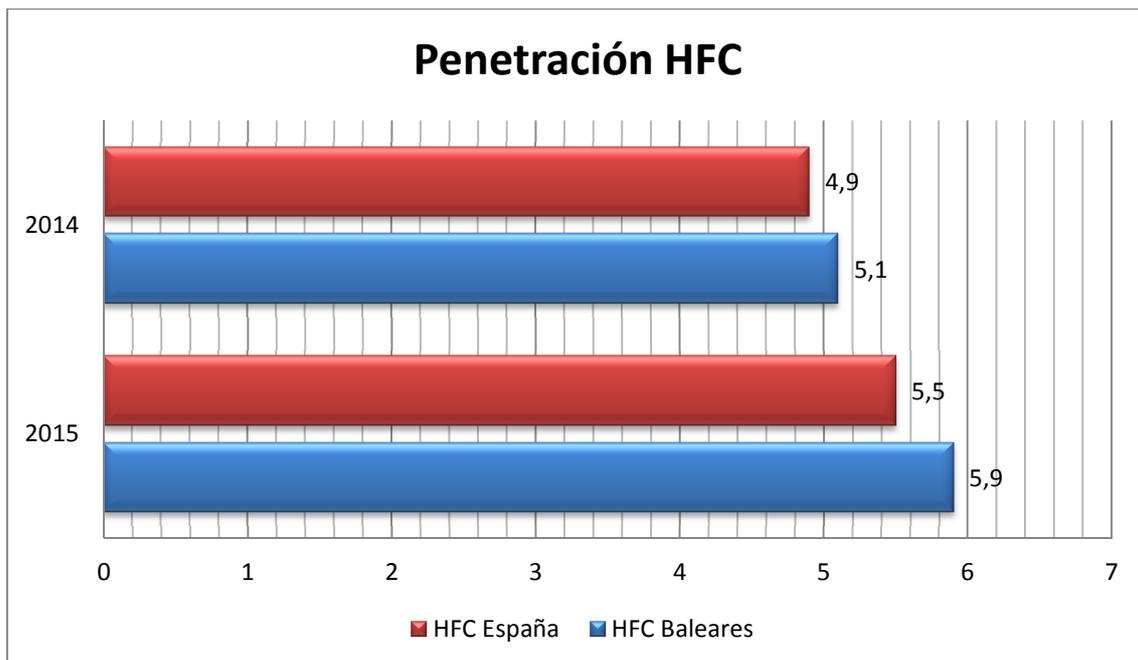
¹⁰ *Hybrid Fibre Coaxial*.

¹¹ *Fiber to the Home*.

Islas Baleares ha aumentado un 3,6%, al pasar de 1,5% a 5,1% y, por tanto, su evolución es mayor a la de la media estatal.



A continuación, se muestra un gráfico similar al anterior pero para la tecnología HFC cable-modem. Se observa que se ha producido un crecimiento anual superior en Islas Baleares (0,80%) respecto a la media española (0,60%). De esta forma se consolida lo visto en años anteriores en los que la penetración de HFC es superior en Islas Baleares que con respecto a la media estatal.



V. DOCUMENTACIÓN REMITIDA Y CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO

La SETSI acompaña a su solicitud de informe copia del borrador de Resolución propuesta por la Vicepresidencia y la Consejería de Innovación, Investigación y Turismo del Gobierno de las Islas Baleares antes citada a la que, a su vez, se acompañan los siguientes anexos:

- Anexo I: Contenido de la memoria del proyecto.
- Anexo II: Conceptos susceptibles de ayuda, en el que se incluyen y detallan las inversiones y gastos elegibles y los no subvencionables.
- Anexo III: Contenido de la cuenta justificativa, que consta de una memoria de actuación con la información para acreditar el cumplimiento de las condiciones impuestas para la concesión de la ayuda y una memoria económica para acreditar la adecuación e importe de los gastos incurridos en las actividades.
- Anexo IV: Los criterios de valoración de solicitudes.
- Anexo V: Zonas Blancas NGA en Baleares.

Asimismo, la SETSI adjunta copia de la Orden del Consejero de Economía, Hacienda e Innovación de 17 de mayo de 2007, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en materia de tecnología y comunicaciones de la comunidad autónoma balear (en adelante, la Orden de subvenciones en materia de tecnología y comunicaciones).

El proyecto remitido tiene por objeto la convocatoria de ayudas para el despliegue de redes de acceso de nueva generación (NGA) de alta –30 Mbps– o muy alta velocidad –100 Mbps– en 53 de los 67¹² municipios que integran esta comunidad autónoma y que son considerados como zonas blancas NGA. Las ayudas se podrán solicitar para proyectos con ejecución plurianual en los ejercicios 2017 y 2018 (*“siempre que el plazo de ejecución no se extienda más allá del 31 de diciembre de 2018”* –apartado sexto-). Estos 53 municipios están listados en el Anexo V del proyecto de Resolución. La parte expositiva del proyecto señala que dicho listado ha sido realizado por la Dirección General de Desarrollo Tecnológico de forma cruzada con la información aportada por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Concretamente, las zonas de actuación y las velocidades mínimas de que deben disponer son las siguientes:

¹² Hay una contradicción entre el texto del proyecto de Resolución y el Anexo V. Por un lado, se hace referencia al total de municipios de Baleares (67) como municipios que son zonas de actuación preferente y el listado de municipios que figura en el Anexo V incluye 53. Se sugiere aclarar esta cuestión.

- Zona 1.- Municipios con más de 2.000 habitantes. Velocidad mínima de 100 Mbps (muy alta velocidad).
- Zona 2.- Municipios con una población comprendida entre 1.000 y 2.000 habitantes. Velocidad mínima de 30 Mbps.
- Zona 3.- Municipios con una población inferior a 1.000 habitantes. Velocidad mínima de 30 Mbps.

Las ayudas consistirán en subvenciones con cargo a fondos comunitarios del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). En todo caso, para vigilar la debida ejecución de los proyectos, el importe de la ayuda no se abonará anticipadamente, tras dictarse la resolución de concesión de la ayuda, sino una vez verificada la correcta ejecución de los proyectos (apartado sexto del proyecto de Resolución).

La concesión de la ayuda se realizará a través del procedimiento de concurrencia competitiva, siendo la intensidad máxima de la ayuda variable entre el 50% y el 40% en función de las zonas de actuación. Así pues, la intensidad máxima será del 50%, en zonas con una población comprendida entre 1.000 y 2.000 habitantes (Zona 2) y en zonas con una población inferior a 1.000 habitantes (Zona 3) y del 40% en zonas con más de 2.000 habitantes (Zona 1).

El presupuesto máximo de subvención por proyecto será de 200.000 euros en la Zona 1 y de 250.000 euros en las Zonas 2 y 3, mientras que el importe máximo de cada proyecto será de 500.000 euros, independientemente de la zona en que se ejecute.

El importe total de las ayudas será de tres millones seiscientos cinco mil euros (3.605.000 €) correspondientes a partidas presupuestarias pendientes de concretar en los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para los ejercicios de 2017 y 2018 con cargo a fondos FEDER (previsto en el programa operativo FEDER de las Islas Baleares 2014-2020).

Explotación del proyecto y obligaciones mayoristas

En cumplimiento de las previsiones de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha, el proyecto de Resolución recoge el principio de neutralidad tecnológica en su apartado séptimo.7, al disponer que las subvenciones no estén condicionadas a una solución tecnológica concreta (lo que se valora positivamente).

Los beneficiarios estarán obligados a ofrecer servicios mayoristas y servicios minoristas. En virtud del apartado octavo.6,c) del proyecto de Resolución, *“a medida que se vaya desarrollando y activando la red y, como mínimo, hasta la*

finalización del periodo de explotación, los clientes de las áreas con cobertura podrán solicitar los servicios ofrecidos”.

En cuanto a las condiciones mayoristas de acceso, el proyecto de Resolución establece en el apartado noveno.2, primer párrafo, las obligaciones mayoristas que el beneficiario tendrá que garantizar y las velocidades de acceso que tendrá que ofrecer en las distintas zonas –más adelante se especificarán-.

En cuanto a los precios, se prevé que los precios mayoristas que se apliquen tengan como referencia los fijados por la CNMC al operador con poder significativo de mercado (PSM) para servicios similares (constituyendo éstos los precios máximos), en su defecto, los precios medios existentes en España y, en tercer lugar, de no existir las referencias anteriores, se prevé una orientación a costes de los precios. En cualquier caso, se establece que cuando el adjudicatario sea un operador integrado verticalmente, los precios mayoristas definidos deben permitir replicar la oferta minorista sin discriminar la rama minorista del operador beneficiario (apartado noveno.2).

Por último, se exige que las infraestructuras –de red– y equipos permanezcan afectos a los objetivos del proyecto durante un plazo mínimo de cinco años a partir de su finalización o hasta el final de su vida útil si esta fuera menor (apartado octavo.3).

VI. OBSERVACIONES AL PROYECTO

Con carácter general, la CNMC valora positivamente el proyecto elaborado por el Gobierno de las Islas Baleares, por contribuir a la consecución de los objetivos establecidos en las Agendas Digitales Europea y para España al estar diseñado para dar cobertura a zonas blancas NGA para redes de alta o muy alta velocidad y ser conforme, en términos generales, con el Reglamento de exención por categorías y las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha.

Como consideración preliminar, ha de señalarse que la documentación remitida no incluye una memoria justificativa ni tampoco de competencia, ni ningún otro documento justificativo o explicativo del proyecto, más allá de lo señalado en la parte expositiva de la propuesta de resolución. La ausencia de una explicación más detallada de las razones que han motivado la adopción de distintos criterios dificulta su valoración con arreglo a parámetros de competencia y regulación económica eficiente.

Procede realizar las siguientes observaciones en ejercicio de la función prevista en el artículo 3.2 del Real Decreto de coordinación de ayudas:

6.1 Condiciones de acceso mayorista

El apartado noveno.2 prevé la imposición a los operadores beneficiarios de las ayudas de **obligaciones de acceso mayorista efectivo**, en los siguientes términos:

“Salvo que la CNMC dictamine otras condiciones; los beneficiarios de las subvenciones estarán obligados a ofrecer a otros operadores que lo soliciten, en condiciones equitativas y no discriminatorias, acceso mayorista efectivo, del tipo de flujo binario ("bitstream"), a las infraestructuras subvencionadas durante un periodo mínimo de siete (7) años.

En caso de que el proyecto contemple despliegues de fibra óptica, este acceso incluirá también la posibilidad de acceder a la fibra oscura, con una desagregación total y efectiva, así como los conductos, postes, armarios, cofres y otros elementos de obra civil. El acceso a estos últimos no debe ser limitado en el tiempo. En el caso de redes de retorno ("backhaul"), se deberá también incluir el servicio mayorista de líneas alquiladas o circuitos punto a punto, en función de la tecnología utilizada para la implementación de esta red.

La velocidad de acceso ofrecida será, como mínimo, la establecida en el punto tercero de la presente convocatoria, y, en todo caso, deberá permitir la replicabilidad de los servicios minoristas ofrecidos por el operador beneficiario.

(...)”.

En el apartado séptimo.2¹³ del proyecto de Resolución se exige que la velocidad de acceso ofrecida deba ser, como mínimo, de 100 Mbps en la Zona 1 y de 30 Mbps en las Zonas 2 y 3, en sentido descendente. En el apartado noveno.2 se añade, como se transcribió anteriormente, que en cualquier caso la velocidad de acceso ofrecida deberá permitir la replicabilidad [técnica] de los servicios de acceso ofrecidos por el operador beneficiario. Sería más claro que se refiriese a los servicios minoristas ofrecidos por el beneficiario, servicios que se analizan (teniendo en cuenta el input mayorista) cuando se valora la replicabilidad.

A este respecto, procede señalar lo siguiente:

- a) En primer lugar, la redacción anterior parece que limita al acceso mayorista tipo bitstream la obligación de ofrecerlo “*en condiciones equitativas y no discriminatorias*”, sin establecer expresamente la aplicación de estas condiciones al resto de los servicios mayoristas descritos, cuando es evidente que la obligación de no discriminación se aplica a todos los productos.

¹³ La referencia al “punto tercero” del apartado noveno.2 del Proyecto en realidad debería referirse al apartado séptimo.2 de éste.

Se sugiere que se modifique la redacción de forma que no quepa duda, en línea con la previsión del artículo 52.5 del Reglamento de Exención por Categorías, de que la exigencia de ofrecer servicios mayoristas en condiciones equitativas y no discriminatorias se extiende a todos los incluidos en el proyecto que reciba una ayuda.

- b) Junto a los servicios mayoristas de desagregación y acceso a la línea física, se sugiere que se contemple también la introducción de un **servicio mayorista de desagregación virtual**¹⁴, es decir, un acceso activo pero con una interconexión de las redes en la propia central cabecera de la red de acceso NGA. Este es el servicio mayorista de acceso desagregado al bucle de fibra óptica que se ha impuesto a Telefónica de España, S.A. en las zonas de España clasificadas como no competitivas, en virtud de la regulación de los mercados 3a, 3b y 4, aprobada por la CNMC en fecha 24 de febrero de 2016¹⁵.

Dicho servicio mayorista puede condicionarse en la convocatoria, como en otros casos, a la existencia de una demanda real. Debe tenerse en cuenta que según el tamaño del mercado potencial accesible desde dicho servicio mayorista y la inversión necesaria, los operadores podrían estar interesados únicamente en un servicio mayorista que aporte un mayor nivel de concentración y por tanto dé acceso a un mayor número de clientes finales potenciales desde un único punto.

Asimismo, en relación con los servicios mayoristas ligados con las redes de backhaul, además de las modalidades de líneas alquiladas o circuitos punto a punto apuntadas, debería también incluirse la posibilidad de un servicio de fibra oscura, en función de la tecnología empleada para la implementación de dicha red.

- c) En el caso de que se construyan **conducciones** dentro de los proyectos, los adjudicatarios deberán tener en cuenta que éstas sean lo suficientemente grandes para dar cabida a varias redes de cable/fibra y diferentes topologías de red, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 52 del Reglamento de exención por categorías, por lo que se sugiere valorar la necesidad de incluir una previsión a este respecto.
- d) De conformidad con el apartado 78.f) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha, los Estados Miembros deberán crear una base de

¹⁴ Similar al NEBA local. Véase la Resolución de la CNMC de fecha 18 de noviembre de 2015 por la cual se notifica a la Comisión Europea, al ORECE, al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y al Ministerio de Economía y Competitividad el proyecto de medida relativo a la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor (pendiente de aprobación).

¹⁵ Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (ANME/D TSA/2154/14/Mercados 3a 3b 4).

datos nacional sobre la disponibilidad de las infraestructuras existentes, que podrían ser reutilizadas para el despliegue de la banda ancha. Esta previsión no está aún completamente desarrollada a nivel nacional, previéndose la posibilidad de este inventario pero no regulándose aún la forma de llevarlo a cabo¹⁶.

Dada su utilidad y en previsión del inventario nacional futuro, se recomienda al Gobierno Balear que elabore, de forma coordinada con el Minetad, un **inventario detallado** de todas las **infraestructuras existentes** dentro del territorio autonómico que son susceptibles de ser utilizadas para alojar redes NGA, detallando su naturaleza, disponibilidad y emplazamiento geográfico con la finalidad de que tengan en cuenta la reutilización de las infraestructuras existentes para reducir los costes del despliegue de redes NGA en las zonas de actuación.

Dicho inventario debería incluir (i) todas las infraestructuras públicas en los términos señalados en el artículo 37 de la LGTel y (ii) las infraestructuras que posean o controlen los operadores privados (con independencia de que sean o no sean realmente utilizadas) que deseen participar en los procedimientos de licitación pública en las zonas de actuación.

Además, el inventario debe ponerse a disposición de todos los operadores con tiempo suficiente para que puedan incluir tales infraestructuras en los proyectos que se presenten al concurso para la obtención de las ayudas. Ello reviste especial importancia en el presente caso ya que se exige expresamente que los operadores solicitantes incluyan en su memoria del proyecto (apartado decimotercero del Anexo I del proyecto de Resolución) un apartado concreto y específico relativo al alcance y análisis de reutilización de las infraestructuras actualmente existentes¹⁷.

La creación de este mapa de infraestructuras aprovechables se entiende cumpliría un doble objetivo (i) facilitar el despliegue de redes NGA de todos los operadores y (ii) permitiría al Gobierno Balear reducir el importe de la ayuda, al facilitar la reutilización de infraestructuras y permitir reducir

¹⁶ El artículo 37.5 de la LGTel establece que «el Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá exigir a las administraciones públicas y sus entidades y sociedades, así como a las empresas y operadores a que se refieren los dos primeros apartados de este artículo, que suministren la información necesaria para elaborar de forma coordinada un inventario detallado de la naturaleza, la disponibilidad y el emplazamiento geográfico de las infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas».

Por su parte, el Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, establece igualmente esta posibilidad en el artículo 5.

¹⁷ Asimismo, en el apartado 3 del mismo Anexo I, se prevé que la descripción técnica del proyecto incluirá la identificación y cuantificación de las unidades de obra de canalizaciones y/o servicios análogos reutilizados, suprimidos o readaptados para el nuevo desarrollo.

los costes de inversión reales de los beneficiarios, lo que dota al proyecto de una mayor coherencia desde el punto de vista económico.

Adicionalmente, se sugiere al Gobierno Balear que únicamente sean subvencionables las infraestructuras y obra civil donde éstas sean estrictamente necesarias evitando duplicidades innecesarias. La disponibilidad de este inventario permitirá identificar bien qué infraestructuras están disponibles.

- e) Se recuerda que el Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad¹⁸, establece medidas en relación con la **coordinación de obras civiles** para facilitar el despliegue de elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

Concretamente, el artículo 6 relativo a la coordinación de obras civiles, prevé en sus apartados segundo y tercero que los sujetos obligados¹⁹ -entre ellos, los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas disponibles para el público- que realicen directa o indirectamente obras civiles, total o parcialmente financiadas con recursos públicos deberán atender y negociar las solicitudes razonables de coordinación de las obras civiles al objeto de facilitar el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas, en condiciones transparentes y no discriminatorias.

Si bien el proyecto de Resolución recoge previsiones claras sobre la información que ha de suministrarse al Gobierno Balear sobre la utilización de infraestructuras públicas existentes –apartado Decimocatorce del Anexo I-, se recomienda que valore medidas adicionales para garantizar una publicidad de las obras civiles frente a terceros, para facilitar esta coordinación.

En conclusión, se propone que se incluya lo siguiente (parte subrayada) en el apartado noveno.2 del proyecto de Resolución:

“Salvo que la CNMC dictamine otras condiciones; los beneficiarios de las subvenciones estarán obligados a ofrecer a otros operadores que lo soliciten en condiciones equitativas y no discriminatorias, acceso mayorista efectivo, del tipo de flujo binario ("bitstream"), a las infraestructuras subvencionadas durante un periodo mínimo de siete (7) años.”

¹⁸ Dicho real decreto incorpora al ordenamiento jurídico nacional el artículo 5.2 de la Directiva 2014/61/UE de 15 de mayo de 2014 relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

¹⁹ El artículo 3.5 del Real Decreto 330/2016 lista todos los sujetos obligados que son propietarios, gestores o titulares de derechos de utilización de infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

En caso de que el proyecto contemple despliegues de fibra óptica, este acceso incluirá también la posibilidad de acceder a la fibra oscura, con una desagregación total y efectiva, así como los conductos, postes, armarios, cofres y otros elementos de obra civil, en condiciones equitativas y no discriminatorias. El acceso a estos últimos no debe ser limitado en el tiempo. En el caso de redes de retorno ("backhaul"), se deberá también incluir el servicio mayorista de líneas alquiladas o circuitos punto a punto, o, incluso el alquiler de fibra oscura, en función de la tecnología utilizada para la implementación de esta red.

Además de la desagregación y el acceso a la línea física, en función de la opción tecnológica seleccionada para el despliegue de la red NGA, si existiera una demanda real, deberá prestarse un servicio mayorista de desagregación virtual, que consistirá en un acceso activo con una interconexión de las redes en la propia central cabecera de la red de acceso, al poder ser una opción preferida por terceros operadores distintos del receptor de la ayuda.

La velocidad de acceso ofrecida será, como mínimo, la establecida en el punto tercero de la presente convocatoria y, en todo caso, deberá permitir la replicabilidad de los servicios ~~de acceso~~ minoristas ofrecidos por el operador beneficiario".

6.2 Funciones de la CNMC

El apartado noveno.1 del proyecto de Resolución señala que "los beneficiarios de las subvenciones se han de someter al dictamen de la CNMC respecto de la prestación a otros operadores de servicios de acceso mayorista destinados a asegurar una competencia efectiva en los ámbitos de actuación de los proyectos subvencionados por las convocatorias dictadas al amparo de las presentes bases". Asimismo, el apartado noveno.3 recoge la función de resolución de los conflictos que surjan entre los operadores para garantizar el cumplimiento de la obligación de acceso mayorista, en línea con la Ley CNMC, la LGTel, el Reglamento de exención por categorías²⁰ y las Directrices comunitarias de ayudas de banda ancha.

A juicio de esta Sala, no queda claro si el alcance del apartado noveno.1 se refiere a la capacidad de intervención de la CNMC para garantizar las condiciones de competencia en el mercado, por lo que se sugiere que se aclaren sus términos. En todo caso, se recuerda que no es necesario que se prevea una obligación de someterse en cualquier caso al dictamen de la CNMC, salvo en los casos de que (i) existan discrepancias o dudas entre el beneficiario de la ayuda y los operadores alternativos, cuestiones que entran dentro del ámbito de su intervención en materia de resolución de conflictos, función ésta que ya está prevista en el apartado noveno.3 del proyecto de

²⁰ El artículo 52.6 del Reglamento de exención por categorías establece una función de asesoramiento en el supuesto de litigios por la ANR correspondiente en los siguientes términos: «Deberá consultarse a la autoridad nacional de reglamentación sobre las condiciones de acceso, incluido el régimen de precios, y en caso de litigio entre los solicitantes de acceso y el operador de la infraestructura subvencionada».

Resolución, o (ii) la administración pública desee consultar a la CNMC sobre condiciones concretas, extremo que podrá realizar en cualquier momento. Por ello, se recomienda modificar el apartado noveno.1 para que no exija el sometimiento a dictamen de esta Comisión.

6.3 Disponibilidad de la oferta mayorista

El apartado noveno.4 del proyecto de Resolución señala que “[E]l detalle de la oferta de servicios mayoristas, así como la realización de las actuaciones necesarias en la infraestructura, podrá no concretarse en tanto no se constate la existencia de una demanda razonable de un tercer operador. La demanda se debe considerar razonable si el demandante de acceso establece un plan de negocio coherente que justifique el desarrollo del producto en la red subvencionada y si en la misma zona geográfica ningún otro operador ofrece un producto de acceso comparable y a precios equivalentes a las de las zonas más densamente pobladas”.

La redacción del apartado transcrito resulta confusa y poco clara, en la medida en que parece condicionar el desarrollo de la oferta de cualquier servicio mayorista a que exista una demanda razonable, lo que debe implicar un plan de negocio determinado y que ningún operador ofrezca un servicio de acceso comparable en la zona.

En primer lugar, resulta confusa porque en principio la ayuda se va a conceder a zonas blancas, donde es evidente que no hay una oferta mayorista de los productos regulados sobre NGA. Si el Gobierno Balear se refiere a zonas rurales con baja densidad de población, donde los servicios de banda ancha son limitados, o para pequeñas empresas locales, donde la imposición de todos los tipos de productos de acceso mayorista puede aumentar de forma desproporcionada los costes de inversión y no ofrecer ventajas significativas en términos de mayor competencia, conforme al apartado 80.a) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha, se sugiere que se aclaren los términos de este apartado. En tal caso, el Gobierno Balear sí puede prever que los productos de acceso que requieran intervenciones caras en la infraestructura subvencionada no previstas sólo sean ofrecidos en caso de exista una demanda razonable de un tercer operador.

Por otra parte, en relación con el momento en el que estará disponible la oferta mayorista, se recuerda que las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha prevén que el acceso mayorista debe ser concedido lo antes posible previamente al comienzo de la explotación de la red financiada con cargos a fondos públicos –apartado 78.g)-²¹.

²¹ Incluso la Recomendación de la Comisión Europea sobre redes de nueva generación indicaba que, “cuando el operador de la red también ofrece servicios minoristas, habitualmente esto implica conceder acceso al menos seis meses antes de la puesta en marcha de tales servicios minoristas”.

Teniendo en cuenta que el operador beneficiario de la ayuda deberá ofrecer servicios minoristas a los usuarios finales, se sugiere al Gobierno Balear que prevea expresamente en la Resolución que el detalle de la oferta mayorista estará disponible al resto de los operadores interesados con un tiempo de antelación suficiente anterior al inicio de la explotación de la red NGA financiada con cargo a fondos públicos, con el fin de evitar la existencia de un trato discriminatorio entre la rama minorista del operador beneficiario de la ayuda –en el supuesto de ser un operador integrado verticalmente- y los operadores solicitantes del acceso mayorista. A juicio de esta Sala, se estima razonable el plazo de seis -6- meses señalado en la Recomendación sobre redes de nueva generación²².

6.4 Publicidad y transparencia

Por último y estrechamente relacionada con las obligaciones de acceso mayorista a determinados precios, se encuentra la **obligación de transparencia**. La Comisión Europea exige que se facilite información y que se publique en la página web de la administración concedente de la ayuda y del beneficiario (apartado 78.j) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha).

El apartado 8.6.g) del Proyecto obliga al beneficiario de la ayuda a facilitar un acceso completo y no discriminatorio a la información sobre la infraestructura desplegada y los servicios mayoristas ofrecidos sobre esta red. Aunque la obligación es clara se sugiere que se concrete con actuaciones específicas como por ejemplo la obligación de incorporar en sus páginas web de forma fácilmente localizable la relación de entidades singulares de población (identificando el código INE 2014 de la entidad singular) en las que se están ejecutando proyectos, que resulten beneficiados por las ayudas al despliegue de redes, sin perjuicio del resto de la información obligatoria prevista, de conformidad con el apartado 78.j) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha. Adicionalmente, ante la solicitud expresa de un operador sobre una zona concreta en la que tuviera intención de desplegar, el beneficiario debería proporcionar información más detallada sobre los despliegues.

Esta Sala estima fundamental que el operador sea transparente con los demás operadores sobre su despliegue de redes sobre las que da servicios mayoristas adicionales por haber resultado adjudicatario de una ayuda pública. Sin embargo, la experiencia obtenida hasta el momento permite afirmar que esta obligación se cumple de forma muy limitada o incluso se incumple en algún caso. Como se ha señalado por esta Sala en anteriores informes, en ocasiones, resulta muy difícil determinar las entidades de población concretas que están siendo objeto de despliegues en el marco de programas de ayudas o

²² Recomendación [2010/572/UE](#) de la Comisión, de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGA).

que línea del plan PEBA se ha aplicado a un determinado proyecto²³, puesto que la información no se facilita de forma clara y accesible ni en las páginas web de las autoridades que conceden las ayudas ni en las de los operadores beneficiarios.

Asimismo, esta Sala advierte de la posibilidad de que el operador beneficiario de la ayuda sea un operador con PSM (poder significativo de mercado) que esté sometido asimismo a la obligación de transparencia en virtud de la regulación ex ante diseñada por la CNMC. A este respecto, se recuerda que el operador con PSM puede tener una oferta de servicios regulada -en virtud de la obligación de transparencia-²⁴, y redes construidas al amparo de ayudas públicas con condiciones específicas que no tienen porque coincidir con las impuestas en el ámbito de la regulación ex ante, como se señalaba anteriormente, puesto que en materia de ayudas las obligaciones son más amplias.

Para acabar de garantizar la publicidad de las actuaciones, se sugiere que en la página web del Gobierno Balear donde se cuelgue la citada información se incluya un enlace directo al apartado de la página de los distintos adjudicatarios en los que se proporcione dicha información. Ello se sugiere para contribuir a reforzar el acceso a la información de manera completa y no discriminatoria por parte de los demás operadores. Toda la información mencionada deberá ser accesible en los términos establecidos por los principios generales de publicidad del artículo 5 y demás obligaciones recogidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

VII. DISEÑO DE LAS CONVOCATORIAS, SOLVENCIA Y OTROS ASPECTOS

En otro orden de cosas, y particularmente en el ejercicio de las competencias de la CNMC en materia de promoción de la competencia y regulación económica eficiente, procede hacer las siguientes observaciones sobre otros aspectos relativos a los requisitos exigidos para las convocatorias de las ayudas:

- **Identificación del tipo de ayuda:** A lo largo del proyecto de Resolución no se recoge una mención expresa del tipo de ayudas (desde la óptica del Derecho de la UE) de que se trata, es decir, no se categoriza expresamente

²³ A modo de ejemplo, en la última adjudicación del plan PEBA –Resolución de 27 de enero de 2016 (BOE de 3 de febrero de 2016)- se señala “*Servicio de Acceso a Internet de Banda Ancha de Muy Alta Velocidad a través de Fibra Óptica en entidades de la provincia de Valencia*” sin que se detalle en qué línea del Plan PEBA se inscribe ni cuáles son esas “entidades” lo que dificulta que terceros operadores puedan pedir acceso a esas redes.

²⁴ Telefónica de España, S.A. es operador con poder significativo en los mercados de banda ancha, en virtud de la regulación de los mercados 3a, 3b y 4, aprobada por la CNMC en fecha 24 de febrero de 2016 –ver nota al pie 15-.

la ayuda como ayuda notificable (con carácter general, ex artículo 107 del TFUE), exenta de notificación previa -en aplicación del Reglamento de Exención por Categorías- o de mínimos, más allá de una mención a la normativa de exención en algún precepto.

Resulta esencial exigir claridad a la Administración concedente de la ayuda a este respecto, no sólo porque así se determina la normativa europea de referencia, sino porque es el único modo de que los operadores, potenciales beneficiarios de la ayuda, conozcan el haz de derechos y obligaciones que asumen si deciden aceptar convertirse en beneficiarios.

En base a lo anterior, se recomienda que se produzca una calificación expresa del tipo de ayudas que pretende tramitarse (en este caso, a tenor de la normativa aplicable, del Reglamento de Exención por Categorías).

- **Beneficiarios:** El apartado segundo del proyecto de Resolución establece que pueden ser beneficiarios las personas físicas y jurídicas pertenecientes al sector privado que tengan la condición de operadores conforme a lo establecido en los artículos 6 y 7 de la LGTel.

Se pide o certificación registral o la indicación del nombre, servicio y fecha de la resolución que figura en el Registro, para su comprobación por el órgano instructor, lo que facilita la presentación de solicitudes y parece apropiado a esta Comisión.

Por otro lado, si bien está expresamente previsto en la Orden de subvenciones en materia de tecnología y comunicaciones de mayo de 2007, no se hace referencia a las **Uniones Temporales de Empresas (UTE)** en el texto del proyecto de Resolución. Se desconoce si pueden concurrir, ni cómo habrán de dar cumplimiento al requisito de inscripción en el Registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, puesto que se inscriben en este Registro una vez constituidas, lo que suele ocurrir con posterioridad a la adjudicación de la ayuda. Por ello, habitualmente cuando se trata de una UTE, los pliegos suelen exigir que al menos uno de los miembros sea operador de comunicaciones electrónicas previamente constituido e inscrito, lo que no se regula en las bases analizadas.

Desde el punto de vista de competencia en las licitaciones, las UTE pueden ser una forma de permitir a las pequeñas empresas acceder a ellas. Por este motivo, en principio la concurrencia de UTE se considera adecuada, siempre que las empresas justifiquen la razón por la que deciden acudir juntas a la licitación puesto que también pueden resultar problemáticas cuando no vienen justificadas por una imposibilidad de cada una de las empresas que la conforman de competir por separado, ya sea por insuficiencia de medios o por otras causas, en este caso, por ejemplo, podría ser para acreditar conjuntamente los requisitos de solvencia técnica y económica.

- **Solvencias técnica y económica:** Se establecen en el apartado decimotercero del proyecto de Resolución requisitos de solvencia técnica o profesional y financiera como condición necesaria para ser beneficiario de la ayuda:
 - La **solvencia técnica** se considerará acreditada cuando el solicitante haya realizado proyectos de similares o superiores características en los últimos cinco años, o se disponga de personal suficiente, en capacitación y número, para la realización del proyecto (apartado decimocuarto en su punto 2.c).
 - Se exige como requisito de **solvencia económica** (apartado decimocuarto.2.c)) lo siguiente:

“Para cada proyecto se considerará acreditada la solvencia económica del solicitante cuando el presupuesto financiable del proyecto para el que se solicita la ayuda sea menor que el volumen medio de las inversiones anuales de los últimos tres ejercicios (...).”

En todo concurso ha de haber **criterios de solvencia técnica y financiera**, pero ha de tenerse en consideración que estos requisitos constituyen restricciones a la entrada y reducen el número de potenciales beneficiarios y la competencia entre ellos por la subvención. Habida cuenta de lo anterior, procede realizar las siguientes consideraciones:

- En lo concerniente a la acreditación de la **solvencia técnica** (apartado decimocuarto.2.c), se valora positivamente el hecho de que la experiencia no sea un factor excluyente, pues se presenta una alternativa a la realización de proyectos en los últimos 5 años, en concreto, bastará con la disposición de personal suficiente, en capacitación y número para la realización del proyecto.

La actual redacción resulta demasiado imprecisa, lo que dificulta que los solicitantes conozcan de antemano cómo se aplicará este criterio por el órgano concedente. Se sugiere que se concrete en mayor medida el concepto de “*personal suficiente*”.

- La definición de **solvencia económica**, fijada en el apartado decimocatorce.2.c), puede resultar potencialmente discriminatoria para nuevos entrantes. Así, se vincula la solvencia económica a las inversiones medias realizadas en los tres últimos años, cuando normalmente el criterio es el volumen anual de negocio, bien general de la empresa, bien específico de una determinada rama de negocio (así se recoge, por ejemplo en el artículo 75.1 del TRLCSP²⁵). Por ello, sería oportuna una mayor explicación acerca del criterio elegido –inversiones

²⁵ Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

anuales medias- y por qué es un criterio más adecuado que el tradicional del volumen de negocio.

Esta Sala ha constatado que el apartado comentado –similar a convocatorias de otras AAPP- supone efectivamente una barrera de entrada infranqueable para empresas de reciente creación y, por tanto, un freno a la participación de nuevos operadores. En concreto, la exigencia de unas inversiones medias para los tres ejercicios anteriores impide que un operador que inicie sus actividades de telecomunicaciones con capital suficiente para afrontar proyectos de 500.000 € de inversión (presupuesto máximo de cada proyecto según el apartado Sexto.5 del proyecto de Resolución) pueda resultar beneficiario de las ayudas.

Por ello, se sugiere incluir una referencia a los nuevos entrantes, indicando que para ellos se tendrá en cuenta la media anual durante el tiempo en que hayan estado en activo o la posibilidad de que se elija alguno de los otros medios de acreditación de la solvencia económica recogidos en el artículo 75 del TRLCSP.

Asimismo, procede tener en cuenta que el TRLCSP, en su artículo 63, establece la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos, transponiendo así a nuestro ordenamiento lo previsto en la Directiva sobre coordinación de procedimientos de adjudicación en contratos públicos de obras, suministro y servicios²⁶ que, a su vez, recogía la doctrina de la Sentencia Holst del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁷ y, más recientemente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2013²⁸. Estando prevista expresamente la subcontratación en el apartado sexto del proyecto de Resolución, lo que se valora positivamente, esta Comisión no observa impedimento alguno para aceptar la acreditación de la solvencia técnica y económica a través de la integración de medios de terceros como medio de promoción de la concurrencia y competencia.

²⁶ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de diciembre de 1999. - Holst Italia SpA contra Comune di Cagliari. Asunto C-176/98.

²⁸ Recurso de Casación núm. 3583/2011. Esta sentencia analiza el supuesto en que una sociedad cooperativa de viviendas resulta excluida del procedimiento de licitación por la Mesa de contratación por no haber podido acreditar la solvencia técnica y profesional en un contrato público para la adjudicación de la venta de parcelas para la promoción de viviendas en protección pública. El Tribunal Supremo, reiterando el criterio que ya fue puesto en algunos informes de Juntas Consultivas de Contratación, afirma que es indudable que la Ley no exige que los medios sobre los que se soporta la solvencia técnica o profesional deban estar integrados en la empresa contratante, pues admite que no estén directamente integrados en ella, lo que deja abierto el margen para que la empresa contratante pueda contratar con otras, como fue aquí el caso, que le presten sus propios medios.

Además de lo anterior, en aras de procurar una mayor participación, se sugiere que se valore también incluir una previsión relativa a que las personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades puedan acreditar su solvencia económica o financiera a través de los medios oportunos aportados por los accionistas de la solicitante (garantías, compromiso de accionistas, etc).

En consecuencia, se sugiere al Gobierno de las Islas Baleares que valore la posibilidad de establecer criterios alternativos de solvencia menos restrictivos para los solicitantes de nueva creación.

- **Incompatibilidad de la ayuda con otras ayudas dirigidas a la promoción de la misma finalidad y cláusula de revisión para evitar sobrecompensación.**

El artículo 3 de la Orden autonómica balear de subvenciones en materia de tecnología y comunicaciones de 2007 declara la compatibilidad de la ayuda recibida con *“otras subvenciones de su naturaleza y de la entidad que las conceda, siempre que, conjuntamente, no superen el coste total de la actividad objeto de subvención”*.

Por el contrario, los apartados sexto.3 y séptimo.8 del proyecto de Resolución declaran la incompatibilidad de la ayuda con otras ayudas que pudieran ser concedidas procedentes de cualquier Administración pública o ente público o privado, nacionales, de la Unión Europea o de otros organismos internacionales, sin perjuicio de actuaciones cofinanciadas con fondos de la UE, como sería en este caso por el FEDER. Tal imposibilidad de acumulación de ayudas conlleva automáticamente la exclusión de la zona de actuación del Proyecto como objeto de ayuda.

En línea con lo anterior, el Anexo III exige que la memoria económica de la cuenta justificativa esté acompañada, entre otras, de la declaración responsable sobre la no recepción de otros ingresos y ayudas otorgadas para la misma finalidad.

Se valoran positivamente las previsiones comentadas, referidas a la imposibilidad de acumulación de estas ayudas con otras dirigidas a la misma finalidad. Sin embargo, se sugiere que se subsane la contradicción manifiesta entre la Orden autonómica y el proyecto de Resolución, manteniéndose la incompatibilidad de la ayudas.

Asimismo, el apartado sexto.4, segundo párrafo del proyecto de Resolución, contiene una previsión dirigida a evitar la sobrecompensación, que se considera positiva desde el punto de vista de competencia, para evitar beneficios extraordinarios, ya que la sobrecompensación en ayudas es contraria a los principios de regulación económica eficiente y de la normativa nacional de subvenciones.

- **Intensidad de la ayuda:** Como se ha señalado anteriormente, el apartado sexto.4 del proyecto de Resolución prevé una intensidad máxima de la ayuda variable entre el 40% para la Zona 1 (más de 2.000 habitantes) y el 50% para las Zonas 2 (entre 1.000 y 2.000 habitantes) y 3 (inferior a 1.000 habitantes).

A juicio de esta Sala, la determinación de la intensidad máxima de la ayuda no debería depender exclusivamente del número de habitantes del municipio, sino que se deberían tenerlos en cuenta junto con otros aspectos, como podría ser la proximidad a otro municipio de mayor densidad o dónde los operadores hayan señalado su intención de invertir en un período relativamente corto.

La existencia de más o menos habitantes, si bien es cierto que puede ser un indicador, no es siempre el único criterio que los operadores ponderan a efectos de decidir en qué áreas desplegar su red. Por ello, asociar únicamente el número de habitantes a la intensidad de la ayuda implica no sopesar otros criterios y podría conducir a un reparto desigual ya que, una Zona II con 1.500 habitantes, situada cerca de una entidad de población, dónde los operadores desplegarían su red sin necesidad de ayudas públicas, puede recibir más ayuda que una Zona I de 2.000 habitantes ubicada geográficamente en un lugar que, por su orografía o distancia con otros, no atrae a los operadores al despliegue de su red, más teniendo en cuenta la situación peculiar que existe en territorios como las islas, lo que podría acabar implicando la exclusión de un mayor número de ciudadanos.

Como prueba de lo anterior, pueden ponerse como ejemplo entidades de población que, con incluso menos de 100 habitantes, figuran en la relación de entidades singulares de población excluidas (Línea A) de la convocatoria del plan PEBA-NGA 2016 que recoge la lista del Minetad, lo que implica que, o bien hay desplegada red de acceso de nueva generación (NGA) de velocidad de 100 Mbps o superior, o está previsto desplegarla en los próximos tres años.

Se sugiere al Gobierno Balear que la determinación de la intensidad de la ayuda se realice sobre la base de criterios objetivos que recojan más ampliamente las realidades que ponderan los operadores a la hora de decidir dónde invertir para desplegar sus redes privadas.

- **Declaración responsable que acompaña a la solicitud de ayuda:** El apartado decimotercero requiere que la solicitud esté acompañada de las correspondientes declaraciones responsables sobre el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiarios de las ayudas en línea con lo señalado en el artículo 13.2.g) de la Ley General de Subvenciones. Asimismo, el apartado decimoséptimo establece que el operador beneficiario de la ayuda debe presentar una declaración responsable de no estar incurso en procedimiento de reintegro o sancionador en materia de ayudas públicas o

subvenciones, el cual formará parte del documento de aceptación de la ayuda.

Se sugiere al Gobierno Balear eliminar la duplicidad señalada. En este sentido, para mayor eficiencia y economía procesal se recomienda que la citada declaración responsable se exija y compruebe con la presentación de la solicitud y no por tanto que se exija también en el momento de aceptación de la ayuda, cuando ya se habrá instruido todo el procedimiento.

- **Procedimiento de selección:** El apartado decimocuarto del proyecto de Resolución describe el procedimiento a seguir para seleccionar las solicitudes beneficiarias de la subvención. Aparentemente se tomarían todas las solicitudes que han superado las dos fases de valoración –y en la segunda los 50 puntos- y se hace una prelación según su puntuación por municipios. En cada municipio se conceden las subvenciones, según prelación, hasta agotar los fondos que en principio señala el apartado quinto. Esto plantea dos problemas: por un lado, el apartado quinto del proyecto de Resolución no hace mención alguna a la distribución de fondos por municipios, cuestión que deberá aclararse²⁹; por otro lado, el apartado decimocuarto.4 establece que *“no se podrán asignar fondos a proyectos que actúen sobre la misma zona de actuación, de modo que en el caso de que dos o más proyectos actúen sobre la misma zona, los fondos irán al proyecto mejor valorado”*.

En una segunda vuelta de reparto, parece que las solicitudes que hayan superado los 50 puntos pero hayan quedado excluidas del reparto por municipios, pasarían a una lista general, independiente de los municipios, en la que se financiarán por orden de prelación hasta finalizar el presupuesto excedentario.

El procedimiento descrito resulta confuso. No queda claro cómo interactúan los conceptos de zona y municipio a los efectos de evitar la concurrencia de ayudas en la misma zona. Tampoco queda claro cómo se determina el presupuesto excedentario. En definitiva, sería recomendable dar una nueva redacción a los subapartados 4 y 7 del apartado Decimocatorce, a fin de mejorar la claridad del texto.

- **Criterios de valoración:** El Anexo IV recoge los criterios de evaluación (valoración) de solicitudes con sus umbrales de puntuación mínima y máxima. A este respecto, se estima conveniente realizar las siguientes observaciones:
 - Se valora negativamente el **establecimiento de umbrales** en cada criterio, a falta de una justificación adecuada. Esta práctica constituye

²⁹ El apartado quinto del proyecto de Resolución remite al Anexo II para determinar los conceptos susceptibles de ayuda, pero no figura ninguna tabla.

una restricción a la competencia, puesto que excluye automáticamente las ofertas que no los alcancen, aunque en conjunto pudieran tener una puntuación superior a otras que sí resulten elegidas.

Tal y como ha señalado esta Sala en su informe relativo al Plan PEBA³⁰, se recomienda elevar la ponderación del **principal criterio de valoración** que es el de **menor ayuda por usuario beneficiado** - actualmente, con una ponderación del 20%-, para que sea un criterio claramente preponderante pues es el que mejor refleja el objeto de la ayuda (aumentar la cobertura hasta alcanzar un grado universal) al mismo tiempo que prima la eficiencia económica (y presupuestaria) y fomenta la competencia entre los operadores.

- También se propone dar más peso al **octavo criterio de valoración referido al ahorro de gastos por aprovechamiento de infraestructuras públicas propias o de terceros operadores**, al tratarse de un criterio que ahonda en la eficiencia económica y presupuestaria del proyecto. Como se señala en el apartado decimotercero del Anexo I, la memoria del proyecto que debe acompañar a la solicitud debe incluir un análisis de la reutilización y grado de aprovechamiento de otras infraestructuras públicas existentes que no cita pero que se entiende que se refiere a carreteras, conductos de energía y agua, alcantarillado, instalaciones de cable, conductos industriales, etc. Tal reutilización supondría importantes ahorros para el proyecto, pudiendo solicitar la colaboración del órgano gestor para facilitar un acuerdo de utilización, con la consiguiente reducción de la inversión necesaria.
- Respecto del **resto de los criterios**, cabe señalar que adolecen de una notable vaguedad. Para mejorar la seguridad jurídica de los solicitantes y para reducir el ámbito de discrecionalidad del órgano concedente es imprescindible redefinirlos de manera objetivable, cuantificable y evaluable mediante fórmulas que otorguen seguridad jurídica a los interesados y garanticen los principios de no discriminación y transparencia de acuerdo con el artículo 150.2 del TRLCSP y reducir su peso al máximo o, incluso, preferiblemente, ser eliminados de aquellos que se considere imposible expresar en términos cuantificables y objetivos.
- **Evaluación ex post del esquema de ayudas:** Cabe reflexionar sobre la necesidad de evaluación ex post de este tipo de esquemas, tanto en lo relativo a la consecución de los objetivos previstos como en la posible

³⁰ Véase Acuerdo de 17 de noviembre de 2016 por el que se emite informe relativo a la propuesta de proyecto de Orden por la que se modifica la orden IET/1144/2013, de 18 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas con cargo al programa de extensión de la banda ancha de nueva generación (expediente núm. IPN/CNMC/015/16/MODIFICACIÓN ORDEN PLAN PEBA-NGA 2016).

materialización de efectos indirectos indeseados, como una distorsión de la competencia y la eficiencia. Recientemente se ha publicado el Documento metodológico de la CNMC para la evaluación de ayudas públicas (PRO/CNMC/001/16).

Aunque en principio el esquema es de un importe inferior al que considera la normativa comunitaria para exigir un plan de evaluación³¹, sí existen ciertos elementos que apoyan la necesidad de evaluación en todo caso.

- Como se ha señalado anteriormente, la convocatoria analizada comprende los ejercicios 2017 y 2018. Por consiguiente, es clave extraer lecciones sobre el diseño del esquema para introducir eventuales correcciones en futuros regímenes.
- Además, la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas al consumidor final (sea particular o empresa) es una actividad muy concentrada, con lo que es pertinente evaluar el impacto sobre la competencia, dadas las características del mercado afectado.

VIII. OTRAS CUESTIONES

Se sugiere modificar las referencias que existen a las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que ha sido derogada por las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

IX. CONCLUSIONES

Con carácter general, el proyecto del Gobierno de las Islas Baleares contribuirá a la efectiva realización de algunos de los objetivos señalados en la Agenda Digital para España y en la Agenda Digital Europea.

Se destacan las siguientes observaciones contenidas en el presente informe:

- Se sugiere que se modifique la redacción de la obligación de ofrecer el **acceso mayorista tipo bitstream** “*en condiciones equitativas y no discriminatorias*” en línea con la previsión del artículo 52.5 del Reglamento de Exención por Categorías.

³¹ De acuerdo con el artículo 1.2 del [Reglamento \(UE\) 651/2014, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado](#), existe la obligación de diseñar un plan de evaluación para los esquemas de importe superior a 150 millones de euros anuales.

- Si la red de acceso NGA desplegada, por limitaciones de la tecnología, no permite la desagregación y el acceso a la línea física, debería introducirse la posibilidad de un **servicio mayorista de desagregación virtual**.
- Se sugiere incluir una previsión sobre la necesidad de que las **conducciones** tengan un tamaño suficiente para permitir despliegue de los operadores. Asimismo, las autoridades locales deberán tratar de que se coordinen los trabajos de infraestructura civil con otros operadores en condiciones transparentes y no discriminatorias.
- Se sugiere la realización de un **inventario detallado** de todas las infraestructuras existentes dentro del territorio autonómico que son susceptibles de alojar redes NGA que sea puesto a disposición de todos los operadores al objeto de que puedan incluir tales infraestructuras en los proyectos que presenten al concurso para la obtención de la ayuda.
- Se recuerda que deben valorarse las medidas a adoptar para garantizar una publicidad que ayude a una adecuada **coordinación de las obras civiles** que se lleven a cabo para el despliegue de redes NGA en condiciones transparentes y no discriminatorias.
- En el caso de un operador integrado verticalmente, se recomienda prever expresamente que el detalle de la oferta de acceso mayorista esté **disponible** al resto de operadores interesados con un tiempo de antelación suficiente previo al inicio de la actividad minorista por el adjudicatario de la ayuda.
- Se sugiere que se aclare el alcance del apartado noveno.1 sobre la capacidad de intervención de la CNMC en el ámbito del proyecto.
- Se recuerda que existe una **obligación de transparencia** sobre el contenido de las ayudas para la administración concedente de la ayuda y el beneficiario. En este sentido, se sugiere introducir algunas previsiones en las bases para garantizar que el beneficiario de las ayudas incremente la transparencia de los proyectos que ejecute.
- Para garantizar la **regulación económica eficiente y la competencia** en la convocatoria de las ayudas, se recomienda que se tengan en cuenta una serie de consideraciones sobre:
 - Se recomienda que se califique expresamente el tipo de ayudas que pretende tramitarse –en el presente supuesto, parece que encajan en el Reglamento de Exención por Categorías-.

- No se prevé en el proyecto la posibilidad de que concurren **UTE**, que desde el punto de vista de la competencia pueden ser una forma de permitir a las pequeñas empresas acceder a las licitaciones.
- Se valora positivamente que, en el **criterio de solvencia técnica**, la experiencia no sea un factor excluyente, pero se sugiere que se concrete en mayor medida el concepto de “*personal suficiente*”.
- Se recomienda al Gobierno de las Islas Baleares que valore la posibilidad de establecer **criterios alternativos de solvencia económica** para los solicitantes de nueva creación menos restrictivos, como por ejemplo que se aporte un informe de entidades financieras acreditativo de la solvencia.
- Se sugiere que se subsane la contradicción manifiesta entre la Orden autonómica y el proyecto de Resolución en relación con la compatibilidad de acumular estas ayudas con otras dirigidas a la misma finalidad, manteniéndose la **incompatibilidad de las ayudas** prevista en el proyecto de Resolución.
- Se sugiere al Gobierno Balear que la determinación de la **intensidad de la ayuda** se realice sobre la base de criterios objetivos que recojan más ampliamente las realidades que ponderan los operadores a la hora de decidir dónde invertir para desplegar sus redes privadas, o bien equiparar la intensidad de ayuda independientemente de la zona en que se ejecute el proyecto.
- Para mayor eficiencia y economía procesal se recomienda que la **declaración responsable** se exija y compruebe con la presentación de la solicitud de ayuda y no que sea exigible también en el momento de aceptación de la ayuda, donde ya se habrá instruido todo el procedimiento.
- Se recomienda dar nueva redacción a los subapartados 4 y 7 del apartado decimocuarto, a fin de aclarar cómo interactúan los conceptos de zona y municipio a los efectos de evitar concurrencia de ayudas en la misma zona, la prelación de ayudas y la distribución del presupuesto excedentario.
- Se recomienda **eleva**r la ponderación del **criterio de valoración de menor ayuda por usuario** beneficiado -actualmente, con una ponderación del 20%- , para que sea un criterio claramente preponderante pues es el que mejor refleja el objeto de la ayuda (aumentar la cobertura hasta alcanzar un grado universal) al mismo tiempo que prima la eficiencia económica (y presupuestaria) y fomenta la competencia entre los operadores.

- También se propone **dar más peso al octavo criterio de ahorro de gastos por aprovechamiento de infraestructuras** públicas propias o de terceros operadores, al tratarse de un criterio que ahonda en la eficiencia económica y presupuestaria del proyecto.
- Se recomienda redefinir los **criterios restantes** de manera objetivable, cuantificable y evaluable mediante fórmulas que garanticen los principios de seguridad jurídica, no discriminación y transparencia.
- Se recuerda la posibilidad de incluir una **evaluación ex post** del esquema de ayudas en orden a conocer los mejores diseños para futuras convocatorias.