

ACUERDO POR EL QUE SE EMITE INFORME SOBRE UNA ACTUACIÓN CONSISTENTE EN LA EXTENSIÓN DEL SERVICIO DE BANDA ANCHA DE ALTA VELOCIDAD EN DETERMINADOS MUNICIPIOS DE LA PROVINCIA DE HUESCA

INF/DTSA/166/17/AYUDAS BANDA ANCHA HUESCA

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

- D. Benigno Valdés Díaz
- D. Mariano Bacigalupo Saggese
- D. Bernardo Lorenzo Almendros
- D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 23 de noviembre de 2017

Vista la solicitud de informe de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, dependiente de la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, en relación con el borrador de pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas para la “*Extensión de la banda ancha en la provincia de Huesca*”, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Primero.– Con fecha 18 de julio de 2017, se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, dependiente de la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital (SESIAD), mediante el que se solicita a la CNMC la emisión del informe previsto en el artículo 3.2 del Real Decreto 462/2015, de 5 de junio, por el que se regulan instrumentos y procedimientos de coordinación entre diferentes Administraciones Públicas en materia de ayudas públicas dirigidas a favorecer el impulso de la sociedad de la información mediante el fomento de la oferta y disponibilidad de redes de banda ancha (en adelante, Real Decreto de coordinación de ayudas), en relación con una próxima licitación del servicio de

banda ancha de alta velocidad a determinados núcleos de la provincia de Huesca.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe.

II. OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar si el proyecto de la Diputación de Huesca remitido por la SESIAD, principalmente en cuanto a si está diseñado para favorecer e impulsar la Sociedad de la Información. Asimismo, se analizarán qué condiciones habrían de imponerse, en su caso, al beneficiario de la ayuda, especialmente en relación a los servicios mayoristas de acceso y sus precios, teniendo en cuenta las condiciones de desarrollo de las telecomunicaciones en la provincia de Huesca, para el fomento de la oferta y disponibilidad por los ciudadanos de redes de banda ancha.

La solicitud de informe se realiza sobre un contrato de servicios que desea licitar la Diputación de Huesca para la prestación del servicio de acceso a Internet de banda ancha de alta velocidad (30 Mbps o superior) en núcleos rurales de la provincia calificados como zonas blancas, a los Ayuntamientos, habitantes y empresas de todos esos municipios. Además, a través del contrato, la Diputación ofrecerá un servicio de administración electrónica de calidad a las Entidades Locales.

Este informe se emite sin perjuicio de otras consideraciones que pueda hacer la CNMC a las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento general previstas en el artículo 5.2 de la LCNMC y en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

III. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Este informe se emite en ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 6 de la LCNMC y 70.2.l) de la LGTel, que facultan a la CNMC a asesorar al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (MINETAD) en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo de los mercados de comunicaciones electrónicas.

Por su parte, el artículo 70.2.n) de la LGTel dispone que la CNMC realizará las funciones que de manera expresa le atribuya la normativa comunitaria, el citado texto legal y su normativa de desarrollo.

En este sentido, el artículo 3.2 del Real Decreto de coordinación de ayudas prevé que la CNMC elaborará un informe sobre la fijación de los precios y

condiciones de acceso mayorista a las infraestructuras que sean objeto de ayudas dirigidas a favorecer el impulso de la Sociedad de la Información mediante el fomento de la oferta y disponibilidad de redes de banda ancha, que será remitido a la SESIAD.

Asimismo, el Reglamento (UE) No 651/2014, de la Comisión Europea, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (en adelante, Reglamento de exención por categorías)¹ se refieren a la labor de asesoramiento de las autoridades nacionales de reglamentación responsables de la regulación de mercados en el diseño y control de las ayudas públicas dirigidas al despliegue de redes de comunicaciones electrónicas (artículo 52.6).

Por todo ello, la Sala de Supervisión Regulatoria es el órgano competente para la emisión del presente informe en virtud de lo previsto en los artículos 21.2 de la LCNMC y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, previo informe de la Sala de Competencia.

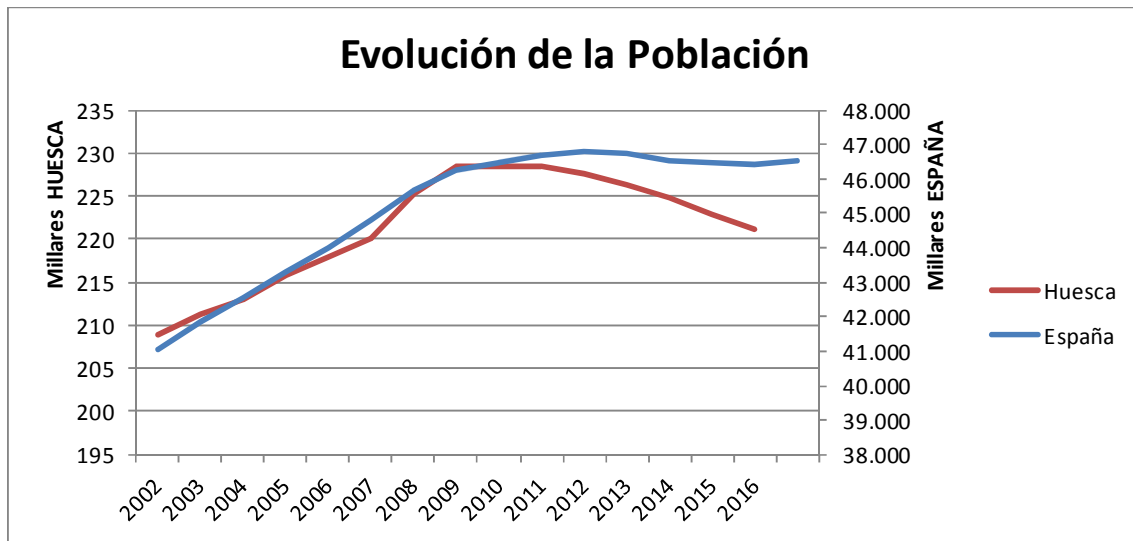
IV. DESARROLLO DE LA BANDA ANCHA EN HUESCA

La provincia de Huesca cuenta con una población de 221.079 habitantes² repartidos en 202 municipios -y 1.156 entidades de población-. La densidad de población media de la provincia se sitúa en 14,15 habitantes por km², lo que la convierte en la cuarta provincia con menor densidad de toda España. La mitad de la población se concentra en cinco municipios³ y el resto se reparte en los otros 197 municipios, la mayoría de los cuales (87%) cuentan con menos de 1.000 habitantes. La provincia de Huesca tiene una tasa negativa de crecimiento de su población desde el año 2009 a diferencia de la media española que tiende a la estabilidad.

¹ Reglamento de exención por categorías: <http://www.boe.es/doue/2014/187/L00001-00078.pdf>.

² INE a 1 de enero de 2016 <http://www.ine.es/>

³ Huesca, Monzón, Barbastro, Fraga y Jaca.

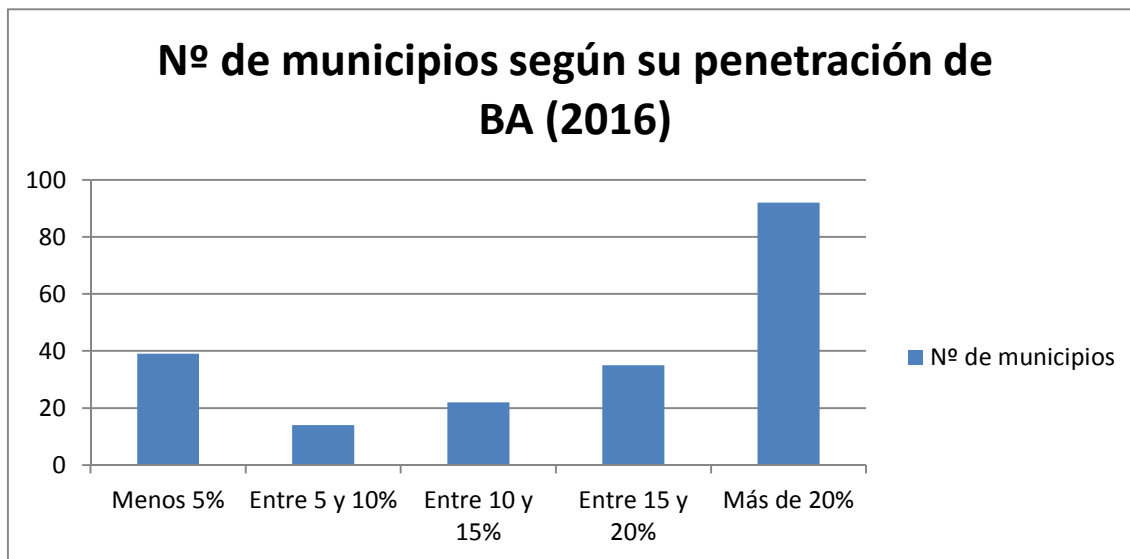


Fuente: INE

Conforme a la información de la que dispone esta Comisión, la penetración de la banda ancha fija⁴, tanto básica como de alta velocidad, en Huesca es del 29,07% (líneas por cada 100 habitantes), ligeramente por debajo de la media estatal que se sitúa en el 29,79%. El cómputo anterior de penetración de la banda ancha fija incluye la tecnología xDSL, que supone la mayoría de los accesos, con una penetración en Huesca del 21,29% (la media española es del 14,03%), el cable-módem o HFC –Hybrid Fibre Coaxial- con el 2,69% (en el conjunto del territorio nacional es del 5,39%) y el FTTH, con una penetración igual al 5,09%, que es inferior a la media estatal (10,36%).

En relación con la dispersión poblacional antes citada, en el siguiente gráfico también se observa una desigual distribución de la penetración de la banda ancha en los municipios de la provincia.

⁴ Accesos contratados en relación con el total de la población, información geográfica de la CNMC, datos de diciembre de 2016.



Fuente: CNMC DATA. Datos geográficos 2016⁵

En los últimos tres años, en relación con la cobertura de las redes FTTH, entendida como líneas instaladas con respecto al número de unidades inmobiliarias existentes en la provincia⁶, se ha ampliado la diferencia de cobertura que había entre Huesca y el promedio de España.

Cobertura FTTH	Huesca	España	Diferencia
2014	2,45%	53,25%	50,80%
2015	24,03%	79,94%	55,91%
2016	43,57%	109,39%	65,82%

Fuente: CNMC DATA. Datos geográficos 2016

Los datos de la SESIAD presentan un desglose mayor en los datos de cobertura de banda ancha realizada mediante líneas de cobre (ADSL y VDSL):

Tipo de Cobertura	Huesca	España
ADSL>2Mbps	84,7%	90,1%
ADSL>10Mbps	78,2%	72,0%
VDSL	16,1%	11,8%
HFC	23,5%	48,8%
FTTH	29,7%	62,8%

Fuente: Informe de datos particularizados de cobertura de banda ancha en Aragón a mediados de 2016⁷

⁵ <http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/graph/intro.jsp>

⁶ Idem nota al pie número 4.

⁷ http://www.minetad.gob.es/telecomunicaciones/banda-ancha/cobertura/Mediados%202016/Arag%C3%B3n_mediados_2016.pdf

En resumen, se puede concluir que, en términos agregados, el desarrollo de la banda ancha en Huesca es inferior al promedio nacional, en especial si nos fijamos en las tecnologías que soportan más velocidad como el cable o la fibra.

V. DOCUMENTACIÓN REMITIDA Y CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO

La SESIAD acompaña a su solicitud de informe copia de la siguiente documentación:

- (i) Pliego de prescripciones técnicas para la extensión de la banda ancha en la provincia de Huesca al cual le acompañan los siguientes anexos:
 - Anexo I. Infraestructuras de la red pública de telecomunicaciones de Aragón⁸.
 - Anexo II. Localidades objeto de actuación⁹.
- (ii) Pliego de cláusulas administrativas para la extensión de la banda ancha en la provincia de Huesca al cual le acompañan los siguientes anexos:
 - Anexo I.1.- Declaración relativa al registro de licitadores (sobre uno).
 - Anexo I.2.- Declaración responsable de no estar la empresa incurso en prohibiciones para contratar (sobre uno).
 - Anexo I.3.- Declaración de haber tenido en cuenta en la prestación de la oferta las obligaciones legales en materia laboral y medioambiental (SOBRE UNO).
 - Anexo I.4.- Documento Europeo único de contratación (SOBRE UNO).
 - Anexo II.- Solvencia económica y financiera y técnica (SOBRE UNO).
 - Anexo III.- Compromiso de adscripción de medios (SOBRE UNO).
 - Anexo IV.- Subcontratación obligatoria.
 - Anexo V.- Modelo oferta económica (SOBRE TRES).

⁸ Este Anexo lista las unidades poblacionales en las que el Gobierno autonómico dispone de infraestructuras susceptibles de alojar redes de telecomunicaciones.

⁹ Este Anexo incluye un listado total de 329 unidades poblacionales, pero el pliego administrativo establece que la ejecución del contrato se realizará únicamente en 320 localidades.

- Anexo VI.- Criterios de adjudicación de las ofertas sujetos a evaluación previa (SOBRE DOS).
- Anexo VII.- Criterios de adjudicación de las ofertas sujetos a evaluación posterior (SOBRE TRES).
- Anexo VIII.- Ficha a cumplimentar relativa a los criterios de E.P. (SOBRE TRES)¹⁰.
- Anexo IX.- Modificaciones contractuales previstas.
- Anexo X.- Penalidades.
- Anexo XI.- Obligaciones esenciales del contrato.
- Anexo XII.- Composición de la mesa de contratación.

Con fecha 13 de marzo de 2017, el Gobierno de Aragón y las Diputaciones provinciales de Huesca, Zaragoza y Teruel firmaron un convenio de colaboración para el desarrollo de los programas operativos Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y Fondo Social Europeo (FSE) durante el periodo 2014-2020 cuyo objetivo temático es *“mejorar el uso y la calidad de las tecnologías de la información y de la comunicación y el acceso a las mismas: a través de la actuación de “al menos 30 Mbps de banda ancha en 2020 en los pueblos de Huesca”*. Todo ello con la finalidad de que en 2020 todos los municipios de Huesca dispongan de una cobertura de red de banda ancha con una velocidad deseable de 100 Mbps y, en todo caso, nunca por debajo de 30 Mbps.

La Diputación de Huesca pretende licitar un contrato del servicio de conexión a Internet de banda ancha con una capacidad de **30 Mbps o superior en 320 localidades** que han sido calificados como zonas blancas NGA por el MINETAD -cláusula segunda del pliego administrativo.

Esta actuación permitirá, por un lado, a la Diputación prestar el servicio de administración electrónica de calidad a las **Entidades locales** durante la duración del contrato -4 años, ampliables por un periodo máximo de 2 años adicionales¹¹- y, por el otro, acercar la conexión a Internet a los **habitantes** de los municipios, de tal manera que, puedan contratar la prestación del servicio de acceso a Internet de banda ancha por su cuenta. Para la realización del

¹⁰ El operador licitador deberá especificar para cada una de las comarcas, municipios y unidades de población las velocidades de subida y de bajada, el tiempo medio de latencia, el caudal mínimo garantizado, el límite de descarga, el precio máximo de la cuota de alta y mensual del cliente y la oferta económica individual.

¹¹ Cláusula séptima del pliego administrativo.

servicio objeto del contrato, el operador adjudicatario deberá realizar el previo despliegue de una red NGA en las 320 localidades señaladas.

La Diputación de Huesca encuadra el proyecto dentro del régimen de ayudas previsto en el artículo 52 del Reglamento de Exención por Categorías.

El proyecto se dirige a un **único operador beneficiario** de la ayuda. En la cláusula primera del pliego administrativo se justifica esta decisión en los siguientes términos:

“(...) no es posible realizar una división por lotes de este pliego puesto que supondría un aumento del coste global del contrato al dificultar el aprovechamiento de infraestructuras comunes entre localidades cercanas pero de lotes distintos, impediría la creación de troncales de comunicación mullí-lote o entre lotes, y reduciría la economía de escala aplicable por el adjudicatario en la adquisición del material que necesite”.

Para el cumplimiento del objeto contractual, el operador adjudicatario del contrato deberá –cláusula segunda del pliego administrativo-:

- Instalar un punto de control en cada una de las 320 localidades del Anexo II que deberá disponer de una conexión Ethernet a un equipo terminal de la Administración local que permita cumplir con las siguientes características mínimas de conexión –cláusula primera del pliego técnico-:
 - Velocidad media de transferencia desde Internet: 30 Mbps.
 - Velocidad media de transferencia hacia Internet: 30 Mbps.
 - Límite de descargas mínimo sin penalización en la velocidad de conexión de al menos 80 GB/mes realizado en horario L-V de 8:00 a 20:00 horas.
 - Latencia media inferior o igual a 300 milisegundos que se medirá entre el punto de control de la localidad y la dirección IPv4 8.8.8.8 de google.
 - Caudal mínimo garantizado de 10%.

El punto de control será utilizable por la Diputación para dar el servicio de administración electrónica a la entidad local correspondiente.

- Realizar inversiones necesarias en infraestructuras y equipamientos necesarios para la creación de una red de telecomunicaciones formada por (i) red de acceso de 30 Mbps o superior que permita la conexión a Internet desde el domicilio del abonado y (ii) una red de transporte encargada de trasladar el tráfico entre la red de acceso y la salida a Internet.

El operador adjudicatario será el propietario de la red, por lo que, asumirá todos los costes de creación, instalación y mantenimiento –cláusula 3 del pliego técnico-.

- Ofertar a los ciudadanos, empresas y cualquier otra entidad residente en cada localidad de una conexión a Internet de las mismas características técnicas que tenga el punto de acceso y a precios similares a las de los entornos urbanos donde exista pluralidad de oferta.
- Disponer de un servicio técnico para resolver cualquier tipo de incidencia.

El presupuesto máximo de la licitación total es de **5.416.666, 66** euros (IVA incluido), el cual será cofinanciado en un 50% con fondos provenientes del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). A esta cantidad, habría que añadirle 895.316,83 euros (IVA no incluido) si se produce la posible prórroga del contrato por dos años y 450.434,88 euros¹² de ayuda en especie integrada por la cesión del uso de **28 emplazamientos del Gobierno de Aragón**¹³. No se desglosa qué parte de la cantidad inicial constituye el importe de la ayuda y cuál se abonará en concepto de conectividad de las entidades locales. Tampoco figura un tope máximo al importe de ésta ni su intensidad.

Los licitadores sólo podrán presentar una única proposición en tres sobres distintos:

- Sobre uno correspondiente a la documentación administrativa a presentar y especificada en los Anexos I a V;
- Sobre dos correspondiente a los criterios de evaluación previa de su propuesta técnica (se tendrá que presentar una descripción detallada del proyecto técnico).
- Sobre tres correspondiente a los criterios de evaluación posterior, en el que los licitadores deberán incluir su oferta económica y detallar información relativa a las características técnicas del acceso minorista a Internet así como el precio comercial de las cuotas de alta y mensual. Toda esta

¹² El importe de 450.434,88 euros para la ayuda en especie integrada por la cesión de los 28 emplazamientos es similar a los importes ya analizados por esta Sala en su Acuerdo de 22 de enero de 2015 por el que se emite informe relativo al plan de precios de los servicios de alojamiento para operadores mayoristas de banda ancha de nueva generación de aragonesa de servicios telemáticos (expediente núm. INF/DTSA/2289/14). En dicho acuerdo, se consideraron ajustados a precios de mercado y algo por encima de los previstos en la Oferta de Referencia de Acceso a los centros emisores de Cellnex Telecom, S.A.

¹³ La Diputación de Huesca y el Gobierno de Aragón han llegado a un acuerdo por el que este cede gratuitamente 28 emplazamientos de la provincia de Huesca para que puedan servir de nodo de comunicaciones en los que el licitador se apoye para lograr el objetivo del contrato – cláusula cuarta del pliego administrativo-.

información se evalúa automáticamente mediante la aplicación de fórmulas -Anexo VII-.

Por último, se establece la incompatibilidad con otras ayudas concedidas en el seno del Plan PEBA¹⁴ del MINETAD en las mismas entidades de población, al señalarse que podrán producirse modificaciones de baja del contrato *“cuando no pueda instalarse el punto de control exigido en el objeto, entre otros aspectos, porque en el momento de realizar la instalación precisa la unidad de población haya salido de la lista de zonas blancas publicada por el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital”* –Anexo IX- del pliego administrativo-.

Explotación del proyecto y obligaciones mayoristas

El proyecto de ayudas acoge el principio de neutralidad tecnológica al disponer que *“no se establecerán limitaciones en cuanto a la tecnología a emplear para conseguir el objetivo establecido, siempre y cuando se satisfagan los requerimientos técnicos mínimos exigidos”* en línea con el artículo 52.2 del Reglamento de exención por categorías y las previsiones de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha¹⁵.

Asimismo, la cláusula tercera del pliego técnico establece obliga, de forma genérica, al operador adjudicatario a dar el servicio de acceso mayorista a los demás operadores que lo soliciten a precios aceptables por la CNMC, estableciéndose expresamente la replicabilidad técnica de los servicios ofertados por el operador adjudicatario.

Por último, se prevé la reutilización de infraestructuras existentes propias, de terceros operadores o de titularidad autonómica. Concretamente, el Gobierno de Aragón cederá de forma gratuita veintiocho -28- emplazamientos en la provincia de Huesca para facilitar el despliegue de la red NGA.

VI. OBSERVACIONES AL PROYECTO EN RELACIÓN CON LA FIJACIÓN DE LOS PRECIOS Y CONDICIONES DE ACCESO MAYORISTA A LAS INFRAESTRUCTURAS

A juicio de esta Sala, el proyecto analizado contribuye a la consecución de los objetivos establecidos en las Agendas Digitales Europea y para España al estar diseñado para dar cobertura a áreas que han sido calificadas como zonas blancas NGA (de redes de acceso de alta velocidad) y ser conforme parcialmente con el Reglamento de exención por categorías y las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha. Sin embargo, no puede

¹⁴ Orden IET/1144/2013, de 18 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas con cargo al Programa de Extensión de la Banda Ancha de nueva generación (Plan PEBA).

¹⁵ Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha (2003/C 25/01 DOUE de 26 de enero de 2013).

comprobarse su conformidad con el Reglamento de exención por categorías la no fijación del importe de la ayuda en la documentación sometida a informe.

De acuerdo con el citado Reglamento de Exención por categorías y las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha, las ayudas deben garantizar la disponibilidad de redes NGA que permitan ofrecer servicios de acceso mayorista en condiciones que favorezcan el desarrollo de la competencia en el mercado minorista. Cualquier intervención a nivel mayorista se considera menos intrusiva y más beneficiosa para la competencia que a nivel minorista.

Asimismo, se echa en falta que la documentación remitida no incluya documentación justificativa alguna que describa y explique brevemente el proyecto y, en particular, por qué pretende licitar un contrato de servicios para articular el sistema de ayudas en lugar de utilizar otros instrumentos jurídicos más habituales para estos casos como es el establecimiento de bases reguladoras y convocatoria directa de ayudas para el despliegue de redes NGA en zonas blancas¹⁶.

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

6.1 Determinación del importe de la ayuda

Con la actual redacción del proyecto, el importe máximo de la licitación en su conjunto incluye dos conceptos distintos: (i) el coste del servicio de conectividad entre la Diputación y las Entidades Locales dependientes –de naturaleza contractual- y (ii) el importe de la ayuda a conceder al operador adjudicatario para el despliegue de la red de acceso y transporte y para la prestación del servicio minorista a los usuarios finales que no son Ayuntamientos.

Respecto del primer servicio, debe tenerse en cuenta que las diputaciones tienen atribuidas entre sus funciones la de soporte de la administración electrónica de las entidades locales de menos de 20.000 habitantes, de conformidad con lo previsto en la letra g) del art. 36.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local¹⁷. Por tanto, la contratación

¹⁶ El motivo parece claro: instrumentalizar a través de un contrato la prestación del servicio de Administración electrónica a los ayuntamientos, que entra dentro de su ámbito de actuación (autoprestación, véase el apartado siguiente), pero sería conveniente diferenciar los dos objetivos en mayor medida –en la propia cláusula segunda del pliego administrativo-.

¹⁷ Artículo 36:

*“1. Son competencias propias de la Diputación o entidad equivalente las que le atribuyan en este concepto las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas en los diferentes sectores de la acción pública y, en todo caso, las siguientes:
(...)”*

del servicio de conectividad para la propia Diputación y las entidades locales que de ella dependen, con la finalidad de dotarlas de servicios de administración electrónica, entraría dentro del ámbito de actuación propio que encaja en el régimen de autoprestación -excluyéndose por ello el control de esta actividad como prestación al público en general, de la LGTel-.

La idea de aprovechar el despliegue de una red para servicios propios de una Administración pública para ofrecer sobre esa red servicios a terceros ya aparecía en el proyecto Xarxa Oberta de la Generalitat de Cataluña -Ayuda de Estado nº N 407/2009 – España Fibra óptica en Cataluña (Xarxa Oberta)- aprobado por la Comisión Europea.

Esta característica hace que todas las cuantías destinadas a esta actividad queden fuera de las ayudas públicas propiamente dichas. Así, la Comisión Europea excluye este tipo de actuaciones del concepto de ayuda pública. La Comunicación de la CE relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁸ señala lo siguiente:

“(216) En cambio, conectar solo autoridades públicas no es una actividad económica y la financiación pública de las denominadas «redes cerradas», por consiguiente, no constituye ayuda estatal”¹⁹.

Por lo tanto, sólo constituye ayuda el importe destinado al despliegue de la red de acceso y transporte y la financiación de los servicios a los usuarios finales que no son ni la Diputación ni los Ayuntamientos. En el texto remitido, las cantidades correspondientes a cada uno de estos conceptos no se detallan por separado. Esto es, el proyecto no fija el importe de la ayuda a conceder al operador adjudicatario. A pesar de que dicho proyecto será cofinanciado mediante fondos FEDER, la correspondiente partida presupuestaria de la Diputación está sin identificar.

En este sentido y de conformidad con el artículo 58 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, el pliego de cláusulas administrativas *“deberá fijar necesariamente la cuantía total máxima destinada a las subvenciones convocadas y los créditos presupuestarios a los que se imputan”*.

g) La prestación de los servicios de administración electrónica y contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes”.

Esta función ha de interpretarse en el sentido del Fundamento jurídico 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2016, de 9 de junio de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 1959-2014 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

¹⁸ (2016/C 262/01)

¹⁹ Como aplicación práctica, vid Decisión de la CE núm. 46/2007 – *United Kingdom Welsh Public Sector Network Scheme*.

Por ello, al tratarse de un procedimiento de concesión de ayuda en régimen de concurrencia competitiva, la Diputación de Huesca deberá fijar en el citado pliego administrativo el importe máximo de la ayuda a conceder (diferenciándolo de la otra prestación) y su intensidad, así como los créditos presupuestarios a los que se imputa tal ayuda.

6.2 Zonas a las que va dirigida la ayuda

En línea con la regulación de ayudas, el ámbito territorial de ejecución del proyecto está integrado únicamente por zonas blancas NGA coincidentes con el listado publicado por el MINETAD.

El apartado de antecedentes del Pliego técnico establece que *“en la provincia de Huesca existen 641 núcleos en zonas en las que no existe cobertura de telecomunicaciones o si existe es inferior a 30 Mbps, son las denominadas zonas blancas”*. Sin embargo, como se ha señalado, la licitación solo incluye 320 municipios y entidades singulares de población que se encuentran listadas en el Anexo II.

A este respecto, se desconoce si se trata de núcleos de población incluidos en los 320 municipios o entidades singulares de población o, si por el contrario, la Diputación de Huesca ha decidido no incluir a todos los núcleos susceptibles de ser calificados como zonas blancas en el listado de los municipios objeto del contrato (Anexo II). En tal caso, debería valorarse la no inclusión del resto de núcleos sabiendo que uno de los objetivos de las diferentes Agendas Digitales es la cobertura mínima de 30 Mbps al 100% de la población.

Por su parte, el Anexo IX del pliego administrativo establece como una modificación a la baja la no instalación del punto de control *“porque en el momento de realizar la instalación precisa la unidad de población haya salido de la lista de zonas blancas publicada por el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital”*.

Sobre esta cláusula contractual procede realizar las siguientes consideraciones:

- Con el objeto de evitar perjudicar el diseño de los proyectos técnicos debido a la variación en las zonas objetivo, se recomienda a la Diputación de Huesca que (i) antes de la adjudicación provisional del contrato compruebe que los municipios que figuran en el Anexo II del pliego técnico sean coincidentes con el listado de zonas blancas NGA 2017²⁰ publicado por el

²⁰ Con fecha 30 de octubre de 2017, se ha aprobado la Resolución definitiva de la Convocatoria 2017 de ayudas para la realización de proyectos en el marco de la Orden IET/1144/2013 de 18 de junio, modificada por la Orden IET/241/2014, de 13 de febrero y por la Orden IET/275/2015, de 17 de febrero y por la Orden ETU/275/2017, de 22 de marzo (PEBA 2017). Véase en el siguiente enlace web: <http://www.minetad.gob.es/telecomunicaciones/banda-ancha/zonas->

MINETAD y, (ii) después de la adjudicación provisional del contrato informe al MINETAD de tal actuación, a los efectos de excluir del listado de zonas blancas NGA aquellas entidades de población en las que el operador adjudicatario va a instalar el punto de control exigido.

- Por otro lado, la citada previsión señala que no serán objeto de ayuda las entidades de población incluidas en los proyectos en los que se haya concedido una ayuda en el seno del Plan PEBA del Minetad pero no se pronuncia con respecto al resto de programas existentes para la misma finalidad. Por ello, se recomienda que se indique expresamente la incompatibilidad de estas ayudas con cualquier otra que se otorgue para esta misma finalidad por otra Administración o entidad pública o privada.

6.3 Obligaciones de acceso mayorista

Como se ha señalado, la cláusula 3 del pliego técnico obliga, de forma genérica, al operador adjudicatario a *“dar servicio mayorista con precios aceptables por la CNMC a otros operadores que lo requieran y pretendan dar servicios similares o replicar los ofrecidos por el adjudicatario”*. De forma similar, la cláusula segunda del mismo pliego señala que *“las condiciones técnicas de estos servicios de conexión a Internet deberán respetar el principio de replicabilidad para que otros operadores puedan ofrecer sus servicios en condiciones similares”*.

A continuación se recogen cuestiones susceptibles de mejora o de reflexión en relación con las citadas obligaciones:

(i) Tipo de acceso mayorista

Se valora positivamente el establecimiento de una obligación genérica al operador beneficiario de la ayuda de dar servicios mayoristas a terceros operadores, pero se recomienda incluir la exigencia de que el operador adjudicatario debe ofrecer **acceso mayorista activo y pasivo, lo más amplio posible, en condiciones equitativas y no discriminatorias**, de conformidad con el artículo 52.5 del Reglamento de exención por categorías. Este acceso mayorista debe ofrecerse como mínimo durante siete años y el derecho de acceso a conducciones o postes se otorgará por tiempo ilimitado.

Asimismo, se suele prever en estos proyectos que en el caso de que el proyecto contemple despliegues de fibra óptica, dicho acceso incluirá también la posibilidad de acceder a la fibra oscura, con una desagregación total y efectiva, así como a los conductos, postes, armarios, arquetas y demás elementos de obra civil. El acceso a estos últimos no debe ser limitado en el tiempo.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que como el proyecto analizado va dirigido a zonas rurales con baja densidad de población donde los servicios de banda ancha son limitados o nulos, la imposición de todos los tipos de productos de acceso mayorista pudiera aumentar de forma desproporcionada los costes de inversión, sin ofrecer ventajas significativas en términos de mayor competencia. Por este motivo, la Diputación de Huesca puede prever que los productos de acceso que requieran intervenciones caras en la infraestructura subvencionada sólo sean ofrecidos en caso de que exista una demanda razonable de un tercer operador, tal y como prevé el apartado 80.a) de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha.

En línea con lo anterior, cabe destacar que la cláusula segunda, apartado b, del pliego administrativo establece que *“las infraestructuras serán propiedad del adjudicatario que deberá mantenerlas y conservarlas al menos durante la duración del contrato”*, esto es, cuatro años más dos años adicionales de posible prórroga. Esta previsión podría resultar contraria a lo establecido en el mencionado artículo 52.5 del Reglamento de exención por categorías, en virtud del cual, tal como se ha señalado, el operador adjudicatario debe ofrecer durante al menos 7 años acceso mayorista activo y pasivo, lo más amplio posible, en condiciones equitativas y no discriminatorias.

Por este motivo, se recomienda a la Diputación de Huesca que las infraestructuras y equipos permanezcan afectos a los objetivos del proyecto durante un plazo mínimo de tres años a partir de la finalización del mismo o hasta el final de su vida útil si esta fuera mayor.

(ii) Replicabilidad técnica

También se valora positivamente que el pliego técnico exija que los servicios mayoristas prestados por el operador adjudicatario sean replicables técnicamente por terceros operadores. A este respecto, se sugiere a la Diputación de Huesca que valore la posibilidad de incluir una previsión de que la velocidad de acceso mayorista ofrecida será, como mínimo, la establecida en la oferta licitadora.

Esto es así porque pudiera ser que las velocidades mayoristas ofrecidas a los competidores no permitiesen replicar las que el beneficiario de la ayuda presta a sus usuarios finales, lo que afectaría al servicio minorista a ofrecer por los competidores en las zonas beneficiadas por la ayuda, no respetándose lo establecido en el apartado 80 de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha, relativo a la obligación de trato equitativo y no discriminatorio.

Por este motivo, debería incluirse una previsión de que el servicio de acceso mayorista ofrecido deberá permitir la replicabilidad de los servicios minoristas prestados por el operador beneficiario de la ayuda.

(iii) Disponibilidad de la oferta mayorista vs. comercialización de servicios minoristas

Al hilo de estas observaciones, se solicita a la Diputación que incluya en el proyecto la exigencia al beneficiario de la ayuda de configurar su oferta mayorista antes del inicio de la prestación de servicios minoristas de banda ancha. La no previsión de que haya una disponibilidad del servicio mayorista con anterioridad o al mismo tiempo del inicio de la prestación minorista puede suponer una barrera de entrada a los operadores que soliciten el acceso a la nueva red desplegada, pues el beneficiario de la ayuda no tendrá, en principio, incentivos económicos a fomentar la competencia de oferentes de servicios minoristas en los municipios del proyecto.

A este respecto, que las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha prevén que el acceso mayorista debe ser concedido “*lo antes posible*” al comienzo de la explotación de la red financiada con cargos a fondos públicos – apartado 78.g)-. Puesto que las citadas Directrices no fijan el plazo de forma taxativa, será la autoridad que concede la ayuda la que deberá fijar el plazo que estime conveniente²¹.

El objetivo es que los operadores que solicitan el acceso a la red subvencionada tengan un margen que les permita realizar su labor comercial y las adaptaciones necesarias en sus redes y, sobretodo, que el operador que ha recibido la ayuda no disfrute de una ventaja competitiva evidente frente o desproporcionada frente a los demás, como ha señalado esta Sala en informes anteriores²².

Por ello, se recomienda a la Diputación de Huesca que valore la posibilidad de incluir en el proyecto que el detalle de la oferta mayorista esté disponible al resto de los operadores interesados con un tiempo de antelación suficiente al inicio de la explotación de la red NGA, con el fin de evitar la existencia de un trato discriminatorio entre la rama minorista del operador beneficiario de la ayuda y los operadores solicitantes del acceso mayorista –si los hubiere-. De esta manera se introduciría un elemento que equilibra la ventaja competitiva

²¹ A modo de orientación, en su nota al pie 108, las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha se remiten a la [Recomendación 2010/572/UE](#) de la Comisión Europea, de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGA) indicaba que “*las ANR deberían obligar al operador con PSM a que se pongan a disposición los nuevos productos de acceso de banda ancha al por mayor, en principio, al menos seis meses antes de que el operador con PSM o su filial minorista comercialicen sus correspondientes servicios NGA al por menor, a menos que existan otras salvaguardias eficaces que garanticen la no discriminación*”.

²² Por todos, véase el Acuerdo de 3 de octubre de 2017 por el que se emite informe relativo al proyecto de subvenciones para la extensión de redes de banda ancha de nueva generación en los núcleos de población de menos de 150 habitantes y zonas diseminadas del territorio histórico de Álava (exp. número INF/DTSA/162/17/AYUDAS EXTENSIÓN COBERTURA REDES NUEVA GENERACIÓN ÁLAVA).

que tendrá el beneficiario de la ayuda en la explotación comercial respecto a terceros.

El periodo de seis meses indicado en las Directrices es una recomendación y podría adaptarse a las particularidades del proyecto; lo realmente relevante es que el operador beneficiario de la ayuda se preocupe de definir el acceso mayorista con anterioridad a empezar la explotación comercial minorista y no priorice únicamente dicha prestación minorista.

Igualmente, procede recordar que las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha no contemplan, entre las condiciones a imponer, ninguna relativa a los servicios minoristas a prestar sobre las redes subvencionadas a los usuarios finales. Asimismo, el Reglamento de exención por categorías únicamente permite acogerse a sus previsiones a las ayudas a despliegues de infraestructuras de redes y banda ancha. Así, el artículo 52.2 del citado Reglamento únicamente permite financiar los costes siguientes:

- “a) los costes de inversión para el despliegue de una infraestructura de banda ancha pasiva;*
- b) los costes de inversión de obras de ingeniería civil relacionadas con la banda ancha;*
- c) los costes de inversión para el despliegue de redes de banda ancha básica,*
y
- d) los costes de inversión para el despliegue de redes de acceso de nueva generación («NGA»).*

El objeto de la ayuda que se está analizando no es -ni puede ser- garantizar la prestación de servicios finales en condiciones reguladas, sino subvencionar el despliegue de redes NGA, garantizándose que se presten servicios mayoristas sobre estas redes y permitiéndose que se presten servicios minoristas. Esto es, se pretende garantizar la disponibilidad de infraestructuras que permitan ofrecer servicios de acceso mayorista en condiciones que favorezcan el desarrollo de la competencia en el mercado minorista.

Como ha señalado esta Sala en su reciente informe a las ayudas de Extremadura²³, cualquier condición ajena a los servicios mayoristas que se presten debería excluirse del importe de la ayuda, dejando dichas condiciones a la evolución natural de la prestación competitiva de tales servicios.

²³ Acuerdo de 15 de junio de 2017 por el que se emite informe sobre el borrador de decreto por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones para la implantación, desarrollo, mejora, despliegue o ampliación de infraestructuras de comunicaciones electrónicas en zonas blancas de la Comunidad Autónoma de Extremadura (expte INF/D TSA/065/17/AYUDAS AL DESPLIEGUE DE REDES EN EXTREMADURA).

6.4 Precios de acceso mayorista

La cláusula tercera del pliego técnico remitido señala que los precios de acceso mayorista deben ser “*aceptables por la CNMC*”.

A este respecto, procede señalar lo siguiente:

(i) Criterios de fijación de precios

Con objeto de ajustarse a las previsiones del Reglamento de exención por categorías, se recomienda que se adopte la redacción de su artículo 52.6 que señala que “*el precio de acceso mayorista se basará en los principios de fijación de precios establecidos por las autoridades nacionales de reglamentación y en valores de referencia prevalentes en otras zonas comparables, más competitivas, del Estado miembro o de la Unión, teniendo en cuenta las ayudas recibidas por el operador de la red*”.

Además de lo anterior y dado que actualmente la regulación de mercados de redes de alta capacidad²⁴ tiende a reducir los supuestos de fijación de precios orientados a costes, se recomienda incluir una referencia de que los precios de acceso mayorista se basan en los **precios o principios e instrumentos de control de precios utilizados el regulador** para los servicios incluidos en el proyecto de la ayuda (como la metodología o el test de replicabilidad económica dirigido a controlar estrechamientos de márgenes, según corresponda).

(i) Carácter máximo de los precios y replicabilidad económica

Debe quedar también claro en el proyecto que los criterios para fijar los precios mayoristas son **precios máximos**.

Esta precisión es necesaria –tal como se ha señalado esta Sala en sus Informes a las ayudas, valga por todos, de Extremadura²⁵- puesto que al tratarse de despliegues en zonas blancas NGA en las que no habrá otras redes de estas características al menos en los próximos tres años, si fuera necesario, el licitador elegido podría tener que ofrecer sus servicios mayoristas a precios inferiores a los de las ofertas mayoristas reguladas o a los precios medios publicados prevalentes en otras zonas comparables más competitivas que, en algunos casos podrían servir de referencia para determinar los precios a aplicar a los servicios prestados.

²⁴ Resolución de 24 de febrero de 2016 por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (ANME/DTSA/2154/14/Mercados 3a 3b 4).

²⁵ Véase la nota al pie 21.

Esto podría ser necesario para poder replicar los precios minoristas de zonas competitivas, y aún más si el operador beneficiario de la ayuda también está presente en el mercado minorista, para evitar prácticas de estrechamiento de márgenes.

Por ello, se sugiere que se incluya expresamente una **obligación de replicabilidad económica** –en consonancia con la obligación de replicabilidad técnica ya prevista- de los servicios minoristas que preste el licitador elegido sobre las redes de acceso subvencionadas, para el supuesto de que el adjudicatario actúe a nivel mayorista y minorista sobre la red que se despliegue en el ámbito del proyecto.

6.5 Funciones de la CNMC

El pliego administrativo no prevé la competencia de la CNMC para intervenir en los conflictos entre el beneficiario y los operadores que quieran acceder a la infraestructura, en virtud de la obligación de acceso mayorista impuesta en el esquema de ayudas. Esta competencia se encuentra recogida en los artículos 6 del Real Decreto de coordinación de ayudas, 12 de la LCNMC, 15 y 70.2.d) de la LGTel, 52.6 del Reglamento de exención por categorías y en las Directrices comunitarias de ayudas de banda ancha.

Por ello, se sugiere a la Diputación de Huesca que incluya expresamente una referencia a la potestad pública de intervención de la CNMC en materia de conflictos entre operadores relacionados con el acceso mayorista: precios, características técnicas, plazos, y demás aspectos necesarios, en el párrafo segundo del artículo 18.3 del borrador de Decreto. De esta manera, en caso de que algún operador tenga problemas de acceso conocerá sus opciones de plantear un conflicto o una consulta frente a la CNMC. De forma adicional, la CNMC también puede asesorar al órgano concedente de la ayuda en virtud de lo establecido en el artículo 70.2.l) de la LGTel.

Por este motivo, se propone la siguiente redacción como último párrafo de la cláusula tercera del pliego técnico del borrador de Decreto:

“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá asesorar a los operadores o al órgano que concede esta ayuda en materia de precios y condiciones de acceso mayorista a que se refiere este apartado. Además, resolverá los conflictos que se planteen entre los operadores solicitantes del acceso mayorista y el operador beneficiario de la ayuda, en relación con el efectivo cumplimiento de la obligación de acceso mayorista a la que se refiere este apartado”.

6.6 Utilización de infraestructuras públicas

La cláusula tercera del pliego técnico señala que para el despliegue de la red NGA el beneficiario de la ayuda deberá apoyarse tanto en infraestructuras ya

existentes -la suya propia, del operador dominante y de titularidad autonómica²⁶- que son, la cual, determinará su disponibilidad; como en infraestructuras de nueva creación.

Asimismo, dicha cláusula señala que no pueden definirse todas las infraestructuras existentes porque depende de las que ya disponga el beneficiario de la ayuda y de la tecnología a emplear para cumplir con los requerimientos técnicos exigidos.

(i) Infraestructuras existentes

La reutilización de las infraestructuras existentes permitirá reducir los costes del despliegue de la red NGA en las zonas de actuación y evitará una duplicación innecesaria y onerosa, de conformidad con lo establecido en las Directrices comunitarias de banda ancha²⁷.

Como se ha señalado, la Diputación de Huesca y el Gobierno de Aragón han llegado a un acuerdo por el que éste último cede sin coste 28 emplazamientos de la provincia de Huesca para que puedan servir de nodo de comunicaciones en los que el licitador se apoye para logra el objetivo del contrato. El importe de esta ayuda en especie del Gobierno de Aragón se ha cuantificado en 450.434,88 Euros.

De acuerdo con el artículo 37.1 de la LGTel, *“las administraciones públicas titulares de infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas facilitarán el acceso a dichas infraestructuras, siempre que dicho acceso no comprometa la continuidad y seguridad de la prestación de los servicios de carácter público que en dichas infraestructuras realiza su titular, en condiciones objetivas, de transparencia y no discriminación a los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas, sin que en ningún caso pueda establecerse derecho preferente o exclusivo alguno de acceso a las infraestructuras citadas en beneficio de un operador determinado o de una red concreta de comunicaciones electrónicas. En particular, el acceso a dichas infraestructuras para la instalación o explotación de una red no podrá ser otorgado o reconocido mediante procedimientos de licitación”*.

²⁶ El anexo 1 del citado pliego lista las localizaciones de las infraestructuras civiles de titularidad autonómica las cuales son gestionadas por la empresa pública Entidad de Derecho Público Aragón de Servicio Telemático AST.

²⁷ De esta manera, cualquier operador que posea o controle una infraestructura (con independencia de que sea o no sea realmente utilizada) en las zonas de actuación y que desee optar al otorgamiento de ayudas para el despliegue de redes NGA debe cumplir las siguientes condiciones: (i) informar al organismo que concede la ayuda y a la ANR sobre dicha infraestructura durante la consulta pública; (ii) aportar toda la información pertinente a otros licitadores con tiempo suficiente para que estos puedan incluir en su oferta esta infraestructura.

Por este motivo, se sugiere a la Diputación de Huesca que tenga en cuenta este aspecto, y matice que dicha cesión se realiza sin perjuicio del derecho de posibles terceros operadores a utilizar tales infraestructuras en virtud de la previsión citada del artículo 37.1 de la LGTel.

(ii) Infraestructuras de nueva creación y utilización compartida

La cláusula tercera del pliego técnico establece que los costes de creación, instalación y mantenimiento de las infraestructuras de nueva creación serán por cuenta del operador adjudicatario al cual, se le impone la obligación de *“permitir la coubicación de otros operadores (...) compartiendo con todos ellos los gastos de mantenimiento y consumo”*.

A este respecto, se sugiere valorar, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 52 del Reglamento de exención por categorías, la necesidad de incluir una previsión consistente en que los **conductos** de nueva creación sean lo suficientemente grandes para dar cabida a varias redes de cable/fibra y diferentes topologías de red.

Además y en relación con la mención a la *“compartición entre todos los operadores los gastos de mantenimiento y consumo”* de las nuevas infraestructuras, procede señalar que de conformidad con el artículo 37.6 de la LGTel, los operadores podrán negociar libremente los acuerdos del acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y sus condiciones, incluidas las contraprestaciones económicas. En este caso concreto deberá tenerse en cuenta el importe de la ayuda.

En caso de discrepancia, cualquiera de las partes podrá presentar un conflicto sobre el acceso y sus condiciones ante la CNMC la cual, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, entre ellos, la fijación de los precios de acceso de manera que el suministrador del acceso tenga oportunidad de recuperar sus costes de manera justa. Para ello, la CNMC deberá tener en cuenta los criterios fijados en el artículo 4, apartados noveno y décimo, del Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad (en adelante, Real decreto reducción de costes al despliegue de redes).

Del mismo modo, se recuerda que el artículo 6 del Real Decreto de reducción al coste del despliegue de redes prevé, en sus apartados segundo y tercero, que los sujetos obligados -entre ellos, los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas disponibles para el público- que realicen directa o indirectamente obras civiles, total o parcialmente financiadas con recursos públicos deberán atender y negociar las solicitudes razonables de coordinación de las obras civiles al objeto de facilitar el despliegue de redes

públicas de comunicaciones electrónicas, en condiciones transparentes y no discriminatorias.

6.7 Publicidad y transparencia

Por último, estrechamente relacionada con las obligaciones de ofrecer un acceso mayorista a determinados precios regulados, se encuentra la **obligación de transparencia**. La Comisión Europea recomienda que el beneficiario facilite información sobre la infraestructura desplegada y que se publique determinada información sobre el proyecto en una página web como mínimo (apartado 78.j de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha).

La cláusula décima octava apartado E) del pliego administrativo impone como obligación al beneficiario de la ayuda a colocar carteles diseñados por la Diputación de Huesca en lugares bien visibles para el público, como por ejemplo el punto de conexión a Internet o control de cada entidad poblacional. Asimismo, el beneficiario de la ayuda deberá publicar en su página web información acerca de los municipios activos en cada momento junto con las características técnicas y los costes de contratación para los clientes final en cada una de ellas –cláusula segunda del pliego técnico-.

Con el objeto de garantizar que aquellos operadores que deseen acceder a las obras en curso y/o redes desplegadas, tengan suficiente información sobre su localización, los servicios mayoristas y condiciones de acceso de forma más efectiva, se sugiere que en la página web de la Diputación de Huesca y del beneficiario de la ayuda, respectivamente, se proporcione información sobre la fecha de inicio de la explotación de la red, la extensión de los despliegues y se incluya un enlace directo al apartado de la página del adjudicatario en la que también se proporcione la mencionada información o se indique cómo acceder a ella²⁸.

Asimismo, como se ha señalado en otras ocasiones²⁹, esta Sala advierte de la posibilidad de que el operador beneficiario de la ayuda sea Telefónica, que como operador con PSM, está sometido asimismo a la obligación de transparencia, en virtud de la regulación ex ante diseñada por la CNMC³⁰. En base a dicha obligación de transparencia, se recuerda que el operador indicado tiene una oferta de servicios regulada, y las condiciones específicas sobre las

²⁸ Ello se indica sin perjuicio de la información que deberá ser accesible en los términos establecidos por los principios generales de publicidad del artículo 5, los contenidos fijados en el artículo 8.1.c) y demás obligaciones recogidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

²⁹ Acuerdo de 27 de julio de 2017, por el que se emite informe relativo al proyecto de resolución por el que se aprueban las bases de la convocatoria de subvención a proyectos de despliegue de redes NGA en áreas de actividad económica de Navarra para el ejercicio 2017 (INF/DTSA/129/17).

³⁰ En virtud de la Resolución de 24 de febrero de 2016 –ver nota a pie 22-.

redes construidas al amparo de ayudas públicas no necesariamente coincidirán con las impuestas en el ámbito de la regulación *ex ante*, puesto que en materia de ayudas las obligaciones son más amplias, debiendo informar a este sector sobre estas últimas también.

VII. OTRAS OBSERVACIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE CONTRATACIÓN, AYUDAS PÚBLICAS Y REGULACIÓN ECONÓMICA EFICIENTE

7.1 Objeto del contrato

Como se ha señalado anteriormente, el proyecto analizado no contempla la división en lotes del contrato sino la adjudicación de su totalidad a un único adjudicatario, justificando la ausencia de tal división en lotes en que ello *“supondría un aumento del coste global del contrato al dificultar el aprovechamiento de infraestructuras comunes entre localidades cercanas pero de lotes distintos, impediría la creación de troncales de comunicación multi-lote o entre lotes, y reduciría la economía de escala aplicable por el adjudicatario en la adquisición del material que necesite”*.

Así diseñado, el proyecto analizado beneficiará a operadores de gran tamaño, circunstancia que, a priori, podría restringir la competencia, por lo que parece razonable pensar que la división en lotes del contrato, por ejemplo, agrupando los perfiles similares de los posibles núcleos en los que se prestará el servicio de banda ancha para no restringir el acceso de operadores de menor tamaño al procedimiento de contratación³¹. Es claro que esto será especialmente posible si se diferencia el contrato de administración electrónica de la concesión de las ayudas al despliegue.

7.2 Intensidad de la ayuda

Como se ha señalado anteriormente, el proyecto analizado no determina la intensidad máxima de la ayuda.

Resulta esencial la determinación de la intensidad de la ayuda y que ésta se realice sobre la base de criterios objetivos que recojan las características principales de la zona y el proyecto, ya que la idea que debe presidir la fijación de la intensidad máxima de la subvención debe ser la de minimizar el importe manteniendo el efecto incentivador, pero evitando una posible sobrecompensación.

³¹ En este sentido debe tenerse en cuenta que la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) que entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación en el B.O.E. (9 de noviembre de 2017) modifica sustancialmente la regulación de la división en lotes del contrato. Así, se invierte la regla general que se utilizaba hasta ahora, de manera que prima la división del contrato en lotes y solo si no se divide, hay que justificarlo.

A este respecto, el PEBA 2017 sólo permite como máximo supuestos con una intensidad del 80%. Por ello, se recomienda la consideración de este aspecto en atención a los factores mencionados y, en cualquier caso, una fundamentación de la opción elegida.

7.3 Solvencia económica y financiera

La cláusula 9.4.1.4 y el Anexo II del pliego administrativo articulan los criterios de selección basados en la solvencia económica y financiera.

Así, por ejemplo, se requiere que el licitador (i) haya tenido un volumen de negocios mínimo de 1.600.000 euros en el ámbito al que se refiere el contrato y, (ii) haya realizado durante los últimos cinco años contratos similares en objeto cuya suma total sea superior a 800.000 euros.

Como se ha señalado en informes de ayudas anteriores, en todo concurso ha de haber criterios de solvencia técnica y financiera pero han de tenerse en consideración que estos requisitos constituyen una barrera de entrada para empresas de reciente creación y, por tanto, un freno a la participación de nuevos operadores.

Por ello, se sugiere incluir una referencia a los nuevos entrantes, indicando que para ellos se tendrá en cuenta la media anual durante el tiempo en que hayan estado en activo o tener en cuenta la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos en los términos previstos en el artículo 63 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y del nuevo artículo 75 de la nueva LCSP.

En consecuencia, se sugiere a la Diputación de Huesca que valore la posibilidad de establecer criterios alternativos de solvencia menos restrictivos para los solicitantes de nueva creación.

7.4 Subcontratación y régimen jurídico

La cláusula décima octava, apartado quinto, letra b, del pliego administrativo establece que el porcentaje máximo que se puede subcontratar no podrá exceder del 60% del importe de adjudicación, debiendo indicarse en la oferta la parte del contrato que el licitador tiene previsto subcontratar. En función de cuando se apruebe el contrato, debe tenerse en cuenta que la nueva LCSP de 2017 (artículo 215) modifica los requisitos que deben cumplirse para la subcontratación, no previéndose ya un límite máximo, por lo que podría ser conveniente la valoración de la adecuación de este apartado a la nueva ley –e igualmente, del resto del contrato-.

Con carácter general, podría ser necesario que el régimen jurídico del contrato (cláusula vigésimo tercera) se remitiera también a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

7.5 Criterio de valoración de las ofertas

Por último, se realizan unos comentarios relacionados con los **criterios de valoración de las ofertas** (Anexo VI y VII del pliego administrativo).

El proyecto remitido establece dos tipos distintos de criterios de valoración: **(i) criterios no reglados** para valorar el proyecto técnico presentado sobre el despliegue de la red NGA que tendrá en cuenta la cantidad, capacidad y calidad de la red desplegada, con especial atención a los tramos de red NGA capaces de proporcionar servicio de conexión al usuario final de más de 100 Mbps, la cantidad de los clientes conectados, los tipos de servicios que se puede transportar, fiabilidad prevista, calidad en general y adecuación a estándares abiertos (máximo 20 puntos)³².

La oferta debe obtener un mínimo de 10 puntos en los criterios no reglados para continuar con su evaluación conforme a los criterios reglados (máximo 80 puntos).

Estos criterios reglados están relacionados con **(ii)** la oferta más económica -30 puntos- y **(iii)** las características técnicas y económicas de prestación del servicio minorista de banda ancha [tales como la velocidad de bajada -10 puntos- y de subida de la conexión a Internet -5 puntos-, el tiempo medio de latencia -5 puntos-, el caudal mínimo garantizado -5 puntos-, el aumento del límite de descargas sin coste añadido -5 puntos-, el precio máximo de la cuota de alta comercial al cliente final del servicio -10 puntos- y precio mensual máximo para el cliente final del servicio -10 puntos-] que son de evaluación automática individual mediante la aplicación de fórmulas concretas.

Tal como ha señalado esta Sala en anteriores ocasiones³³, el criterio que mejor se ajusta para valorar este tipo de ayudas es el de **menor subvención por usuario beneficiado** pues es el que mejor refleja el objeto de la ayuda que es garantizar la disponibilidad de redes NGA (aumentar la cobertura para contribuir así a alcanzar un grado universal) al mismo tiempo que prima la eficiencia económica (y presupuestaria) y fomenta la competencia entre los operadores. Por tanto, la valoración de la eficiencia de la ayuda debería tener en cuenta de forma conjunta dos parámetros distintos: (i) grado de cobertura de la red NGA y (ii) la oferta más económica.

³² Anexo VI.

³³ Véanse los expedientes IPN/CNMC/015/16/MODIFICACIÓN ORDEN PLAN PEBA-NGA 2016, INF/DTSA/048/17/AYUDAS AL DESPLIEGUE DE REDES EN ANDALUCÍA y INF/DTSA/065/17/AYUDAS AL DESPLIEGUE DE REDES EN EXTREMADURA.

Siendo esto así, el proyecto analizado no cumple con el citado criterio de menor subvención por usuario beneficiario.

Los parámetros a valorar bajo los **criterios no reglados** son, a juicio de esta Sala, los que deberían constituir el principal criterio de valoración, por ser directamente los relacionados con el objeto de la ayuda (disponibilidad de redes NGA). Además, adolecen de una excesiva discrecionalidad, sin incluir una fórmula objetiva que evalúe este criterio, pudiendo dar lugar a premiar grandes inversiones que exijan elevadas ayudas frente a otras en las que con menor dinero público se consigan proporcionalmente mayores beneficios.

Como ha señalado esta Sala anteriormente³⁴, para mejorar la seguridad jurídica de los licitadores y para reducir el ámbito de discrecionalidad del órgano concedente es imprescindible definirlos de manera objetivable, cuantificable y evaluable mediante fórmulas o indicadores numéricos tal como se hace con los criterios reglados.

Por este motivo, se recomienda a la Diputación de Huesca la posibilidad de incluir el criterio de grado de cobertura de la red NGA (puede ser el de la “*cantidad de usuarios finales que se pueden conectar*”) objeto de la ayuda y valorarlo de forma objetivable así como aumentar la ponderación de los criterios no reglados –actualmente, de 20 puntos sobre 100-.

De entre los **criterios reglados** destaca la **oferta más económica** pero únicamente se le asignarán como máximo 30 puntos sobre 100. Al resto de ofertas recibidas, se les asignarán los puntos de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$Puntos = 30 \times \frac{\text{Precio oferta más económica}}{\text{Precio ofertado}}$$

La valoración conjunta del criterio de oferta más económica y del criterio de grado de cobertura de la red NGA podría constituir una buena aproximación al criterio de menor ayuda por usuario.

En relación con los **criterios reglados restantes** –en los que se valora la mejora de los servicios que se pueden prestar sobre la red NGA desplegada tales como incremento de la velocidad de subida y de bajada de la conexión a Internet, disminución del tiempo medio de latencia, y aumento del límite de descargas, - son evaluables de forma objetivable mediante la aplicación de fórmulas, lo cual reduce la discrecionalidad de la administración.

³⁴ Por todos, Acuerdo de 13 de julio de 2017 por el que se emite informe relativo al borrador de orden de bases reguladoras y convocatoria, para el ejercicio 2017, del programa de ayudas a la extensión de redes de banda ancha de nueva generación en polígonos empresariales de Euskadi (INF/DTSA/076/17).

Ahora bien, se recomienda a la Diputación de Huesca que estime excluir de la valoración de las ofertas presentadas los criterios reglados relativos al precio de alta comercial y mensual máximo del cliente final del servicio porque adolecen de falta de idoneidad por tomar en consideración elementos que están fuera del objeto de la ayuda que es el despliegue de redes NGA (sin perjuicio de que dentro de las condiciones de la ayuda se exija que los precios a los usuarios finales repliquen los de zonas más competitivas).

Por último, también se sugiere a la Diputación de Huesca que elimine la referencia al umbral mínimo de 10 puntos a alcanzar en los criterios no reglados ya que dicha práctica puede producir restricciones a la competencia, al excluir automáticamente las ofertas que no los alcancen, aunque en conjunto pudieran tener una puntuación superior a otras que sí resulten elegidas.

7.6 Gastos subvencionables

En el borrador del pliego administrativo no constan los gastos que se consideran subvencionables. En la medida en que la medida de ayuda pretende acogerse al Reglamento de exención por categorías (artículo 52.5), resulta fundamental una total adecuación a sus exigencias y que la Administración concedente de las ayudas pueda justificar la correspondiente imputación de costes. Conviene recordar el carácter limitativo de dicho Reglamento a las ayudas sobre los costes de inversión³⁵.

7.7 Evaluación ex -post

Por último, se recuerda que es altamente aconsejable realizar una evaluación *ex post* de este tipo de esquemas, tanto en lo relativo a la consecución de los objetivos previstos como en la posible materialización de efectos indirectos indeseados, como una distorsión de la competencia y la eficiencia.

Aunque en principio el esquema es de un importe inferior al que considera la normativa comunitaria para exigir un plan de evaluación³⁶, es clave extraer lecciones sobre el diseño del esquema para introducir eventuales correcciones en futuros regímenes. Además, la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas al consumidor final (sea particular o empresa) es una actividad

³⁵ Véase el artículo 52.2 del [Reglamento \(UE\) 651/2014, de 17 de junio de 2014](#), por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, sólo contempla los costes de inversión: “Serán subvencionables los costes siguientes: a) los costes de inversión para el despliegue de una infraestructura de banda ancha pasiva; b) los costes de inversión de obras de ingeniería civil relacionadas con la banda ancha; c) los costes de inversión para el despliegue de redes de banda ancha básica, y d) los costes de inversión para el despliegue de redes de acceso de nueva generación («NGA»).”

³⁶ De acuerdo con el artículo 1.2 del Reglamento de exención por categorías, existe la obligación de diseñar un plan de evaluación para los esquemas de importe superior a 150 millones de euros anuales.

muy concentrada, con lo que es pertinente evaluar el impacto sobre la competencia.

VIII. CONCLUSIONES

Con carácter general, el proyecto de la Diputación de Huesca contribuirá de forma adecuada a la efectiva realización de algunos de los objetivos señalados en la Agenda Digital para España y en la Agenda Digital Europea, porque da cobertura de redes NGA en zonas blancas para este tipo de redes.

No ha podido comprobarse su conformidad con el Reglamento de exención por categorías al no estar fijado el importe de la ayuda en la documentación sometida a informe.

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

- Debería valorarse incluir los 641 núcleos susceptibles de ser calificados como zonas blancas NGA en lugar de los 320 municipios objeto del contrato que aparecen listados en el Anexo II.
- Se recomienda que se modifique el Anexo IX del pliego administrativo exigiendo que se excluya cualquier unidad poblacional para la que se haya **otorgado** ayudas en cualquier proyecto de ayudas al despliegue de banda ancha de alta velocidad, con independencia de la autoridad que la conceda.
- Con objeto de ajustarse al artículo 52 del Reglamento de exención por categoría, se recomienda establecer una obligación de acceso mayorista **activo y pasivo, lo más amplio posible, en condiciones equitativas y no discriminatorias**. Este acceso mayorista debe ofrecerse como mínimo durante siete años y el derecho de acceso a conducciones o postes se otorgará por tiempo ilimitado. A este respecto, también se recomienda que las infraestructuras y equipos permanezcan afectos a los objetivos del proyecto durante un plazo mínimo de tres años a partir de la finalización del mismo o hasta el final de su vida útil si esta fuera mayor.
- Se recomienda que los **criterios** que se establezcan **para la fijación los precios mayoristas** sean precios máximos y que se ajusten a lo establecido en el artículo 52.6 del Reglamento de exención por categorías y a la situación regulatoria actual.
- Incluir una obligación de **replicabilidad técnica y económica** de los servicios minoristas que preste el adjudicatario sobre las redes subvencionadas en el supuesto de que el adjudicatario actúe a nivel mayorista y minorista sobre la red que se despliegue en el ámbito del proyecto.

- Se recuerda la obligación de que el beneficiario tenga una **oferta mayorista** y se sugiere que el detalle de la oferta mayorista esté disponible al resto de los operadores interesados con un tiempo de **antelación suficiente** que permita a cualquier tercer operador comercializar sus servicios minoristas al mismo tiempo que el beneficiario de la ayuda.
- Incluir una previsión sobre la necesidad de que los **conductos** tengan un tamaño suficiente para permitir despliegue de los operadores y valorar las medidas a adoptar para garantizar una adecuada **coordinación de las obras civiles** que se lleven a cabo para el despliegue de redes NGA en condiciones transparentes y no discriminatorias.
- Se recomienda incluir la potestad de supervisión de la CNMC y en materia de conflictos entre operadores relacionados con el acceso mayorista: precios, características técnicas, plazos, y demás aspectos relacionados con la competencia en los mercados de telecomunicaciones afectados.
- Se sugiere que se tenga en cuenta que la cesión gratuita de las infraestructuras de titularidad autonómica puede realizarse sin perjuicio del derecho de posibles terceros operadores a utilizar tales infraestructuras en virtud de la previsión citada del artículo 37.1 de la LGTel.
- En relación con la **obligación de transparencia** sobre el contenido de las ayudas para la administración concedente de la ayuda y el beneficiario, se sugiere introducir algunas previsiones en las bases para conminar al beneficiario de las ayudas a que incremente la transparencia de los proyectos que ejecute.

Del mismo modo, procede realizar otras observaciones desde la perspectiva de contratación, ayudas públicas y regulación económica eficiente:

- Se recomienda valorar la **división en lotes** del contrato para no restringir el acceso de operadores de menor tamaño al procedimiento de contratación, especialmente, si se diferencia el contrato de administración electrónica de la concesión de las ayudas al despliegue.
- Resulta esencial la determinación justificada de la **intensidad** máxima de la ayuda para minimizar el importe, mantener el efecto incentivador y evitar una posible sobrecompensación.
- Se sugiere que se establezcan **criterios de solvencia económica y financiera o técnica** alternativos menos restrictivos que no impidan a los operadores entrantes en el mercado participar en el procedimiento de licitación pública o tener en cuenta la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos en los términos previstos en la normativa de contratación pública.

- Se recomienda valorar las modificaciones que la nueva ley de contratos del sector público introduce en materia de subcontratación.
- Se recomienda excluir, de la **valoración de las ofertas** presentadas, los criterios reglados relativos al precio de alta comercial y mensual máximo del cliente final del servicio, sin perjuicio de que dentro de las condiciones de la ayuda se exija que los precios a los usuarios finales repliquen los de zonas más competitivas.
- Resulta fundamental una total adecuación a las exigencias del Reglamento de exención por categorías (artículo 52.5) por lo que deben determinarse los **gastos** que se consideran **subvencionables** y que la Administración concedente de las ayudas pueda justificar la correspondiente imputación de costes.
- Se sugiere reflejar en la convocatoria y llevar a cabo una **evaluación ex post** de este tipo de esquemas, en orden a analizar las consecuencias de las ayudas para la competencia del sector y conocer los mejores diseños para futuras convocatorias.