

RESOLUCIÓN
(Expte. S/DC/0557/15 NOKIA)**SALA DE COMPETENCIA****PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep María Guinart Solà
D^a. Clotilde de la Higuera González
D^a. María Ortiz Aguilar
D. Fernando Torremocha y García - Sáenz

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 8 de junio de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado esta Resolución en el expediente S/DC/0557/15 NOKIA, incoado por la Dirección de Competencia contra NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L., por supuesta infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistente en un abuso de posición de dominio en el marco de la licitación convocada por la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) para la prestación de servicios de mantenimiento y renovación de las instalaciones de, entre otras, telecomunicaciones móviles GSM-R y sistemas centrales del core de Red GSM-R.

I. ANTECEDENTES

1. En julio de 2014, ADIF sacó a concurso el contrato que afecta, entre otros, al mantenimiento y renovación de los sistemas de telecomunicaciones móviles GSM-R¹ de la red ferroviaria de alta velocidad.

Participaron en la licitación, a través de acuerdos asociativos con otras empresas, las entidades KAPSCH CARRIERCOM ESPAÑA, S.L.U. (KAPSCH) y NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L. (NOKIA).

2. De acuerdo con el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), como requisito para acreditar la solvencia técnica de los licitadores se incluía la exigencia al

¹ Global System for Mobile Communications - Railway

licitador de presentar una carta de compromiso del fabricante de la tecnología por el que garantizaba la asistencia y soporte técnico de éste al adjudicatario en caso de que fuese necesario. La alternativa en caso de no contar con ese compromiso, es que el adjudicatario se obligaba a sustituir el equipamiento instalado por la otra empresa por uno propio sin coste para ADIF.

3. Ninguna de las empresas, pese a requerírsele mutuamente, se remitieron carta formal de compromiso de soporte técnico. Sin embargo, sí se remitieron mutuamente una oferta económica sobre el precio a cobrar a la otra empresa por la prestación de ese servicio soporte. En particular, con fecha 29 de septiembre de 2014, NOKIA remitió a KAPSCH una oferta mayorista relativa al servicio de soporte a prestar a esta última para el mantenimiento de la red de referencia.
4. Con fecha 1 de octubre de 2014, KAPSCH remitió una carta a ADIF en la que pone de manifiesto que no le ha sido posible presentar una oferta *“coherente y competitiva de acuerdo con el pliego del contrato”*, por lo que con fecha 19 de diciembre de 2014, ADIF adjudicó el contrato a la UTE Mavents, compuesta por NOKIA y otras empresas, por un importe de 339.101.652,17 euros. Entre los motivos de renuncia, KAPSCH señala que no ha recibido el compromiso de soporte de NOKIA y que las ofertas económicas son muy elevadas.
5. Unos meses más tarde, con fecha 19 de mayo de 2015, se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de denuncia de KAPSCH contra NOKIA por supuestas conductas prohibidas por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

La citada entidad denunciaba que los precios mayoristas ofertados por NOKIA para el servicio soporte de la red de telecomunicaciones eran excesivos y discriminatorios, estaban muy por encima de los precios de mercado y eran incompatibles con el presupuesto máximo contemplado en el PPT aportado por la denunciante, lo que, a su juicio, le hubiera provocado un estrechamiento o eliminación de márgenes e, incluso, pérdidas. Esta conducta de NOKIA impidió, según señala la denunciante, la posibilidad de presentar una oferta competitiva.

En el mismo escrito de denuncia, la citada entidad solicitaba la adopción de medidas cautelares consistentes en la suspensión temporal de la resolución de adjudicación del contrato a favor de NOKIA, en tanto no se resolviera el expediente sancionador.

6. Como consecuencia de esta denuncia, la Dirección de Competencia inició, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC, una información reservada (expediente S/DC/0557/15) con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.

7. Tras un análisis preliminar de la información facilitada por la denunciante, con fecha 17 de septiembre de 2015, la Dirección de Competencia remitió una solicitud de información a ADIF para que aportara datos sobre líneas o tramos de líneas ferroviarias gestionadas por ADIF que disponen de tecnología GSM-R; empresas que han instalado dicha tecnología; empresas que prestan los servicios de mantenimiento; fechas de los anuncios de las correspondientes licitaciones y de las adjudicaciones; pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas; copia de las ofertas técnica y económica presentadas por todos los oferentes e identidad de los subcontratistas en relación con la instalación y servicios de mantenimiento de la tecnología GSM-R en su caso (folios 820-823). La respuesta a esta solicitud de información tuvo entrada en la CNMC los días 6, 20 y 21 de octubre de 2015 (folios 826 a 73323).
8. Con fecha 13 de noviembre de 2015, ADIF presentó un informe complementario de aclaración de algunas informaciones contenidas en la respuesta al requerimiento de información (folios 73324-73328).
9. Con fecha 19 de noviembre de 2015, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, el Director de Competencia acordó la incoación de expediente sancionador contra NOKIA, por conductas prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se acordó denegar la adopción de medidas cautelares solicitadas por KAPSCH y se acordó considerar interesado a KAPSCH (folios 73329-73331).

El acuerdo de incoación se refería a la infracción consistente en un abuso de posición dominante en los mercados de suministro de información técnica y piezas de recambio para equipos GSM-R de NOKIA, derivado de la aplicación de precios no equitativos y discriminatorios y la negativa injustificada de suministro de un recurso esencial como es el servicio de soporte a la red.

10. KAPSCH presentó recurso contra la denegación de medidas cautelares, que fue desestimado por el Consejo de la CNMC con fecha 25 de febrero de 2016 (Expte. R/AJ/124/15).
11. Con fecha 15 de enero de 2016, la Dirección de Competencia realizó una solicitud de información a NOKIA para que aportara copia de la oferta económica remitida a KAPSCH en el marco de la licitación convocada por ADIF el 25 de julio de 2014 y aclarase determinados aspectos de la oferta económica presentada ante ADIF por la UTE Nokia-Siemens-Thales en el marco de la licitación anterior (folios 73451-73452). La respuesta a esta solicitud de información tuvo entrada en la CNMC el 2 de febrero de 2016 (folios 73469-73561). Con fecha 2 de marzo de 2016, la Dirección de Competencia adoptó un acuerdo de confidencialidad en relación con esta respuesta (folios 73565-73566).

- 12.** Con fecha 12 de febrero de 2016, tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de KAPSCH en el que añade a su denuncia una nueva conducta anticompetitiva de NOKIA prohibida por el artículo 2 de la LDC, consistente en una venta a pérdida con el fin de obtener una posición de monopolio que le permita compensar las pérdidas incurridas como consecuencia de la sustitución gratuita de la tecnología de KAPSCH en el tramo Barcelona-Figueras de la línea de alta velocidad Madrid-frontera francesa (folios 73562-73564).
- 13.** Con fecha 4 de marzo de 2016, la Dirección de Competencia incorporó al expediente documentación aportada por ADIF el 20 octubre de 2015 que, por error material, no se había incorporado en su día (folios 73570-75336). Con fecha 7 de marzo de 2016, la Dirección de Competencia adoptó un acuerdo de confidencialidad de estos documentos aportados por ADIF (folios 73565-73566).
- 14.** Con fecha 18 de marzo de 2016, la Dirección de Competencia remitió solicitud de información a ADIF para que aclarara determinados extremos relacionados con el PPT que rige la licitación de julio de 2014 anteriormente mencionada (folios 75346-73604).
- 15.** Con fecha 12 de abril de 2016, la Dirección de Competencia realizó una solicitud de información a NOKIA para que aportara la correspondencia cruzada con KAPSCH y ADIF en relación con la licitación de 25 de julio de 2014 y aclarara determinados conceptos contenidos en las ofertas técnica y económica presentadas en la licitación (folios 75611-75614). La respuesta a esta solicitud de información tuvo entrada en la CNMC el 29 de abril de 2016 (folios 75635-76800). Con fecha 13 de junio de 2016, la Dirección de Competencia adoptó un acuerdo de confidencialidad en relación con esta respuesta (folio 77126).
- 16.** Con fecha 18 de abril de 2016, la Dirección de Competencia realizó una solicitud de información a KAPSCH para que aportara la correspondencia cruzada con NOKIA y ADIF en relación con la licitación de 25 de julio de 2014 y aclarara determinados aspectos contenidos en su denuncia (folios 75626-75628). La respuesta a esta solicitud de información tuvo entrada en la CNMC el 11 de mayo de 2016 (folios 76801-77073).
- 17.** Con fecha 27 de mayo de 2016, la Dirección de Competencia realizó una solicitud de información a ADIF para que aclarara determinados extremos relacionados con la renovación de los equipos BSC (Base Station Controller) en el marco de la licitación (folios 77076-77078). La respuesta a esta solicitud de información tuvo entrada en la CNMC el 16 de junio de 2016 (folios 77120-77125).
- 18.** Con fecha 13 de septiembre de 2016, la Dirección de Competencia acordó ampliar el objeto del procedimiento, al amparo de lo previsto en el artículo 29 del RDC, aclarando que las conductas investigadas también comprendían una posible práctica de estrechamiento de márgenes por parte de NOKIA en los mercados afectados.

- 19.** Con fecha 15 de septiembre de 2016, el instructor adoptó el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que fue remitido a las partes a los efectos de que presentaran las alegaciones que estimasen oportunas (folios 77941 a 77983).

El citado Pliego señala lo siguiente: “a los efectos de este Pliego de Concreción de Hechos, esta Dirección de Competencia sólo va a centrarse en el análisis de la existencia de un estrechamiento de márgenes, en la medida que con su verificación se produce una infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE, lo que hace innecesario estudiar si también se produce una negativa de suministro abusiva o precios predatorios, especialmente cuando esta Dirección de Competencia considera que con la información disponible no se puede sustanciar la existencia de estas conductas abusivas adicionales al estrechamiento de márgenes” (folio 77989, párrafo 201).

Presentaron alegaciones NOKIA (folios 78097 a 78560) y KAPSCH (folios 78561 a 78574).

- 20.** Con fecha 24 de noviembre de 2016, el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del expediente (PR), notificándola a las partes para que presentaran las alegaciones que estimasen conveniente (folios 78600 a 78711).

La Dirección de Competencia propone sancionar a NOKIA por haber incurrido en una infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, consistente en abusar de su posición de dominio, mediante un estrechamiento de márgenes.

Presentó alegaciones la entidad NOKIA (folios 78966 a 79818).

- 21.** La Propuesta de Resolución fue elevada a la Sala de Competencia de la CNMC con fecha 23 de diciembre de 2016 (folio 79819).

- 22.** Con fecha 9 de marzo de 2017, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador con fecha de efectos el día 10 de marzo de 2017, hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003.

- 23.** Con fecha 23 de marzo de 2017, la Sala de Competencia requirió a NOKIA para que presentara información relativa a su volumen de negocios en el año 2016. Asimismo, se acordó suspender el plazo máximo del procedimiento hasta que se aportada la información requerida o transcurriera el plazo concedido para su aportación (folios 80059 a 80061).

- 24.** Con fecha 17 de abril de 2017, la Sala de Competencia acordó el levantamiento de la suspensión de los plazos del procedimiento, fijándose el

plazo de resolución y notificación del mismo el día 21 de junio de 2017 (folios 80110 a 80111).

25. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 8 de junio de 2017.

26. Son partes interesadas en el procedimiento las que se relacionan a continuación.

II. LAS PARTES

KAPSCH CARRIERCOM ESPAÑA S.L.U. (KAPSCH)

KAPSCH es la filial española de la multinacional KAPSH CARRIERCOM, con domicilio en Viena, que ofrece soluciones finales y equipos de telecomunicaciones a operadores de red, compañías de transporte y empresas energéticas.

NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN S.L. (NOKIA)

NOKIA es la filial española del operador de telecomunicaciones mundial NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS, especializado en instalación de equipos de telecomunicaciones para redes fijas, móviles, IP y software así como en prestación de servicios para la optimización de dichas redes.

III. MERCADOS AFECTADOS

Como ya hemos señalado en los antecedentes de hecho de la presente resolución, este expediente trae causa de los hechos acaecidos en el procedimiento de contratación licitado por ADIF en el año 2014, relativo a los servicios de mantenimiento y renovación de las instalaciones de telecomunicaciones fijas, telecomunicaciones móviles GSM-R, infraestructura de operadores de telefonía móvil, sistemas centrales del core de red GSM-R, sistemas de gestión centralizada de telecomunicaciones, telemando de energía y telemando de detectores en las líneas de alta velocidad y servicios centrales de la red ferroviaria.

El alcance del contrato, y siempre a criterio de ADIF, incluye las renovaciones de equipamiento, tecnología y actuaciones necesarias para asegurar a la finalización del contrato que dichas instalaciones se encuentren en un nivel óptimo de operatividad y mantenibilidad.

Dentro de las tecnologías objeto del contrato se encuentra la red de telecomunicaciones móviles GSM-R, que es el mercado en el que se produce la práctica denunciada, que incluye dos elementos: la red de radio GSM-R y los sistemas centrales core GSM-R.

1. La tecnología GSM-R y su uso en España

La red GSM-R² es un sistema de comunicación digital inalámbrico desarrollado específicamente para la comunicación ferroviaria y que consta de elementos que se despliegan en los trenes “on-board” y en las vías “trackside” (folio 58).

El GSM-R se basa en la tecnología GSM, ampliamente desarrollada para la telefonía móvil. No obstante, el GSM-R dispone de una banda de frecuencias separada, lo que permite evitar cualquier tipo de interferencia intrabanda con las redes GSM públicas. Su funcionamiento está garantizado para trenes que circulan hasta 500 km/hora por lo que se aplica y desarrolla principalmente en las redes ferroviarias de alta velocidad (folios 8-9).

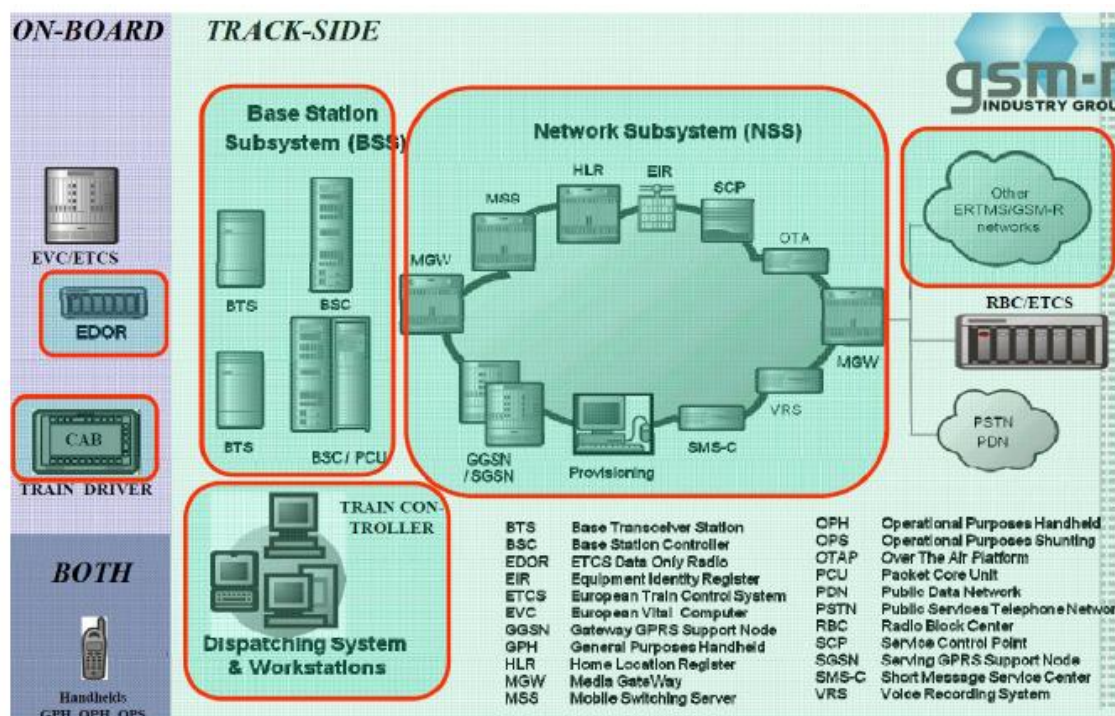
Los elementos que conforman la parte de la red que se sitúa fuera de los trenes son el subsistema BSS (Base Station Subsystem), el Train Controller y el subsistema NSS (Subsistema de conmutación de red - Network Switching Subsystem) (folio 58).

El NSS corresponde a los equipos centrales de conmutación (Mobile Switching Controller-MSC) y otros elementos asociados y se dedica a realizar la gestión de las llamadas así como los servicios avanzados de telefonía propios de los sistemas GSM-R. El BSS corresponde a los equipos radio instalados a lo largo del trazado ferroviario (Estación Base-BTS) y los instalados junto a las centrales de conmutación (Controlador de estación base-BSC) y tiene por función principal gestionar las conexiones radio entre cada una de las estaciones base y los terminales móviles instalados en los trenes con la red troncal o la NSS. Se sitúan a ambos lados de la vía a una distancia entre sí de entre 5-10 km de media. Por su parte, el controlador o sistema de gestión centralizada dirige las comunicaciones con todos los trenes en un territorio determinado.

El principal elemento a bordo del tren es el EVC (Ordenador Eurocabina - European Vital Computer) que implementa un sistema de supervisión y control continuo de la velocidad sobre la base de la información recibida de los elementos de las vías, otro equipo a bordo y el conductor. El EVC interactúa con la red GSM-R a través del EDOR (ETCS-European Train Control System- Data Only Radio) (folio 59).

En el siguiente esquema se representan los principales elementos que conforman el sistema GSM-R:

² Global System for Mobile communications- Railway



En los segmentos de equipos “on-board” y “train controller” existen proveedores alternativos. Sin embargo, en las infraestructuras de tecnología GSM-R (red de acceso radio y red core) únicamente existen tres proveedores a nivel mundial, HUAWEI (multinacional de origen chino con poca presencia en Europa), NOKIA y KAPSCH, que a su vez son proveedores integrales presentes en todas las áreas de la red de comunicación móvil ferroviaria.

En España, toda la red GSM-R se controla desde dos edificios técnicos, Edificio Gutiérrez Soto (Zaragoza) y Edificio Puesto Central de Control de Atocha (Madrid), en los que conviven elementos de los subsistemas NSS y BSS.

El subsistema NSS se encuentra implantado en los dos edificios técnicos anteriores y se caracteriza por la redundancia, es decir, por la duplicidad de la mayoría de sus elementos, de forma que si en uno hay una incidencia, el otro responderá con el mismo nivel de competencia y no se perderá la comunicación. Así, la MSC se ubica en Zaragoza (Capa A) y Atocha (Capa B) y los sistemas de operación y mantenimiento (O&M) y de alimentación también están ubicados en los dos edificios. Existen, sin embargo, otros elementos, únicos en la actualidad, que se prevé duplicar con la licitación de julio de 2014, tales como la red inteligente (IN) (Atocha), monitoring center (Zaragoza) o los sistemas SMS (mensajes cortos)/VMS (servidor buzón de voz) (Atocha).

El subsistema BSS, por su parte, se encuentra ubicado tanto en los edificios técnicos como en las líneas ferroviarias. Cada subsistema BSS está conformado por una BSC y un conjunto de BTS (Base Transceiver Station). Dada la capacidad de tráfico de las BSC y las dimensiones de la red de ADIF Alta Velocidad, una única BSC puede controlar conjuntos de BTS situadas en distintas líneas (folios 77123-77124).

Actualmente, existen BSC para las siguientes líneas en Atocha (capa B):

- BSC 4: Madrid-Sevilla, Córdoba-Málaga y ramal La Sagra-Toledo (NOKIA)
- BSC 9: Madrid-Valladolid; Olmedo-Medina (NOKIA)
- BSC 8: Madrid-Barcelona (NOKIA)
- eBSC³: Madrid-Albacete-Valencia, Albacete-Alicante (NOKIA)
- BSC Barcelona-Figueras (KAPSCH)
- eBSC Barcelona: cercanías (NOKIA)
- eBSC Madrid: cercanías (NOKIA)
- BSC Bilbao-Santander (KAPSCH)
- BSC Orense-Santiago (a partir de 2020) (KAPSCH)

Por su parte, en Zaragoza existen BSC para las siguientes líneas (Capa A):

- BSC 10: Madrid-Valladolid, Córdoba-Málaga y ramal La Sagra-Toledo (NOKIA)
- BSC 2: Madrid- Barcelona y Zaragoza-Huesca (NOKIA)
- eBSC: Madrid-Albacete-Valencia, Albacete-Alicante (NOKIA)
- BSC Barcelona-Figueras (KAPSCH)
- BSC Orense-Santiago (a partir de 2020) (KAPSCH)

De lo anterior se desprende que todas las BSC de líneas de alta velocidad, excepto Zaragoza-Huesca y Madrid-Sevilla, son redundantes.

Los equipos radio (BTS), por su parte, se ubican en casetas a lo largo de la línea y se complementan, como consecuencia de la presencia de túneles, con repetidores de fibra óptica que se ubican en el interior o boca de los túneles (FOR) y con la unidad maestra de repetidores (BMU).

2. Delimitación de los mercados afectados

2.1. Mercado de producto

Como ya se ha señalado, el GSM-R se utiliza en España en las líneas de alta velocidad y se ha implantado, asimismo, en núcleos de cercanías como Bilbao, Santander, Madrid y próximamente se implantará en Barcelona. En España, existe un único demandante de este producto, ADIF, que realiza sus adquisiciones mediante procedimientos de licitación pública. De acuerdo con la información facilitada por ADIF, en la actualidad 2.600 km de líneas ferroviarias (2.400 km de alta velocidad) cuentan con tecnología GSM-R y otros 1.600 km de

³ eBSC es una evolución del equipo BSC (folio 75678).

líneas que están en construcción (1.080 km de alta velocidad), también la llevarán en un futuro próximo (folio 73316).

Hasta la convocatoria de la licitación de julio de 2014, el mantenimiento de las redes instaladas ha corrido a cargo del propio instalador por motivos de vinculación tecnológica. Sin embargo, a partir de esta licitación, ADIF pretende que sea el adjudicatario el mantenedor de todas las líneas a medida que vayan venciendo los contratos en vigor, al tiempo que renueva los distintos equipos contemplados en el PPT al vencimiento de su vida útil. Para ello, ADIF estableció en el PPT que para poder ofrecer servicios de mantenimiento y renovación, tanto en el subsistema BSS como en el NSS, los operadores que licitaran al concurso debían contar con el soporte del fabricante que había realizado el despliegue original así como con un certificado de interoperabilidad.

De lo anterior se desprende que hay un conjunto de actividades complementarias que satisfacen necesidades distintas pero se encuentran estrechamente vinculadas, como son la fabricación y comercialización de infraestructuras de telecomunicaciones GSM-R, el mantenimiento de las mismas y las actividades de apoyo y soporte técnico.

Las actividades de fabricación y comercialización de las instalaciones de equipos de la red GSM-R y el mantenimiento de dichas infraestructuras pueden ser prestadas por proveedores diferentes, como se desprende del PPT de ADIF. No obstante, el operador que preste el servicio de mantenimiento está condicionado por el fabricante de las tecnologías propietarias de las instalaciones GSM-R, quien debe prestarle, al menos hasta el final de la vida útil de los distintos equipos, servicios de apoyo y soporte en forma de conocimientos, operarios cualificados, actualizaciones de hardware y software, y repuestos.

De esta manera, en línea con los precedentes en otros sectores⁴, los servicios de mantenimiento de los equipos de la red GSM-R configurarían un mercado de producto diferenciado.

Por otra parte, los servicios de apoyo, soporte técnico y suministro de repuestos de cada marca, a partir de las nuevas exigencias de ADIF en la licitación de 2014 que permite que los servicios de mantenimiento, por un lado, y soporte, por otro, sean llevados a cabo por empresas distintas, pasan a ser un input esencial de cara a la prestación de los servicios minoristas de mantenimiento de los equipos del fabricante, y se configuran como un mercado relevante en sí mismo, diferenciado por marca, y verticalmente relacionado con el mercado de servicios de mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones GSM-R.

En virtud de lo anterior, esta Sala, en consonancia con la Dirección de Competencia, ha delimitado los siguientes mercados de producto afectados en el marco del expediente de referencia:

⁴ Véase, por ejemplo, la Resolución de la CNC de fecha 17 de septiembre de 2013 (Expte. S/410/12 ASCENSORES-2) y las Directrices de la Unión Europea relativas a las restricciones verticales en mercados de vehículos de motor.

- a) Mercado de **fabricación y comercialización de la red** de telecomunicaciones móviles GSM-R (subsistemas BSS y NSS).
- b) Mercado de **mantenimiento de las instalaciones** de telecomunicaciones móviles GSM-R.
- c) Mercado mayorista de **prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones** de telecomunicaciones móviles GSM-R de equipos NOKIA.

2.2. Mercado geográfico

En lo que respecta al ámbito geográfico relevante de estos mercados de producto, consideramos que tienen una **dimensión, al menos, europea** tanto el mercado de **fabricación y comercialización** de la red de telecomunicaciones móviles GSM-R como el mercado mayorista de **prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos** para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R de equipos NOKIA. En particular, conviene tener en cuenta que los estándares de las redes de telecomunicaciones móviles GSM-R que existen en Europa se fijan a nivel europeo.

En todo caso, no es necesario pronunciarse sobre la delimitación exacta del ámbito geográfico de estos dos mercados, en la medida que no afecta a las conclusiones del análisis. En el caso del mercado mayorista de prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R de equipos NOKIA, este operador tiene una cuota de mercado del 100% con independencia del ámbito geográfico que se delimite.

Por lo que se refiere al mercado de **mantenimiento de las instalaciones** de telecomunicaciones móviles GSM-R, esta Sala, al igual que la Dirección de Competencia, estima que el mismo tiene una **dimensión nacional en España**. En particular, su dinámica competitiva está muy influenciada por la estructura (en términos de fabricante) de las redes de tecnología GSM-R que ADIF tiene en España, que presenta diferencias sustanciales con otros países.

Adicionalmente, la prestación de los servicios de mantenimiento a ADIF, en particular, en relación con las obligaciones de revisión periódica y de tiempos de respuesta a las incidencias, obligan a los distintos oferentes a disponer de medios personales y técnicos en España.

3. Estructura mercados afectados en España

Tanto NOKIA como KAPSCH han instalado redes de tecnología GSM-R en España a través de diversas licitaciones convocadas por ADIF que incluyen tanto el despliegue como el mantenimiento y cuyos contratos tienen diferentes vencimientos. En el cuadro que se presenta a continuación se recogen las líneas

que cuentan con tecnología GSM-R y las empresas instaladoras, de acuerdo con la información facilitada por ADIF:

CUADRO 5: LONGITUD LÍNEAS ALTA VELOCIDAD (KM)				
KM CONSTRUIDOS			Cuota NOKIA (%)	Cuota KAPSCH (%)
Madrid-Lérida	495,0	NOKIA	84,7	15,3
Madrid-Sevilla	471,0	NOKIA		
La Sagra-Toledo	20,0	NOKIA		
Córdoba-Málaga	154,0	NOKIA		
Lérida-Barcelona	170,0	NOKIA		
Barcelona-Figueras	131,0	KAPSCH		
Madrid-Valladolid-Medina del Campo	204,0	NOKIA		
Madrid-Valencia-Albacete	430,0	NOKIA		
Albacete-Alicante	164,0	NOKIA		
Líneas convencionales				
Orense-Santiago	88,0	KAPSCH		
Zaragoza-Huesca	79,0	NOKIA		
Cercanías Bilbao-Santander	180,0	KAPSCH		
Cercanías Madrid	16,0	NOKIA		
SUBTOTAL	2.602,0			
KM EN CONSTRUCCIÓN/ADJUDICADOS/EN LICITACIÓN			Cuota NOKIA (%)	Cuota KAPSCH (%)
Valladolid-León-Burgos	247,6	NOKIA	100,0	
Antequera-Granada	122,0	NOKIA		
Monforte del Cid-Murcia	70,0	NOKIA		
Olmedo-Zamora-Orense	331,0	NOKIA		
Cáceres-Badajoz	193,0	NOKIA		
Tarragona-Vilaseca	15,0	NOKIA		
La Robla-Pola de Lena	63,0	NOKIA		
La Sagra-Atocha-Chamartín	40,7	NOKIA		
Líneas convencionales				
Cercanías Barcelona (fases I+II)	390,0	NOKIA		
Cercanías Barcelona (fase III)	130,0	NOKIA		
SUBTOTAL	1.602,3			
TOTAL	4.204,3			
Fuente: ADIF (folio 73316)				

Hasta la convocatoria de la licitación de julio de 2014, existían en la fabricación y mantenimiento de redes de telecomunicaciones móviles GSM-R de ADIF únicamente dos proveedores, NOKIA y KAPSCH, con cuotas del 84,7% y 15,3%, respectivamente. El mercado mayorista de servicios de apoyo y soporte no existía, ya que el mantenimiento lo realizaba el propio tecnólogo y no era necesaria, en consecuencia, la prestación de servicios de apoyo.

A partir de la adjudicación de la licitación de julio de 2014, la situación cambia. En el ámbito de la fabricación y comercialización de redes de telecomunicaciones

móviles GSM-R de ADIF, NOKIA pasa a absorber la posición de KAPSCH derivada de la línea de alta velocidad Barcelona-Figueras. Esto es consecuencia de la ausencia de carta de soporte de mantenimiento de nivel 2/3 por parte de KAPSCH⁵, propietario de la tecnología GSM-R instalada en dicha línea, que obliga a NOKIA a sustituir, sin cargo para ADIF, esa tecnología por la suya propia. Así, la cuota incrementada de NOKIA se sitúa en el 89,7%.

En el mercado de mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R propiedad de ADIF en España, en línea con lo anterior, NOKIA ha continuado manteniendo sus equipos y ha pasado a mantener, con carácter prácticamente inmediato, el equipamiento de KAPSCH en la línea Barcelona-Figueras, por ausencia de compromiso de soporte por parte del tecnólogo. KAPSCH sigue manteniendo las líneas Orense-Santiago y cercanías Bilbao-Santander.

El mercado mayorista de apoyo y soporte, por su parte, surge a partir de la citada licitación y en él tendrá cabida un único oferente con una cuota del 100%, pues será el único operador capacitado para prestar servicios de soporte de sus propios equipos.

De lo anterior se desprende que, como consecuencia de la Licitación de julio de 2014 y de las adjudicaciones realizadas recientemente de líneas de ferrocarril que todavía no han entrado en funcionamiento, los mercados relacionados con la tecnología GSM-R en el futuro tendrán en España, muy probablemente, una configuración en la que existirá un único operador, NOKIA, que mantendrá sus propios equipos.

IV. HECHOS ACREDITADOS

1. En julio de 2014, ADIF saca a concurso el contrato que afecta al mantenimiento y renovación de los sistemas de telecomunicaciones móviles GSM-R

1.1. Principales condiciones del contrato

El contrato tiene por objeto la contratación de los servicios de mantenimiento y renovación de las instalaciones de telecomunicaciones fijas, telecomunicaciones móviles GSM-R, infraestructura de operadores de telefonía móvil, sistemas centrales del core de red GSM-R, sistemas de gestión centralizada de telecomunicaciones, telemando de energía y telemando de detectores de varias líneas de alta velocidad y servicios centrales (folios 452-618).

Se integra en un único contrato diversas tecnologías. Una de ellas se refiere la red de telecomunicaciones móviles GSM-R que es el mercado en el que se

⁵ Como se detallará posteriormente, KAPSCH decidió no otorgar carta de soporte a NOKIA, lo que implicó que ésta tuviera que cambiar los equipos de KAPSCH, sin coste para ADIF, para poder mantenerlos en consonancia con lo indicado en PPT: “*las renovaciones a realizar debidas a que con la tecnología instalada el adjudicatario no sea capaz de mantener el nivel de servicio exigido (...) (debido a la falta de repuestos, de soporte técnico del fabricante, etc.), serán a cargo del adjudicatario*” (folio 468).

produce la práctica denunciada y que incluye dos elementos: la red de radio GSM-R y los sistemas centrales core GSM-R.

La duración del contrato es de diez años prorrogable por otros dos años más en caso de que ADIF lo considere conveniente y se llegue a un acuerdo con el adjudicatario. El contrato, no obstante, entrará en vigor de forma parcial y progresivamente a medida que vayan finalizando dichos contratos a los que sustituirá totalmente.

En cuanto a los servicios a prestar y obras a realizar por la empresa adjudicataria, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) integra en un único contrato actuaciones de una doble naturaleza. Por una parte, con carácter ordinario, la prestación de servicios de mantenimiento y, por otra parte, con carácter de Acuerdo Marco, ciertas obras de inversión contempladas en el **capítulo 4** (plan de renovaciones y evolución tecnológica). En el PPT se contemplan tres tipos de actuaciones de inversión:

- Renovaciones imprescindibles (folios 461, 499): por el estado operativo actual de los sistemas afectados. Su alcance está incluido en el importe de mantenimiento con cargo al presupuesto de explotación (según el PPT suponen aproximadamente un 7,61% del canon) (folio 499).
- Renovaciones orientadas a la optimización: homogeneización y optimización de las tecnologías utilizadas. Estas inversiones quedan recogidas en un Acuerdo Marco y dentro del ámbito de este contrato y se realizarán mediante la fórmula de pedido contra dicho Acuerdo Marco. Cada pedido se analizará y justificará debidamente. Para la materialización de los pedidos será necesario la consignación presupuestaria de los mismos, la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto. Partiendo de esta documentación y, previa oferta del contratista, se procederá a la adjudicación y formalización del contrato (folios 462, 467, 499).
- Posibles ampliaciones o mejoras: impuestas por cambio de normativa o de forma de explotación. Estas actuaciones tienen carácter meramente informativo por lo que no están incluidas en el contrato en licitación y, si se decidiera acometerlas, podrían negociarse directamente con el adjudicatario de este contrato si su valor no excede de 150.000 euros (IVA incluido). Las que excedan de este importe, se licitarán mediante concurso.

En relación con las actuaciones de renovación, en el PPT se indica, en diversas ocasiones, que *“la Dirección del Contrato de ADIF se reserva la ejecución (...) así como el momento de su realización”* (folio 468); que *“queda a criterio de la Dirección del Contrato de ADIF la realización o no de las mismas, así como la modificación de los plazos de ejecución inicialmente previstos, aunque hay algunas de las mismas (que se indican explícitamente) que deberán realizarse ineludiblemente”* (folio 480).

En el capítulo 4 del PPT se especifica que los ofertantes deberán presentar un **Plan de Renovación**, con una planificación detallada del calendario de

implantación y actuaciones previstas (folios 480-482). De cara a construir el Plan, en el PPT se especifica para cada infraestructura/tecnología cuáles son las renovaciones imprescindibles y cuáles son las renovaciones orientadas a la optimización, que presentará una oferta económica diferenciada de cara al contrato Marco (folios 499-500).

En relación con la red GSM-R, las renovaciones son:

- Renovaciones en el apartado de “Infraestructuras e instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R” (folios 491-493):
 - Imprescindibles: reposiciones y renovaciones necesarias del equipamiento de energía y aire acondicionado instalado en las casetas técnicas del sistema GSM-R; actualizaciones de versiones software de elementos de red.
 - Orientadas a la optimización: “renovación paulatina de todos los equipos del subsistema radio BSS GSM-R (incluidos los equipos BSC) según su ciclo de vida útil” (folio 492). Se solicita un certificado de que los equipos a renovar son interoperables con el subsistema de conmutación de red NSS (red core) en servicio en ese momento que habrá de ser firmado conjuntamente por las empresas fabricantes de los equipos. En el PPT se especifica que “las ofertas que no cumplan con este requisito serán excluidas”.
- Renovaciones en el apartado de “Equipos centrales de GSM-R en Atocha y Zaragoza” que habrían superado la vida operativa y están en proceso de pérdida de soporte por parte del fabricante, por lo que deberán realizarse “a corto plazo (tres años)” (folio 495) las siguientes renovaciones (folios 495-498):
 - Imprescindibles: renovación de las centrales de conmutación MSC GSM-R a arquitectura R4; renovación del sistema IN a última versión operativa y con una arquitectura distribuida entre las ubicaciones de Atocha y Zaragoza; renovación de servicios adicionales (SMS, VMS y MC); “renovación de equipos BSC (Atocha y Zaragoza) según ciclo de vida” (folio 496); sistema de provisioning y gestión de abonados, etc. Se solicita un certificado de que los equipos pertenecientes al sistema NSS GSM-R (R4) ofertados son interoperables con los subsistemas BSS de estaciones base de ADIF, que habrá de ser firmado conjuntamente por las empresas fabricantes de los equipos después de haber realizado las pruebas pertinentes. En el PPT se especifica que “las ofertas que no cumplan con este requisito serán excluidas”.

CUADRO 2: ACTUACIONES PREVISTAS EN EL PPT						
TIPO DE ACTUACIONES			PRESUPUESTO EXPLOTACIÓN (sin IVA)			PPTO: INVERSIÓN (sin IVA)
			Total	Mtto	R. Impresc.	R. Optimiz.
Mantenimiento		Instalaciones y LAV según PPT		217.346.827,63€ (92,39%)		
Renovac. Imprescin.	Red radio GSM-R	Actualización software elementos red y gestores				
		Sist. Energía equip. Telecom. Edif. Técnicos y casetas				
		Sist. Aire acondicionado casetas GSM-R y Operadores				
	Sist. Centrales CORE GSM-R	Reposiciones y renov. Según ciclo vida sist. Superv. Fibra óptica				
		Traspaso serv. datos a red datos IP/MPSL en LAV Madrid-Sevilla				
		Traspaso serv. datos a red datos IP/MPSL en LAV Córdoba-Málaga				
		Sustitución sist ATM LAV Madrid-BCN por equipos Gigabit Ethernet (MPLS)				
		Renov. Centrales conmutación MSC GSM-R Zaragoza y Atocha a arquitectura R4, incluyendo sist. IN, SMS, VMS, provisioning, gestión abonados y facturación, Expandium, OTA y sist gestión asociados, sist energía				
		Renov equipos BSC (Atocha, Zaragoza) según ciclo vida				
Renovac. Optimiz.	Red radio GSM-R	Actualizac. Equip redes acceso. Incluirá sustit. Tecnología PDH y SDH por equip datos IP/MPLS (BTS, subestaciones, AT,ET, etc)		45.000.000,00 €		
		Sustit redes troncales SDH por red datos IP/MPLS				
		Adopción soluciones voz IP en telefonía fija				
		Renov sist videovigilancia y control de accesos				
		Renovación equipos acceso radio GSM-R (BTS); interfaz Abis over IP				
		Reposiciones y renov. Según ciclo vida Remotas del sist telemando de energía				
		Reubicación repetidores FOR en boca de túnel				
		Acometidas 750 V para casetas de operadores				
Fuente: Elaboración propia con base en Pliego de Prescripciones Técnicas						

Fuente: Elaboración propia con base en Pliego de Prescripciones Técnicas

En los **capítulos 5, 6 y 7** se describen en detalle los conceptos que se incluyen en el mantenimiento preventivo y correctivo, la clasificación de las averías, la organización y programación humana y material del servicio de mantenimiento, plan de formación y de seguimiento y control (folios 502-542).

En el **capítulo 17** se detalla que los trabajos presentados se valorarán conforme al canon de mantenimiento (incluye los materiales sustituidos en incidencias propias y consumibles) y de atención a incidencias, que incluirán un importe anual para cada una de las infraestructuras/tecnologías de la red ferroviaria (folios 587-591).

En el **capítulo 19** se establece cómo se gestionarán los repuestos (folios 593-594).

Dentro del **capítulo 20**, referido a la documentación técnica a presentar en la oferta, se exige para acreditar la solvencia técnica, entre otros, además de los certificados anteriormente mencionados de interoperabilidad, una carta de compromiso de soporte técnico para demostrar que se dispone de conocimiento y base tecnológica suficiente que asegure el soporte por parte del fabricante de las tecnologías propietarias de las instalaciones, además del compromiso del fabricante para resolver incidencias atípicas (folios 595-602).

En el PPT se indica que *“las renovaciones a realizar debidas a que con la tecnología instalada el adjudicatario no sea capaz de mantener el nivel de servicio exigido (...) (debido a la falta de repuestos, de soporte técnico del fabricante, etc.), serán a cargo del adjudicatario”* (folio 468).

En el **capítulo 21**, relativo al proceso de evaluación de ofertas, se establecen los requisitos para el desglose de la estructura de costes que deben presentar las

ofertas: coste medio del personal por categoría de la unidad de negocio, horas totales productivas por categoría personal, costes de los vehículos de carretera, costes de licencias y soportes técnicos, costes indirectos y gastos generales, si los hubiere (folios 5341-5342).

En los **capítulos 24, 25 y 26** se hace un desglose de los **presupuestos** de explotación (mantenimiento + renovaciones imprescindibles) (folios 611-613), de inversiones (renovaciones orientadas a la optimización que formen parte del Acuerdo Marco) y total (folios 614-615):

CUADRO 3: PRESUPUESTO EXPLOTACIÓN E INVERSIONES					
CAPÍTULO 24: PRESUPUESTO DE EXPLOTACIÓN	Equipos radio GSM-R	Sist. centrales CORE GSM-R		Op. públicos tel. móvil	
LAV Madrid - Valladolid y Olmedo Medina	5.583.276,00 €			3.633.560,40 €	
LAV Madrid - Sevilla & Toledo - La Sagra	7.170.093,60 €				
LAV Córdoba - Málaga	4.488.698,40 €			2.921.216,40 €	
LAV Madrid- Valencia & Bif Albacete	12.723.594,00 €			8.280.434,40 €	
LAV Madrid - Barcelona & Zaragoza - Huesca	20.334.510,00 €			12.458.461,20 €	
LAV Tarragona - Vandellós	1.296.325,80 €				
LAV Barcelona - Figueras	3.355.194,15 €			2.183.539,05 €	
Total equipos Radio GSM-R	54.951.691,95 €				
Total sistemas centrales CORE GSM-R		20.128.030,80 €			
TOTAL PRESUPUESTO RED GSM-R (sin IVA)	75.079.722,75 €				
TOTAL PRESUPUESTO OPERADORES PUBLICOS TELEFONÍA MÓVIL (sin IVA)				29.477.211,45 €	
TOTAL PRESUPUESTO DE EXPLOTACIÓN (sin IVA)	237.913.935,39 €				
IMPORTE OFERTA UTE Y ADJUDICACIÓN (sin IVA)	235.249.299,31 €				
CAPÍTULO 25: PRESUPUESTO RENOVACIONES - MEJORAS - AMPLIACIONES	LAV Mad-Bcn	LAV Bcn-Figueras	LAV Mad-Sev-Málaga	LAV Mad-Vallad	LAV Mad-Valencia
Sustitución red acceso PDH por red IP/MPLS	X	X	X	X	X
Sustitución red acceso SDH por red IP/MPLS		X	X	X	X
Sustit. Red troncal transportes SDH por red IP/MPLS		X	X		
Renov. red voz a arquitectura voz sobre IP	X	X	X	X	X
Renov. BTS GSM-R AbIs over IP	X	X	X	X	X
Renov. equipamiento telemando energía	X	X	X	X	X
Renov. Equip. videovigilancia y control accesos	X	X	X	X	X
Reubicación repetidores FOR en bocas túnel	X	X	X	X	X
Acometidas 750 V casetas operadores tel. móvil	X		X		
TOTAL PRESUPUESTO INVERSIÓN (sin IVA)	45.000.000,00 €				
IMPORTE OFERTA UTE Y ADJUDICACIÓN (sin IVA)	45.000.000,00 €				
CAPÍTULO 26: TOTAL PRESUPUESTO DEL CONTRATO					
Presupuestado					
TOTAL PRESUPUESTO DE EXPLOTACIÓN (sin IVA)		237.913.935,39 €			
TOTAL PRESUPUESTO INVERSIÓN (sin IVA)		45.000.000,00 €			
TOTAL PRESUPUESTO (sin IVA)		282.913.935,39 €			
Adjudicado					
PRESUPUESTO DE EXPLOTACIÓN (sin IVA)		235.249.299,31 €			
PRESUPUESTO INVERSIÓN (sin IVA)		45.000.000,00 €			
TOTAL PRESUPUESTO (sin IVA)		280.249.299,31 €			
Fuente: elaboración propia con base en Pliego de Prescripciones Técnicas y oferta UTE					

Finalmente, en los Anejos 1 a 6 del PPT se establecen el equipo humano mínimo recomendado y la relación detallada de instalaciones a mantener (folios 37225-37506).

El Cuadro de Características del pliego de Condiciones Particulares de aplicación al contrato de servicios mediante procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación (CCPCP) en el que se encuentra integrado el PPT detallado en el apartado anterior, establece como presupuesto total máximo de licitación 282.913.935,39 euros (sin IVA) cuyas anualidades estimadas son las siguientes (folios 5357-5386):

CUADRO 4: PRESUPUESTO MÁXIMO DE LICITACIÓN						
	Inversión		Explotación		Total	
	Sin IVA	Con IVA	Sin IVA	Con IVA	Sin IVA	Con IVA
2015	- €	- €	22.325.788,12 €	27.014.203,63 €	22.325.788,12 €	27.014.203,63 €
2016	- €	- €	23.119.696,22 €	27.974.832,43 €	23.119.696,22 €	27.974.832,43 €
2017	5.625.000,00 €	6.806.250,00 €	23.995.101,81 €	29.034.073,19 €	29.620.101,81 €	35.840.323,19 €
2018	5.625.000,00 €	6.806.250,00 €	24.067.621,32 €	29.121.821,80 €	29.692.621,32 €	35.928.071,80 €
2019	5.625.000,00 €	6.806.250,00 €	24.067.621,32 €	29.121.821,80 €	29.692.621,32 €	35.928.071,80 €
2020	5.625.000,00 €	6.806.250,00 €	24.067.621,32 €	29.121.821,80 €	29.692.621,32 €	35.928.071,80 €
2021	5.625.000,00 €	6.806.250,00 €	24.067.621,32 €	29.121.821,80 €	29.692.621,32 €	35.928.071,80 €
2022	5.625.000,00 €	6.806.250,00 €	24.067.621,32 €	29.121.821,80 €	29.692.621,32 €	35.928.071,80 €
2023	5.625.000,00 €	6.806.250,00 €	24.067.621,32 €	29.121.821,80 €	29.692.621,32 €	35.928.071,80 €
2024	5.625.000,00 €	6.806.250,00 €	24.067.621,32 €	29.121.821,80 €	29.692.621,32 €	35.928.071,80 €
TOTAL	45.000.000,00 €	54.450.000,00 €	237.913.935,39 €	287.875.861,85 €	282.913.935,39 €	342.325.861,85 €
Fuente: Cuadro de Características del Pliego de Condiciones Particulares						

El CCPCP establece, asimismo, el valor estimado de las prórrogas y, por tanto, el valor estimado del contrato que asciende a 330.389.654,91 euros (sin IVA) (folio 5360).

1.2. La interpretación por parte de ADIF de las relaciones entre los capítulos 24 y 25 del PPT

En respuesta a un requerimiento de información de la Dirección de Competencia, ADIF informa que el valor del contrato, que se deriva del PPT, lo integran dos capítulos diferenciados. Por una parte, el capítulo 24 (presupuesto de explotación) financia las actividades de mantenimiento ordinario y las renovaciones imprescindibles, que se abonarán mediante canon mensual. Por otra parte, el capítulo 25 (presupuesto de inversiones, con carácter de Acuerdo Marco) financia las inversiones/renovaciones orientadas a la optimización, que se abonarán aplicando el cuadro de precios de ADIF (folios 75349-75353).

El presupuesto de inversiones ha sido dividido por anualidades entre los años 2017 al 2025 y ADIF, como se acredita anteriormente, no se compromete a la inversión prevista inicialmente para cada anualidad o período establecido,

efectuándose solo el pago correspondiente a los pedidos formulados o ejecutados a conformidad de ADIF.

ADIF ha indicado que la ejecución de las inversiones del capítulo 25 es potestativa de ADIF, es decir, que se realizarán o no en función de sus necesidades y vendrán determinadas por posibles modificaciones en la explotación o por avances técnicos cuya implantación sea necesaria. Cuando ADIF decida realizar la inversión, el adjudicatario presentará oferta, con base en los precios de ADIF, ADIF la estudiará y, una vez sea de conformidad, se formalizará un contrato específico para esta inversión.

Existe un único adjudicatario del contrato que incluye el Acuerdo Marco. Las inversiones efectivas contra este Acuerdo Marco se realizarán a través de nuevos expedientes (contratos) con el contratista del contrato principal en el que está contemplado el capítulo de Acuerdo Marco, denominados Pedido contra Acuerdo Marco. El importe de los pedidos que se emitan contra el Acuerdo Marco, nunca podrán superar el importe de éste (capítulo 25 del PPT). Al ser un Acuerdo Marco, ADIF no está obligado a realizar todas las inversiones previstas en el capítulo 25.

2. Hechos relevantes acaecidos durante el procedimiento de contratación

2.1. Correspondencia entre KAPSCH y NOKIA en relación con la presentación de la oferta económica y carta de compromiso de soporte técnico

Dentro del capítulo 20 ya explicado de los PPT, como requisito de solvencia técnica se incluye la obligación al licitador de *“acreditar que dispone de conocimientos técnicos suficientes de grado avanzado para el mantenimiento de las instalaciones objeto de este contrato, y experiencia en este tipo de instalaciones. Además se acreditará si dispone de acuerdos de soporte con los fabricantes principales de las tecnologías mantenidas para resolver incidencias atípica en la funcionalidad de los sistemas”*. Para ello, el licitador debe aportar una carta de compromiso de soporte técnico del fabricante de la tecnología objeto del contrato (folios 595-602).

En el PPT se indica que *“las renovaciones a realizar debidas a que con la tecnología instalada el adjudicatario no sea capaz de mantener el nivel de servicio exigido (...) (debido a la falta de repuestos, de soporte técnico del fabricante, etc.), serán a cargo del adjudicatario”* (folio 468).

En relación con ello, con fecha **1 de septiembre de 2014**, KAPSCH solicita a NOKIA, como fabricante de la mayor parte de la tecnología objeto del contrato, oferta de mantenimiento para los equipos desplegados en los sitios centrales de Atocha y Zaragoza para los subsistemas NSS y BSS y para los emplazamientos GSM-R desplegados a lo largo de la vía de las líneas afectadas (precio anual técnicos nivel 1 y 2 y repuestos recomendados, entre otros). Solicita que la oferta se remita como máximo el 5 de septiembre de 2014 y que vaya acompañada de política de obsolescencia indicando las fechas en las que el soporte se discontinúa definitivamente. Asimismo, la citada empresa adjunta un modelo de

carta de compromiso (soporte técnico) para ser cumplimentada y devuelta firmada por NOKIA (76794-76796; 76835-76836).

El modelo de carta de compromiso de soporte técnico que KAPSCH envía a NOKIA contiene el compromiso de colaboración con KAPSCH para suministrar, apoyar y dar soporte técnico al más alto nivel para el mantenimiento del equipamiento de NOKIA durante la duración del contrato, aportando para ello los medios humanos y materiales necesarios. Y añade, todo ello *“de acuerdo con los precios y condiciones previamente pactados y aceptados por las partes”* (folio 76837).

Por su parte, con fecha **2 de septiembre de 2014**, NOKIA solicita a KAPSCH, como fabricante de parte de la tecnología objeto del contrato, oferta para 4 lotes⁶ según los pliegos: soporte para el equipamiento incluido en los sistemas centrales (nivel 2 y 3 y repuestos, entre otros) (lote 1) y el equipamiento radio instalado en las líneas afectadas (nivel 2 y 3 y repuestos, entre otros) (lote 2), así como upgrades (lote 3) y formación (técnicos nivel 1) (lote 4). Solicita que la oferta se remita como máximo el 9 de septiembre de 2014 e incluya, entre otros, carta de compromiso (soporte técnico) según modelo que adjunta (folios 76797-76798; 76839-76841).

El modelo de carta de compromiso de soporte técnico que NOKIA envía a KAPSCH expresa el compromiso de dar soporte de asistencia técnica (niveles 2 y 3) *“así como el resto de servicios solicitados en la correspondiente petición de oferta”* del sistema del que es fabricante a NOKIA. Y añade que *“los detalles del soporte y las condiciones comerciales se incluirán en la oferta correspondiente”* (folio 76800).

Con fecha **4 de septiembre de 2014**, NOKIA indica a KAPSCH que están tramitando su petición de oferta y, dada la complejidad de la misma, les propone *“una reunión para el día 9-10 de septiembre para explicarles el contenido de nuestra valoración, así como las diferentes variantes planteadas”*. En el correo se indica, asimismo, que esperan recibir la oferta de KAPSCH en la reunión e intercambiar las correspondientes cartas de compromiso de soporte (folio 76794).

Con fecha **12 de septiembre de 2014**, KAPSCH solicita a NOKIA nueva cotización para las siguientes prestaciones: cuota anual de ciertos servicios (nivel 3), precario asociado al reemplazo de equipamiento (NSS y BSS) una vez superado el ciclo de vida útil, y formación para el nuevo equipamiento (folios 75698; 76843). Se solicita que la oferta se remita antes del 16 de octubre de 2014⁷.

Con fecha **16 de septiembre de 2014**, NOKIA recuerda a KAPSCH que no han recibido respuesta a su petición de oferta del día 2 de septiembre ni a su

⁶ Los PPT correspondientes a la licitación no incluyeron lotes. Así lo atestigua el anuncio de la convocatoria en el Diario Oficial de la Unión Europea de 31 de julio de 2014 (folio 5481). Es probable que inicialmente se contemplara esta posibilidad.

⁷ Se trata de un error pues tras la ampliación del plazo de presentación de ofertas, éste vencía el 1 de octubre.

sugerencia de reunión y propone como fecha posible los días 18 o 19 de septiembre. En la misma fecha, KAPSCH responde a NOKIA la posibilidad de reunirse al día siguiente, 17 de septiembre de 2014 (folios 75697; 76868-76869).

Con fecha **17 de septiembre de 2014**, NOKIA solicita a KAPSCH confirmación de reunión para viernes 19 de septiembre de 2014 o nueva fecha a partir del lunes siguiente. En la misma fecha, KAPSCH responde a NOKIA que no se debe demorar la fecha, pide confirmación de hora para el viernes y de que la documentación que les va a entregar NOKIA ese día cumple con unos requerimientos que adjuntan en carta (folios 75696-75697; 76867-76868). En la misma fecha, KAPSCH remite a NOKIA por burofax la solicitud de oferta que ya fue remitida por correo electrónico el 1 de septiembre de 2014 (folios 75702-75705).

Con fecha **18 de septiembre de 2014**, NOKIA propone a KAPSCH que la reunión tenga lugar entre las 12:00 y las 14:00 horas. En la misma fecha, KAPSCH solicita a NOKIA confirmación de que lo que se les va a entregar se ajusta a lo solicitado. Finalmente KAPSCH propone que la reunión se sustituya por una conferencia telefónica a la 1 p.m dado que *“parece que mañana finalmente no nos vamos a entregar nada”*. NOKIA responde *“Si entendéis que con una conferencia podemos aclarar los temas, por nuestra parte no hay problema”* (folios 75694-75695; 76865-76867).

Con fecha **19 de septiembre de 2014**, NOKIA remite a KAPSCH notas de la conferencia celebrada ese día sobre las peticiones de oferta realizadas por ambas empresas (folios 75692-75694; 76863-76865).

En relación con la petición de KAPSCH, se señala lo siguiente:

- KAPSCH se compromete a enviar un listado del equipamiento en los sitios centrales para NSS y BSS para los que solicita soporte;
- NOKIA indica que no puede ofertar servicio del nivel 1 porque las personas ya están incluidas en la oferta que presentarán a ADIF. Presentarán oferta para nivel 2/3;
- NOKIA indica que la documentación sobre la política de obsolescencia y las fechas en las que el soporte se discontinúa definitivamente es confidencial;
- En relación con el precario asociado al remplazo de equipamiento, NOKIA entiende que este equipamiento será suministrado por KAPSCH. KAPSCH plantea que necesita este precio para BSC (en particular, Albacete-Alicante).

En cuanto a la entrega de ofertas y cartas de compromiso, KAPSCH señala que indicará en los próximos días su propuesta al respecto.

En la misma fecha, KAPSCH remite la lista de equipamiento sobre la que se aplicarían las cotizaciones nivel 2/3 y solicita a NOKIA que identifique qué es capaz de soportar y, en ese caso, si soporta hardware, software o ambos. En

correo posterior de la misma fecha, KAPSCH reitera la necesidad de los precios de BSC, plataforma de gestión de BSS y TCU (folio 75691).

Con fecha **23 de septiembre de 2014**, NOKIA recuerda a KAPSCH que no han recibido ninguna indicación suya sobre el proceso de entrega mutua de ofertas acordado en la reunión del 19 de septiembre de 2014 (folio 75691). En la misma fecha, NOKIA envía a KAPSCH acuse de recibo de la solicitud de oferta remitida por burofax el día 17 de septiembre de 2014 y manifiesta su sorpresa ya que han cruzado numerosa correspondencia para aclarar peticiones sobre el soporte requerido y le remite todos los correos cruzados (folios 75706-75724).

Con fecha **25 de septiembre de 2014**, NOKIA recuerda a KAPSCH que están a la espera de recibir su oferta para, a continuación, remitir la suya. Mediante correos de la misma fecha, KAPSCH remite oferta y, seguidamente, NOKIA, sin precios, en ambos casos (folios 75726; 76874).

Con fecha **26 de septiembre de 2014**, NOKIA recuerda a KAPSCH que está a la espera de su confirmación de la reunión ese mismo día para intercambiar ofertas y carta de compromiso de soporte. KAPSCH responde que no le es posible e insta a NOKIA le indique cuando puede a principios de la semana siguiente. NOKIA indica que dado que el miércoles (1 de octubre de 2014) se entrega la oferta, ni martes ni miércoles tienen hueco y propone dos alternativas el lunes por la tarde (folio 75733).

Con posterioridad a estos correos, y en la misma fecha, KAPSCH comunica a NOKIA que, tras una lectura detallada de la oferta remitida el día anterior, han visto con sorpresa y preocupación que su contenido no se ajusta mínimamente ni a lo solicitado en sus correos de 1 y 12 de septiembre de 2014 ni a lo acordado el 19 de septiembre de 2014 e indica que *“con la limitada información que ustedes parecen estar dispuestos a entregarnos, resulta imposible elaborar una respuesta a la licitación”*.

KAPSCH ruega a NOKIA que les haga saber su disposición a cumplir lo acordado y le reitera los puntos que echan en falta: precio anual servicios reparación; precio anual set repuestos recomendado; precio anual soporte técnico nivel 2; precio anual servicio mantenimiento software nivel 3; tipo de soporte nivel 2/3 cotizado para determinado equipamiento; precario para determinado equipo a reemplazar y precio de la plataforma IN; si el precio ofertado y revisión de precios es aplicable a la duración del contrato (10 años) o solo al pedido inicial de 3 años; obsolescencia y soporte, y adjunta las ofertas de NOKIA. KAPSCH indica, asimismo, que en este contexto *“resulta imposible elaborar una respuesta a la licitación (concurso público) arriba citada, en la que ustedes mantienen una clara posición dominante”* (folios 75745-75748; 76910-76913).

Con fecha **28 de septiembre de 2014**, NOKIA indica a KAPSCH que entiende se ha leído las ofertas cursadas y es consciente de que los acuerdos alcanzados consistían en enviarse las ofertas para detectar si eran suficientemente válidas y “sin precios” para, seguidamente, mantener una reunión para intercambiar ofertas con precios y cartas de compromiso de soporte. NOKIA propone

mantener la reunión el día 29 de septiembre de 2014. NOKIA indica que en el borrador de oferta de KAPSCH falta cierta información: SLA comprometidos para los servicios de soporte, precios, listado de repuestos recomendados, carta de soporte. NOKIA indica que entiende que en la oferta se incluirán dos precios, uno hasta 2020 y otro a partir de este año dado que en esa fecha comienza la línea Orense-Santiago (folio 75745; 76970).

A continuación, NOKIA remite información adicional sobre las cuestiones planteadas por KAPSCH, entre las que se encuentran (folios 75742-75745; 76967-76970):

- En relación con la ausencia de precios, NOKIA indica que faltan porque así se acordó;
- En relación con la obsolescencia, NOKIA indica que esta es una pregunta para ADIF, propietario de los equipos a mantener, y que ADIF puede informarle. Entiende NOKIA que ya disponen de esta información, dado que, con fecha 23 de septiembre de 2014, ADIF les solicitó información en este sentido;
- En relación con el contenido de la oferta de mantenimiento, NOKIA indica que incluye los niveles 2 y 3 de forma conjunta;
- Sobre el preciado asociado al remplazo de equipamiento, NOKIA se remite a lo ya indicado en las notas de la reunión (será suministrado por KAPSCH) y añade que la línea Albacete-Alicante queda fuera del alcance del contrato de mantenimiento;
- Sobre el reemplazo de la plataforma IN, NOKIA indica que *“debe actualizarse durante 2015 y ser plenamente interoperable en el entorno del resto de los productos Nokia. No es posible ofertarla para otros entornos multivendor. Por eso la hemos ofertado incluida en la oferta de mantenimiento del GSM-R Core junto al resto de los productos del Core de ADIF, durante los 3 primeros años. Entendemos que durante este tiempo Kapsch iniciará el normal reemplazo de los equipamientos incorporando la tecnología Kapsch”*;
- Sobre el precio ofertado y la revisión de precios, NOKIA indica que *“a partir del 4º año podrá renovarse el contrato de mutuo acuerdo entre ambas partes. Entendemos que durante los 3 primeros años Kapsch iniciará el normal reemplazo de los equipamientos incorporando la tecnología Kapsch. La revisión de precios está incluida. A partir del año 4 y en función de equipos que necesiten ser soportados les actualizaremos la oferta, con SLAs comprometidos y dentro de los parámetros de la oferta actual, con las reducciones de precio anual acordes al equipamiento”*;
- Sobre la obsolescencia y el soporte ofertado, NOKIA indica que *“Durante los 3 primeros años se oferta el soporte de todos los equipamientos solicitados. Después del 3er año y en base a su plan de renovación de equipamiento, puede que algunos equipos no tenga sentido mantenerlos y/o no será posible mantenerlos en un entorno tecnológico diferente (no*

todas las plataforma son interoperables en entorno multivendor)”. NOKIA reitera que ADIF ya ha debido facilitarles información sobre este asunto. Y añade que “Nuestra propuesta es a partir del año 4 y en función de equipos que necesiten ser soportados les actualizaremos la oferta, con SLAs comprometidos y dentro de los parámetros de la oferta actual, con las reducciones de precio anual acordes al equipamiento”.

Con fecha **29 de septiembre de 2014**, KAPSCH indica a NOKIA que *“Efectivamente los acuerdos alcanzados eran enviarnos previamente las ofertas “sin precios” para detectar si eran suficientemente válidas” y han llegado “a la conclusión de que su propuesta no es suficientemente válida”*. KAPSCH continúa *“Sin necesidad de ver los precios finales, la estructura de este primer documento que nos envían deja ver claramente que no se responde a las necesidades básicas, pues el nivel de detalle y desglose no es válido para la elaboración de una respuesta a la licitación referenciada”* (folio 75741; 76978-76979).

En la misma fecha, NOKIA responde a KAPSCH que *“Consideramos haber incluido en nuestra oferta todos los elementos, en equipos, servicios y tiempos, necesarios para tener el soporte técnico adecuado de nuestra tecnología a las necesidades de pliego de ADIF, hasta que ustedes decidan cambiarla por su tecnología”* y ponen a disposición de KAPSCH su oferta en la recepción de la compañía. Finalmente, en relación con la posición dominante que le otorga KAPSCH indica que *“tiene una acepción muy objetiva en la ley y es más que evidente que éste no aplica bajo ningún concepto a la situación de Nokia en el mercado, ya sea español o internacional, por lo que rechazamos rotundamente su alegación en ese sentido”*.

En la misma fecha, KAPSCH recibe en las oficinas de NOKIA la oferta de esta compañía (folio 75752).

Con fecha **30 de septiembre de 2014**, KAPSCH remite a NOKIA oferta económica y anexos e indica que *“como verás sí cumple con los requisitos que nos habíais pedido”*. En la misma fecha, NOKIA responde que ha visto que se han modificado algunas cosas con respecto a la versión anterior y adjunta en formato electrónico las ofertas entregadas el día anterior. Finalmente, indica que queda a disposición de KAPSCH para el intercambio de cartas de soporte (folios 75753; 76991).

2.2. Renuncia de KAPSCH por imposibilidad de presentar oferta técnica y económica de calidad y competitiva

Como ya se ha señalado, con fecha 1 de octubre de 2014, KAPSCH remitió una carta⁸ a ADIF en la que pone de manifiesto que no le ha sido posible presentar una oferta *“coherente y competitiva de acuerdo con el pliego del contrato”*, por los siguientes motivos:

⁸ Folios 73377 y 73378.

- *“El proyecto necesita de mucha información y compromiso de terceros, tecnologías y tecnólogos, no integrados con nosotros.*
- *La información suministrada en el PPTP no es suficiente, máxime cuando los diferentes tecnólogos además se han negado a suministrar información básica y fundamental.*
- *A 24 horas de la fecha de presentación de la oferta, no disponemos de informes de un elevado porcentaje tecnología y equipamiento existente, nos referimos al compromiso de servicio ni oferta económica [sic].*
- *Las ofertas económicas recibas a última hora, han sido muy superiores a las cifras que aparecen en el pliego.*
- *No hemos dispuesto en algunas técnicas, oferta para las potenciales renovaciones de equipos”.*

2.3. *Propuesta de NOKIA de renovación de equipos de KAPSCH y adjudicación del contrato a la UTE formada por NOKIA y otras empresas.*

NOKIA y KAPSCH no disponen de todas las tecnologías objeto del concurso, por lo que para concurrir al mismo debían acudir en consorcio con otras empresas o bien actuar como subcontratistas de la empresa/consorcio adjudicatario.

NOKIA optó por constituir la Unión Temporal de Empresas Mavents (UTE) junto con las empresas Siemens, S.A y Thales España GRP, S.A.U. con las siguientes participaciones: NOKIA, Siemens y Thales (folio 75356).

NOKIA presentó su oferta a ADIF indicando lo siguiente: *“En relación al soporte de la tecnología Radio del fabricante Kapsch y debido a que el fabricante no nos ha entregado la carta de soporte tecnológico, incluimos a continuación, una propuesta detallada para la renovación, sin coste adicional para Adif, del equipamiento Kapsch contenido en la presente licitación por equipamiento Nokia. Esta propuesta de renovación se haría justo antes de que el citado equipamiento del tramo Barcelona-Figueras pasase a ser mantenido dentro del presente contrato (Enero 2016 aproximadamente), estando dispuesta Nokia a realizarlo con mayor antelación si así se acordase con ADIF”* (folio 35107).

ADIF aceptó la oferta de NOKIA, incluida la mejora en relación con las renovaciones de los equipos. ADIF, en respuesta a requerimiento de información de la Dirección de Competencia, indicó que NOKIA, entendiendo lo que dice el PPT, y para evitar la dependencia tecnológica de KAPSCH, ofertó, sin coste para ADIF, la sustitución de esta tecnología por la suya propia (folios 73327-73328).

Tras la renuncia por parte de KAPSCH de presentar oferta⁹ con fecha 19 de diciembre de 2014, ADIF adjudicó el contrato a la UTE Mavents por un importe de 339.101.652,17 euros (IVA incluido) por un período de 10 años (folios 5523-5526) que se descompone en 284.651.652,17 euros (explotación) y 54.450.000 euros (inversión) (folio 75356).

Con fecha 2 de febrero de 2015, se firmó el correspondiente contrato con ADIF (folios 75356-75357). En el contrato consta el precio de adjudicación y

⁹ Folios 73377 y 73378.

anualidades del presupuesto de inversión y del de explotación y el porcentaje de baja de la adjudicación (1,12%). En el contrato se indica, asimismo, que *“Del capítulo de inversiones contemplado como Contrato Marco, ADIF no se compromete al consumo previsto inicialmente para cada anualidad o período establecido. Por ello, solo se efectuará el pago correspondiente a los pedidos efectivamente formulados o ejecutados a conformidad”*.

3. Los costes mayoristas del servicio de soporte tecnológico

3.1 Contenido de la oferta económica de servicios de soporte presentada por NOKIA a KAPSCH. Los precios mayoristas del servicio de soporte tecnológico

Como ya hemos señalado anteriormente, con fecha 29 de septiembre de 2014, NOKIA presenta a KAPSCH oferta económica por la prestación de servicios de soporte. Se trata, en realidad, de dos ofertas. Una oferta para servicios de soporte de nivel 2 y 3 para equipos core GSMR en Líneas de Alta Velocidad de ADIF (folios 73521-73541) y otra oferta para servicios de soporte de nivel 2 y 3 para equipos Radio GSMR en Líneas de Alta Velocidad de ADIF (73542-73561).

De acuerdo con información facilitada por ADIF, existen diversos niveles de mantenimiento. El mantenimiento de nivel 1 se refiere al de más bajo nivel, es realizado por técnicos de mantenimiento que están cerca del equipo a mantener y cuyo conocimiento del equipo es limitado. El mantenimiento de nivel 2, lo realizan técnicos más especializados que conocen perfectamente todas las variables y posibles fallos que se pueden dar. El mantenimiento de nivel 3, es el más especializado de los tres y lo realizan técnicos de desarrollo de producto de la empresa fabricante del equipo (folio 73327). Las ofertas soporte de NOKIA se refieren a los niveles 2/3.

Ambas ofertas comprenden en su apartado 2 la descripción del servicio: organización y funciones; proceso de gestión de las peticiones del cliente; los roles y funciones de cada una de las partes; tiempos de respuesta; soporte de software; actualizaciones de software (siempre que no haya quedado en phase-out); soporte de emergencia; canales de comunicación; escalados y reuniones periódicas; formación de nivel 1; servicio de reparación y retorno de repuestos.

El apartado 3 comprende la valoración económica que se eleva, en el caso de los equipos core, a **[CONFIDENCIAL]** euros anuales y, en el caso de los equipos Radio, a **[CONFIDENCIAL]** euros anuales.

En la valoración se especifica, entre otros, que no se incluye la adquisición de repuestos; que el equipamiento debe tener instalada la última versión de software disponible incluyéndose en el precio la actualización; que se incluye formación para personal de nivel 1. En la oferta para equipos core se indica que se incluye la “actualización de las plataformas IN (Railways, Mobile Centrex y Commander), a realizar en los tres primeros meses del contrato”.

El apartado 4 establece las condiciones de la oferta: tendrá validez por 90 días; los precios serán revisables anualmente con el IPC; no incluyen impuestos; “e/

pedido inicial será por una duración mínima de 3 años, pudiendo ser renovado anualmente a partir del 4º año, en caso de mutuo acuerdo entre ambas partes”; forma de pago mediante transferencia bancaria por adelantado al período correspondiente, por el total del período en cuestión; en caso de cancelación anticipada de forma unilateral por el cliente, se procederá a facturar la parte pendiente del período contratado (inicialmente 3 años).

El apartado 5 establece el listado de repuestos recomendados con sus precios unitarios y el plazo de suministro.

Las ofertas quedan recogidas en el siguiente cuadro:

CUADRO 6: OFERTAS SOPORTE TÉCNICO DE NOKIA	
Soporte de nivel 2/3 para los equipos CORE GSMR en la red de ADIF, situados en Atocha y Zaragoza, incluyendo:	Importe anual (euros)
• MSC	[CONF]
• HLR	
• VLR	
• GCR	
• AuC	
• EIR	
• BSC (Base Station Controller) y TRAU «(Transcoder Adapter Unit) de Capa A de líneas Madrid-Barcelona y Zaragoza -Huesca	
• BSC y TRAU de Capa A de Líneas Madrid-Valladolid Córdoba-Málaga y ramal La Sagra - Toledo	
• eBSCy eTRAU de Capa A de LAV Madrid-Levante	
• BSC y TRAU de Capa B de línea Madrid-Barcelona	
•BSC y TRAU de Capa B de Línea Madrid-Valladolid	
• BSC y TRAU de Capa B de Lineas Madrid-Sevilla, Córdoba-Málaga y ramal La Sagra-Toledo	
• eBSCy eTRAUde Capa 8 de LAV Madrid-Levante	
• Radio Commander	
• Switch Commander	
• IN Raitways	
• Mobile Centrex	
• IN commander	
• SPOTS	
• SAAM	
Soporte nivel 2/3 equipos radio GSMR en la red de ADIF, en las siguientes líneas:	Importe anual (euros)
• LA V Madrid-Valladolid y Ramal Olmedo-Medina	[CONF]
• LAV Madrid-Sevilla y Córdoba-Málaga y Ramal La Sagra-Toledo	
• LAV Madrid-Valencia y bit. Albacete-Albacete	
• LA V Madrid-Barcelona y Ramal Zaragoza-Huesca	
Los precios anteriores no incluyen ni IVA ni ningún otro tipo de impuesto o gravamen.	
Los precios se renovarán anualmente según el IPC.	
El pedido inicial tendrá una duración mínima de 3 años, pudiendo ser renovado anualmente a partir del 4º año, en caso de mutuo acuerdo entre ambas partes.	

La oferta soporte de nivel 2 y 3 para equipos core GSMR y equipos radio GSM-R en Líneas de Alta Velocidad de ADIF facilitada por NOKIA a KAPSCH, que ésta ha utilizado para valorar si le compensaba presentarse a la licitación de julio

de 2014, es la que queda recogida en el cuadro presentado en el epígrafe anterior.

Para determinar exactamente el precio del servicio mayorista de soporte, es preciso clarificar, previamente, cuál es el horizonte temporal de referencia, teniendo en cuenta que el contrato derivado de la licitación de julio de 2014 tiene una duración de 10 años. Para ello, es preciso analizar los supuestos en los que NOKIA ha sustentado su oferta.

En relación con los equipos core, NOKIA consideró, con base en el PPT, que una gran parte de los equipos eran renovaciones imprescindibles, debían realizarse a corto plazo (tres años) (folios 495-496) y financiarse, por tanto, con cargo al presupuesto de explotación del capítulo 24 del PPT. En este contexto, la oferta soporte de NOKIA para los equipos core solo tendría sentido durante un período máximo de tres años, dado que, a lo largo de ese período, KAPSCH tendría que haber realizado la renovación exigida y, por tanto, no existiría la necesidad de mantener estos costes. Así lo entendió también esta empresa que, en principio, valoró una duración de tres años para el soporte relativo a los equipos core y que ha confirmado a lo largo del procedimiento (folio 76807).

Además, en un correo de NOKIA a KAPSCH de 28 de septiembre de 2014, (folios 75742-75745) se indica que la oferta es para tres años y que, a partir del cuarto, la oferta se actualizaría con las reducciones de precio anual acordes al equipamiento a mantener.

A la vista de lo anterior, se considera acreditado que el período de referencia para la valoración de los precios del servicio mayorista, en lo que a equipos core se refiere, debe ser de tres años.

Sin embargo, respecto a los equipos radio la situación no es tan clara, ya que existen dos posibilidades para establecer un escenario de referencia. En el PPT se señala, en general, que las renovaciones son orientadas a la optimización y financiables, en consecuencia, con cargo al presupuesto de inversiones del capítulo 25 del PPT. Existe, no obstante, una excepción que es la de los equipos BSC, cuya renovación es según su ciclo de vida útil. No existe en el PPT ninguna indicación de cuándo se produce la obsolescencia de estos equipos. Sin embargo, en la correspondencia mantenida entre ADIF y KAPSCH, a efectos de valorar presentación de oferta a la licitación de julio de 2014, sí se hace alguna referencia sobre esta cuestión.

Destaca, en particular, el correo de ADIF a KAPSCH de 23 de septiembre de 2014, adjuntando cuarto documento con respuestas a las cuestiones planteadas por esta empresa (folio 77073). En dicho documento se especifica, en relación con las BSC, que el soporte de la última versión de software (RG20) está garantizado “*hasta final de 2016*” y aclara que el soporte del hardware está ligado al ciclo de vida del software que se ejecuta en él. Es decir, que a partir de 2017, esto es, el tercer año, se debía iniciar la renovación del equipamiento radio en su conjunto pues los equipos de radio están constituidos por dos elementos básicos, BTS y BSC, que tienen que ser del mismo tecnólogo.

Para fijar el período entre 3 y 4 años, se ha tenido en cuenta la planificación realizada por KAPSCH y NOKIA en sus planes de renovación de cara a la licitación. NOKIA preveía en su oferta en la licitación realizar la renovación de las BTS **[CONFIDENCIAL]** y KAPSCH preveía realizarla en el período 2016 (segundo año)-2018 (cuarto año).

Por tanto, ha quedado acreditado el período de referencia para la valoración de los precios del servicio mayorista, en lo que a equipos radio se refiere, debe ser de tres o cuatro años, como máximo.

3.2 Costes mayoristas del servicio de soporte

Con los supuestos anteriores, la Dirección de Competencia ha elaborado una estimación de costes mayoristas teniendo en cuenta las dos alternativas contempladas en el apartado anterior, para tres y para cuatro años. Es necesario el cálculo de estos costes para KAPSCH debido a que el mantenimiento de los equipos con tecnología de NOKIA debe ser realizado por el fabricante.

Por lo tanto, en el periodo considerado en el que KAPSCH no ha realizado aún la renovación de los equipos por otros de su propia tecnología, la empresa debería incurrir en estos costes mayoristas. Durante los tres primeros ejercicios se ha tenido en cuenta tanto el precio del soporte mayorista de los equipos core como el de los equipos radio. Sin embargo, en el cuarto año del escenario de 4 años se han considerado únicamente los equipos radio, en línea con la argumentación expuesta anteriormente. A partir del cuarto o quinto año, según sea el escenario considerado, no existirían ya costes mayoristas.

Respecto a la evolución de los costes, a partir del segundo año el precio mayorista se incrementa de acuerdo con la tasa de inflación lineal contemplada por NOKIA en la presentación de su oferta, el 1,5%, más un diferencial de un punto porcentual (1%)¹⁰. Finalmente, para obtener el valor actual de los costes se ha aplicado una tasa de descuento compuesto, también del 1,5%.

Con los supuestos anteriores, la Dirección de Competencia ha obtenido el precio mayorista total, tanto corriente como en valor actual, aplicado a KAPSCH que esta empresa debería haber considerado para valorar su potencial participación en la licitación y que queda reflejado en el siguiente cuadro:

¹⁰ Tras alegaciones de NOKIA, en la PR se modificó la tasa de aumento anual de los costes mayoristas para tener en cuenta la cláusula de revisión de precios de la oferta económica de NOKIA a KAPSCH. La tasa, por tanto, pasó de ser únicamente del 1,5% a incluir también un margen de modificación de los precios de un punto porcentual. Por lo tanto, el Cuadro 7 ha cambiado y también lo han hecho las cifras de costes mayoristas incluidas en el Cuadro 10 (cálculo del margen).

CUADRO 7. COSTES MAYORISTAS NOKIA SOPORTE L2/L3 GSM-R (euros)		
	Valor corriente	Valor actual
2015	[CONF]	[CONF]
2016	[CONF]	[CONF]
2017	[CONF]	[CONF]
2018	[CONF]	[CONF]
TOTAL	[CONF]	[CONF]
Fuente: elaboración propia con base información expediente		

4. Los costes minoristas de NOKIA relativos a la prestación del servicio de mantenimiento y renovación de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R objeto del contrato de ADIF

En primer lugar, para determinar los costes de prestación del servicio minorista de mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R no cubiertos por los servicios mayoristas, la Dirección de Competencia ha trabajado con la información remitida por NOKIA en el marco de un requerimiento de información por parte de la Dirección de Competencia en el que se le solicitaba información sobre los siguientes grupos de costes (folios 75611-75615):

- Coste anual de mantenimiento de los equipos radio GSM-R para el conjunto de líneas incluidas en la Licitación julio 2014.
- Coste anual de mantenimiento de los equipos core GSM-R.

En su respuesta al requerimiento de información (folios 75638-75664; 75665-75690), NOKIA indicó que la licitación de julio de 2014 se refería a un número variado de tecnologías, que incluyen la tecnología GSM-R, lo que permitía la obtención de un gran número de sinergias y de economías de escala, que no se habrían producido si hubiese versado exclusivamente sobre la tecnología GSM-R.

NOKIA señala que ello permitió a los miembros de la UTE presentar una oferta competitiva, por lo que en ningún caso se realizó un análisis de los costes individualizados por línea o tecnología.

No obstante lo anterior, NOKIA presenta sus mejores estimaciones en dos escenarios alternativos: un primer escenario realista en el que NOKIA resulta adjudicataria de la licitación de julio de 2014 que incluye efectivamente diversas tecnologías, y un segundo escenario en el que NOKIA resultaría adjudicataria de una licitación hipotética referida exclusivamente a tecnología GSM-R para las líneas incluidas en la licitación de julio de 2014. NOKIA insiste en señalar que este segundo escenario no es realista, en tanto que en ningún momento se

realizó un análisis por tecnología y afirma que, *“de haber realizado dicho análisis, habría sido imposible presentar una oferta por debajo del precio fijado por ADIF como presupuesto de la Licitación”* (folio 75655). Ha contemplado, asimismo, dos horizontes temporales de tres y cuatro años, en relación con la duración del servicio mayorista de soporte L2/L3 para los equipos core y radio de tecnología GSM-R.

La Dirección de Competencia considera, en principio, que el primer supuesto refleja la realidad mejor que el segundo, dado que tanto NOKIA como KAPSCH, en caso de que se hubiera presentado a la licitación de julio de 2014, habrían tenido que presentar oferta en conjunto con otras empresas al carecer de todas las tecnologías incorporadas en el PPT, por lo que habrían estimado sus costes contemplando las posibles sinergias surgidas de las distintas tecnologías y de las diversas líneas.

Aunque la Dirección de Competencia ha analizado los dos supuestos sugeridos por NOKIA, el segundo escenario ha sido descartado para el cálculo del margen debido a su falta de realismo, valoración que comparten tanto NOKIA como la DC.

Para estimar los costes minoristas solicitados en el primer escenario, que finalmente es el único tenido en cuenta, NOKIA ha considerado el número total de incidencias producidas por tecnología en el período marzo 2015-febrero 2016 que le ha sido facilitado por ADIF. Posteriormente, ha repercutido sobre las unidades que NOKIA presentó en su oferta, el porcentaje que las incidencias correspondientes a radio GSM-R ([CONFIDENCIAL]) y core GSM-R ([CONFIDENCIAL]) representan sobre el total de incidencias. No obstante, en aquellos conceptos en que conoce los elementos necesarios para acometer los servicios de GSM-R, NOKIA ha imputado los coeficientes correspondientes.

NOKIA ha presentado dos cuadros, uno para los equipos core y otro para los equipos radio. En ambos casos, ha presentado los costes distribuidos en los diez años de duración del contrato. En línea con la proposición económica, la imputación de los costes es lineal, excepto para el soporte nivel 2/3 de las telecomunicaciones móviles GSM-R en que se imputan a los tres primeros años de vigencia del contrato unos costes superiores como consecuencia de las renovaciones imprescindibles que deben realizarse en ese período, según el PPT. El primer año, en particular, renueva el 100% de la IN y del sistema de energía y el 50% del sistema de energía del core. El segundo año, renueva el otro 50% del sistema de energía del core y un 50% del Monitoring Centre. El tercer año, renueva el 100% de la central de conmutación, del sistema SMS/VMS, del sistema de gestión de facturación, del sistema de gestión de abonados, del OTA y de las BSC y el otro 50% del Monitoring Centre. El cuarto año, por otra parte, renueva el 100% de las BTS.

Por tanto, con base en la información remitida, la Dirección de Competencia ha sumado los costes minoristas para los equipos core y los equipos radio, y de la cuantía obtenida se ha deducido el coste del soporte nivel 2/3 de las telecomunicaciones móviles GSM-R durante los tres o cuatro primeros años, según el supuesto temporal utilizado. Esto se debe a que, durante ese período,

el soporte nivel 2/3 de radio y core está cubierto por el servicio mayorista, por lo que para evitar la doble contabilización de los costes es necesario excluir estas partidas de los costes minoristas. En concreto, para ambos escenarios, en los tres primeros años se excluyen las partidas tanto de soporte radio como core, mientras que en el escenario de 4 años, en este último año sólo se excluye la partida de radio, que es la que aún estaría cubierta por el soporte mayorista.¹¹

A partir del cuarto o quinto año, según el escenario analizado, KAPSCH ya habría realizado la renovación de todos los equipos y los costes mayoristas desaparecerían, por lo que las partidas de costes minoristas se mantendrían en el cálculo.

Finalmente, para obtener el valor actual se ha aplicado la misma tasa de descuento compuesto que en el caso de los costes mayoristas, coincidente con la tasa de inflación utilizada por la UTE para la revalorización de los costes unitarios en el marco de su oferta económica (1,5%).

El resultado de todas las operaciones anteriores es el coste minorista de NOKIA de prestación de servicios de mantenimiento de tecnología GSM-R por su participación en la UTE. Estos costes se reflejan en el cuadro que se presenta a continuación: **[CONFIDENCIAL]**

CUADRO 8				
COSTES MINORISTAS NOKIA SEGÚN RI NOKIA (sin soporte L2/L3 durante los tres/cuatro primeros años) (euros) (valor actual)				
	Tres años	Dto compuesto	Cuatro años	Dto compuesto
2015	[...]	[...]	[...]	[...]
2016	[...]	[...]	[...]	[...]
2017	[...]	[...]	[...]	[...]
2018	[...]	[...]	[...]	[...]
2019	[...]	[...]	[...]	[...]
2020	[...]	[...]	[...]	[...]
2021	[...]	[...]	[...]	[...]
2022	[...]	[...]	[...]	[...]
2023	[...]	[...]	[...]	[...]
2024	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL	[...]	[...]	[...]	[...]
Fuente: elaboración propia con base en información expediente				

J

¹¹ La cifra correspondiente al año 2018 en el escenario de 4 años (y por tanto, el coste total en ese escenario) ha cambiado con respecto a la recogida en el mismo cuadro del PCH y la PR. Anteriormente sólo estaban contabilizados **[CONFIDENCIAL]** euros, ya que se habían descontado tanto la partida de radio como la de core, cuando sólo hay que descontar la de radio, que es la que aún estaría cubierta por el soporte mayorista.

5. Los ingresos minoristas de NOKIA relativos a la prestación del servicio de mantenimiento y renovación de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R objeto del contrato de ADIF

Para determinar los ingresos que NOKIA obtendrá por la prestación del servicio de mantenimiento y renovación de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R, primero hay que determinar qué presupuestos se consideran, explotación e inversión o solo explotación.

La Dirección de Competencia considera que el presupuesto de explotación no genera ninguna controversia, habiendo contraído ADIF un compromiso firme de desembolso. Respecto del presupuesto de inversión, ADIF, como ya se ha señalado, ha indicado que tiene un alto margen de discrecionalidad, si bien, como ya también se ha expuesto, existen, en relación con la tecnología GSM-R, algunas renovaciones, que ADIF se ha comprometido a realizar, que se financian con cargo al capítulo 25 y que podrían tenerse en cuenta en la valoración de los ingresos de NOKIA.

Se trata, en particular de las estaciones BTS, cuya renovación viene determinada por la de las BSC. Es cierto que el hecho de que la adjudicataria de la licitación de julio de 2014 sea una UTE en la que participa NOKIA, significa que la renovación de las BTS no es imprescindible que se haga en el mismo momento que las de las BSC por ser NOKIA la propietaria de la tecnología de la mayoría de las BTS instaladas en las redes de ADIF. Pero ello no significa que no se vaya a hacer. La Dirección de Competencia considera que si el PPT obliga a renovar las BSC al final de su vida útil, la renovación de las BTS se irá también produciendo a medida que se vaya produciendo su obsolescencia, financiándose esta renovación con cargo al presupuesto de inversión.

Por tanto, a efectos de determinar los ingresos de NOKIA por la prestación del servicio de mantenimiento y renovación de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R, el órgano instructor ha considerado el presupuesto de explotación y una parte del presupuesto de inversión limitado únicamente a la renovación de las BTS. Para la cuantificación de los ingresos de NOKIA procedentes de su actividad GSM-R, la Dirección de Competencia ha considerado, por una parte, los apartados del presupuesto de explotación destinados a equipos radio GSM-R y equipos centrales core GSM-R minorados en la baja del 1,12% y anualizados en cuotas alícuotas a lo largo del período de duración del contrato.

Por otra parte, ha incluido una parte del presupuesto de inversión, la destinada a renovar las BTS, que ha anualizado también en cuotas alícuotas y ha imputado a partir de 2017, dado que, según el PPT, el presupuesto de inversión está disponible a partir de ese año. La valoración de esta parte se realizará tomando en cuenta el precario de ADIF (folios 75802-76778), dado que, según consta en el PPT y ha sido señalado por ADIF, los pedidos contra el Acuerdo Marco se abonarán aplicando el cuadro de precios de ADIF (folios 75349-75353).

Por tanto, teniendo en cuenta que, según este cuadro de precios, el precio de compra de una BTS asciende a 22.840,99 euros (folio 75835) y que existen 481 BTS (447 de NOKIA y 34 de KAPSCH)¹² en las líneas incluidas en la licitación de julio de 2014, ADIF deberá invertir, al menos, 776.593,66 euros¹³ (34 BTS x 22.840,99 euros) del presupuesto de inversión a lo largo del período de duración del contrato.

Sin embargo, debido a que KAPSCH tiene que afrontar un coste por la renovación de estos equipos que no ha sido incluido en los costes minoristas, es necesario calcular los ingresos netos¹⁴, que es el ingreso real que KAPSCH obtiene por la inversión. Teniendo en cuenta que el coste de una BTS asciende a **[CONFIDENCIAL]**¹⁵ euros, el coste a lo largo el período de duración del contrato será de **[CONFIDENCIAL]** euros (34 BTS x **[CONFIDENCIAL]** euros), que se deduce del presupuesto de inversión, dando como resultado un ingreso neto de **[CONFIDENCIAL]** euros.

Tras aplicar una tasa de descuento compuesto, coincidente con la tasa de inflación seleccionada anteriormente (1,5%), el valor actual de los ingresos de NOKIA por la prestación de servicios GSM-R (ingresos netos en el caso de inversión) queda reflejado en el siguiente cuadro¹⁶:

¹² Tras revisar la documentación que consta en el expediente, se considera pertinente aceptar la alegación de Nokia, en el sentido de que las BTS objeto de renovación conforme a los PPT de ADIF son 481 (447 de Nokia + 34 de Kapsch) y no 516, como se recoge en determinados párrafos del PCH y la PR.

¹³ Se han considerado únicamente las 34 BTS de KAPSCH, dado que la renovación de las 481 de NOKIA corre a cargo de KAPSCH por no haber presentado compromiso de soporte del fabricante, NOKIA (folio 75680).

¹⁴ El cálculo de los ingresos asignados al presupuesto de inversión ha cambiado con respecto al PCH y la PR, ya que ahora se ha tenido en cuenta el coste de la renovación para KAPSCH y, por tanto, sólo se han incluido los ingresos netos.

¹⁵ Cifra proporcionada por NOKIA en sus alegaciones al PCH y aceptada por la DC.

¹⁶ En relación con el cuadro 9, en la PR se planteó la posibilidad de incluir los ingresos revisados mediante la aplicación de las fórmulas de revisión de precios consideradas en los pliegos. Dado que ello implicaría una revisión negativa, se ha considerado más favorable para NOKIA mantener los ingresos por explotación contemplados en el PCH, para no penalizar a NOKIA por la previsible evolución negativa de la fórmula de revisión de precios, especialmente por el elevado peso de los componentes electrónicos incorporados en la fórmula y su evolución negativa sostenida en los últimos años.

CUADRO 9: INGRESOS NOKIA GSM-R (euros)						
	Ingresos Baja 1,12%	Dto compuesto	Ingresos netos	Dto compuesto	TOTAL INGRESOS	TOTAL INGRESOS VALOR ACTUAL
	Explotación		Inversión: 34 BTS			
2015	7.423.882,99	7.423.882,99	0,00	0,00	7.423.882,99	7.423.882,99
2016	7.423.882,99	7.314.170,43	0,00	0,00	7.423.882,99	7.314.170,43
2017	7.423.882,99	7.206.079,24	74.067,09	71.894,09	7.497.950,08	7.277.973,33
2018	7.423.882,99	7.099.585,46	74.067,09	70.831,61	7.497.950,08	7.170.417,08
2019	7.423.882,99	6.994.665,48	74.067,09	69.784,84	7.497.950,08	7.064.450,32
2020	7.423.882,99	6.891.296,04	74.067,09	68.753,54	7.497.950,08	6.960.049,58
2021	7.423.882,99	6.789.454,23	74.067,09	67.737,48	7.497.950,08	6.857.191,70
2022	7.423.882,99	6.689.117,46	74.067,09	66.736,43	7.497.950,08	6.755.853,89
2023	7.423.882,99	6.590.263,51	74.067,09	65.750,18	7.497.950,08	6.656.013,69
2024	7.423.882,99	6.492.870,46	74.067,09	64.778,50	7.497.950,08	6.557.648,96
TOTAL	74.238.829,90	69.491.385,31	592.536,70	546.266,67	74.831.366,60	70.037.651,98
Fuente: elaboración propia con base en información expediente						

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

El Consejo en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las prácticas investigadas constituyen una infracción cometida por NOKIA de lo dispuesto en el artículo 2 de la LDC y en el artículo 102 del TFUE, consistente en un abuso de posición de dominio en el marco de la licitación convocada por ADIF para la prestación de servicios de mantenimiento y renovación de las instalaciones de, entre otras,

telecomunicaciones móviles GSM-R y sistemas centrales del core de Red GSM-R.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, se trata en el presente expediente de una conducta realizada durante la vigencia de la Ley 15/2007, siendo, por tanto, esta Ley la que cabe aplicar en el presente procedimiento.

Finalmente, esta Sala se muestra favorable a la aplicación también del artículo 102 del TFUE.

Como bien ha indicado la Dirección de Competencia, la conducta investigada afecta a la competencia efectiva en el mercado de mantenimiento de equipos core GSM-R y equipos radio GSM-R en España, que es una parte significativa de la Unión Europea. En particular, el hecho de que KAPSCH, un operador con domicilio en Austria, haya podido ver limitada su capacidad para ofrecer servicios de mantenimiento de equipos de tecnología GSM-R en España como consecuencia del supuesto estrechamiento de márgenes llevado a cabo por NOKIA, evidencia la capacidad de las conductas investigadas para afectar al comercio intracomunitario.

Cabe señalar, adicionalmente, que en el mercado de tecnología GSM-R solo existen tres operadores a nivel mundial, NOKIA, KAPSCH y HUAWEI, de los que HUAWEI tiene escasa presencia en Europa.

En definitiva, se cumplen los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea de directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio, lo que permite la aplicación del artículo 102 TFUE a los efectos del presente expediente.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Una vez instruido el procedimiento sancionador, la Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala que declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el artículo 2 de la LDC, y en el artículo 102 del TFUE, por parte de NOKIA, consistente en abusar de su posición de dominio en los mercados definidos, mediante un estrechamiento de márgenes derivado de la fijación por NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L. del precio mayorista del servicio de soporte de nivel 2 y 3 para equipos core GSM-R y equipos radio GSM-R de tecnología NOKIA en Líneas de Alta Velocidad propiedad de ADIF y del precio minorista de los servicios de mantenimiento de las redes GSM-R de ADIF en la licitación de julio de 2014, así como de la negativa a entregar a KAPSCH la carta de soporte requerida en dicha licitación.

Según la Dirección de Competencia, este estrechamiento de márgenes habría excluido, al menos potencialmente, de forma injustificada, de dicha licitación al único competidor de NOKIA con capacidad de prestación de estos servicios minoristas de mantenimiento de equipos GSM-R en España, representando esta licitación de ADIF de julio de 2014 una parte muy sustancial del mercado de mantenimiento de instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R en España para los siguientes diez años.

La Dirección de Competencia considera que la conducta prohibida supone una infracción muy grave del artículo 62.4.b) de la LDC y solicita que se imponga a NOKIA la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC.

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1. El abuso de la posición de domino de NOKIA

El artículo 2 de la LDC, contenido en el capítulo I relativo a las conductas prohibidas por el derecho de la competencia, prohíbe a las empresas la explotación abusiva de su posición de domino en todo o en parte del mercado nacional. Como ejemplos de lo que puede considerarse un abuso de la posición de dominio, el citado artículo establece la siguiente lista abierta de conductas:

- a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
- c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Por su parte, el artículo 102 del TFUE, en sentido análogo al anterior, establece que: “[...] *Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. [...]*”.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 8 de mayo de 2003 (recurso de casación número 4495/1998), realiza las siguientes consideraciones en torno al artículo 6 de la Ley 16/1989, que traemos al presente expediente toda vez que el contenido de aquel precepto ha sido mantenido en la redacción dada en el artículo 2 de la LDC del año 2007. El Alto Tribunal dice lo siguiente:

“A) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

B) Se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

C) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

D) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta «típica», que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (artículo 10 de la Ley 16/1989).

E) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

F) Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno (así lo entendió, también, el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 2 de febrero de 1992, asunto A 36/92, Talleres Muñoz)".

En el ámbito comunitario, la Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2011 (asunto C-52/09 TeliaSonera), ha señalado que:

"En efecto, la explotación abusiva de una posición dominante prohibida por dicha disposición es un concepto objetivo que tiene por objeto los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia ya está debilitada, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 174, y jurisprudencia citada)".

En atención a ello, a los efectos de acreditar la existencia de un abuso de posición de dominio por parte de NOKIA en los mercados ya determinados anteriormente, es necesario analizar los elementos esenciales de los artículos citados, cuya concurrencia se torna en obligatoria para la consideración de la infracción. Estos elementos son la posición de dominio de NOKIA en el mercado o mercados en los que se produce la conducta aquí analizada y la explotación abusiva de esa posición que impide el mantenimiento del grado de competencia existente o su desarrollo, e incluso elimina ese grado de competencia preexistente al practicar conductas exclusionarias sobre el resto de competidores.

Analizamos a continuación ambas cuestiones.

4.1.1. La posición de dominio de NOKIA en los mercados de referencia

El análisis de la posición de dominio de una empresa en un mercado requiere apriorísticamente concretar el mercado en el que la empresa lleva a cabo su

actividad, lo que permite fijar el ámbito espacial y de actividad que debe ser tenido en cuenta para establecer la posición de la empresa en el mismo.

En este caso, ese análisis del mercado afectado ya se ha realizado en el apartado III de la presente Resolución, habiendo resultado los siguientes mercados:

- a) Mercado de **fabricación y comercialización de la red** de telecomunicaciones móviles GSM-R (subsistemas BSS y NSS), de dimensión, al menos, europea.
- b) Mercado de **mantenimiento de las instalaciones** de telecomunicaciones móviles GSM-R, de dimensión nacional en España.
- c) Mercado mayorista de **prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones** de telecomunicaciones móviles GSM-R de equipos NOKIA, de dimensión, al menos, europea.

Aunque, como vemos, existen varios mercados afectados por la conducta, cabe precisar que, como ha señalado la jurisprudencia comunitaria¹⁷, no es necesario demostrar que la empresa en cuestión es dominante en el mercado descendente para establecer que la empresa ha impuesto un estrechamiento de márgenes abusivo. En el mismo sentido, la Comisión Europea¹⁸ ha señalado que *“el estrechamiento de márgenes es una ejemplo de apalancamiento de poder de mercado en un mercado (en el cual se es dominante) a otro (en el cual la compañía que abusa es activa-pero no necesariamente dominante- y en el cual se busca una extensión del poder de mercado en el que se es dominante)”*.

Establecido lo anterior, la posición de dominio se define como una posición de poder económico en un mercado que permite al que la ostenta comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores¹⁹. El Tribunal de Defensa de la Competencia se pronunció de forma similar al señalar que *“Una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tiene en el mismo poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto.”*²⁰

De modo que el elemento clave en la definición de la posición dominante de una empresa en un mercado es su significativa independencia de comportamiento en ese mercado respecto de sus fuentes de presión competitiva, ya sean

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de noviembre de 1996 (asunto C-333/94 P).

¹⁸ Decisión de 4 de julio de 2007 en el asunto Comp/38.784-Wanadoo España contra Telefónica.

¹⁹ Definición contenida en la Comunicación de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 1997.

²⁰ Resoluciones TDC Aluminios Navarra, Electra Avellana y Bacardí (1999).

competidores, proveedores o clientes, para poder influir en el mismo. Sin esa independencia, aunque la empresa abarque gran parte del mercado, no puede actuar al margen de las leyes de la oferta y la demanda.

La determinación de la cuota de la empresa en el mercado es un punto de partida que conviene tener presente, aunque por sí misma pueda no ser un elemento suficiente para apreciar la existencia de una posición de dominio, tal como ha señalado en anteriores ocasiones la Autoridad de Competencia²¹ y la jurisprudencia al respecto. Por ello, como bien establece la Sentencia United Brands²², profusamente citada en este tipo de análisis, la posición de dominio deberá apreciarse a la luz de varios factores, como pueden ser, por ejemplo, la estructura del mercado, el número de competidores y sus respectivas cuotas, la existencia de barreras de entrada o el poder de negociación, factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes para considerar la posición de dominio de una empresa, pero que ayuda a corroborar la presunción de que una elevada cuota de mercado podría dar lugar a una posición de dominio.

En este caso, junto con el análisis de la cuota de mercado de NOKIA, que muestra un claro indicio de su posición de dominio, se han analizado otra dos circunstancias de carácter estructural que, en conjunción con la primera, permiten confirmar que NOKIA ostenta una posición dominante en los mercados analizados, y en particular en el mercado mayorista de prestación de servicios de soporte, apoyo y suministro.

a) La cuota de mercado de NOKIA

Como ya hemos señalado en la presente resolución, hasta la convocatoria de la licitación de julio de 2014, existían en la fabricación y mantenimiento de redes de telecomunicaciones móviles GSM-R de ADIF únicamente dos proveedores, NOKIA y KAPSCH, con cuotas del 84,7% y 15,3%, respectivamente.

Tras la adjudicación del contrato, NOKIA prácticamente habría incrementado su cuota hasta el 89,7%. Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que en las líneas que se encuentran en construcción/licitación o recientemente adjudicados, toda la tecnología GSM-R la está instalando o la va a instalar NOKIA.

En relación con el mercado de mantenimiento de los equipamientos instalados, la situación es idéntica ya que, de acuerdo con la información facilitada por ADIF, hasta la licitación de julio de 2014, el mantenimiento de las redes instaladas había corrido a cargo del propio instalador por motivos de vinculación tecnológica. A partir de la adjudicación, NOKIA ha continuado manteniendo sus equipos y ha pasado a mantener, con carácter prácticamente inmediato, el equipamiento de KAPSCH en la línea Barcelona-Figueras, por ausencia de compromiso de soporte por parte del tecnólogo. KAPSCH sigue manteniendo las líneas Orense-Santiago y cercanías Bilbao-Santander.

²¹ Resolución del TDC en el asunto Bacardí (Expte. R 362/99).

²² Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1978 (asunto 27/76).

En cuanto a los mercados mayoristas de prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R en España de marca NOKIA, tras la adjudicación de la licitación, la cuota del operador en este mercado será siempre del 100% por muy pequeño que sea el tamaño del mercado a mantener ya que solo el propietario de la infraestructura será capaz de dar esos servicios.

Es decir, KAPSCH, caso de haber presentado compromiso de soporte, habría otorgado soporte L2/L3 a NOKIA para el mantenimiento de la línea Barcelona-Figueras y NOKIA habría mantenido sus propios equipos sin necesidad de apoyo. Por tanto, en ese caso, solo habría habido un operador en el mercado mayorista (KAPSCH) pero solo para una línea.

En el caso de que la UTE en la que participaba KAPSCH hubiera resultado adjudicataria, caso de haberse presentado, KAPSCH habría necesitado el soporte mayorista de NOKIA, siempre que esta empresa hubiera presentado compromiso de soporte, para el mantenimiento L2/L3 de todas las líneas excepto la línea Barcelona-Figueras. En este caso, también como en la hipótesis anterior, solo habría habido un operador en el mercado (NOKIA) pero para la mayoría de las líneas objeto de licitación.

El análisis de la posición de NOKIA en los mercados afectados arroja la conclusión de la existencia de una elevada cuota, tanto en términos absolutos como relativos, que es un claro síntoma de su posición de dominio en los mismos, y que, en todo caso, queda corroborada al conectar la elevada cuota de mercado con otras dos circunstancias que afloran del análisis de las estructuras de los mercados objeto de este expediente que a continuación exponemos.

b) El poder compensatorio de ADIF

El GSM-R es uno de los elementos que conforman el *European Rail Traffic Management System* (ERTMS), un sistema de comunicación y señalización ferroviario avanzado e interoperable que fue adoptado a nivel europeo y en cuya implantación se encuentra comprometida ADIF. Como también se ha señalado, NOKIA tiene más del 89% de la tecnología GSM-R instalada en España, habiendo dedicado ADIF cuantiosos recursos para la implantación de esta tecnología.

En este contexto, a pesar de que ADIF tiene la potestad de iniciar los procesos de compra de nuevas instalaciones mediante la convocatoria de las correspondientes licitaciones, también tiene la obligación de mantener las ya instaladas por su relevancia en el funcionamiento del ERTMS, por lo que, dada la posición de NOKIA en el mercado de instalaciones, la dependencia de ADIF de la tecnología de NOKIA es muy alta. Como se ha señalado repetidamente, NOKIA es la única empresa capaz de mantener su equipamiento a nivel 2/3, bien directamente, bien indirectamente a través de la prestación de soporte mayorista a un tercero.

De esta manera, dada la configuración actual de la red GSM-R de ADIF en España, que no se va a modificar sustancialmente incluso si las futuras

licitaciones de instalación de equipos GSM-R se adjudican a terceros operadores distintos de NOKIA, resulta evidente que la capacidad de ADIF para disciplinar el comportamiento competitivo de NOKIA en el mantenimiento de sus instalaciones GSM-R es limitado.

En particular, este mantenimiento es esencial para el buen funcionamiento y seguridad de la red de ADIF, y es económicamente inviable la sustitución inmediata de los equipos de ADIF si NOKIA opta por dejar desiertos los concursos de mantenimiento de sus equipos GSM-R y por no dar servicios de soporte de mantenimiento nivel 2/3 a terceros operadores.

El poder negociador de ADIF frente a NOKIA es ciertamente limitado, a tenor de cuanto se ha explicado.

c) Las barreras de entrada a los mercados

Los mercados relacionados con las conductas aquí analizadas tienen la característica de ser mercados de gran exigencia técnica por parte de las empresas que operan en los mismos, no solo por la tecnología que se emplea en la instalación y mantenimiento de las redes y la infraestructura necesaria que se requiere para ello, sino porque además son mercados con una enorme incidencia en el funcionamiento y seguridad del tráfico ferroviario, por lo que, como ya hemos podido apreciar en esta resolución, las exigencias de solvencia que ADIF requiere para poder acudir a este tipo de contratos son muy elevadas y al alcance de pocas empresas. Entre otros requisitos, exige experiencia previa de 5 años en trabajos de mantenimiento y/o construcción de instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R en líneas de alta velocidad y recursos personales altamente especializados, así como la presentación de certificados de interoperabilidad entre los equipos pertenecientes al sistema NSS GSM-R ofertados con los subsistemas BSS de estaciones bases en operación y propiedad de ADIF, y la justificación de haber realizado pruebas de interoperabilidad internacionales entre sus equipos y los equipos propiedad de ADIF (folios 596 y ss.).

A lo anterior, cabe añadir otra dificultad a la que se enfrentan las empresas que puedan tener interés en entrar en estos mercados a tenor del contrato de ADIF, consistente en que el operador que preste el servicio de mantenimiento está condicionado por el fabricante de las tecnologías propietarias de las instalaciones GSM-R, quién debe prestarle, al menos hasta el final de la vida útil de los distintos equipos, servicios de apoyo y soporte en forma de conocimientos, operarios cualificados, actualizaciones de hardware y software, y repuestos. De no requerir ese apoyo, como dice el contrato, la empresa interesada debe hacer frente al coste de cambiar toda la red por su cuenta y riesgo.

Por ello, estos servicios mayoristas son un input esencial de cara a la prestación de los servicios minoristas de mantenimiento de los equipos del fabricante.

El hecho de que NOKIA sea el fabricante de prácticamente toda la red que se licita y que el contrato exija el soporte técnico del fabricante, además de una evidente ventaja competitiva para NOKIA, tanto en términos operativos como

económicos, supone otra barrera de entrada adicional a estos mercados para el resto de competidores.

Supone una barrera de entrada al mercado de mantenimiento al tener que depender de los servicios mayoristas de un competidor directo para poder prestar el servicio, tanto en lo que se refiere al soporte para el mantenimiento de las líneas como para la obtención de los certificados de interoperabilidad, ya que deben estar firmados por el fabricante (folio 598). A ello hay que añadir el hecho de que cualquier operador distinto de NOKIA parte de una posición de desventaja económica toda vez que debe acometer un mayor sacrificio económico para ser adjudicatario del contrato al tener que asumir el coste adicional relativo al servicio mayorista de soporte, cosa que en el caso de NOKIA sucede en menor medida toda vez que solamente debería mantener un porcentaje escaso de la totalidad de red instalada en España. De hecho como ya hemos señalado, para la adjudicación del contrato la propia empresa decidió acometer la sustitución de las infraestructuras de KAPSCH por lo que ni siquiera precisa de ese soporte, y demuestra que para ella la carga de tener que asumir el coste de ese servicio o sustitución no es tan relevante.

Y supone, igualmente, una barrera inexpugnable al mercado mayorista de servicios de apoyo y soporte, ya que actualmente ningún otro operador distinto de NOKIA o KAPSCH puede prestar estos servicios mayoristas, toda vez que solamente el fabricante de la tecnología puede llevar a cabo el mismo.

Prueba de la existencia de barreras de entrada a estos mercados es que únicamente dos operadores, NOKIA y KAPSCH operan en los mismos. El que la empresa HUAWEI haya ofrecido su tecnología a la empresa REVENGA, que se ha presentado a la licitación de la línea Humanes-Monfragüe²³, no invalida la definición anterior, toda vez que Revenga no ha resultado adjudicataria y, por tanto, HUAWEI no se encuentra presente en el mercado español, en la actualidad, entre otras razones, porque no cuenta con los certificados de seguridad e interoperabilidad demandados por ADIF.

Por ello, al contrario de lo que afirma NOKIA, las barreras a la entrada en los mercados examinados en el presente expediente son muy considerables.

d) Conclusión sobre la posición de dominio de NOKIA

Por todo cuanto se ha dicho, esta Sala considera que NOKIA ostenta una posición de dominio en los dos mercados relacionados verticalmente: i) el mercado de mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R (subsistemas BSS y NSS) en España, y ii) el mercado mayorista de prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R en España de marca NOKIA.

²³ A estos efectos, como se ha indicado anteriormente, incluso si REVENGA hubiese sido adjudicataria con la tecnología de HUAWEI, esta adjudicación podría haber sido impugnada por KAPSCH y NOKIA por la falta de certificados de interoperabilidad.

Procede, en consecuencia, pasar a la fase de análisis de la explotación abusiva de esa posición de dominio.

4.1.2. El abuso de la posición de dominio

El TJUE²⁴ ha definido el concepto de abuso como *“un concepto objetivo que hace referencia a las prácticas de una empresa en posición dominante que pueden influir sobre la estructura de un mercado en el que la competencia ya está debilitada precisamente por la presencia de dicha empresa y que obstaculizan el mantenimiento o desarrollo del grado de competencia que aún subsiste en el mercado al utilizarse medios que difieren de los medios de una competencia normal de productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los operadores”*.

En el ámbito de nuestro país, también la jurisprudencia²⁵ ha tenido la ocasión de definir el abuso de posición de dominio como *“una modalidad singular del abuso de derecho, un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga un posición de dominio en el mercado”*.

Una de las modalidades de abuso exclusionario contrario a los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE es el estrechamiento de márgenes, que también ha sido definido por la jurisprudencia comunitaria²⁶ en los siguientes términos: *“Existe práctica de precios-tijera cuando una empresa que dispone de una posición dominante en el mercado de un producto intermedio y utiliza ella misma una parte de su producción para la fabricación de un producto elaborado, vendiendo en el mercado el excedente de dicho producto intermedio, fija el precio de venta a terceros del producto intermedio a un nivel tal que éstos no disponen de un margen de transformación suficiente para seguir siendo competitivos en el mercado del producto transformado”*.

El estrechamiento de márgenes opera cuando una empresa verticalmente integrada, que disfruta de una posición de dominio en el mercado mayorista, puede excluir a sus competidores en el mercado minorista dando acceso a un insumo necesario en unas condiciones que sus competidores no puedan competir eficazmente con ella de forma duradera, ni siquiera cuando tales competidores cuentan con igual grado de eficiencia que el operador dominante.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003 (recurso de casación número 4495/1998).

²⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de noviembre de 2000 en el asunto T-5/97 Industrie des Poudres Sphériques.

Para ello, es necesario un escenario en el que concurran, al menos, las siguientes circunstancias:

- Existencia de dos mercados verticalmente relacionados, en el que el para operar en el mercado minorista es necesario contar con el input del mercado mayorista.
- El input necesario para operar en el mercado descendente debe estar controlado por una empresa que tiene posición de dominio en el mercado mayorista y que además es competidor en el mercado minorista. Es decir, en una misma empresa recae la condición de proveedor y competidor al mismo tiempo.
- La existencia de un margen insuficiente en la prestación del servicio en el mercado minorista a consecuencia de los precios aplicados por el operador con posición de dominio.

NOKIA es una empresa verticalmente integrada que fabrica, comercializa y mantiene equipos GSM-R y que, a partir de la licitación de julio de 2014, podría haber prestado servicios mayoristas de soporte a otro operador, caso de haberse presentado otro competidor a la citada licitación y haber resultado adjudicatario. Como se ha visto anteriormente, NOKIA cuenta con una posición de dominio en el mercado mayorista de prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R de marca NOKIA, así como en el mercado de mantenimiento de equipos GSM-R en España.

Nos encontramos, por tanto, ante una empresa que opera en dos mercados relacionados verticalmente y que ofrece un servicio mayorista, el de soporte, necesario para poder prestar el servicio minorista previsto en el contrato con ADIF. Concurren, por tanto, las condiciones primera y segunda del escenario antes descrito.

En cuanto a la tercera condición, es decir, la inexistencia de un margen insuficiente en la prestación del servicio minorista, su análisis requiere tomar en consideración, en principio y de manera preferente, los precios y costes que la empresa de que se trate aplique en el mercado de las prestaciones minoristas. Únicamente cuando, habida cuenta de las circunstancias, no sea posible hacer referencia a dichos precios y costes, procede examinar los de los competidores que operan en ese mismo mercado.

Es necesario demostrar que dicha práctica produce un efecto contrario a la competencia, al menos potencial, en el mercado minorista, sin que esto esté económicamente justificado. En cambio, no hay necesidad alguna de probar que el precio mayorista sea excesivo en sí mismo, ni que el precio minorista sea predatorio en sí mismo.

En el Asunto TeliaSonera²⁷, el TJUE ha dejado señalado que la compresión de márgenes existe si la diferencia entre el precio minorista y el coste mayorista del input de la empresa dominante no cubre el resto de los costes de la provisión del

²⁷ Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2011 (asunto C-52/09).

servicio minorista, de tal forma que a un competidor tan eficiente como el operador incumbente no le resulta rentable competir en dicho mercado minorista ofreciendo el servicio a los clientes finales. El test de estrechamiento exige, por tanto, comparar ingresos con costes minoristas y mayoristas.

En atención a ello, en el presente expediente, el análisis del estrechamiento de márgenes ha tenido en cuenta:

- Por un lado, el coste mayorista de la prestación del servicio soporte de nivel 2 y 3 para los equipos radio y core GSM-R en las líneas de alta velocidad de ADIF incluidas en la licitación de julio de 2014, que ha sido explicado en el apartado 3 de los hechos acreditados;
- por otro lado, el coste minorista de la prestación del servicio minorista de mantenimiento de los equipos radio y core GSM-R de las líneas anteriores no cubierto por el servicio mayorista, que se ha explicado en el apartado 4 de los hechos acreditados;
- y por último, los ingresos derivados de la prestación de estos servicios, recogidos anteriormente en el apartado 5 de los hechos acreditados. Los ingresos incluyen tanto los relativos al presupuesto de explotación, como los ingresos netos derivados de la inversión en la renovación de las 34 BTS propiedad de KAPSCH.

El análisis de estrechamiento de márgenes realizado ha tenido en cuenta, en primer lugar, los costes minoristas de NOKIA, que, siguiendo la hipótesis del operador igualmente eficiente, se han supuesto como equivalentes a los costes en los que habría incurrido KAPSCH de haberse presentado a la licitación; en segundo lugar, se han tenido en cuenta los precios mayoristas de la oferta de soporte mayorista de NOKIA a KAPSCH; y, por último, los ingresos que obtendría KAPSCH si suponemos que es un operador igualmente eficiente que NOKIA, sobre la base del mismo calendario de renovaciones que el que ofrece NOKIA para sus equipos.

El cuadro siguiente muestra el resultado del cálculo del margen, que al ser negativo muestra la presencia de un estrechamiento en los dos escenarios analizados²⁸:

²⁸ Como resultado de los cambios en el Cuadro 7 debido a la modificación de la tasa de aumento de los costes mayoristas, estas cifras se han modificado con respecto a las incluidas en el PCH y la PR. También se ha modificado la cifra correspondiente a los costes minoristas en el escenario de 4 años (detallado en el Cuadro 8). Además, como resultado de los cambios en el Cuadro 9, también recogidos anteriormente, se ha modificado la cifra de ingresos de NOKIA.

CUADRO 10: MARGEN TECNOLOGÍA GSM-R (euros) (valor actual)		
Concepto	Tres años	Cuatro años
Costes mayoristas [CONF]	[...]	[...]
Costes minoristas NOKIA (sin soporte L2/L3 tres/cuatro primeros años) [CONF]	[...]	[...]
COSTES TOTALES [CONF]	[...]	[...]
Ingresos NOKIA	70.037.651,98	70.037.651,98
MARGEN (Ingresos – Costes totales) [CONF]	[<0 €]	[<0 €]
Fuente: elaboración propia con base en información expediente		

De lo expuesto anteriormente se desprende que en el escenario de cuatro años, que ha sido considerado como período más realista para la renovación del equipamiento radio GSM-R, se produciría un estrechamiento de márgenes, que sería todavía mayor en el caso de que se aplicaran las fórmulas de revisión de precios contempladas en los pliegos. Incluso si se hubiera considerado un horizonte temporal a tres años, más favorable a NOKIA, los márgenes serían también negativos.

Además, sobre los costes habría que imputar el importe de la renovación de las 447 BTS²⁹, que KAPSCH tendría que afrontar, sin coste para ADIF, debido a la falta de carta de soporte. Teniendo en cuenta el coste de las BTS, a partir de los datos aportados por NOKIA en sus alegaciones al PCH, el coste total de esta renovación se elevaría a **[CONFIDENCIAL]** euros. Sin embargo, se trata de un valor corriente que es necesario actualizar (a una tasa del 1,5% y descuento compuesto) para poder compararlo con los resultados del Cuadro 10. Dado que se ha contemplado que el escenario más realista para KAPSCH es sustituir de manera progresiva estas 447 BTS, si se tiene en cuenta el escenario de 3 años, el coste total actualizado se elevaría a **[CONFIDENCIAL]** euros, mientras que en el escenario de 4 años se elevaría a **[CONFIDENCIAL]** euros.

En atención a ello, esta Sala concluye que NOKIA ha incurrido en una práctica consistente en un estrechamiento de márgenes cuyo resultado evidencia que a una empresa tan eficiente como NOKIA, en este caso KAPSCH, no le habría resultado rentable competir con NOKIA en el mercado de mantenimiento de los equipamientos instalados, toda vez que los márgenes de rentabilidad que se derivan de la diferencia entre ingresos minoristas y costes minoristas y mayoristas, resulta negativa y ello supone una práctica exclusionaria prohibida por las normas de competencia nacionales y comunitarias.

²⁹ La renovación de las 2 BSC que KAPSCH, como competidor igualmente eficiente, tendría que afrontar, ya estarían incluidas en los costes minoristas de NOKIA.

4.2. Los efectos de la conducta

La valoración de una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, no requiere la demostración de que la práctica llevada a cabo por la empresa en cuestión ha causado un efecto real en el mercado, sino que basta con demostrar que ese efecto es posible.

La sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, en el asunto T-336/07 Telefónica S.A. viene a confirmar tal consideración al señalar que *"el efecto al que se refiere la jurisprudencia citada en el apartado anterior no se refiere necesariamente al efecto concreto de la conducta abusiva denunciada. Para poder demostrar la existencia de una infracción del artículo 82 CE, basta con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa que ocupa una posición dominante tiene por objeto restringir la competencia o, en otros términos, que el comportamiento puede tener dicho efecto (sentencias del Tribunal de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión, T-203/01, Rec. p. II-4071, apartado 239; de 17 de diciembre de 2003, British Airways/Comisión, T-219/99, Rec. p. II-5917, apartado 293, y Microsoft/Comisión, citada en el apartado 58 supra, apartado 867). Así pues, debe existir el efecto contrario a la competencia de la práctica tarifaria en cuestión en el mercado, si bien éste no tiene que ser necesariamente concreto"*.

En el asunto TeliaSonera ya citado en esta Resolución, el Tribunal de Justicia ha señalado igualmente que *"En efecto, cuando una empresa dominante aplica una práctica tarifaria que provoca la compresión de los márgenes de sus competidores al menos igual de eficientes cuyo objeto es expulsar a éstos del mercado de referencia, la circunstancia de que no se alcance, en definitiva, el resultado buscado no descarta la calificación de abuso en el sentido del artículo 102 TFUE"*.

La citada Sentencia también analiza el carácter indispensable del producto ofrecido por la empresa dominante, uno de los requisitos del párrafo 81 de la Comunicación de la Comisión, y señala que *"En efecto, cuando el acceso al suministro del producto mayorista es indispensable para la venta del producto minorista, los competidores al menos igual de eficientes que la empresa que domina el mercado mayorista, al poder operar únicamente en el mercado minorista con pérdidas o, en cualquier caso, en condiciones de rentabilidad reducida, sufren una desventaja competitiva en el mercado que puede impedir o restringir su acceso a este mercado o el desarrollo de sus actividades en éste"*. Como se observa, al Tribunal le basta que la conducta ocasione una desventaja competitiva y no exclusión del mercado de las empresas competidoras.

Señala, asimismo, la sentencia que *"En efecto, si el margen es negativo, (...), el efecto de expulsión, al menos potencial, es probable, habida cuenta de que en tal situación los competidores de la empresa dominante, aunque sean igual de eficientes que ella o más, estarán obligados a vender con pérdidas"*.

Y, finalmente, el Tribunal señala que *"Por lo tanto, ha de concluirse que, a fin de determinar el carácter abusivo de una práctica tarifaria resultante en la compresión de los márgenes, es necesario demostrar que, habida cuenta, en*

particular, del carácter indispensable del producto mayorista, dicha práctica produce un efecto contrario a la competencia, al menos potencial, en el mercado minorista, sin que esto esté económicamente justificado."

Por otra parte, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, en el asunto T-336/07 Telefónica S.A., ha señalado que "(...) el efecto al que se refiere la jurisprudencia citada en el apartado anterior no se refiere necesariamente al efecto concreto de la conducta abusiva denunciada. Para poder demostrar la existencia de una infracción del artículo 82 CE, basta con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa que ocupa una posición dominante tiene por objeto restringir la competencia o, en otros términos, que el comportamiento puede tener dicho efecto".

En el ámbito de nuestro país no son pocas las sentencias que se han pronunciado al respecto, en el sentido, igualmente, de considerar que la conducta del abuso de posición de dominio no requiere la existencia de un resultado real. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 28 de febrero de 2014 (recurso 39/2013), ha dejado señalado, en relación con el artículo 2 de la LDC que "*El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma*".

En aplicación de la jurisprudencia citada, y tras el análisis realizado en la presente resolución sobre el abuso de posición de dominio de NOKIA, cabe concluir que el comportamiento de esta empresa analizado ha podido restringir la competencia en el mercado minorista, o en otras palabras, es probable³⁰ que haya tenido un efecto exclusionario al impedir o dificultar que el directo competidor haya podido presentarse al contrato de continua referencia.

Como ya se ha señalado, con fecha 1 de octubre de 2014, KAPSCH remitió una carta³¹ a ADIF en la que pone de manifiesto que no le ha sido posible presentar una oferta "*coherente y competitiva de acuerdo con el pliego del contrato*", por los siguientes motivos:

- "*El proyecto necesita de mucha información y compromiso de terceros, tecnologías y tecnólogos, no integrados con nosotros.*
- "*La información suministrada en el PPTP no es suficiente, máxime cuando los diferentes tecnólogos además se han negado a suministrar información básica y fundamental.*
- "*A 24 horas de la fecha de presentación de la oferta, no disponemos de informes de un elevado porcentaje tecnología y equipamiento existente, nos referimos al compromiso de servicio ni oferta económica [sic].*
- "*Las ofertas económicas recibas a última hora, han sido muy superiores a las cifras que aparecen en el pliego.*

³⁰ Adjetivo empleado en la Decisión de la Comisión de 4 de julio de 2007 en el asunto COMP/38.784-Wanadoo contra Telefónica y en la Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2012 que resuelve el recurso contra la citada Decisión.

³¹ Folios 73377 y 73378.

- *No hemos dispuesto en algunas técnicas, oferta para las potenciales renovaciones de equipos”.*

Parte de los motivos de renuncia que aparecen en la carta se refieren precisamente a la actuación de NOKIA y, en particular, a la ausencia de carta de compromiso y a los precios contenidos en la oferta económica presentada por NOKIA, por lo que es evidente que la actuación de ésta última tuvo una clara incidencia en la decisión de KAPSCH de no acudir al contrato. Es razonable pensar que el hecho de que un contrato pueda generar pérdidas resulta un claro obstáculo a la hora de tomar la decisión de participar en el mismo. Así las cosas, asumiendo un escenario hipotético en el que el único motivo concurrente hubiese sido el de la necesidad de asumir el precio mayorista de NOKIA, cabe asumir que ello hubiese sido motivo suficiente para renunciar al contrato sin necesidad de otros motivos adicionales.

De esta manera, las decisiones de NOKIA han propiciado, al menos potencialmente, la exclusión de facto de KAPSCH de la licitación de ADIF de julio de 2014, con independencia de que hayan podido existir otros factores adicionales que hayan podido influir en la decisión de KAPSCH de no presentarse.

Aquí conviene precisar que en realidad KAPSCH no disponía de un insumo alternativo que le hubiese permitido acudir al contrato sin necesidad de aceptar los precios de NOKIA, toda vez que, en el caso de que KAPSCH se hubiera presentado a la licitación ante la ausencia de carta de soporte por parte de NOKIA, habría tenido que realizar la misma oferta de mejora que NOKIA, solo que, en este caso, la sustitución afectaría a las 447 BTS de tecnología NOKIA. De lo contrario su oferta habría sido excluida de la licitación, por no cumplir con lo previsto en el PPT.

Respecto a esta sustitución de las 447 BTS, conviene destacar que el PTT no exige que esta sustitución sin coste para ADIF por falta de carta de soporte sea inmediata, sino que esta sustitución se tendría que realizar cuando el adjudicatario no pudiese mantener el nivel de servicio exigido. Por ello, al contrario de lo que alega NOKIA, y dado que en la práctica es técnica y económicamente inviable la sustitución inmediata de las 447 BTS, KAPSCH hubiese estado obligada a contratar los servicios mayoristas de NOKIA y hacer una sustitución gradual de las BTS de NOKIA.

Esta Sala, por tanto, a diferencia de lo alegado por NOKIA, considera que los precios mayoristas presentados por NOKIA, que evidencian un margen medio anual para NOKIA del **[CONFIDENCIAL >200%]**³², sí son parte esencial de las causas por las que KAPSCH decidió renunciar al contrato, provocando con ello el efecto de exclusión de KAPSCH.

³² Ver punto 5.4 apartado c) de la presente resolución relativa a la respuesta a las alegaciones de NOKIA, en la que se estima las alegaciones de NOKIA y se modifica el margen previsto en la Propuesta de Resolución.

Por otro lado, es probable que la conducta de NOKIA haya supuesto un precio de adjudicación del contrato superior al que hubiese mediado en caso de que ambas empresas hubiesen competido por la adjudicación del mismo.

Los elevados márgenes que este expediente ha acreditado entre los costes de NOKIA y los precios que ADIF paga por la adquisición y mantenimiento de estos equipos GSM-R en la licitación de julio de 2014, evidencian que una mayor competencia real entre NOKIA y KAPSCH podría haber supuesto una reducción de los costes para ADIF. De hecho, los precios de adjudicación de licitaciones más recientes para la instalación y mantenimiento de equipos GSM-R en la red de ADIF indican que cuando ha existido una competencia mayor entre NOKIA y KAPSCH, las bajas sobre el precio máximo de licitación pueden ser muy sustanciales.

En este sentido, conviene poner de manifiesto que para KAPSCH este contrato podía suponer un gran incentivo toda vez que le daba la opción de acaparar una gran cuota de mercado a la finalización del contrato, por lo que tenía incentivos para ser competitivo a la hora de presentar oferta a ADIF.

Otro factor a tener en cuenta es que al cubrirse en esta licitación casi toda la red GSM-R y varias tecnologías, se generaban importantes economías de escala y alcance, que no existen en otras licitaciones de dimensión más reducidas. Por ello, con su conducta, NOKIA también ha impedido a ADIF beneficiarse de estas economías de escala y alcance.

Así las cosas, el encarecimiento del coste de la licitación pública debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar los efectos restrictivos de una conducta como la que se analiza en este expediente, toda vez que el coste del contrato está sufragado con dinero público procedente de todos los contribuyentes. Véanse en este sentido, la Resolución de 4 de diciembre de 2014 (Expte. S/0453/12 Rodamientos ferroviarios) y la Resolución de 30 de junio de 2016 (S/0519/14 Infraestructuras ferroviarias), así como la de 19 de octubre de 2011 (Expte. S/0226/10 Licitaciones de carreteras).³³.

La Audiencia Nacional ha hecho suyo ese mismo reproche acentuado al señalar que *“Respecto a la proporcionalidad hemos de considerar la afectación significativa al interés público, la concertación que examinamos alteró los precios de las licitaciones a cargo de fondos públicos [...]. Por otra parte, la conducta eludió las normas administrativas que garantizan la transparencia en la contratación administrativa y el acierto en la selección de la oferta más ventajosa, y tendió directamente a impedir su aplicación”* (SAN de 16 de mayo de 2014, recurso núm. 643/2011).

³³ En la Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 19 de octubre de 2011 (expediente S/0226/10 Licitaciones de Carreteras), la Autoridad de Competencia señala que *“resultan inaceptables los argumentos esgrimidos por algunas empresas de que este tipo de colusión no afecta significativamente a los consumidores o de que en ausencia de ella el resultado hubiera sido el mismo. Pocas infracciones pueden dañar tanto y a una base tan amplia. Al suponer un mayor coste de la licitación y, con ello, un mayor cargo presupuestario, está afectando nada menos que a todos los contribuyentes.”*.

Cabe entender, por tanto, que la conducta llevada a cabo por NOKIA ha tenido un impacto, al menos potencial, en la competencia y en el precio al que finalmente fue adjudicado el contrato.

4.3. Responsabilidad de NOKIA

La jurisprudencia ha señalado que la constatación de un abuso de posición de dominio requiere apreciar el carácter objetivo de la conducta, o lo que es lo mismo, que la empresa en cuestión abusa de su posición *“mediante el recurso a métodos diferentes de aquéllos que condicionan la competencia normal en productos o servicios³⁴”*, y que tal comportamiento pueda ocasionar, como hemos indicado, un efecto en un mercado en el que la competencia ya está debilitada por presencia del operador dominante.

NOKIA ha llevado a cabo una conducta de estrechamiento de márgenes aplicando a KAPSCH, como operador igualmente eficiente, unos precios mayoristas por la prestación del servicio soporte que de haberlos aceptado y ser adjudicatario del contrato de referencia, le hubiesen hecho incurrir en pérdidas. Ello además, se produce en el marco de un contrato público en el que impera la transparencia y la predictibilidad, por lo que NOKIA sabía el presupuesto del contrato y los ingresos aproximados para el adjudicatario que podrían derivarse del mismo, sobre todo teniendo en cuenta la experiencia en otras licitaciones similares, y con ello tenía una aproximación casi certera de todas las variables económicas que conformaban el mismo, lo que dota a la conducta de un grado de conocimiento apreciable. NOKIA sabía, igualmente, que el hecho de no presentar la carta de compromiso para el servicio soporte implicaba que KAPSCH debía asumir el coste adicional de tener que aceptar la oferta mayorista de NOKIA y, simultáneamente, ofrecer a ADIF como mejora la sustitución gratuita gradual de los equipos de NOKIA. De hecho, KAPSCH tampoco presentó oferta soporte y NOKIA decidió, como hemos señalado, sustituir la tecnología por la suya propia sin coste para ADIF.

No es posible considerar, por tanto, que la conducta de NOKIA obedece a una práctica que pueda ser considerada dentro de los límites de una competencia leal entre empresas, toda vez que su conducta fue apta para causar la exclusión de un competidor por medios y prácticas distintos de aquellos que cabe esperar de una empresa que ostenta una posición dominante en el mercado.

En este sentido, cabe destacar que como empresa dominante en los mercados definidos a lo largo de esta resolución, NOKIA ostenta un plus de responsabilidad con respecto a aquellas empresas que no tienen tal posición. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 9 de noviembre de 1983 (asunto C-322/81), en la que indica que *“la acreditación de la existencia de una posición de dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, suponiendo tan sólo que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una*

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76 Hoffmann-La Roche

responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común”.

En España, el Tribunal Supremo³⁵ también es consciente de este mayor grado de responsabilidad exigible a las empresas en posición de dominio, al señalar que *“sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores, en particular”.*

Así, en unos mercados como los aquí definidos en los que el número de empresas que participan se reduce básicamente a dos, una empresa que ostenta una posición dominante no puede eludir el conocimiento de esa posición en los mismos, ni puede eludir ese mayor grado de responsabilidad y de observancia de cumplimiento de la legalidad que exigen los propios tribunales. A estos efectos, no existen justificaciones objetivas que eximan a NOKIA de su responsabilidad de esta conducta, en la medida que contaba con margen suficiente para fijar los precios minoristas y mayoristas, especialmente estos últimos, que han sido fijados por NOKIA en un nivel muy superior a los costes en los que incurría este operador. En este sentido basta señalar que valor actual del margen medio anual que hubiese obtenido NOKIA por su servicio mayorista hubiese sido del **[CONFIDENCIAL >200%]**³⁶.

Esta Sala considera que ha quedado demostrado el carácter objetivamente antijurídico de la conducta de NOKIA, toda vez que la eliminación de los márgenes comerciales del inmediato y único competidor en los términos que aquí se han producido no se ajusta a un comportamiento leal y legítimo y conforme al artículo 2 de la LDC de una empresa que ostenta una posición de dominio en el mercado. Asimismo, igualmente ha quedado probado el propósito subjetivo de NOKIA de intentar excluir a KAPSCH del contrato licitado por ADIF.

NOKIA es, por tanto, responsable de una infracción consistente en un estrechamiento de márgenes, considerada muy grave conforme a lo previsto en el artículo 62.4.b) de la LDC, que dispone que son infracciones muy graves, entre otras, *“El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos”.*

NOKIA dispone de una cuota de mercado cercana al monopolio en los mercados afectados, en particular, en el mercado mayorista de prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R de equipos NOKIA.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de noviembre de 2009 (recurso 1246/2006).

³⁶ Ver punto 5.4 apartado c) de la presente resolución relativa a la respuesta a las alegaciones de NOKIA, en la que se estima las alegaciones de NOKIA y se modifica el margen previsto en la Propuesta de Resolución.

QUINTO.- RESPUESTA A LAS ALEGACIONES A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y OTRAS CUESTIONES PLANTEADAS EN FASE DE RESOLUCIÓN

5.1. Sobre la definición de mercados

NOKIA considera que la Dirección de Competencia ha definido incorrectamente los mercados relevantes y ha creado, incluso, un nuevo mercado de servicios soporte del equipamiento de marca NOKIA, que le ha llevado a concluir erróneamente que NOKIA es dominante al ser monopolista.

NOKIA indica que, aun cuando la definición de mercados fuera correcta, ella no sería dominante dada la relevancia de KAPSCH como competidor, el muy significativo poder compensatorio de la demanda de ADIF, la relativa relevancia de cuotas de mercado elevadas por tratarse de mercados de licitación en los que la competencia se produce por el mercado y la ausencia de barreras de entrada significativas.

a) Mercado de mantenimiento de LAV

En relación con el mercado de mantenimiento, NOKIA señala que la Dirección de Competencia debería haber definido un mercado de mantenimiento de todas las tecnologías necesarias para el correcto funcionamiento de las LAV y no un mercado de mantenimiento de instalaciones GSM-R.

NOKIA considera que el propósito de la licitación de julio de 2014 y de ADIF era la prestación de un mantenimiento integrado y global por el consorcio adjudicatario de todas las tecnologías, dadas las interrelaciones existentes entre ellas, ya que el funcionamiento incorrecto de una de ellas (por ejemplo, el telemando de energía), condiciona y puede poner en riesgo el correcto funcionamiento del sistema. Pretender separar el mantenimiento de GSM-R como un servicio aislado y separado, denota, a juicio de NOKIA, una falta de comprensión de la verdadera finalidad del PPT y de la realidad del servicio de mantenimiento realmente solicitado, que se refleja en el apartado 2.1.3. del PPT.

NOKIA señala como muy significativo el hecho de que al adjudicatario se le abone un canon mensual por el mantenimiento y renovación de todas las tecnologías y líneas y no cuantías específicas por tecnología. Asimismo, NOKIA indica que el reparto del precio entre los miembros de la UTE se realiza en función de las responsabilidades y personal aportado por cada uno de ellos y no por tecnología.

En un mercado así definido, NOKIA considera que no tendría posición de dominio, dado que el peso de los servicios de mantenimiento de la tecnología GSM-R se diluye en el conjunto de tecnologías, cuyo mantenimiento ADIF solicita a través de la licitación de julio de 2014.

Respuesta de esta Sala

Como bien ha señalado la Dirección de Competencia, la propia NOKIA ha asumido a lo largo del procedimiento que ningún oferente puede cubrir las necesidades de mantenimiento de las tecnologías de las LAV de ADIF en la licitación de julio de 2014, lo que es un dato determinante para descartar la alegación de NOKIA justificando este mercado amplio de mantenimiento.

En este sentido, conforme a la práctica de las autoridades de competencia, a la hora de delimitar los mercados de producto relevantes, es necesario partir de los posibles mercados de producto más estrechos y ver si existen alternativas por el lado de la demanda o de la oferta para cubrir las necesidades de mantenimiento de ADIF para cada tecnología de LAV.

En la medida que la propia NOKIA reconoce que la constitución de UTEs es imprescindible, es evidente que no existe una sustituibilidad por el lado de la demanda o de la oferta lo suficientemente significativa como para que un único operador pueda cubrir todas las necesidades de mantenimiento de tecnologías de LAV de ADIF en un tiempo y con un coste razonable.

Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que hasta la licitación de julio de 2014, los distintos contratos de ADIF cubrían, en muchas ocasiones, solo una o dos tecnologías para una línea, resultando, por tanto, distintos adjudicatarios.

La propia licitación de julio de 2014 afecta a varios contratos de distintas líneas que incluyen una o varias tecnologías. Así, sirvan como ejemplo, los tres contratos diferentes que se realizan para la instalación en el tramo Barcelona-Figueras de: señalización - telecomunicaciones fijas - elementos asociados; telecomunicaciones móviles GSM-R - infraestructura para operadores públicos de telefonía móvil; telemando de energía.

Es preciso señalar, por otra parte, cuáles son los objetivos de ADIF que han quedado expresados en el PPT de la licitación de julio de 2014. El apartado 2.1 del PPT indica, entre sus objetivos, la disminución de los costes de mantenimiento y la homogeneización de las soluciones tecnológicas de los distintos sistemas de telecomunicación. En el apartado 2.1.2, dedicado a este último objetivo, ADIF establece lo siguiente:

“La actual dispersión de soluciones tecnológicas para un mismo sistema de telecomunicación en distintas o incluso en la misma línea de alta velocidad conlleva lógicamente un mayor coste de mantenimiento. (...). Por ello en el estudio que se incluye en el presente pliego se ha pretendido desde una visión global de los distintos sistemas de telecomunicación y de los servicios demandados en cada una de las LAV, diseñar una arquitectura para cada sistema de telecomunicación lo más común posible a todas las LAV, facilitando su gestión y mantenimiento global y en consecuencia minimizar los costes de operación” (folio 465).

ADIF trata de establecer una arquitectura lo más común posible para cada sistema de telecomunicación desde una visión global de todos los sistemas de telecomunicación. Ello no significa, no obstante, que todos y cada uno de los sistemas se tengan que ver modificados por la ejecución del contrato. Así, por ejemplo, la tecnología GSM-R está implantada en todas las LAV aunque el

instalador no sea el mismo. Es ya, por tanto, un sistema homogéneo. Existen otros sistemas, sin embargo, como los sistemas de transmisión en los que, según ADIF, existen soluciones heterogéneas y obsoletas que se tratan de homogeneizar con la licitación de julio de 2014.

Esta Sala, en sintonía con la Dirección de Competencia, entiende que el hecho de que ADIF abone un canon mensual por el mantenimiento y renovaciones imprescindibles de todas las tecnologías no justifica, en absoluto, que todas las tecnologías se tengan que mantener en conjunto. De hecho, el canon se podría pagar perfectamente por tecnología.

Cabe recordar que el capítulo 25 del PPT de la licitación de julio de 2014, presupuesto de explotación, establece para cada tecnología el presupuesto asignado para el canon mensual de mantenimiento preventivo y correctivo así como una partida alzada por incidencias imputables a terceros fuera de la jornada laboral normal.

Y el capítulo 17 del PPT, relativo a la valoración de los trabajos, establece diferentes apartados para los cánones de mantenimiento de cada uno de los sistemas de telecomunicación incluidos en la licitación, en los que se explicita el contenido del servicio a prestar (folios 587-591).

De esta manera, la propia ADIF diferencia el presupuesto de la licitación de julio de 2014 por distintas tecnologías, lo que evidencia la autonomía existente en el mantenimiento de las mismas.

Asimismo, el pago de un canon único se puede justificar en el hecho de que el adjudicatario, aunque sea una UTE, nombra a un único representante o interlocutor. Por ello, es consistente con la existencia de una UTE que el pago se realice al representante de la misma y luego, éste, lo reparta entre sus miembros de acuerdo a los criterios previamente establecidos.

A la vista de todo lo anterior, esta Sala considera que, a los efectos del presente expediente, no cabe aceptar la propuesta de NOKIA de definición de un mercado amplio de mantenimiento de LAV que incluya todas las tecnologías.

b) *Mercado amplio de tecnología GSM*

NOKIA señala, por otra parte, que el mercado de equipamiento y mantenimiento GSM y GSM-R forman parte del mismo mercado.

NOKIA indica, con base en precedentes comunitarios³⁷, que una red GSM-R es esencialmente idéntica a una red GSM dado que los subsistemas que conforman la primera (subsistemas *Radio Access Network* – RAN y *Core Network System* – CNS) constituyen equipamiento y *software* estándar de GSM con pocos ajustes y equipos específicos para ferrocarriles. Las diferencias en *hardware* se limitan a algunos elementos de red³⁸ y las características específicas de *software*

³⁷ COMP/M.6095 ERICSSON/NORTEL GROUP (MSS & GLOBAL SERVICES)

³⁸ Filtro dúplex en la estación base para acomodar los canales específicos de frecuencia usados por las compañías ferroviarias y nodo de servicio para administrar funciones específicas.

representan aproximadamente un 3% únicamente del código fuente de GSM de NOKIA. A juicio de NOKIA, las diferencias de *software* son tan reducidas que el mismo producto puede distribuirse tanto a clientes que operan GSM como a clientes ferroviarios.

Desde la perspectiva de proveedores de equipos, NOKIA señala que todos los proveedores de equipos GSM-R han desarrollado previamente soluciones GSM, lo que se confirma sobre la base del **“análisis específico de la sustituibilidad de la oferta que, (...), es particularmente factible en este sector”**. Así, a juicio de NOKIA, cualquier proveedor de productos GSM puede ofrecer productos GSM-R sin tener que incurrir en costes y retrasos significativos, ni riesgos financieros.

A juicio de NOKIA, los principales costes se refieren al desarrollo del *software* que se basa en estándares abiertos. Los añadidos necesarios en el *software* llevan unos meses, tras lo cual las características específicas de GSM-R pueden incluirse en el lanzamiento de software siguiente, entre 6 y 12 meses tras el inicio de la codificación. NOKIA indica que el tiempo necesario para establecer capacidad GSM-R es corto en comparación con la dinámica del mercado, teniendo en cuenta los largos períodos de contratación de las compañías ferroviarias, que suele durar entre 1 y 3 años, y la extensión adicional de 4 a 8 años. NOKIA señaló, en respuesta a una solicitud de aclaraciones por parte de la Dirección de Competencia, que estima que el período necesario no superaría los doce meses.

En relación con los costes, NOKIA considera que el valor de un proyecto típico de despliegue nacional de red GSM-R varía entre los **[CONFIDENCIAL]** millones de euros y los costes de adaptar los productos de red GSM para incluir características de GSM-R puede por tanto cobrarse con un número reducido de encargos recibidos. En respuesta a una solicitud de aclaraciones por parte de la Dirección de Competencia, NOKIA estimó que los costes para que un fabricante de tecnología GSM pase a fabricar tecnología GSM-R se elevarían alrededor de **[CONFIDENCIAL]** millones de euros.

NOKIA indica, además, que la demanda de GSM-R es clara, esperándose que sea adoptada como la tecnología estándar en comunicación ferroviaria en 50 países. Cita la entrada de HUAWEI en el EEE como muestra de la posibilidad de que otros competidores entren en el negocio y considera que operadores de GSM tales como Ericsson, ZTE y Alcatel-Lucent se encuentran en posición de ofrecer productos GSM-R. NOKIA señala, asimismo, que el declive de las instalaciones tradicionales de GSM, debido a la expansión de 3G, LTE³⁹ y otras redes, puede hacer el GSM-R más atractivo a proveedores de equipo GSM.

Respuesta de esta Sala

La Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia señala en el párrafo 13 que: *“Las empresas se ven sometidas a tres fuentes principales de presiones en los asuntos de competencia: sustituibilidad de la*

³⁹ Long Term Evolution: es una nueva generación respecto a UMTS (tercera generación o 3G) y a GSM (segunda generación o 2G).

demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial. Desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto (...)".

El párrafo 14, por su parte, establece que *"las presiones derivadas de la sustituibilidad de la oferta distintas de las descritas en los puntos 20 a 23 y de la competencia potencial son generalmente menos inmediatas y, en cualquier caso, requieren el análisis de otros factores. Por esta razón, estas presiones se contemplan en la fase de valoración del análisis de los asuntos de competencia"*.

Es decir, que la Comisión considera preferentemente el análisis de la sustituibilidad de la demanda como principio básico para la definición de mercado y, sin embargo, NOKIA realiza su análisis básicamente desde el punto de vista de la sustituibilidad de la oferta, al considerar la similitud de las redes, por una parte, y la posibilidad que los operadores presentes en el mercado de la tecnología GSM pueden prestar servicios en el de la tecnología GSM-R sin costes ni retrasos significativos, por otra.

En relación con la similitud de elementos, esta Sala no tiene nada que objetar. Parece razonable que si, como recoge la propuesta de resolución, la tecnología GSM-R se basa en la tecnología GSM, las redes GSM-R también adopten el modelo utilizado en las redes GSM dado el éxito que éstas han tenido para la telefonía móvil.

Así, de acuerdo con los precedentes comunitarios citados⁴⁰, una red GSM consta de dos elementos básicos. Un subsistema de estaciones bases (RAN) compuesto por estaciones base (BTS) y controlador de estaciones base (BSC), que es similar al subsistema BSS de la red GSM-R, y un subsistema central de red (CNS), que es similar al subsistema CORE de la red GSM-R.

En este sentido se manifiesta también el informe de la consultora ABI Research aportado por KAPSCH en su denuncia (folio 56): *"GSM-Railway or GSM-R is a digital cellular network that is a derivative of the GSM cellular standard and is specifically dedicated for communications between staff, trains, and control centers. The network structure is similar to a public commercial GSM network with a few additional components designed to meet the mission-critical requirements and operational functions for railway environments. Railway communication networks need to have high availability and reliability at all times in order to guarantee safe train operation"*⁴¹.

⁴⁰ COMP/M.6095 ERICSSON/NORTEL GROUP

⁴¹ Traducción de la Dirección de Competencia: GSM-Ferrocarril o GSM-R es una red de comunicaciones móviles digital que deriva del estándar de comunicaciones móviles GSM y que está específicamente dedicado a las comunicaciones entre los empleados, los trenes y los centros de control. La estructura de esta red es similar a la de una red pública comercial GSM, con algunos componentes adicionales diseñados para cumplir con los requisitos esenciales y las funcionalidades operacionales en entornos ferroviarios. Las redes de comunicaciones ferroviarias deben tener una alta disponibilidad y fiabilidad en todo momento a fin de garantizar el funcionamiento seguro de los trenes.

El informe añade que *“GSM-R cells⁴² only exist along the rail track, forming a seemingly one-dimensional network in contrast to the two-dimensional cell arrangement for the public mobile network. BTS are placed on each side of the rail track to form an overlapping area along the track. Distance between consecutive BTS is between 5 km to 10 km on average and no more than 15 km”* (folio 59).⁴³

Como se observa, en el informe anterior se habla de similitud de estructura de redes pero también se indica que la red GSM-R añade algunos componentes que han sido diseñados para cubrir determinados requisitos básicos y funciones operativas específicas del ferrocarril. Y añade también que existe una diferencia en el diseño de ambas redes derivada de la localización de las células en las que se ubican los equipos radio a lo largo de la línea ferroviaria, lo que conforma una red aparentemente unidimensional frente al carácter bidimensional de las redes públicas de telefonía móvil.

El mismo informe señala, asimismo, que, además de voz y datos, el sistema GSM-R actúa como portador del *European Train Control System (ETCS)*, que es *“responsible for the automatic train protection (ATP) function by communicating speed limits between the train and a central management center to ensure safe operation”⁴⁴*. El informe añade que GSM-R y ETCS conforman el *European Rail Traffic Management System (ERTMS)*, un sistema de comunicación y señalización ferroviario avanzado e interoperable a nivel europeo (folio 57).

En el informe se indica expresamente que las redes de comunicación en el ferrocarril tienen que tener una alta disponibilidad y fiabilidad en todo momento para garantizar la seguridad en el tráfico ferroviario y el sistema GSM-R cumple un papel primordial en la seguridad de las operaciones, de forma que, a juicio de esta Sala, las redes GSM-R tienen determinados componentes que les permiten salvaguardar la seguridad ferroviaria que las redes GSM, por sí solas, no podrían acometer.

De esta manera, resulta evidente que la sustituibilidad por el lado de la demanda entre las tecnologías GSM y GSM-R no es automática, y que las diferencias en sus funcionalidades se producen en aspectos críticos para garantizar la seguridad en el funcionamiento de los trenes. Cabe señalar, en este sentido, la importancia de la tecnología GSM-R como componente fundamental del ERTMS, un sistema de comunicación y señalización ferroviario a nivel europeo.

⁴² De acuerdo con la información publicada en la decisión M.7632 Nokia/Alcatel *“Individual geographic areas covered with mobile radio equipment are known as “cells” or “macro cells”, as the coverage they provide can have a radius range of few tens of kilometres”* (párrafo 17). Traducción de la Dirección de Competencia: “Las áreas geográficas individuales cubiertas con un equipo de comunicaciones móviles son conocidas como “celdas” o “macro celdas”, dado que la cobertura que proporcionan puede tener un alcance con un radio de varias decenas de kilómetros.

⁴³ Traducción de la Dirección de Competencia: Las celdas GSM-R solo existen a lo largo de la vía ferroviaria, formando una aparente red unidimensional, que contrasta con la distribución bidimensional de las celdas de las redes públicas de comunicaciones móviles. Las BTS son emplazadas a ambos lados de la vía ferroviaria para formar áreas solapadas a lo largo de la vía. La distancia entre las sucesivas BTS es de entre 5 km y 10 km de media, y no más de 15 km.

⁴⁴ Traducción de la Dirección de Competencia: [ETCS] es responsable de la funcionalidad de protección automática del tren (ATP), al comunicar entre el tren y un centro de gestión central los límites de velocidad necesarios para asegurar una operación segura.

De esta manera, esta Sala, en consonancia con la Dirección de Competencia, considera que la sustituibilidad por el lado de la demanda entre ambas tecnologías es insuficiente.

En lo que respecta a la sustituibilidad por el lado de la oferta, NOKIA defiende que los costes en tiempo y en dinero que implicaría el cambio de la tecnología GSM a GSM-R se centran en el desarrollo del *software*. NOKIA ha estimado que el período de tiempo necesario para adaptar la tecnología GSM a tecnología GSM-R no superaría los doce meses. En cuanto al coste de la adaptación, NOKIA lo ha estimado en alrededor de **[CONFIDENCIAL]** millones de euros, cifra que, a juicio de esta Sala, no permite acreditar que los proveedores de GSM “*pueden pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos (...)*” como requiere el análisis de la sustituibilidad de la oferta, según lo establecido en el punto 20 de la Comunicación de la Comisión.

Sin embargo, en estas estimaciones NOKIA parece no haber tenido en cuenta los procedimientos de certificación e interoperabilidad que es necesario cumplir para poder acudir a las licitaciones de ADIF, que tienen un coste considerable, especialmente en tiempo.

En este sentido, un ejemplo paradigmático de ello es el caso de HUAWEI, un operador que ya dispone de tecnología GSM-R. A pesar de ello, no ha podido acudir de forma individual a las licitaciones de ADIF, en la medida que no puede aportar las certificaciones de seguridad e interoperabilidad demandadas por ADIF⁴⁵.

Las necesidades de seguridad que debe cubrir la tecnología GSM-R justifican que ADIF exija estas certificaciones de seguridad e interoperabilidad, tal y como ratifica la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)⁴⁶, de 8 de julio de 2016, en el recurso planteado por HUAWEI contra una cláusula de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas que rigen la licitación del Contrato de “Redacción de proyecto definitivo, proyecto constructivo, obra y mantenimiento GSM-R en el tramo Humanes-Monfragüe”, convocado por ADIF y publicado en el BOE del día 18 de mayo de 2016.

Por otra parte, NOKIA cita como operadores de GSM capaces de entrar en el mercado de GSM-R a Alcatel Lucent Technologies, Ericsson y ZTE⁴⁷. Entre las compañías señaladas se encuentre la empresa Alcatel Lucent Technologies, pero esta empresa ha sido objeto de diferentes adquisiciones en los últimos años, de forma que ya no actúa como empresa independiente en el mercado.

⁴⁵ A estos efectos, resulta indiferente que REVENGA haya podido presentar una oferta en la licitación del tramo Humanes-Monfragüe con tecnología de HUAWEI, en la medida que si REVENGA hubiese sido adjudicatario, presumiblemente NOKIA y KAPSCH habrían recurrido la adjudicación por falta de cumplimiento de uno de los requisitos esenciales establecidos en los pliegos, la presentación de los correspondientes certificados de interoperabilidad.

⁴⁶ [http://www.minhap.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202016/Recurso%200456-2016%20\(Res%20531\)%2008-07-2016.pdf](http://www.minhap.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202016/Recurso%200456-2016%20(Res%20531)%2008-07-2016.pdf)

⁴⁷ ZTE Corporation es una empresa china de telecomunicaciones (http://www.zte.com.cn/global/about/corporate_information)

Así, en septiembre de 2013, la Comisión Europea dio luz verde a la adquisición por parte de ZTE Services Deutschland GmbH⁴⁸ de Alcatel-Lucent Network Service GmbH y en julio de 2015 autorizó la adquisición por parte de NOKIA Corporation del control exclusivo de Alcatel-Lucent S.A.⁴⁹.

A la luz de lo expuesto en la decisión de la Comisión en el caso NOKIA/Alcatel-Lucent, la tecnología GSM de Alcatel fue incorporada en esta operación dado que entre los mercados de producto se encuentra el de equipamiento RAN y CNS, ya analizado en las decisiones comunitarias citadas con anterioridad. De lo anterior se desprende que si Alcatel-Lucent forma parte de NOKIA⁵⁰, al estar controlada en exclusiva por esta compañía, difícilmente puede ser considerada como competidor de NOKIA.

En relación con la empresa Ericsson, cabe señalar que el párrafo 57 de la decisión de la Comisión en el caso COMP/M.6095 citado anteriormente se indica que *“Ericsson does not provide GSM-R solutions anymore and no longer competes with Kapsch in this market segment”*⁵¹, de lo que se desprende que aparentemente Ericsson ya estuvo presente en el mercado de GSM-R y lo ha abandonado. En este contexto, parece, al menos, cuestionable que la empresa vuelva a abordar el mercado, excepto si las expectativas de crecimiento de la demanda en este mercado fueran suficientemente atractivas, aspecto que se analizará más adelante.

De todos los operadores citados por NOKIA, por tanto, sólo cabría considerar como potencial candidato a la entrada en el mercado GSM-R al grupo chino ZTE. No obstante, el ejemplo de HUAWEI evidencia que la entrada de ZTE en España no será rápida ni inmediata.

A la vista de todo lo anterior, esta Sala considera que, a los efectos del presente expediente, no cabe aceptar la propuesta de NOKIA de definición de un mercado amplio de tecnología GSM que englobe la tecnología GSM-R.

c) Supuesto mercado de mantenimiento de instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R de dimensión europea

NOKIA considera que, incluso si existiera, el mercado de mantenimiento de instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R tendría una dimensión geográfica al menos europea.

NOKIA estima que las características de la tecnología GSM-R en España y de las instalaciones de ADIF no se diferencian ni sustancial ni limitadamente de las del resto de Estados miembros de la UE. NOKIA señala que las únicas diferencias se podrían referir a distintas parametrizaciones en cuanto a la

⁴⁸ Pertenece al grupo chino ZTE

⁴⁹ Casos COMP/M.7029 - ZTE SERVICES DEUTSCHLAND/ ALCATELLUCENT NETWORK SERVICE y Case M.7632 NOKIA/ ALCATEL-LUCENT

⁵⁰ http://company.nokia.com/sites/default/files/download/nokia_ar2015_strategy_uk.pdf

⁵¹ Traducción de la Dirección de Competencia: Ericsson ya no proporciona soluciones GSM-R y ya no compete con Kapsch en este segmento del mercado.

redundancia de red, que no suponen ningún obstáculo a que el mercado sea calificado como europeo.

NOKIA indica, por otra parte, que las pruebas de interoperabilidad entre equipos de distintos fabricantes se realizan a nivel internacional/europeo en el marco de los Programas TEN-T de la UE, lo que refuerza la idea de que la tecnología GSM-R es idéntica a nivel europeo.

Asimismo, la citada entidad considera que la necesidad de disponer de medios personales y técnicos en España no constituye justificación suficiente para concluir una dimensión nacional del mercado y señala que todas las empresas activas en fabricación y mantenimiento de equipos GSM-R compiten en licitaciones de toda la UE. Además, NOKIA indica que parte del mantenimiento se puede realizar y se realiza desde fuera de España y cita, en particular, la asistencia remota para los niveles 2 y 3.

Respuesta de esta Sala

Es cierto que la tecnología GSM-R instalada en España es idéntica a la instalada en otros países europeos, no en vano los estándares se fijan a nivel europeo, como ya se ha señalado. Sin embargo, la estructura de la red española presenta dos diferencias significativas con respecto a la del resto de países europeos. Por una parte, la redundancia que ha sido señalada por NOKIA y, por otra, la coexistencia de tecnología instalada de dos operadores diferentes, NOKIA y KAPSCH. Esta situación solo se produce en tres países (Italia, Alemania y España) de los 18 sistemas GSM-R actualmente en funcionamiento en Europa, de acuerdo con la información facilitada por ADIF (folio 75354).

Tales diferencias producen que las labores de mantenimiento del equipamiento sean más complejas, requieran de una atención especial y de una especial coordinación, además de mayores recursos.

Así, la duplicidad de la mayoría de los elementos que, como se recordará, tiene por objeto que incidencias en una de las capas no impidan el funcionamiento correcto del sistema, implica, en primer lugar, que los técnicos especialistas se dupliquen. Cabe señalar, en este sentido, lo dispuesto en el capítulo 7 del PPT sobre la organización del mantenimiento. Se indica, en particular, que los técnicos especialistas responsables de sistemas (nivel 2) y los técnicos de mantenimiento de campo (nivel 1) “se ubicarán físicamente en los centros de mantenimiento de las líneas y los centros de supervisión del PCC de Atocha y Zaragoza-Gutiérrez Soto” (folio 514).

La duplicidad implica, además, que exista una coordinación perfecta entre los mantenedores de una y otra capa, más en la actualidad en la que la duplicidad no es completa.

Por otra parte, la coexistencia de tecnología de dos operadores diferentes hace que las labores de mantenimiento sean más complejas y requieran de la colaboración de personal perteneciente a empresas diferentes. Cabe señalar que, aunque cada empresa realice las labores de mantenimiento de sus equipos,

es necesaria una coordinación entre ellas pues los equipos de los dos subsistemas *core* y radio están conectados entre sí y pueden no ser del mismo fabricante. Es cierto que con la licitación de julio de 2014, la existencia de un único adjudicatario y mantenedor de la tecnología GSM-R en las líneas incluidas simplificará las tareas de mantenimiento, pero siguen coexistiendo dos tecnologías en una estructura redundante.

Cabe señalar, por otra parte, que en los precedentes comunitarios⁵², la Comisión Europea señala que la investigación de mercado realizada ha constatado que la presencia local es todavía crucial, en particular, cuando los servicios deben prestarse in situ para garantizar la calidad. Según la investigación de mercado, la presencia local puede ofrecerse con instalaciones propias o a través de socios locales pero también más allá de las fronteras nacionales siempre que el tiempo de respuesta a un problema sea aceptable.

En este sentido, esta Sala coincide con NOKIA en que parte del mantenimiento se realiza mediante asistencia remota. De hecho, KAPSCH, en su oferta a NOKIA, señala que el alcance del mantenimiento es un soporte técnico remoto (niveles 2 y 3) (folio 683) y en la oferta de NOKIA se indica que para proporcionar soporte de emergencia se requiere el acceso remoto a los equipos (folios 73525; 73546). NOKIA ha señalado a lo largo del procedimiento que el *Global Delivery Center* (nivel 2) (punto de escalado para los casos del cliente) se encuentra ubicado en Portugal y el *Customer Support Service* (nivel 3) está ubicado en China.

Sin embargo, la existencia de asistencia remota no invalida una definición geográfica nacional dada la necesidad, recogida en el PPT, de mantener un buen número de técnicos especialistas tanto en los edificios técnicos de Zaragoza y Atocha como en los centros de mantenimiento de las líneas.

A la vista de todo lo anterior, esta Sala considera que, a los efectos del presente expediente, no cabe aceptar la propuesta de NOKIA de definición de un mercado de mantenimiento de instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R de dimensión europea.

d) *Mercado mayorista de servicio de soporte para mantenimiento de equipos GSM-R de marca NOKIA*

NOKIA cuestiona que la imputación de estrechamiento de márgenes se sostenga en una posición de monopolio de NOKIA que parte, a su juicio, de una definición de mercado totalmente nueva, en relación con un mercado inexistente hasta el momento de la licitación de julio de 2014, que habría nacido justo en el momento de la convocatoria y como consecuencia de las condiciones establecidas por ADIF y que, según NOKIA, se sale de lo habitual tanto en un análisis de definición de mercado como de posición de dominio.

En este sentido, la citada entidad considera que dicho mercado podría calificarse, más que de novedoso, de potencial dado que su existencia no es,

⁵² Caso COMP/M.4297 NOKIA/SIEMENS

según NOKIA, cierta, al menos en relación con la licitación de julio de 2014. La empresa estima que los propios términos de la licitación de julio de 2014 permitirían a las empresas adjudicatarias evitar la necesidad de tener que contratar los servicios de soporte mayoristas, acelerando al máximo la renovación de los equipos GSM-R del operador competidor o incluso renovándolos el día 1.

En apoyo de sus alegaciones, NOKIA trae a colación el párrafo 56 de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa en materia de competencia (97/C372/03), del que, a su juicio, se desprende que únicamente en circunstancias excepcionales cabe definir un mercado tan estrecho como el que propone la Dirección de Competencia. Cita, en particular, la llamada a la prudencia cuando se definen mercados primarios y secundarios y la existencia de una alternativa a la dependencia a los productos o servicios del mercado secundario, que puede dar lugar a que el producto o servicio secundario no tenga que definirse como un mercado en sí mismo.

NOKIA señala, adicionalmente, que, con carácter general, los servicios de reparación y mantenimiento del equipamiento GSM-R de cualquier marca puede ser prestado, al menos parcialmente, por empresas distintas a la fabricante de tales equipos y cita, como ejemplos, el mantenimiento de las LAV Olmedo-Orense, 5.413,4-Burgos-León y Albacete-Alicante, que es realizado por otras empresas adjudicatarias. NOKIA especifica que se trata del mantenimiento de nivel 1.

En cuanto a las piezas de repuesto originales, la citada entidad señala que no es imprescindible que sean suministrados por el propio fabricante ya que, al tratarse de una tecnología madura, es fácil conseguir repuestos e indica que no es inusual que algunas empresas ofrezcan piezas a ADIF procedentes de desinstalaciones de otros países.

Asimismo, NOKIA añade que las piezas no son un recurso esencial ya que ADIF dispone de recambios de marca NOKIA, según se desprende del capítulo 19 del PPT: *“ADIF facilitará al adjudicatario el material que actualmente posee en cada línea. El adjudicatario aportará a su cargo aquéllos materiales que falten para completar el stock mínimo de repuestos”* (folios 593-594).

Respuesta de esta Sala

En relación con el servicio técnico de mantenimiento del equipamiento GSM-R de las últimas líneas adjudicadas por ADIF, que NOKIA indica que está siendo realizado por otras empresas adjudicatarias (las de cada uno de los consorcios) durante 20 años en las tres líneas citadas como ejemplo (Olmedo-Orense, Albacete-Alicante y Valladolid-Burgos-León), es necesario destacar que en estos casos el mantenimiento se refiere únicamente, como también indica NOKIA, al mantenimiento de nivel 1.

NOKIA obvia, sin embargo, qué empresa realiza el mantenimiento de nivel 2/3 ya que es ella misma la que presta estos servicios. Así lo indica la propia ADIF

en el escrito recibido en la CNMC el 21 de octubre de 2015, dando respuesta a una solicitud de información de la Dirección de Competencia. En dicho informe, ADIF señala la empresa instaladora de la tecnología GSM-R tanto en las distintas LAV como en las convencionales, bien en funcionamiento, en construcción o licitación así como la empresa de mantenimiento (folio 73316). Aunque en el cuadro que presenta ADIF se indica que la empresa de mantenimiento es el consorcio adjudicatario en la mayoría de las LAV y, en todo caso, en las tres citadas por NOKIA, ADIF también señala que en la LAV Albacete-Alicante *“el consorcio adjudicatario tiene como subcontratista a NOKIA para desempeñar las labores de mantenimiento de la tecnología de GSM-R de la línea”* (folio 73319).

En todo caso, aunque en el informe de ADIF no se señala la empresa mantenedora de la tecnología GSM-R de todas las líneas que disponen de ella la Dirección de Competencia ha venido señalando que *“Hasta la convocatoria de la licitación de julio de 2014, el mantenimiento de las redes instaladas ha corrido a cargo del propio instalador por motivos de vinculación tecnológica”*, no habiendo sido negada ni cuestionada esta afirmación ni por NOKIA ni por KAPSCH.

De esta manera, esta Sala concluye, en línea con lo indicado por la Dirección de Competencia, que sí hay una vinculación entre el propietario de la tecnología GSM-R instalada en la red de ADIF y su mantenimiento, al menos a nivel 2/3.

En relación con la licitación de julio de 2014, por su parte, el capítulo 16.2 del PPT señala que *“el licitador deberá presentar carta de compromiso y demostrar que dispone de conocimiento y base tecnológica suficiente que asegure el soporte por parte del fabricante de las tecnologías propietarias de las instalaciones a mantener en este contrato, al menos las que a continuación se enumeran: (...) Sistema de core de red GSM-R (NSS). Subsistemas de radio GSM-R (BSS)”*. Y en NOTA, se indica que *“solo serán válidos los certificados avalados por los fabricantes tanto en la acreditación de la experiencia y conocimiento como en el soporte técnico de segundo nivel.”*

De lo anterior se desprende que para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones GSM-R en la red de ADIF se debe contar con el soporte del fabricante de cada tecnología instalada. Esto hace que en un operador que desee acudir a la licitación de julio de 2014 para prestar servicios integrales de mantenimiento de la tecnología GSM-R dependa de los servicios mayoristas de mantenimiento nivel 2/3 de los distintos fabricantes de las tecnologías GSM-R instaladas en la red de ADIF.

En relación con el novedoso mercado mayorista, NOKIA cuestiona que la imputación de estrechamiento de márgenes se sostenga sobre la base de una posición en un mercado inexistente hasta la licitación de julio de 2014. Esta Sala considera relevante insistir en que ADIF exige que los propietarios de la tecnología GSM-R den soporte a sus mantenedores.

Antes de la licitación de julio de 2014, lo habitual era que ADIF utilizara el procedimiento negociado sin publicidad para adjudicar contratos de mantenimiento de tecnología GSM-R al propietario de la misma. En el expediente

constan varios ejemplos. Entre otros, los señalados por ADIF con los números de orden 4 (folio 1530), 9 (folio 4102), 11 (folio 5170), 15 (folio 6582), 16 (folio 6605), 18 (folio 7801), 19 (folio 7893), 20 (folio 7941), 27 (folio 8921) y 30 (folio 9261) en el anexo de respuesta a un requerimiento de información de la Dirección de Competencia (folios 827-830).

La licitación de julio de 2014, supone un cambio en la tradicional forma de contratar estos contratos por parte de ADIF, toda vez que decide sacar a licitación un contrato en el que, como se ha indicado reiteradamente, se reúnen en uno solo diversas tecnologías y diversas LAV con el objetivo de reducir costes de mantenimiento y homogeneizar las soluciones tecnológicas de los diversos sistemas de telecomunicaciones. Dado que el adjudicatario debía mantener soluciones tecnológicas de diversos fabricantes, ADIF exigió, en línea con la política mantenida hasta entonces, compromiso de soporte por parte del fabricante, lo que conllevó, necesariamente, la creación de un mercado aguas arriba en el que el oferente es el propietario de la tecnología y el demandante es el adjudicatario de la licitación.

Por ello, esta decisión de ADIF de introducir una mayor competencia en el mercado minorista de mantenimiento en sus equipos de tecnología GSM-R, a través de la licitación de julio de 2014, necesariamente conllevó la creación de los mercados mayoristas relacionados para el soporte de cada tecnología instalada en la red de ADIF.

Se trata, por otra parte, de un mercado en el que el soporte nivel 2/3 de la tecnología de un operador no puede realizarse más que por ese operador, por lo que no existe sustituibilidad ni desde el punto de vista de la demanda ni desde el punto de vista de la oferta, lo que conforma un sector en el que cada tecnología forma su propio mercado.

NOKIA invoca la llamada a la prudencia que se recoge en el párrafo 56 de la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado de referencia anteriormente señalada cuando se indica: *“Existen ciertas zonas en las que la aplicación de los principios indicados anteriormente debe efectuarse con precaución. Así ocurre cuando se examinan los mercados primario y secundario, en particular cuando debe analizarse el comportamiento de las empresas en un momento dado con arreglo al artículo 86 del Tratado. El método para definir los mercados en estos casos es básicamente el mismo, esto es, se evalúan las reacciones de los clientes, basadas en sus decisiones de compra, a variaciones de los precios relativos, aunque teniendo en cuenta también las limitaciones por lo que respecta a la sustituibilidad que resultan de las condiciones imperantes en los mercados conexos. (...) Si una sustitución significativa es posible entre los productos secundarios o si las características de los productos primarios permiten una reacción rápida y directa del consumidor ante los aumentos de los precios relativos de los productos secundarios, la definición de mercado podrá ser distinta (énfasis añadido)”*.

Aun con todo, y teniendo en cuenta que en el presente expediente el mercado mayorista (ascendente) es el mercado primario y el minorista de mantenimiento

(descendente) es el mercado secundario, se va a proceder a valorar si lo dicho en el párrafo es aplicable al expediente.

Esta Sala considera, por una parte, que no existe una sustitución significativa entre productos secundarios pues el mantenimiento de KAPSCH no se puede sustituir por el mantenimiento nivel 2/3 de NOKIA, por tratarse de tecnologías propiedad de diferentes operadores.

En cuanto a la capacidad de reacción, esta Sala no comparte el argumento esgrimido por NOKIA, que indica que el PPT permitía al adjudicatario evitar la contratación del soporte mayorista proponiendo a ADIF la sustitución anticipada del equipamiento *core* y radio. La sustitución de la red se trata, a juicio de esta Sala, de una alternativa excepcional que conlleva un mayor coste económico para el adjudicatario, pero que no afecta al funcionamiento de los equipos propiedad de ADIF, que a través de los compromisos ofertados en el mantenimiento se deben mantener en perfecto estado de funcionamiento y, por ello, es admitida por ADIF.

Esta opción de sustitución inmediata de los equipos del competidor que hace innecesaria la contratación de los servicios mayoristas de mantenimiento nivel 2/3 del competidor, que ha sido viable para NOKIA, tal y como evidencia el hecho de la adjudicación de la licitación de julio de 2014, no lo ha sido para KAPSCH, tal y como se pone de manifiesto en el presente expediente, pues habría tenido que realizar una inversión cuantiosa al tener que renovar todas las BTS y BSC de NOKIA, que es el operador que mayor número de unidades tiene, como ha quedado acreditado en el PCH.

Como consecuencia de lo anterior, esta Sala considera que la última previsión del párrafo 56 tampoco se produce en el presente caso, por lo que la definición de un mercado mayorista de soporte por marca estrecho es la única opción posible.

Finalmente, en relación con el argumento esgrimido por NOKIA sobre las piezas de repuesto, esta Sala no comparte las razones alegadas por la empresa y considera, además, que NOKIA se contradice. NOKIA sostiene, por una parte, que no es necesario que las piezas sean suministradas por el propio fabricante y, por otra, señala que las piezas de recambio no son un recurso esencial porque ADIF dispone de recambios de la marca NOKIA. Es decir, que la condición de recurso esencial proviene, no de la marca, sino de la disponibilidad de repuestos en manos de ADIF.

A lo largo del expediente se ha constatado que, en efecto, ADIF dispone de un stock de repuestos de la marca NOKIA. Así, por ejemplo, en el listado de repuestos *core* de red GSM-R en stock en ADIF que constan en el Anejo 6⁵³ del PPT se incluyen, entre otros, los siguientes módulos pertenecientes al sistema BSC/TRAU: DK4OV2, DK4OV3, FANBV1, M:BSCIV4, M:IXLTV7, M:MPCCV9 (folios 37500-37501). Por su parte, en el punto 5 de la oferta soporte de NOKIA a KAPSCH para equipos *core* constan, entre otros, los mismos productos

⁵³ Instalaciones a mantener y repuestos de los sistemas centrales del *core* de la red GSM-R.

anteriores en el listado de repuestos recomendado para cubrir posibles incidencias (folios 73535-73536). Se trata solo de una muestra, pero sirve para acreditar que ADIF dispone de repuestos de marca NOKIA.

La razón de que ADIF disponga de repuestos originales de marca no puede ser otra que la exigibilidad de que en el mantenimiento se utilicen repuestos originales en línea con la exigencia de que el mantenimiento lo realice el propietario de la tecnología. Si esa no fuera la razón, ADIF haría acopio de repuestos de terceros que, habitualmente, son más baratos. Por tanto, esta Sala, en línea con la Dirección de Competencia, considera que las piezas de recambio de la marca NOKIA son un recurso esencial para la realización del mantenimiento de los equipos GSM-R de la marca NOKIA. Y ello, con independencia de si ADIF dispone de repuestos o no.

NOKIA señala que en el capítulo 19 del PPT se muestra esta disponibilidad de repuestos por parte de ADIF y se indica que ADIF habría vendido los repuestos a KAPSCH, si hubiera resultado adjudicatario, y se los venderá a NOKIA, si ésta los necesita.

A juicio de esta Sala, lo único que hace el capítulo 19 es establecer el sistema de acopio por parte del mantenedor de un stock mínimo de seguridad. Y, teniendo en cuenta que *“en el plan estratégico de ADIF se contempla la reducción progresiva de los repuestos de su propiedad para disminuir el costo del inmovilizado”*, se establece, entre otras cosas, la prioridad en el uso de los repuestos de ADIF y a cargo de quién corren los repuestos, en función de la responsabilidad de la avería (folios 593-594).

De esta manera, resulta evidente que la disponibilidad de repuestos originales de NOKIA era esencial para acudir a la licitación de julio de 2014 de cara a proporcionar los servicios integrales de mantenimiento de la tecnología GSM-R demandados por ADIF.

A la vista de todo lo anterior, esta Sala considera que, a los efectos del presente expediente, no cabe aceptar la propuesta de NOKIA de que no existe un mercado mayorista de soporte para mantenimiento de equipos GSM-R de marca NOKIA.

5.2. Sobre la consideración de que la oferta económica de NOKIA (sin carta de compromiso) es suficiente para considerar cumplido el requisito de solvencia técnica

Según señala NOKIA en su escrito de alegaciones, no existe documento alguno en el expediente que permita defender que ADIF no habría aceptado la oferta de KAPSCH en caso de haber licitado únicamente con la oferta económica de NOKIA (sin la carta de compromiso formal) ya que, según señala, ésta reunía los requisitos exigidos por el PPT para demostrar que habría un servicio de soporte.

El apartado 20.1.1.3 del contrato referido al “compromiso de soporte técnico”, señala que el licitador deberá acreditar si dispone de acuerdos de soporte con los fabricantes de las tecnologías mantenidas para resolver incidencias atípicas

en el funcionamiento de los sistemas que requieran una actuación especial. Como parte de los requisitos mínimos exigidos el PPT establece que el licitador “deberá aportar **carta de compromiso** y demostrar que dispone de conocimiento y base tecnológica que asegure el soporte por parte del fabricante...” (el subrayado y la negrita es nuestra).

Hay que partir de la consideración de que nos encontramos ante un contrato público, cuyo procedimiento resta sujeto a las normas de contratación pública y, por tanto, tiene un carácter formal y reglado. Los Pliegos en este tipo de contratos son documentos que establecen las reglas del procedimiento de contratación, entre ellas cuestiones relativas a la acreditación de solvencia y capacidad de las empresas, así como los derechos y obligaciones a los que la empresa adjudicataria y la administración deberán someterse una vez formalizado el contrato, que incluye los aspectos técnicos precisos para la correcta ejecución del mismo.

NOKIA considera que ADIF habría admitido otro formato o que la propia propuesta de precios podría haber sido suficiente para dar cumplimiento al requisito de solvencia técnica concreto. Sin embargo, para esta Sala entrar en este tipo de consideraciones supondría inmiscuirse en la interpretación subjetiva del contenido del PPT, no le corresponde ni es objeto de esta Resolución. En todo caso, sí cabe señalar que esta interpretación que sostiene ahora NOKIA no concuerda con la que parece desprenderse del comportamiento de ambas empresas durante el procedimiento de contratación.

En efecto, el comportamiento de las partes, incluida la propia NOKIA, evidencian que para ellas la carta de compromiso era un requisito *sine qua non* para poder ser adjudicatarios del contrato sin la necesidad de llevar a cabo la sustitución de la tecnología de la otra empresa. Prueba de ello es que ambas empresas se enviaron el modelo de carta de compromiso para ser cumplimentada y devuelta por la otra empresa.

En el caso de NOKIA, con fecha 2 de septiembre de 2014, solicitó a KAPSCH, como fabricante de parte de la tecnología objeto del contrato, oferta para 4 lotes⁵⁴ según los pliegos. Es su escrito, la citada empresa solicitaba KAPSCH carta de compromiso (soporte técnico) según modelo que adjuntaba la propia NOKIA y que contenía el siguiente texto (folio 76841):

“Don Nombre y Apellidos en representación de la empresa XXXXX, con domicilio social en C/XXXXX, CIF AAAAAA y poderes suficientes para tal efecto,

SE COMPROMETE A

Dar el soporte de asistencia técnica (Niveles 2 y 3), así como el resto de servicios solicitados en la correspondiente petición de oferta, del sistema de XXXXX del cual, Nombre Empresa es fabricante, a NOKIA, en caso de resultar adjudicatario del contrato referido en el asunto.

⁵⁴ Los PPT correspondientes a la licitación no incluyeron lotes. Así lo atestigua el anuncio de la convocatoria en el Diario Oficial de la Unión Europea de 31 de julio de 2014 (folio 5481). Es probable que inicialmente se contemplara esta posibilidad.

Los detalles del soporte y las condiciones comerciales se incluirán en la oferta correspondiente”.

Con la remisión de un modelo de carta a cumplimentar por la otra parte, es razonable pensar que las empresas buscaban asegurarse el correcto cumplimiento de las formalidades exigidas por ADIF en el PPT en relación con esta cuestión. Véase que incluso, en el texto del modelo adjuntado se hace indicación de que los detalles y las condiciones comerciales se *“incluirán en la oferta correspondiente”*, lo que denota que para NOKIA la carta de compromiso era un documento adicional a la oferta económica.

Existe además constancia en el expediente de que ambas partes se reclamaron incesantemente la carta soporte, al margen de las ofertas económicas, durante el procedimiento de contratación. En el caso de NOKIA, por ejemplo, con fecha 30 de septiembre de 2014 remite un correo electrónico a KAPSCH en el que adjunta las propuestas económicas e indica textualmente:

“Finalmente quedamos a tu disposición para el intercambio de cartas de soporte”

Con ello, queda patente que para las empresas el cumplimiento de este requisito era de gran importancia si no querían presentarse a la licitación obligándose a sustituir la tecnología de la otra empresa sin coste para ADIF como alternativa a la falta de soporte. En este sentido es revelador que NOKIA, ante la ausencia de carta de KAPSCH, decidiese ofrecer a ADIF la sustitución de la tecnología de ésta última justificando tal decisión, precisamente, en el hecho que *“el fabricante no nos ha entregado la carta de soporte tecnológico”*.

Se desestiman, por tanto, las alegaciones de NOKIA.

5.3. Sobre el método de análisis de estrechamiento de márgenes

a) El test legal requerido por la jurisprudencia

En sus alegaciones, NOKIA señala que *“un estrechamiento de márgenes o margin squeeze puede ocurrir cuando una compañía integrada verticalmente vende como mayorista un producto o servicio a competidores en un mercado aguas arriba en el que es dominante y compite con esas mismas compañías en un mercado minorista en el que dicho producto o servicio es un insumo esencial”*.

A esto añade que el test del operador igualmente eficiente se basa en comprobar si la propia compañía dominante en el mercado mayorista habría podido competir en el mercado minorista de haber tenido que soportar sus propios costes mayoristas, por lo que concluye que se deben comparar las tarifas minoristas aplicadas por la misma compañía dominante a sus propios clientes en ese mercado.

NOKIA considera, por tanto, que la Propuesta de Resolución aplica este test interpretando que los ingresos de las BTS no han de computarse sin justificar de forma suficiente por qué se dan las circunstancias que requiere el test de Telia/Sonera para no aplicar los precios y costes del operador dominante, sino los de KAPSCH.

Respuesta de esta Sala

El test de estrechamiento de márgenes se ha realizado respetando, en todo momento, la jurisprudencia en la materia. Este test analiza al competidor igualmente eficiente, no al operador dominante. Es decir, si con los precios mayoristas del operador dominante, un competidor teóricamente igualmente eficiente podría replicar las ofertas minoristas del operador dominante con un margen positivo.

El principio general asumido en la sentencia Telia/Sonera es el del análisis de los costes e ingresos unitarios de la empresa dominante, como afirma NOKIA. Pero la sentencia también establece que los costes y precios de los competidores pueden ser relevantes para examinar la práctica tarifaria en determinadas circunstancias y cita específicamente el caso en el que las condiciones de competencia específicas del mercado lo exijan, por ejemplo, por el hecho de que el nivel de costes de la empresa dominante se debe precisamente a la situación de ventaja competitiva en la que la posición dominante pone a dicha empresa.

En este contexto, el análisis de estrechamiento de márgenes ha pretendido verificar si dados los precios mayoristas que NOKIA ofreció a KAPSCH y teniendo en cuenta la falta de carta de soporte, KAPSCH, siendo igualmente eficiente en sus costes minoristas unitarios que NOKIA, habría podido replicar la oferta comercial de NOKIA en la licitación, valorando fuera del margen la sustitución sin coste de las instalaciones que no utilizan su tecnología propietaria, tomando como referencia el mismo calendario de renovación que el que ofrecía NOKIA.

Teniendo estos argumentos en cuenta, no se pueden aceptar las alegaciones de NOKIA sobre este punto.

b) Sobre los alegados errores en el análisis de estrechamiento de márgenes incluido en la PR, que contravienen el test legal

Sobre los costes minoristas

NOKIA alega que la Propuesta de Resolución utiliza incorrectamente unos costes minoristas que no corresponden a los costes LRAIC⁵⁵ de un competidor tan eficiente como Nokia, y aporta una tabla con los costes minoristas totales, incrementales y comunes, según la cual los costes incrementales serían menores a los considerados hasta ahora.

NOKIA indica también que, al integrar la licitación varias tecnologías, los costes de NOKIA se referían a este conjunto, por lo que para determinar el coste imputable a las telecomunicaciones móviles GSM-R, Nokia repartió el coste total de mantenimiento entre las diferentes tecnologías. De esta manera, distribuyó entre todas las tecnologías el coste de mantenimiento total que incluye costes específicos de la tecnología GSM-R, y costes comunes a todas las tecnologías

⁵⁵ LRAIC : Long-Run Average Incremental Cost (costes incrementales medios a largo plazo).

(aquellos en los que un operador tendría que incurrir independientemente de la tecnología que ofreciese). Dado que los costes comunes no corresponden a ninguna tecnología en concreto, Nokia asignó una parte de estos a GSM-R en función del porcentaje que las incidencias correspondientes a radio GSM-R y core GSM-R representan sobre el total de incidencias. En términos económicos, esta medida de costes se conoce como "costes históricos totalmente distribuidos".

Presentan de nuevo los mismos costes minoristas, pero resaltando esta vez aquellas partidas que consideran son costes comunes frente a las que serían costes incrementales. Señalan además que, en un contexto de múltiples tecnologías, el LRAIC es inferior al coste totalmente distribuido y por ello, los costes minoristas utilizados en el análisis del estrechamiento de márgenes están sobrevalorados, llevando a la conclusión errónea de que KAPSCH no contaba con un margen suficiente para licitar.

Además, NOKIA señala que no existen 516 BTS (482 de NOKIA y 34 de KAPSCH), sino que han "revisado el número de BTS que efectivamente existen en la red de ADIF objeto de la Licitación y el resultado es un total de 481 BTS (447 de Nokia y 34 de KAPSCH)".

Finalmente, NOKIA alega que en la Propuesta de Resolución se ignora que las estimaciones de costes minoristas han sido calculadas a posteriori, y que se debería haber razonado por qué se considera que se puede comparar una oferta mayorista remitida el 29 de septiembre de 2014 con unos costes estimados.

Respuesta de esta Sala

Respecto a la afirmación sobre el uso incorrecto de los costes totalmente distribuidos, ya que habría que usar los LRIC o LRAIC, no se pueden aceptar estas alegaciones.

En primer lugar, NOKIA asume, a nuestro juicio, erróneamente que en el cálculo de los costes minoristas se están incluyendo los "costes totalmente distribuidos", ya que se trata de "costes distribuidos en los 10 años de duración del contrato".

Sin embargo, los costes utilizados en el análisis de estrechamiento de márgenes incorporan, en contra de lo sostenido por NOKIA, básicamente los costes del negocio GSM-R al basarlos en el porcentaje de incidencias que esta tecnología tuvo durante un año en el conjunto de tecnologías de ADIF para aquellos conceptos para los que no disponía de los datos de costes exactos. No incluían, pues, ningún tipo de costes comunes o de amortización de equipos de fabricación, según información facilitada por la propia empresa basada en sus propias estimaciones aunque la licitación, al incluir diversas tecnologías, generara sinergias e impidiera una delimitación exacta de costes por tecnología. Pero, para aquellos costes conocidos, utilizó datos reales según consta en el expediente y fue recogido en el PCH (párrafos 159-160).

Sin embargo, NOKIA ha señalado ahora que, entre otros, los costes de mano de obra directa relativos a jefe responsable y jefe de línea son comunes. Ha dividido,

por otra parte, los costes de los pilotos/encargados de trabajo y el servicio de mantenimiento preventivo y correctivo entre costes comunes e incrementales. No se pueden aceptar estas alegaciones de NOKIA, ya que, en la información facilitada en abril de 2016, NOKIA ya consideró las economías de alcance que suponían la utilización del mismo personal para diversas tecnologías y evaluó qué costes se debían imputar a la tecnología GSMR y diferenciando dentro del GSM tanto radio como core. Es decir, determinó qué parte del personal tenía que utilizar como media para resolver incidencias relativas a GSMR. Por tanto, en el cálculo de costes minoristas solo se incluyen los costes de mano de obra directa que NOKIA consideró imputables a GSMR, lo que es claramente un coste incremental a largo plazo que se tiene que utilizar en un análisis de estrechamiento de márgenes, conforme a los precedentes.

No se puede estimar, por tanto, que ahora trate de reducir sus costes minoristas aún más señalando, por ejemplo, en relación con el jefe responsable o de línea, que como no son exclusivos de la tecnología GSMR, no se incluyen.

Por otro lado, NOKIA parece confundir costes comunes no incrementales a largo plazo con costes fijos, y considera, por ejemplo, que los gastos de gerencia o de administración son costes comunes no incrementales a largo plazo, mientras que los costes de telefonía móvil, dotación de equipos o calibraciones se consideran incrementales. Partiendo de que el coste incremental medio a largo plazo (LRAIC) es la media de todos los costes (variables y fijos) en que incurre una empresa para fabricar un determinado producto, estos costes fijos deben ser considerados proporcionalmente a lo que supone la tecnología GSMR en el conjunto de tecnologías que incluye la licitación, en la medida que son incrementales a largo plazo. Esto se debe a que, si NOKIA cesase en la prestación de servicios GSMR, sus gastos relativos a estas partidas serían mucho menores, para adaptarse a la menor carga de trabajo que supone la no prestación de servicios GSMR.

En relación con los costes medios incrementales utilizados en otros precedentes como el de Telefónica, existe una diferencia muy significativa con este caso, que es que los operadores no hacen inversiones específicas para esta licitación que tienen que recuperar a lo largo del tiempo con la prestación de los servicios. Así, los equipos fabricados se venden a ADIF (de esta manera, cuando se habla de inversiones, se trata de inversiones de ADIF). Esto ha hecho que en el análisis de estrechamiento de márgenes no se hayan tenido que calcular los costes de inversiones específicas (llamados CAPEX).

Es cierto que con el estándar LRIC se podría haber hecho un análisis más detallado de los costes identificados por NOKIA, pero dado que el margen negativo es elevado, no habría alterado las conclusiones del análisis refinar más el cálculo de los costes.

Respecto al número de BTS existentes, tras revisar la documentación que consta en el expediente, el total de BTS objeto de renovación conforme a los PPT de ADIF son 481 (447 de Nokia + 34 de Kapsch) y no 516, como se recoge en determinados párrafos del PCH y la Propuesta de Resolución. En todo caso, cualquiera que sea el número exacto de BTS a tener en cuenta, el margen de la

tecnología GSM-R que aparece reflejado en el cuadro 10 de esta resolución sobre el resultado del estrechamiento de márgenes no se ve alterado.

Sobre la afirmación de que los costes son calculados a posteriori y por tanto, no válidos, en el párrafo 292 de la Propuesta de Resolución ya se indica correctamente que *“el hecho de que NOKIA considere que estos costes minoristas son estimaciones elaboradas con posterioridad a la licitación, en respuesta a un requerimiento de la Dirección de Competencia, no invalida que se puedan tomar como referencia, especialmente cuando se pidieron estas estimaciones de cara la licitación de julio de 2014 y NOKIA no ha acreditado ningún elemento diferencial que invalide u obligue a separarse de estas estimaciones.”*

Sobre los ingresos

En las alegaciones a la Propuesta de Resolución, NOKIA señala que el test de estrechamiento de márgenes se ha realizado de manera incorrecta, al haberse utilizado como base el precio minorista que habría recibido KAPSCH, en lugar de NOKIA. A esto añade que cualquier análisis basado en los precios y costes de un competidor es contrario al principio de seguridad jurídica. Además, señala que este análisis se basa en los precios y costes del operador dominante.

Por otro lado, como ya se exponía en el párrafo 53 de la Propuesta de Resolución (alegaciones de NOKIA al PCH), NOKIA insiste en que el precio minorista deben computar todos los ingresos minoristas de NOKIA para la tecnología GSM-R, incluidos los del capítulo 25 para 447 BTS (en el apartado de presupuesto de inversión). A su juicio, se deben comparar ingresos de NOKIA con costes de NOKIA, y no ingresos de KAPSCH con costes de NOKIA.

NOKIA sostiene que la Propuesta de Resolución asume que la renovación de las 447 BTS sin coste para ADIF por parte de KAPSCH debido a la falta de carta de soporte es incorrecta, ya que únicamente se hace referencia a la falta de “soporte técnico del fabricante” (folio 468). Por tanto, la falta de carta de soporte no supondría para KAPSCH dejar de recibir los ingresos por la renovación de las BTS.

NOKIA argumenta, pues, que si la ausencia de carta de soporte no implica ausencia de acuerdo de soporte (que existía entre ambas empresas), KAPSCH recibiría los ingresos del capítulo 25 por la sustitución de las BTS de NOKIA a partir de 2017 (ya que la Oferta Económica se extendía hasta ese año). Si, por el contrario, se considerara que la ausencia de carta de soporte implica ausencia de acuerdo de soporte, ADIF no permitiría que NOKIA prestase el soporte mayorista a KAPSCH pero aceptaría la sustitución a coste cero. Además, señalan que o bien se tienen en cuenta tanto ingresos por sustitución como costes mayoristas, o bien no se tiene en cuenta ninguno.

Respecto a la evolución de los precios, NOKIA defiende que no debe utilizarse el dato del 1,5% de evolución de los precios como un indicador de la inflación. En concreto, resalta que *“su previsión de aplicación de la fórmula de revisión de precios era que no iba a ser negativa, ya que se envió a ADIF una estimación de*

la evolución de precios del 1,5%. Por tanto, pese a que la PR en un análisis parcial lo considere como una estimación de la inflación, NOKIA lo consideró como una estimación de cómo iban a evolucionar los precios”. Además, considera que la aplicación de fórmulas de revisión de precios utilizada en la Propuesta de Resolución se hace de manera incorrecta al utilizar datos no disponibles en el momento de la presentación de la oferta.

Respecto a las alegaciones sobre la necesidad de tener en consideración los ingresos minoristas de toda la licitación, NOKIA argumenta, por un lado, que la definición de mercado minorista no es correcta, y por otro, que al considerarse también de manera incorrecta los costes totalmente distribuidos de Nokia para GSM-R en relación con todas las licitaciones, deberían considerarse también los ingresos de todas las licitaciones.

Finalmente, NOKIA alega que, mientras que la Propuesta de Resolución estima que no deben computarse los precios máximos de la licitación, este supuesto sólo habría sido válido si KAPSCH se hubiera presentado a la licitación.

Respuesta de esta Sala

Respecto al error señalado por NOKIA en cuanto a la consideración del precio minorista que habría recibido KAPSCH, que pondría en peligro la seguridad jurídica, conviene resaltar que la Dirección de Competencia ya ha justificado que *“el test de estrechamiento de márgenes no analiza si un operador dominante tiene márgenes positivos, sino que si dados los precios mayoristas del operador dominante, un competidor teóricamente igualmente eficiente podría replicar las ofertas minoristas del operador dominante con un margen positivo”*.

Queda justificado, por tanto, que sean los ingresos de KAPSCH y no los de NOKIA los que deben tenerse en cuenta.

Respecto a si la presencia de oferta de soporte es equivalente a la carta de soporte, en el apartado 5.2 de esta misma Resolución ya se han rechazado las alegaciones de NOKIA relativas a la posibilidad de KAPSCH de cumplir el requisito de solvencia técnica presentando únicamente la oferta económica de NOKIA (sin carta de compromiso).

En esencia, como parte de los requisitos mínimos exigidos el PPT establece que el licitador *“deberá aportar carta de compromiso y demostrar que dispone de conocimiento y base tecnológica que asegure el soporte por parte del fabricante...”*. Además, la propia NOKIA, ante la ausencia de carta de KAPSCH, decidió ofrecer a ADIF la sustitución de la tecnología de ésta última justificando tal decisión en el hecho que *“el fabricante no nos ha entregado la carta de soporte tecnológico”*.

Por lo tanto, una vez descartada la equivalencia entre carta de soporte y oferta de soporte, esto implica necesariamente que la sustitución por parte de KAPSCH de las 447 BTS de NOKIA se haría sin cargo para ADIF, ya que de otra manera su oferta habría sido excluida de la licitación. Esto, sumado a que se estaría analizando este aspecto desde el punto de vista de los ingresos de KAPSCH,

que es el competidor igualmente eficiente, supone que no se pueden incluir como ingresos en el presupuesto de inversión (como sí se ha hecho con las 34 BTS propiedad de KAPSCH).

Respecto a la sustitución de las 447 BTS de NOKIA, sólo existen dos opciones posibles: o bien se sustituyen inmediatamente, o bien de manera gradual. Como ya señaló la Dirección de Competencia, el PPT no exige que esta sustitución sin coste para ADIF por falta de carta de soporte sea inmediata, sino que se tendría que realizar cuando el adjudicatario no pudiese mantener el nivel de servicio exigido. Dado que en la práctica es técnica y económicamente inviable la sustitución inmediata de las 447 BTS, KAPSCH habría estado obligada a contratar los servicios mayoristas de NOKIA y hacer una sustitución gradual de las BTS de NOKIA.

Esto supone que se debe tomar como referencia el calendario de renovación que NOKIA ofertó a ADIF para sus propias BTS, ya que de esta manera los costes minoristas a los que se enfrentaría el operador igualmente eficiente serían equivalentes a los de NOKIA.

Asimismo, en la medida en que la última oferta mayorista de NOKIA a KAPSCH exigía un periodo mínimo de contratación de tres años, con un coste fijo asociado a cada año, hay que tener en cuenta que un despliegue acelerado de las nuevas BTS apenas serviría a KAPSCH para ahorrarse costes mayoristas, por lo que la opción más realista es la de la sustitución gradual.

En cuanto a la evolución de los precios, como ya se indicó en la PR (párrafo 264) el contrato correspondiente a la licitación de julio de 2014 vincula la revisión a precios de determinados componentes, cuya evolución no tiene por qué ser necesariamente igual que la del IPC. NOKIA consideró una evolución de los precios general, no específica, de los componentes que se utilizan en la fórmula de revisión de precios de la licitación, por lo que no es posible utilizar la estimación del 1,5%. Como ya se indicó en el párrafo 319 de la PR, tras considerar esta fórmula de revisión de precios se concluyó que la evolución sería negativa, dando como resultado un margen menor para NOKIA.

Aunque es razonable la objeción de NOKIA sobre la utilización de información que no estaba disponible en el momento en el que NOKIA presentó su oferta a la licitación de ADIF, si en su lugar se tienen en cuenta los datos previos a este momento, se puede observar una clara tendencia deflacionaria en los índices utilizados en las fórmulas previstas en los pliegos de la licitación.

CUADRO 11: ÍNDICES DE PRECIOS DE COMPONENTES ELECTRÓNICOS Y ENERGÍA												
Año/mes	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
COMPONENTES ELECTRÓNICOS -T-												
2014	37,139	35,362	32,860	33,388	30,748	28,108	26,788	26,788	26,788			
2013	50,821	49,845	49,243	47,064	45,696	44,363	43,819	42,765	42,057	41,253	40,268	39,247
ENERGÍA -E-												
2014	124,388	120,244	120,999	121,178	124,903	128,806	128,687	124,451	127,131			
2013	129,369	130,085	123,135	118,294	124,284	124,886	129,583	129,279	130,246	128,811	125,409	131,240
Fuente: Instituto Nacional de Estadística												

Entre enero de 2013 y septiembre de 2014, el precio de los componentes electrónicos disminuyó en un 47,3%, mientras que el de la energía lo hizo en un 1,7%.

No obstante, tanto en la fórmula de revisión de precios del presupuesto de explotación como el de inversión (párrafos 268 y 271 de la PR), el peso de los componentes electrónicos supera el 40%. Por lo tanto, teniendo en cuenta la evolución de los precios en los meses previos, para NOKIA era perfectamente previsible esta tendencia deflacionaria en la fórmula de revisión de precios del presupuesto de explotación.

Por ello, se ha considerado más favorable para NOKIA mantener los ingresos por explotación contemplados en el PCH, para no penalizar a NOKIA por la previsible evolución negativa de la fórmula de revisión de precios.

Sobre el apartado 5.2.6, en el que NOKIA insiste en que deben considerarse los ingresos minoristas de toda la licitación, la definición del mercado ya ha sido justificada, por lo que se rechazarían las alegaciones en este punto. En cuanto a la afirmación expresada relativa al uso de los costes totalmente distribuidos, que implicaría la necesidad de considerar los ingresos de toda la licitación, ya se ha aclarado anteriormente que los costes minoristas se refieren únicamente a la tecnología GSM-R y, por tanto, los ingresos también deben referirse a esta.

En cuanto a la consideración de los precios máximos de la licitación, no se puede estimar ya que el test del operador igualmente eficiente exige que se repliquen las condiciones de la oferta de NOKIA en la licitación, lo que implica necesariamente considerar los precios que esta misma ofreció.

Sobre la oferta económica de NOKIA a KAPSCH

NOKIA alega que el escenario de 4 años contemplado en este apartado es irreal y, por tanto, debería excluirse, ya que KAPSCH habría tenido que sustituir todas las BTS de Nokia al final de 2017.

Además, considera que, en caso de que la Oferta Económica se aplicase también en el cuarto año, no se aplicaría por el importe total, al contrario de lo considerado en la Propuesta de Resolución. NOKIA señala que, a pesar de

entender que KAPSCH debería renovar todas las BTS de NOKIA antes de acabar el tercer año, ofreció la posibilidad de extender dicho soporte de radio en caso de que aún faltasen equipamientos por modernizar. Además, si esto sucediera, los precios de la Oferta Económica deberían reducirse para cubrir únicamente el mantenimiento de las BTS de Nokia aún no modernizadas, por lo que no se podría imputar el total de la oferta de radio para un cuarto año.

En concreto, NOKIA considera, según un escenario “conservador”, que, como mínimo, KAPSCH habría sustituido el 50% de las BTS antes de ese cuarto año. Por tanto, el importe de la Oferta Económica de ese cuarto año se vería reducida en un 50%.

Por otro lado, en las alegaciones NOKIA señala que la Propuesta de Resolución computa elementos no esenciales que no deben formar parte de la Oferta Económica, en concreto la IN, ya que proviene de un tercer fabricante y, por tanto, KAPSCH podría haberlo contratado directamente de este, lo que reduciría el importe de la Oferta Económica.

Respuesta de esta Sala

Como se ha mostrado anteriormente, respecto al escenario de 4 años contemplado en los costes mayoristas derivados de la Oferta Económica de NOKIA a KAPSCH, sí está justificado al ser el escenario más realista. En primer lugar, se ha tenido en cuenta la planificación realizada por KAPSCH y NOKIA en sus planes de renovación de cara a la licitación, aunque KAPSCH no se presentara a ésta. NOKIA preveía en su oferta realizar la renovación de las BTS en **[CONFIDENCIAL]** y KAPSCH preveía realizarla en el período 2016 (segundo año)-2018 (cuarto año).

Además, hay que tener en cuenta que los equipos de radio están constituidos por dos elementos básicos, BTS y BSC, que tienen que ser del mismo tecnólogo. En el PPT se especifica que la renovación de las BSC se realizará según el ciclo de vida, que no está determinado. Según la información facilitada por ADIF, el software de las BSC está garantizado hasta finales de 2016, por lo que es a partir de 2017 (tercer año) cuando se tiene que iniciar la renovación de las BSC. Sin embargo, debido a que las BSC están ubicadas junto a los equipos core se las suele incluir junto con este equipamiento. Por tanto, mientras que en el tercer año se renovarían las BSC junto a los equipos core, se ha considerado como hipótesis más realista el horizonte de 4 años al existir todavía en este último equipos radio que sustituir.

Además, aun habiendo renovado KAPSCH la mitad de los equipos BTS, no se reduciría el coste mayorista de la oferta contratada a NOKIA, ya que no se indica que el contrato pueda ser renovado parcialmente (en el párrafo 126 de la Propuesta de Resolución se indica que las condiciones de la oferta son que tendrá validez por 90 días; los precios serán revisables anualmente con el IPC; no incluyen impuestos; “el pedido inicial será por una duración mínima de 3 años, pudiendo ser renovado anualmente a partir del 4º año, en caso de mutuo acuerdo entre ambas partes”; forma de pago mediante transferencia bancaria por

adelantado al período correspondiente, por el total del período en cuestión; en caso de cancelación anticipada de forma unilateral por el cliente, se procederá a facturar la parte pendiente del período contratado (inicialmente 3 años)”.

Respecto al hecho de que se incluya como parte de la Oferta Mayorista un elemento no esencial (la IN), que se puede eliminar de los costes (que disminuirían) porque se puede obtener de un tercero, no se puede aceptar la alegación ya que, por un lado, hay que considerar la Oferta de soporte en su conjunto y, por otro, porque si se acudiera a un tercero para su provisión, ese coste seguiría produciéndose.

Sobre la actualización de precios al valor actual

NOKIA alega que el WACC real de la empresa, a julio de 2014, siendo esta la fecha más próxima a la licitación en la que ha podido estimar su WACC, es del 8,12%, en lugar del 8,99% que se había utilizado hasta ahora.

Respecto a la tasa de inflación utilizada como referencia para la tasa de descuento, NOKIA alega que no debe aplicarse una tasa lineal del 1,5%, sino una tasa que refleje la inflación estimada año a año, (aun si la media es del 1,5%). Esto sería muy relevante ya que los costes son superiores en los primeros años.

Finalmente, NOKIA considera que, dado que el coste de cada BTS es de **[CONFIDENCIAL]** euros, el coste total en valor corriente es **[CONFIDENCIAL]** euros al haber 447 BTS, y este es el valor que la Propuesta de Resolución incluye en su cálculo del margen de manera incorrecta, ya que utiliza valores actuales para todas la demás partidas de costes.

Respuesta de esta Sala

Respecto a la nueva estimación del WACC aportada por NOKIA, se aceptaría esta alegación, aunque es necesario señalar que no afecta al cálculo del margen ya que la actualización de los precios se ha realizado utilizando una tasa de descuento del 1,5%. Además, ya en la Propuesta de Resolución (párrafos 281-283) se indica que, aunque las diferencias entre uno y otro planteamiento no son significativas, el supuesto adoptado es muy favorable para NOKIA, pues en los precedentes nacionales y comunitarios de estrechamiento de márgenes, la actualización del valor actual de los flujos de ingresos y costes futuros se hace sobre la base del coste de capital medio ponderado (WACC) del operador dominante. La utilización del WACC daría como resultado un margen negativo mucho mayor, por lo que se ha descartado su aplicación en los cálculos, que sería perjudicial para NOKIA.

Respecto a la tasa de descuento, NOKIA considera que la que se debería haber aplicado para actualizar ingresos y costes es la de la inflación real. Sin embargo, la utilización de esta tasa de inflación del 1,5% como referencia para la tasa de descuento se debe, principalmente, a que esta fue la tasa lineal tenida en cuenta por NOKIA en su oferta económica a ADIF. Por tanto, no se puede aceptar esta

alegación para utilizar una nueva tasa de descuento que NOKIA considera más favorable, especialmente cuando no había sido tenida en cuenta en el momento de la licitación.

Respecto a la actualización del coste de sustitución de las 447 BTS de NOKIA, se aceptan las alegaciones. Mientras que el coste total de esta renovación en valor corriente se elevaría a **[CONFIDENCIAL]** euros, para poder compararlo con los resultados del cálculo del margen se actualiza con una tasa de descuento compuesto del 1,5%. Dado que se ha contemplado que el escenario más realista para KAPSCH es sustituir de manera progresiva estas 447 BTS, si se tiene en cuenta el escenario de 3 años, el coste total actualizado se elevaría a **[CONFIDENCIAL]** euros, mientras que en el escenario de 4 años se elevaría a **[CONFIDENCIAL]** euros.

c) *La aplicación correcta del test de estrechamiento de márgenes resulta en un margen significativo para KAPSCH*

NOKIA propone una serie de escenarios, partiendo del que considera más básico y corrige únicamente el uso de los costes incrementales, según los cuales el margen obtenido por KAPSCH habría sido positivo.

En el segundo de estos escenarios, además, se incorporan nuevos valores de inflación a la hora de revisar la evolución de los costes mayoristas, para lo cual proponen unas estimaciones del FMI publicadas en 2014 y reiteran, como ya hicieron con el valor de la tasa de descuento, que la utilización del 1,5% como tasa de inflación lineal es incorrecta.

Respuesta de esta Sala

Todos los escenarios propuestos deben ser rechazados debido a que parten de la base de que el cálculo de los costes minoristas es incorrecto, por lo que son sustituidos por los nuevos “costes incrementales”. Esto ya ha sido rebatido anteriormente, por lo que en ningún caso pueden aceptarse al completo los resultados de estos escenarios.

Respecto a las reiteradas alegaciones de NOKIA respecto al uso de la tasa de inflación del 1,5%, es necesario resaltar de nuevo que ya en el párrafo 300 de la Propuesta de Resolución se indica que *“la Dirección de Competencia considera que no procede aceptar la consideración del IPC real dado que el análisis de estrechamiento de márgenes debe realizarse teniendo en cuenta las condiciones prevalentes en el momento de la presentación de la oferta. Y, en ese momento, las estimaciones de NOKIA apuntaban a una evolución del IPC lineal del 1,5%.”* Por tanto, si en aquel momento NOKIA manejaba esta hipótesis del 1,5% de inflación lineal, como ya se ha destacado anteriormente, esta es la que hay que utilizar para el cálculo.

5.4. Sobre la consideración de que los precios están objetivamente justificados

a) *La Oferta Económica debía ser concebida como una tarifa plana. Una oferta basada en el número de incidencias carecería de racionalidad económica*

NOKIA señala que en la Propuesta de Resolución se critica que los precios no estaban ligados al número de incidencias, además de considerar que el modelo propuesto por Nokia no garantizaba que KAPSCH hubiese recibido un precio más bajo en caso de haber renovado las BTS de Nokia, al tener una duración mínima de tres años, y que si este contrato se renovara por un cuarto año, no se garantiza una reducción del precio de la Oferta Económica.

NOKIA justifica que la Oferta Económica no esté ligada al número de incidencias, y que se trata por tanto de una tarifa plana, al considerar que un modelo basado en el número de incidencias sería perjudicial para KAPSCH, ya que, por un lado, el personal no suficientemente cualificado generaría retrasos en la solución de los problemas, y por otro, al incurrir en muchas incidencias el coste sería superior a la tarifa plana. Con la tarifa plana se pretende cubrir cualquier riesgo, con independencia de que se materialice en mayor o menor medida, por lo que NOKIA considera que es el único modelo que tenía sentido desde una lógica de negocio.

Respuesta de esta Sala

A pesar de que NOKIA señala que la Propuesta de Resolución parece criticar el hecho de que la Oferta Económica sea una tarifa plana, independiente del número de incidencias, la Propuesta de Resolución únicamente resalta esta característica de la oferta, que supone que, al ser un coste fijo anual durante los tres primeros años, un despliegue acelerado de las nuevas BTS apenas serviría a KAPSCH para ahorrarse costes mayoristas (párrafo 248 de la PR).

Igualmente, al tratarse de una tarifa plana se refuerza el argumento de la Propuesta de Resolución de que no se garantiza que la renovación del contrato para los equipos radio se haga a la baja (párrafo 302 de la PR).

b) *Los precios remitidos por Nokia a KAPSCH son inferiores a los remitidos por KAPSCH en otras licitaciones, incluidos los precios remitidos por KAPSCH a Nokia en la Licitación*

NOKIA reitera en las alegaciones a la Propuesta de Resolución varios argumentos que ya expuso en sus alegaciones al PCH, en relación a una serie de ofertas comparables, según las cuales los precios remitidos a KAPSCH se ajustan a niveles de mercado y además son inferiores a los precios aportados por esta en varias licitaciones.

Alega que la Propuesta de Resolución concluye que los precios inferiores de Nokia se podrían deber a los menores costes de mantenimiento a la escala en la que opera, ignorando que a los efectos de la carga de la prueba de desvirtuar las alegaciones de Nokia, la DC tiene la obligación de probar por qué una explicación alternativa es factible y por qué dicha explicación debe ser aceptada en lugar de la propuesta por Nokia.

Asimismo, la entidad señala que las economías de escala para las BTS sólo se pueden aplicar cuando existen miles de equipos en la misma red y con el mismo software, poniendo como ejemplo la red GSM de tecnología Nokia de **[CONFIDENCIAL]**.

NOKIA, en su escrito, presenta una serie de ejemplos de ofertas comparables de soporte de radio GSM-R. En concreto se muestran, como ya se indicó en el párrafo 82 de la Propuesta de Resolución, referido a las alegaciones de NOKIA al PCH, la oferta que KAPSCH proporcionó a Nokia en la licitación Orense-Santiago, convocada el 30 de abril de 2014, y en la propia Licitación, el precio de mantenimiento de radio GSM-R que KAPSCH ofertó a Nokia (línea Barcelona-Figueras). De ambos precios concluye que la oferta remitida por Nokia es mucho menor.

Finalmente, concluye que la DC asume indirecta e implícitamente que los precios de la oferta de Nokia a KAPSCH eran anticompetitivos y no estaban justificados, sin aportar prueba alguna.

Respuesta de esta Sala

La respuesta de la DC en los párrafos 326-328 de la Propuesta de Resolución se puede aplicar en gran medida a esta reiteración de las alegaciones de NOKIA, aunque hay que destacar que NOKIA sólo ha aportado argumentos respecto a la tecnología de radio GSM-R.

Respecto a la alegación de NOKIA de que los precios que oferta para soporte mayorista en la licitación de julio de 2014 son inferiores a los de KAPSCH en los dos ejemplos mencionados, es preciso tener en cuenta que NOKIA tenía en el momento de la licitación el 84,7% de los equipos radio GSM-R, por lo que, aun cuando las economías de escala sean menores que en el citado caso de Telefónica, sí son indudablemente mayores que en la línea Orense-Santiago (26 BTS) y en la línea Barcelona-Figueras (34 BTS), especialmente teniendo en cuenta que en ambos casos se trata de una sola línea, mientras que en el caso de NOKIA se trata de varias. Por tanto, se puede considerar que, dado que existen determinados técnicos que son imprescindibles para el soporte L2/L3, con independencia del número de BTS a mantener, sí habría menores costes de mantenimiento a la escala en la que opera NOKIA.

Al argumento anterior se añade que al incorporar la Licitación de julio de 2014 varias líneas, se producen sinergias ente los miembros de la UTE, que se traducen en una reducción de los costes de mantenimiento. Este es el objetivo, sin duda, de la licitación de julio de 2014, como se desprende del PPT y ha quedado acreditado a lo largo de la tramitación del expediente y así lo ha sostenido, también, NOKIA.

Hay que tener en cuenta, además, desde el punto de vista de la tecnología GSM-R, que la gran novedad de la licitación de julio de 2014 es que, para un conjunto de líneas, se sustituyen dos mantenedores por uno solo, lo que supone un ahorro evidente de costes.

c) Los precios remitidos por Nokia a KAPSCH en la Oferta Económica son para un escenario en el que Nokia habría perdido la Licitación

NOKIA alega, en primer lugar, que la Propuesta de Resolución ha comparado incorrectamente el coste estimado para el nivel 2/3 en caso de ganar la Licitación, prestando el servicio de soporte de nivel 1, con una situación en la que habría perdido y habría tenido que dar servicio a KAPSCH. Además, indica que en el cálculo del margen de NOKIA por la oferta mayorista se han utilizado de manera incorrecta costes lineales, sin considerar que los costes están concentrados en los primeros años, y dando como resultado un margen significativo.

En segundo lugar, NOKIA señala, como ya hizo en las alegaciones al PCH (párrafo 83 de la PR), que los precios de su oferta son para un escenario en el que NOKIA habría perdido la licitación, por lo que incluían diversos factores que aumentaban los costes en relación con la oferta de la UTE a ADIF. NOKIA apunta a que los precedentes de la CNC señalan que ciertos factores como la existencia de riesgos pueden suponer un precio objetivamente justificado superior respecto de otras tarifas y que, por tanto, los niveles de precios remitidos a KAPSCH en su oferta económica estaban justificados en la medida en que NOKIA debía necesariamente tomar en consideración ciertos factores que incrementaban sus costes respecto de la oferta que la UTE remitió a ADIF.

Respuesta de esta Sala

De nuevo, estas alegaciones de NOKIA, que ya presentó frente al PCH, fueron respondidas por la DC en los párrafos 334-337 de la Propuesta de Resolución, y esta Sala coincide fundamentalmente con los argumentos utilizados por la DC.

Por un lado, NOKIA trata de justificar la objetividad de sus precios en las particularidades de la oferta económica a KAPSCH y alega las cargas que le supondría no resultar adjudicataria. No se puede aceptar este argumento de NOKIA, dado que el servicio de soporte que prestaría a KAPSCH se vería remunerado por el precio recogido en la oferta, que le proporcionaría a NOKIA un margen muy significativo, como ha reconocido la propia NOKIA, si tenemos en cuenta sus precios mayoristas L2/L3 para 4 años y los costes en los que incurre NOKIA para prestar el servicio L2/L3 durante los diez años de duración del contrato.

El valor del margen medio anual que obtendría NOKIA por su servicio mayorista reflejado en la Propuesta de Resolución es del **[CONFIDENCIAL]**.

Sin embargo, es razonable aceptar las alegaciones de NOKIA respecto a este margen del **[CONFIDENCIAL]**, por lo que se ha procedido a calcular el mismo utilizando los costes reales, remitidos por NOKIA, en los que esta misma incurre para prestar el servicio durante los cuatro primeros años de contrato, así como los precios mayoristas de la oferta económica a KAPSCH durante ese mismo periodo de tiempo. En 2018 sólo se renovarían la oferta por el soporte radio y, por tanto, se incluye sólo el coste para NOKIA por esta partida.

[CONFIDENCIAL]

CUADRO 12: MARGEN DE NOKIA POR SU OFERTA MAYORISTA		
	Coste real anual soporte NOKIA (valor actual)	Ingreso anual real por oferta mayorista NOKIA (valor actual)
2015	[...]	10.209.840,00
2016	[...]	10.310.429,56
2017	[...]	10.412.010,14
2018	[...]	6.293.967,32
Margen anual medio = [>200%]		
Margen ingresos totales/costes totales = [>150%]%		

]

Como se puede observar, pese a la rectificación, el margen sigue siendo muy elevado, ya que es superior al **[CONFIDENCIAL]** en cualquier hipótesis que se considere.

Este amplio margen impide, asimismo, considerar como válido el argumento de NOKIA relativo a la necesidad de aplicar unos precios relativamente más elevados que compensarían los riesgos asociados a la pérdida de la licitación.

d) ADIF ha reducido los precios en relación con anteriores licitaciones

NOKIA señala que la conclusión de la Propuesta de Resolución respecto a la reducción de los precios de la licitación debido a las sinergias derivadas de la inclusión de varias tecnologías es incorrecta, al no justificar una reducción de esa magnitud.

Además insiste, al igual que ya hizo en las alegaciones al PCH, en que los precios de la licitación son considerablemente inferiores a los de los contratos afectados por la misma, lo que muestra el poder de compra de ADIF, refleja que los márgenes de las empresas licitadoras no podían ser muy elevados al haberse reducido el presupuesto y permite entender que NOKIA no tenía control sobre los precios minoristas, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de casos de estrechamiento de márgenes.

NOKIA cita de nuevo como ejemplos los contratos de las LAV Madrid-Valladolid-Medina (reducción 35,48%) para la tecnología GSM-R, Córdoba-Málaga (reducción 48,51%) y Valencia-Albacete (reducción 17,19%).

NOKIA señala, adicionalmente, que los precios de la licitación de julio de 2014 son precios máximos sobre los que la UTE en conjunto decidió aplicar una baja reducida, que, si se compara con otras licitaciones en las que se incluye tecnología GSM-R, permite alcanzar las sinergias necesarias para ofrecer la baja

de los precios. Además, considera que la baja de precios es una decisión conjunta de la UTE, por lo que o bien se debería imputar a los socios de Nokia como coautores de la supuesta infracción de la normativa de competencia o bien demostrar que fue Nokia la responsable de la decisión.

Respuesta de esta Sala

Respecto a la afirmación de NOKIA en la que señala que no tenía control sobre los precios minoristas, sino que dependía de los fijados por la licitación, en el párrafo 332 de la Propuesta de Resolución ya se rebatió su argumento, al considerarse que este operador tenía margen para no ofrecer bajas sobre el precio máximo de la licitación de ADIF y, a pesar de ello, ofreció una baja del 1,12%.

Como ya se indicó en el párrafo 327 de la Propuesta de Resolución, respecto a los precios inferiores de NOKIA en comparación con otras licitaciones citadas por NOKIA (Madrid-Valladolid-Medina, Córdoba-Málaga y Valencia-Albacete), tampoco serían válidos como prueba de que los precios estén objetivamente justificados. Se trata en todos los casos de licitaciones en las que se incluyen varias tecnologías pero para una sola línea, mientras que la licitación de julio de 2014, aparte de incluir varias tecnologías incorpora determinadas líneas, lo que produce sinergias entre los miembros de la UTE, que se traducen en una reducción de los costes de mantenimiento.

Respecto a la afirmación de NOKIA según la cual todos los socios de la UTE deberían ser imputados al haber tomado de manera conjunta la decisión de bajar los precios, hay que señalar que la infracción no se debe a la decisión de ofrecer una rebaja de los precios, sino al estrechamiento de márgenes como consecuencia de los altos costes mayoristas.

Debe tenerse en cuenta que la imputación a NOKIA se realiza por abuso de posición de dominio como conducta unilateral y no por un acuerdo restrictivo de la competencia adoptado entre los miembros del Consorcio prohibido por el artículo 1 de la LDC, conducta que no ha sido denunciada ni investigada ante la CNMC. NOKIA era la única empresa en posición de dominio en el mercado mayorista afectado y no puede trasladar su especial responsabilidad como tal empresa dominante al resto de los miembros del consorcio que licitaron con ella ni, por ello, podían tener el mismo conocimiento que NOKIA sobre los costes y precios ofrecidos a KAPSCH.

En todo caso, no puede reclamarse igualdad en la ilegalidad, como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo (sentencia de 28 de enero de 2013, recurso de casación 2908/2011). Como se ha advertido no puede aceptarse el supuesto expuesto por NOKIA respecto a que el acuerdo sobre los precios de la licitación haría responsables a todos los miembros del consorcio ya que las circunstancias de cada miembro del consorcio son diferentes. A este respecto la Audiencia Nacional (sentencia de 6 de junio de 2012; recurso 2/2009) ha manifestado que *“es doctrina asentada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la aplicación del artículo 14 de la CE que no cabe invocar el principio de igualdad*

en la ilegalidad, ya que este derecho no puede ser un instrumento para perpetuar situaciones contrarias a lo previsto por el ordenamiento jurídico (SSTs 11-11-81, 29-6-98 y 22-7-98). A la vista de esta doctrina debe desestimarse la alegación expuesta por RCPP ya que no se aprecian los tres requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para apreciar la concurrencia de una vulneración del principio de igualdad: 1) aportación de un término idóneo de comparación demostrativa de la identidad sustancial de las situaciones jurídicas que han recibido trato diferente, 2) que el trato desigual no esté fundado en razones objetivas que lo justifiquen, y 3) que el juicio comparativo se desarrolle en el marco de la legalidad, pues no cabe invocar el principio de igualdad en la ilegalidad para perpetuar situaciones contrarias a lo previsto por el ordenamiento jurídico”.

e) Los precios remitidos a ADIF son precios máximos, por lo que el margen es bajo

NOKIA señala que el precio minorista aplicado por ellos está objetivamente justificado ya que existía un precio máximo fijado por ADIF, indicado en el PPT, para el total de la Licitación, aunque cuestionan la extrapolación que hace el PCH (párrafo 37) de las cifras de GSM-R, presuponiendo que son cifras reales que se percibirán por la tecnología GSM-R.

Asimismo, considera que al tratarse de precios máximos, la UTE de Nokia no hubiese podido subir en ningún caso los precios por encima del precio fijado por ADIF.

Respuesta de esta Sala

La alegación de NOKIA indica que el precio que utilizó en la licitación no podía superar el precio máximo fijado por ADIF. En cambio, este hecho no garantiza que el precio ofrecido por NOKIA en su oferta sea objetivo.

5.5. Sobre la implantación de un programa de compliance por parte de NOKIA

NOKIA señala en su escrito de alegaciones que existe un claro compromiso por parte de la empresa de actuar en el mercado con respeto a la normativa aplicable y de manera ética, y para ello tienen establecido un programa de cumplimiento normativo. La entidad explica en su escrito de alegaciones que ha adoptado varias medidas para sensibilizar a la empresa sobre las políticas de competencia.

En atención a ello, NOKIA solicita que se valore su política de cumplimiento de cara a graduar la sanción que, en su caso, esta Sala le imponga.

Como ya ha señalado en anteriores ocasiones esta Sala⁵⁶, con carácter general, son positivas todas las actuaciones de las empresas dirigidas a fomentar

⁵⁶ Por todas, Resolución de 6 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0544/14 MUDANZAS INTERNACIONALES)

internamente el conocimiento de las normas de competencia y a prevenir y evitar su posible incumplimiento; de hecho, la CNMC promueve este tipo de iniciativas y programas en las empresas. No obstante, tal y como ha puesto de manifiesto el TJUE en su sentencia de 18 de julio de 2013 (asunto C-501/11 Schindler Holding y otros/Comisión), el mero hecho de introducir estos programas internos de adecuación a las normas sobre competencia no puede tomarse sin más como una circunstancia atenuante. Asimismo, esta Sala ha tenido la oportunidad de señalar que cuando los hechos acreditados no permiten concluir la existencia previa a la infracción de un programa de cumplimiento exitoso que efectivamente hubiera articulado y aplicado controles internos y previendo la conducta anticompetitiva, no cabe deducir el genuino compromiso de la empresa de que se trate con la observancia de la normativa de competencia, a los efectos de valorarlo como atenuante.

En lo que se refiere, ya no a la existencia de un programa de cumplimiento previo a la infracción, sino al refuerzo de políticas de cumplimiento adicionales una vez ocurrida la conducta e iniciado el expediente sancionador, esta Sala hace suya la consideración de la Comisión Europea de que la principal recompensa derivada de la introducción de tales programas, si se revelan eficaces, será la inexistencia de conductas contrarias a la competencia o, en el peor de los casos, su inmediata detección. Igualmente, esta Sala de Competencia ha puesto de manifiesto que, si bien la adopción de medidas de cumplimiento una vez iniciada la instrucción de un expediente sancionador refleja formalmente la voluntad cumplidora de la empresa, el efecto real de tales medidas a efectos del respeto de la normativa de competencia sólo podrá valorarse en fase de vigilancia de la resolución sancionadora, lo cual no impide que, en función de las circunstancias del caso concreto, pueda ser considerado como elemento moderador de la sanción (en análogo sentido, RCNMC de 17 de septiembre de 2015, Expte SNC/0036/15 MEDIASET).

En el presente expediente, dados los hechos acreditados, esta Sala no puede compartir el criterio de NOKIA respecto de que la existencia de un programa de cumplimiento normativo y la adopción de medidas de cumplimiento a posteriori de la actuación investigadora de la Dirección de Competencia cumpla las exigencias que posibilitarían valorarlas como circunstancia atenuante, conforme a la previsión del artículo 64.3 de la LDC.

5.6. Sobre la solicitud de celebración de vista

NOKIA ha solicitado la celebración de vista oral en aplicación del artículo 51.3 de la LDC.

Al respecto, cabe señalar que la vista viene prevista en el artículo 51.3 de la LDC se configura como una potestad discrecional del Consejo, que la puede acordar *“cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente”* (art. 19.1 RDC).

Esta Sala, teniendo en cuenta que es potestad suya acordar la celebración de vista cuando lo considere adecuado para el examen y el enjuiciamiento del objeto del expediente, ha decidido no acceder a la solicitud de celebración de vista por no considerarlo necesario para la valoración del asunto, sin que de esta negativa pueda derivarse ningún tipo de indefensión a la parte, según ha señalado de forma reiterada la Audiencia Nacional.

5.7. Solicitud de confidencialidad

En aplicación del artículo 42 de la LDC, se declara confidencial la siguiente información considerada como tal por parte de NOKIA en su escrito de alegaciones.

- Márgenes para KAPSCH contenidos en el párrafo tercero de la página 24 (folio 78989), en el párrafo cuarto de la página 25 (folio 78990), en el párrafo sexto de la página 26 (folio 78991).
- Información relativa a servicios prestados por NOKIA de sustitución de BTS y BSC contenida en el párrafo quinto de la página 36 (folio 79001).
- Margen aplicado por NOKIA en la oferta mayorista contenido en el párrafo tercero de la página 37 (folio 79002).
- Datos relativos al margen económico contenido en el párrafo cuarto de la página 37 (folio 79002), en el primer párrafo de la página 40 (folio 79005), en el último párrafo de la página 40 (folio 79005), en el quinto párrafo de la página 41 (folio 79006), en el penúltimo párrafo de la página 42 (folio 79007), y en el tercer párrafo de la página 43 (folio 79008).
- Datos relativos al WACC de 2014 de NOKIA contenido en el último párrafo de la página 37 (folio 79002).
- Información relativa al coste de las BTS contenida en el último párrafo de la página 38 (folio 79003) y en el cuarto párrafo de la página 40 (folio 79005).
- Número de BTS de Telefónica con tecnología NOKIA contenido en el cuarto párrafo de la página 45 (folio 79010).
- Datos relativos a cuestiones internas de la UTE contenidos en el párrafo séptimo de la página 49 del escrito de alegaciones (folio 79014).
- Dato sobre costes de desarrollo del software para desarrollar las funcionalidades específicas de GSM-R contenido en los párrafos tercero y cuarto de la página 52 del escrito de alegaciones (folio 79017).
- Dato sobre costes de pruebas de interoperabilidad contenido en el último párrafo de la página 52 (folio 79017).
- Dato relativo al valor de un proyecto de despliegue nacional de red GSM-R contenido en el tercer párrafo de la página 53 (folio 79018).

- Datos sobre ubicación de soporte avanzado de NOKIA contenidos en el pie de página 125 de la página 55 (folio 79020).
- Datos relativos a Kms de red instalada en Europa, contenida en el pie de página 139 de la página 59 (folio 79024), a excepción de los datos referidos a KAPSCH que sí son accesibles por KAPSCH.
- El apartado 12 del escrito de alegaciones que contiene información relativa a su política de compliance, por ser una información interna de la empresa (páginas 72, 72 y 72 del escrito de alegaciones, folios 79037, 79038 y 79039).
- Los Anexos al escrito de alegaciones número 4, 5, 8, 9, 10, 11, 13, 14 y 17, por contener datos económicos y estratégicos protegidos por el secreto empresarial.

Por otro lado, se deniega la solicitud de confidencialidad de la siguiente información solicitada por NOKIA:

- Datos relativos a cuotas de mercado contenidos en el pie de página número 107 de la página 47 (folio 79012), en los párrafos penúltimo y último de la página 76 (folio 79041), y en los párrafos tercero y cuarto de la página 77 (folio 79042), al referirse a datos perfectamente conocidos por KAPSCH (es confidencial para terceros).
- Datos sobre el impacto de los contratos con Adif contenido en la página 63 (folio 79028).
- Dato relativo al volumen de negocio en el año 2015 y 2016, contenido en las páginas 74 del escrito de alegaciones (folio 79039) y 2 de la contestación al requerimiento (folio 80099), por ser un dato público.
- Dato de volumen de negocio de servicio de mantenimiento línea ADIF años 2014, 2015 y 2016, al ser un contrato público (folios 80098 y 80099).

SEXTO.- DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC considera que se ha acreditado una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE por parte de NOKIA, consistente en abusar de su posición de dominio en los mercados mayorista de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R de equipos NOKIA y minorista de mantenimiento de instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R en España, mediante un estrechamiento de márgenes derivado de la fijación del precio mayorista, relativo al servicio de soporte de nivel 2 y 3 para equipos “core” GSM-R y equipos radio GSM-R de tecnología NOKIA en líneas de alta velocidad propiedad de ADIF, y del precio minorista de los servicios de mantenimiento de las redes GSM-R de ADIF en la licitación de julio de 2014.

Para determinar la sanción que debe imponerse son de aplicación el artículo 62.4.b) de la LDC, que tipifica las infracciones aquí imputadas como muy graves;

el artículo 63 de la citada Ley, que ordena sancionar ese tipo de infracciones *«con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa»*; y el artículo 64, que establece los criterios a los que, entre otros, el órgano sancionador debe recurrir a la hora de determinar para cada empresa el concreto porcentaje sancionador dentro de la escala 0% a 10%.

De acuerdo con la respuesta a la solicitud de información (folio 80098), el volumen de negocios total de NOKIA en 2016, año anterior a la imposición de la sanción, fue de 174.147.804 euros.

De lo contenido en esta resolución se desprende que hay mercados de producto afectados en el marco del expediente en los que se satisfacen necesidades distintas pero estrechamente vinculadas, como son la fabricación y comercialización de infraestructuras de telecomunicaciones GSM-R, el mantenimiento de las mismas, y las actividades de apoyo y soporte técnico.

Aunque podría argumentarse que, en la medida que la licitación se adjudica en bloque, la infracción afectaría a todo el presupuesto del concurso, es decir, a 237.913.935,39 euros, parece más razonable limitar la dimensión de la infracción al presupuesto de la licitación destinado a mantenimiento y renovación de radio y sistemas “core” de GSM-R, dentro del capítulo 24 (“Presupuesto de explotación”), que asciende a 75.079.722,75 euros.

El cuanto al alcance geográfico, el carácter de ADIF como empresa de carácter nacional y la distribución de las líneas de alta velocidad indican que la conducta tiene ámbito también nacional.

De cara a la determinación de la sanción hay que tener en cuenta que en España la red GSM-R ha sido instalada, a lo largo de varios años, a través de diversas licitaciones, por dos empresas: NOKIA, que ha instalado el 85% de la red, y KAPSCH, que ha instalado el 15% restante. Por otro lado, hasta la licitación de 2014, el mantenimiento de la red lo realizaba el propio tecnólogo, es decir, ambas empresas mantenían el 100% de la red que habían instalado, como servicio inherente a la instalación de la misma.

Sin embargo, según el contrato sacado a concurso por ADIF en julio de 2014, el mantenimiento de toda la red pasaría a llevarlo a cabo una sola empresa, la adjudicataria de la licitación, aunque no fuera titular de la tecnología, al tiempo que se encargaría de renovar los distintos equipos contemplados en el pliego al vencimiento de su vida útil. Por tanto, el diseño de la licitación generaba competencia por el mercado de fabricación de la red de telecomunicaciones móviles GSM-R en líneas de alta velocidad y por el mercado de mantenimiento de esas instalaciones, pero una vez adjudicada cesaría la competencia en el mercado. En la misma línea, el mercado mayorista de soporte tecnológico sería de hecho un monopolio de la empresa que realizó las instalaciones hasta que se sustituyeran por las de una tecnología diferente. Cabe advertir, que esta circunstancia no es consecuencia directa de la práctica anticompetitiva, sino que responden al funcionamiento de tales mercados, conformado por los sucesivos pliegos diseñados por ADIF a lo largo de estos años.

Por otra parte, si bien no se contemplan circunstancias atenuantes ni agravantes de la infracción, es preciso considerar el contexto en el que se ha producido para valorar correctamente la mayor o menor gravedad de la conducta.

En primer lugar, cabe recordar que nos encontramos ante una serie de mercados en los que las barreras de entrada son evidentes, toda vez que exigen una alto conocimiento y capacidad tecnológica, y además, como hemos señalado, son mercados en cierto modo diseñados a partir de las distintas licitaciones llevadas a cabo por ADIF, que ha venido estableciendo una serie de exigencias adicionales para poder entrar a participar en las licitaciones que, ciertamente, pueden desincentivar la entrada de otros competidores. Así, no es de extrañar que sean mercados en los que concurre una competencia más bien limitada y destinados a ser prácticamente monopolísticos.

A ello cabe añadir que el mercado mayorista de soporte en el que se produce el abuso, al fijar NOKIA unos precios mayoristas que, unidos a sus precios minoristas, impiden que su competidor pueda competir eficientemente, se ha creado a partir de la configuración de los pliegos diseñados por ADIF, lo que no impide que NOKIA debiera prever y evitar la conducta, pero sí dota al escenario en el que se produce la conducta de un cierto grado de imprevisibilidad.

En lo que se refiere al procedimiento de licitación, como ha quedado acreditado por la Dirección de Competencia, para poder ser adjudicatario de la licitación ADIF exigió a las empresas concursantes que presentaran una carta de compromiso del fabricante de la tecnología por el que garantizara su soporte técnico al adjudicatario. En caso de no contar con esa carta de soporte, el adjudicatario se obligaba a sustituir el equipamiento instalado por la otra empresa sin coste para ADIF. Por eso, tanto NOKIA como KAPSCH solicitaron de la empresa rival una oferta económica para el servicio de soporte mayorista y, además, una carta de compromiso de la prestación de ese servicio.

Finalmente, ambas empresas se remitieron la oferta económica, pero ninguna de las dos, pese a la insistencia de la otra, remitió la carta de soporte. No se ha podido acreditar la responsabilidad de ninguna de las dos empresas por este resultado, pero interesa subrayar que ninguna de las dos empresas tenía incentivos para entregar la carta de soporte sin asegurar que iba a contar con la de su rival, porque eso hubiera equivalido a perder la licitación. En caso de haberse intercambiado ambas empresas la carta de soporte, KAPSCH podría haber tenido alguna oportunidad de realizar una oferta competitiva en la licitación, si bien en ese caso el montante de la oferta de soporte mayorista de NOKIA hubiera resultado decisivo.

Por el contrario, en ausencia de la carta de soporte, NOKIA tenía una clara ventaja en costes de cara a la licitación, puesto que en caso de ganar se comprometía a sustituir sin coste para ADIF las instalaciones de KAPSCH, mientras que esta última tendría que sustituir a su costa las instalaciones con tecnología de NOKIA, que eran mucho más numerosas. Además, para KAPSCH era inviable realizar esa sustitución a corto plazo, por lo que habría tenido que sustituir gradualmente la red instalada por NOKIA, y habría tenido que aceptar la oferta económica de soporte de NOKIA durante el tiempo que necesitase para

acometer la sustitución. Por tanto, NOKIA tenía un incentivo para no presentar la carta de soporte a KAPSCH, mientras que KAPSCH no tenía incentivos a negarse a aportar la carta de soporte a NOKIA.

En cualquier caso, tras el completo y detallado análisis realizado en la presente resolución, cabe concluir que los precios de la oferta mayorista presentada por NOKIA constituyen efectivamente una de las causas concomitantes por las que KAPSCH decidió renunciar a la licitación de ADIF, por lo que la conducta de NOKIA ha tenido probablemente un efecto de exclusión de su rival.

Asimismo, la falta de presión competitiva ha permitido un escenario en el que ADIF se ha podido ver sujeto a un precio más elevado por el contrato que el que hubiese resultado en caso de que ambas empresas hubiesen competido por hacerse con la adjudicación del mismo. Sin embargo, no es posible cuantificar económicamente esta diferencia en el precio de adjudicación del contrato en un escenario u otro ya que KAPSCH no presentó oferta y ello motivó que NOKIA fuese la única empresa ofertante en la licitación. Hay que tener en cuenta, además, la cuota de la tecnología instalada por las dos empresas antes de la licitación y que la desventaja inicial de KAPSCH tendría que haberse reflejado de algún modo en el coste de su oferta.

Sobre la base del conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y dimensión de la conducta, así como efectos de la infracción–, esta Sala considera apropiado sancionar a la imputada con una multa del 1,0% de su volumen de negocio total en 2016, lo que se traduce en una multa de 1.741.478 euros.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada la comisión de una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por parte de NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L., consistente en abusar de su posición de dominio en los mercados mayorista de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R de equipos NOKIA y minorista de mantenimiento de instalaciones de telecomunicaciones móviles GSM-R en España, mediante un estrechamiento de márgenes derivado de la fijación del precio mayorista, relativo al servicio de soporte de nivel 2 y 3 para equipos “core” GSM-R y equipos radio GSM-R de tecnología NOKIA en líneas de alta velocidad propiedad de ADIF, y del precio minorista de los servicios de mantenimiento de las redes GSM-R de ADIF en la licitación de julio de 2014.

SEGUNDO.- Declarar responsable de esta infracción a **NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L.**

TERCERO.- Imponer a NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L. una multa de **1.741.478 euros**.

CUARTO.- Intimar a NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L. para que en el futuro se abstenga de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente Resolución.

QUINTO.- Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

SEXTO.- Declarar confidencial la información a la que hace referencia el Fundamento de Derecho Quinto de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.