

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 TERUEL

INF/DTSA/173/17/AYUDAS BANDA ANCHA TERUEL

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 “*Contrato del servicio de «Banda ancha de alta de alta velocidad en los centros públicos de los Ayuntamientos calificados como zonas blancas NGA 2017 de la provincia de Teruel durante 4 años»*”, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Primero.– Con fecha 25 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 en determinados núcleos de la provincia de Teruel.

Segundo.- Al amparo del artículo 21 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 Teruel 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 Teruel, 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 Teruel, 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, habitante 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

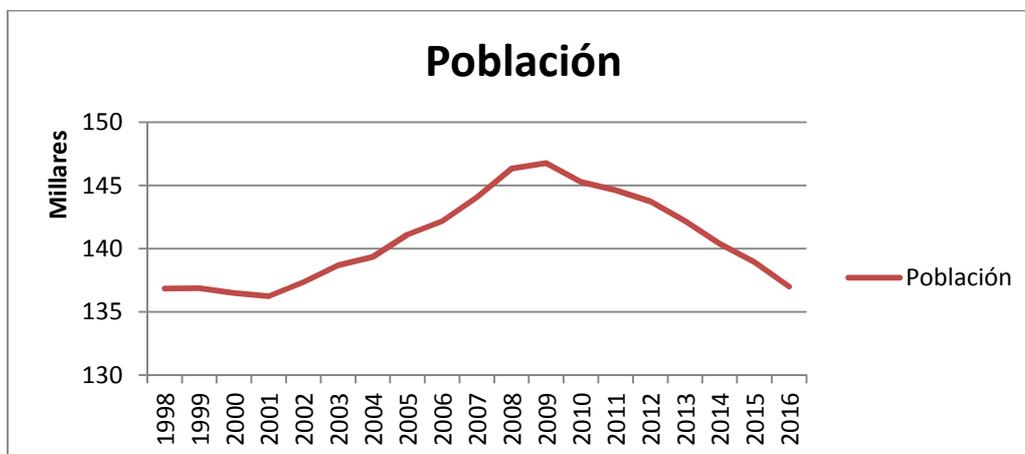
condiciones de acceso mayorista a las infraestructuras que sean objeto de ayudas dirigidas a favorecer el impulso de la Sociedad de la Información mediante el fomento de la oferta y disponibilidad de redes de banda ancha, que será remitido a la SESIAD.

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 TERUEL

La provincia de Teruel cuenta con una población de 136.977 habitantes² repartidos en 236 municipios -y 544 entidades de población-. La densidad de población media de la provincia se sitúa en 9,3 habitantes por km², lo que la convierte en la segunda provincia con menor densidad de toda España. La mitad de la población se concentra en seis municipios³ y el resto se reparte en los otros 230 municipios, la mayoría de los cuales tienen menos de 1.000 habitantes. La provincia de Teruel tiene una tasa negativa de crecimiento de su población desde 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/>

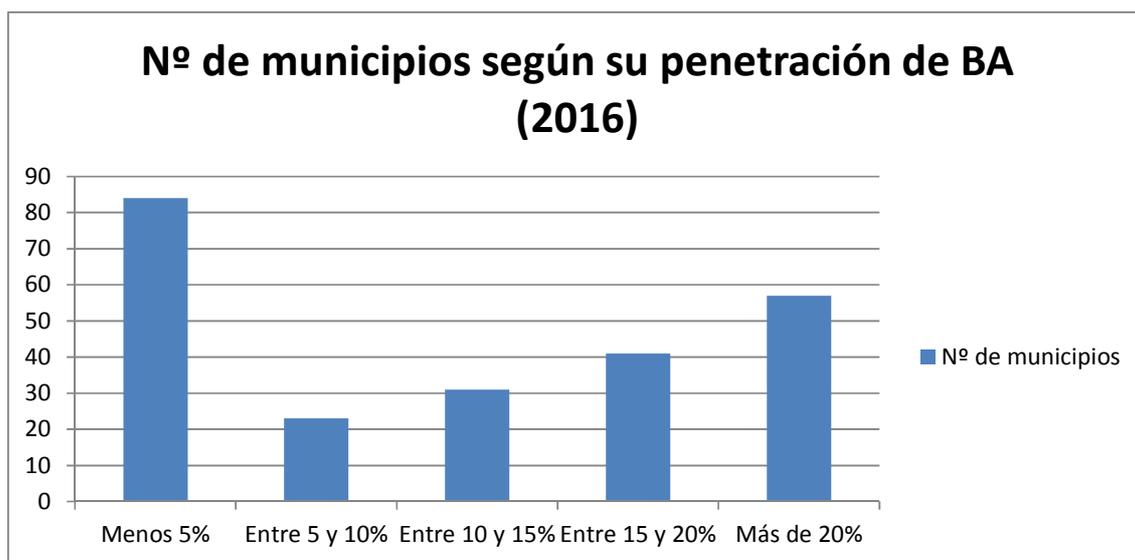
³ Teruel, Alcañiz, Andorra, Calamocha, Calanda y Alcorisa.

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 Teruel es del 24,39% (líneas por cada 100 habitantes), por debajo de la media estatal que se sitúa en un 29,79%. Se incluyen en este cómputo: (i) la tecnología xDSL, que supone la mayoría de los accesos, con una penetración del 19,75% (la media española es del 14,03%), y (ii) el FTTH con una penetración igual al 4,64%, que es sustancialmente inferior a la media estatal (que es del 10,36%).

La ausencia de un operador regional de cable-módem (HFC –Hybrid Fibre Coaxial-) se traduce una nula penetración de esta tecnología, que a nivel estatal representa el 5,39% de la penetración.

La dispersión poblacional antes citada tiene su reflejo en la desigual distribución de la penetración de la banda ancha en los municipios de la provincia, tal como se puede observar en el gráfico de abajo.



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 el número de unidades inmobiliarias⁶ existentes en la provincia, se ha ampliado la diferencia de cobertura que había entre Teruel y el promedio de España.

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

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

⁶ Idem nota al pie número 4.

| Cobertura FTTH | Teruel | España | Diferencia |
|----------------|--------|---------|------------|
| 2014 | 1,95% | 53,25% | 51,3 |
| 2015 | 16,96% | 79,94% | 62,98 |
| 2016 | 23,05% | 109,39% | 86,34 |

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 | Teruel | España |
|-------------------|--------|--------|
| ADSL>2Mbps | 82,4% | 90,1% |
| ADSL>10Mbps | 73,2% | 72,0% |
| VDSL | 17,0% | 11,8% |
| HFC | - | 48,8% |
| FTTH | 25,3% | 62,8% |

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

En resumen, se puede concluir que en términos agregados el desarrollo de la banda ancha Teruel es inferior al promedio nacional. Además, cabe destacar tres factores característicos de la provincia: (1) es la segunda provincia de España con menor densidad poblacional y existe una clara tendencia descendente poblacional desde el año 2009; (2) la penetración de la banda ancha es desigual en los municipios y; (3) ausencia de operador regional de cable.

V. DOCUMENTACIÓN REMITIDA Y CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO

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

- (i) Memoria del proyecto de “*End of the Digital GAP*” (OFDG) que describe brevemente la medida.
- (ii) Borrador del “contrato del servicio de servicio de banda ancha superior a 30 Mbps en los centros públicos de los Ayuntamientos calificados como zona blanca 2017 de la provincia de Teruel durante 4 años” (en adelante, el borrador del contrato), al cual le acompañan los siguientes anexos:
 - Anexo I. Prescripciones técnicas.

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

- Anexo II. Municipios objeto del contrato⁸.
 - Anexo III. Sin título. Se trata de una tabla a cumplimentar por los licitadores sobre sus ofertas en cada una de las localidades en relación con los Mbps de bajada y de subida, la latencia, la descarga mensual, el precio de alta, el precio de cuota de conexión cliente y la oferta económica individual.
- (iii) Pliego de cláusulas administrativas particulares acompañado también de los siguientes anexos:
- Anexo I.1.- Declaración responsable de vigencia de los datos anotados en el Registro de licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón.
 - Anexo I.2.- Modelo de declaración responsable de no estar incurso en prohibiciones de contratar.
 - Anexo I.3.- Declaración de haber tenido en cuenta en la prestación de la oferta las obligaciones legales en materia laboral y medioambiental.
 - Anexo I.4.- Documento Europeo único de contratación.
 - Anexo II.- Solvencia económica y financiera y técnica.
 - Anexo III.- Compromiso de adscripción de medios.
 - Anexo IV.- Subcontratación obligatoria.
 - Anexo V.- Modelo oferta económica.
 - 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.- Sin título. Ficha a cumplimentar e incluir en sobre TRES sobre las condiciones técnicas y económicas de prestación del servicio minoristas de banda ancha a prestar en cada una de los municipio objeto del contrato⁹.

⁸ Este Anexo incluye un listado de los 106 municipios y entidades singulares de población así como de la población censada en cada una de ellas.

⁹ Anexo idéntico al Anexo III del pliego técnico.

- 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 de Huesca, Zaragoza y Teruel firmaron, respectivamente, 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 Teruel”*. Todo ello con la finalidad de que en 2020 todos los municipios de la provincia de Teruel 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 Teruel pretende licitar un contrato del servicio de conexión a Internet de banda ancha con una capacidad de **30 Mbps o superior en 106¹⁰ municipios** que han sido calificados como zonas blancas NGA por el MINETAD –cláusula primera del contrato-.

Esta actuación permitirá, por un lado, a la Diputación de Teruel 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 –cláusula primera del borrador de contrato y segunda del pliego administrativo-. Para la realización del servicio objeto del contrato, el operador adjudicatario deberá realizar el previo despliegue de una red NGA en las localidades señaladas.

La Diputación de Teruel 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 borrador de contrato se justifica esta decisión en los siguientes términos:

“Se propone un único lote. Una división por lotes del conjunto de las 106 localidades supondría un aumento del coste global del contrato al dificultar el

¹⁰ De acuerdo con el Anexo 2.

¹¹ Cláusula novena del pliego administrativo.

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”.

Para el cumplimiento del objeto contractual, el operador adjudicatario del contrato de prestación de servicios deberá –cláusula segunda del borrador de contrato y del pliego administrativo, respectivamente-:

- Instalar un punto de conexión a Internet o punto de control en cada una de las 106 localidades del Anexo II. La cláusula novena del borrador de contrato y séptima del pliego administrativo establece idénticos plazos máximos de puesta en servicio de los puntos de acceso a Internet.
- Cumplir las siguientes características mínimas de conexión –cláusula primera del pliego técnico-:
 - o Velocidad media de transferencia desde Internet: 30 Mbps.
 - o Velocidad media de transferencia hacia Internet: 1 Mbps.
 - o Límite de descargas mínimo sin penalización en la velocidad de conexión de al menos 80 GB/mes.
 - o Latencia media inferior o igual a 40 milisegundos que se medirá entre el punto de control de la localidad y la dirección IPv4 8.8.8.8 de google.

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

- Realizar inversiones necesarias en infraestructuras y equipamientos necesarios para el despliegue de una red de telecomunicaciones formada por una (i) red de acceso de 30 Mbps o superior que permita la conexión a Internet desde el domicilio del abonado y (ii) 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 2 del borrador del contrato-.

- Ofertar a los ciudadanos, empresas y cualquier otra entidad residente en las localidades del Anexo II una conexión a Internet de las mismas características técnicas que tenga el punto de acceso y en las condiciones económicas descritas en el pliego, en un plazo máximo de 10 días laborables desde que se haya realizado la solicitud de alta por parte del interesado.

- Disponer de un servicio técnico para resolver cualquier tipo de incidencia.

El presupuesto máximo de licitación total es de **3.885.794 euros** (IVA incluido), el cual podrá ser cofinanciado en el marco del Programa Operativo FEDER de Aragón para el periodo 2014-2020. A esta cantidad habría que añadirle 91.476 euros si se produce la posible prórroga del contrato por dos años y 466.521,84¹² euros de ayuda en especie integrada por la cesión del uso de **29 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 deberán presentar tres sobres –cláusula décima del borrador de contrato-:

- Sobre uno correspondiente a la documentación administrativa a presentar.
- Sobre dos correspondiente a los criterios de evaluación previa relativo 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 detallar información relativa a las características técnicas del acceso minorista a Internet así como el precio comercial de las cuotas de alta y mensual.

Sin perjuicio de lo anterior, el pliego administrativo denomina al citado sobre tres como “*Oferta económica y propuesta sujeta a evaluación posterior*”, el cual debe incluir la oferta económica y el resto de documentos relativos a la propuesta ofertada por el operador que estén considerados de evaluación posterior por ser susceptible de evaluación automática mediante la aplicación de fórmulas, de conformidad con lo indicado en el Anexo VII del citado pliego.

¹² El importe de 466.521,84 euros para la ayuda en especie integrada por la cesión de los 29 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 Teruel y el Gobierno de Aragón han llegado a un acuerdo por el que este cede sin coste 29 emplazamientos de la provincia de Teruel para que puedan servir de nodo de comunicaciones en los que el licitador se apoye para logra el objetivo del contrato –cláusula sexta del borrador de contrato-.

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”* – cláusula vigésimo primera del borrador del contrato y Anexo IX del pliego administrativo -.

Explotación del proyecto y obligaciones mayoristas

El borrador de contrato y el pliego administrativo acogen 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 52.4 del Reglamento de exención por categorías y las previsiones de las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha¹⁵.

Sin embargo, no se establecen obligaciones sobre el operador adjudicatario de la ayuda a ofrecer servicios de acceso mayoristas a los demás operadores sobre la red NGA desplegada. La prestación de servicios mayoristas a terceros operadores únicamente se contempla como una *“mejora a la oferta”* a incluir en el proyecto técnico a presentar.

Por último, se prevé la reutilización de infraestructuras existentes propias, de terceros operadores o de titularidad autonómica. Concretamente, el Gobierno autonómico cederá de forma gratuita veintinueve -29- emplazamientos en la provincia de Teruel para facilitar el despliegue de la red NGA

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

A juicio de esta Sala, el proyecto parece contribuir a la consecución de los objetivos establecidos en las Agendas Digitales Europea y para España porque da cobertura de redes NGA en zonas blancas para este tipo de redes.

Sin embargo, no resulta conforme con el Reglamento de exención por categorías y las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha, al no exigirse al operador beneficiario de la ayuda la prestación de servicios de acceso mayorista al resto de operadores, lo cual debe valorarse negativamente. Por otro lado, tampoco puede comprobarse su conformidad con

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).

el Reglamento de exención por categorías al no estar fijado el importe de la ayuda en la documentación sometida a informe.

De acuerdo con el 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 memoria del proyecto End of The Digital GAP aportada como documentación justificativa del proyecto no explique razonadamente por qué se 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.

También resulta confuso que la documentación remida incluya dos cuerpos jurídicos distintos –un borrador del contrato de servicios y un pliego de cláusulas administrativas- con idénticas cláusulas contractuales aplicables al procedimiento de licitación y al contrato a formalizar en un futuro.

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 es 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 primera del borrador de contrato-.

¹⁷ Artículo 36:

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 desarrollo de la Ley

“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:

(...)

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*.

38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, el borrador de contrato analizado *“deberá fijar necesariamente la cuantía total máxima destinada a las subvenciones convocadas y los créditos presupuestarios a los que se imputan”*.

Por ello, al tratarse de un procedimiento de concesión de ayuda en régimen de concurrencia competitiva, la Diputación de Teruel deberá fijar, en el contrato de prestación de servicios 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 –cláusulas segunda y tercera del pliego administrativo-.

El artículo 4 del borrador de contrato establece que “en la provincia de Teruel existen 137 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 106 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 106 municipios o entidades singulares de población o, si por el contrario, la Diputación de Zaragoza 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.

Asimismo, procede destacar que el Anexo II del borrador de contrato incluye (i) un municipio con cero (0) habitantes, por lo que se recomienda eliminarlo de dicho listado y, (ii) varios núcleos de población con alrededor de una decena de habitantes censados. Para este último supuesto, se recuerda la reciente aprobación del Real Decreto 898/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para la contratación de servicios de acceso de banda ancha fija, que establece otra alternativa para mejorar el acceso a la banda ancha en estos municipios -la concesión directa de una ayuda a los usuarios finales para que éstos puedan contratar el servicio de banda ancha fija, independientemente de la tecnología utilizada, a una velocidad mínima de 30 Mbps-. Sin embargo, este Real Decreto únicamente cubre actuaciones para ubicaciones donde no hay disponibles servicios de acceso de banda ancha fija que proporcionen una conexión de una velocidad de transmisión, al menos, de

10 Mbits por segundo, en sentido descendente, por lo que ha de conocerse bien qué servicios hay disponibles en las ubicaciones mencionadas.

Por su parte, la cláusula vigésimo primera del borrador de contrato y Anexo IX del pliego administrativo establece como una modificación a la baja la no instalación del punto de contrato *“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 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 Teruel que (i) antes de la adjudicación provisional del contrato compruebe que los municipios que figuran en el Anexo II del borrador de contrato sean coincidentes con el listado de zonas blancas NGA 2017²⁰ publicado por el 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, el proyecto prioriza en todo momento la prestación de servicios minoristas de banda ancha en los municipios del contrato y no impone al operador adjudicatario obligaciones de acceso mayorista, a pesar de que la memoria del proyecto OFDG aportada sí señala que *“cualquier producto minorista debe poder ser replicable por cualquier otro operador a través de cualquiera de los servicios mayoristas disponibles”*. La prestación de este tipo

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/PortalAyudas/banda-ancha/Concesion/2017/Paginas/PropResDefinitiva.aspx>

de servicios mayoristas se contempla como “*prestaciones y mejoras a la oferta*” que el adjudicatario puede incluir o no en su proyecto técnico.

(i) Obligación de acceso mayorista

Con objeto de ajustarse a las previsiones del artículo 52.5 del Reglamento de exención por categorías, debe incluirse que el operador adjudicatario debe ofrecer **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.

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 Teruel 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 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 borrador del contrato 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 Teruel 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

En línea con lo anterior, se recomienda también exigir que los servicios mayoristas prestados por el operador beneficiario de la ayuda sean replicables técnicamente por terceros operadores. 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 ello, 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 que configure 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 contrato.

A este respecto, las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha prevén que el acceso mayorista debe ser concedido lo antes posible previamente al comienzo de la explotación de la red financiada con cargo a fondos públicos –apartado 78.g)-. Puesto que las citadas Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha 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

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”*.

las adaptaciones necesarias en sus redes y el operador que ha recibido la ayuda no disfrute de una ventaja competitiva evidente o desproporcionada frente a los demás, como ha señalado esta Sala en informes a las ayudas anteriores²².

Por ello, se sugiere a la Diputación de Teruel que valore la posibilidad de incluir 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 equilibrara la ventaja competitiva 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

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/D TSA/162/17/AYUDAS EXTENSIÓN COBERTURA REDES NUEVA GENERACIÓN ÁLAVA).

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.

6.4 Precios mayoristas de acceso

El borrador remitido tampoco incluye ninguna cláusula sobre los precios de acceso mayorista.

(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).

(ii) Carácter máximo de los precios y replicabilidad económica

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

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/DTSA/065/17/AYUDAS AL DESPLIEGUE DE REDES EN EXTREMADURA).

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).

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.

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 sugerida- 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 proyecto tampoco prevé la competencia de la CNMC para intervenir en los conflictos entre el beneficiario de la ayuda 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 Teruel 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.

²⁵ Véase la nota al pie 21.

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- 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, en línea con lo establecido en las Directrices comunitarias de banda ancha²⁷.

Como se ha señalado, la Diputación de Teruel y el Gobierno de Aragón han llegado a un acuerdo por el que éste cede sin coste 29 emplazamientos de la provincia de Teruel para que puedan servir de nodo de comunicaciones en los que el licitador se apoye para lograr el objetivo del contrato –cláusula sexta del borrador de contrato y cuarta del pliego administrativo-. El importe de esta ayuda en especie del Gobierno de Aragón se ha cuantificado en 466.521,84 Euros (IVA incluido).

²⁶ El anexo 1 del citado pliego lista las localizaciones de esta infraestructura civil susceptible de alojar redes de comunicaciones electrónicas.

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.

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”*.

Por este motivo, se sugiere a la Diputación de Teruel 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, el nombre del beneficiario de la ayuda, el importe e intensidad de la ayuda 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 tercera del borrador de contrato exige al beneficiario de la ayuda a colocar carteles diseñados por la Diputación de Teruel 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-.

Sin perjuicio de lo anterior y 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 el Portal de la página web de la Diputación de Teruel 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.

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

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 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 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

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–.

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.

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.

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 Presentación de ofertas

La cláusula décima, en relación con el Sobre 2 (letra f), indica que la propuesta técnica tendrá que describir, entre las prestaciones y mejoras a la oferta, los servicios mayoristas que se ofrecerán. Si el proyecto se encuadra dentro del régimen de ayudas previsto en el artículo 52 del Reglamento de Exención por Categorías, este aspecto no puede tratarse como una mejora de la oferta, por lo indicado en el apartado VI anterior –la imposición de obligaciones mayoristas ha de ser un requisito indispensable de la configuración del proyecto-. En el caso contrario, no podría acogerse al citado Reglamento comunitario, por lo que el órgano concedente de la ayuda deberá plantearse su notificación a la Comisión Europea.

7.4 Solvencia económica y financiera o técnica

La cláusula décimo segunda del borrador de contrato articula una serie de criterios de selección basados en la solvencia económica y técnica.

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. También se solicita que el Director del proyecto sea un titulado superior con experiencia previa suficiente en al menos tres proyectos similares.

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. En concreto, la exigencia de unas inversiones medias para los cinco ejercicios anteriores impide que un operador que inicie sus actividades de telecomunicaciones con capital suficiente pueda resultar beneficiario de las ayudas.

Por ello, se sugiere incluir una referencia a los nuevos entrantes, indicando que para ellos se tendrá en cuenta la media anual durante el tiempo en que hayan estado en activo o 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 Teruel que valore la posibilidad de establecer criterios alternativos de solvencia menos restrictivos para los solicitantes de nueva creación.

7.5 Subcontratación y régimen jurídico

La cláusula vigésimo segunda del borrador de contrato se remite al artículo 227 del TRLCSP en relación con el límite máximo permitido de subcontratación (esto es, el 60%), sin justificar tal medida pero sometiéndola a autorización de la Diputación de Teruel. 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 remitiese también a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

7.6 Criterios de valoración de las ofertas

Los **criterios de valoración de las ofertas** se desarrollan en la cláusula vigésimo cuarta del borrador de contrato.

El borrador de contrato establece dos tipos distintos de criterios de valoración: (i) criterio no reglado: valoración del 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).

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

Los criterios reglados están relacionados con las características técnicas y económicas de prestación del servicio minorista de banda ancha -tales como la velocidad de bajada y de subida a Internet, el tiempo medio de latencia, el caudal mínimo garantizado, el aumento del límite de descargas sin coste añadido, el precio de la cuota de alta y mensual- y son de evaluación automática individual mediante la aplicación de fórmulas concretas.

Tal como ha señalado esta Sala en anteriores ocasiones³², 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.

Los parámetros a valorar bajo el criterio no reglado son, a juicio de esta Sala, los que deberían constituir el principal criterio de valoración, por ser los directamente relacionados con el objeto de la ayuda. Adicionalmente, ha de señalarse que dicho criterio es excesivamente discrecional, sin incluir una fórmula objetiva. Así, se establece que se valorará *“la cantidad de clientes que se pueden conectar”*, pero se aconseja que se especifique como se hará la valoración. O se señala que se tendrá *“especial atención a los tramos de redes de nueva generación capaces de proporcionar servicio de conexión al usuario final de más de 100Mbps”*, pero no se especifica cómo.

Como ha señalado esta Sala anteriormente³³, 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.

³² 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.

³³ 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).

Por este motivo, se recomienda a la Diputación de Teruel que aumente la valoración de los criterios no reglados –actualmente, de 20 puntos sobre 100- y que introduzca fórmulas de valoración objetivables.

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:

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

La valoración conjunta de los criterios no reglados de grado de cobertura de la red NGA y de los criterios reglados de la oferta más económica podría constituir una buena aproximación al criterio de menor ayuda por usuario.

En relación con los restantes criterios reglados –que fundamentalmente pretenden valorar la mejora de los servicios que se pueden prestar sobre la red NGA desplegada, tales como el 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.

Ahora bien, se recomienda a la Diputación de Teruel 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 Teruel 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.

7.7 Gastos subvencionables

En el borrador de contrato analizado 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 inversión³⁴.

7.8 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 evaluación³⁵, es clave extraer lecciones sobre el diseño del esquema para introducir eventuales correcciones en futuros regímenes. Además, la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas al consumidor final (sea particular o empresa) es una actividad muy concentrada, con lo que es pertinente evaluar el impacto sobre la competencia.

VIII. CONCLUSIONES

Con carácter general, el proyecto de la Diputación de Teruel contribuirá de forma distorsionada 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, pero no resulta conforme con el Reglamento de exención por categorías y las Directrices comunitarias de ayudas a la banda ancha al no exigirse al operador adjudicatario la prestación de servicios de acceso mayorista al resto de operadores que permitan ofrecer servicios de acceso mayorista en condiciones que favorezcan el desarrollo de la competencia en el mercado minorista.

Tampoco 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:

³⁴ 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»).*”

³⁵ 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.

- Debería valorarse incluir los 137 núcleos susceptibles de ser calificados como zonas blancas NGA en lugar de los 106 municipios objeto del contrato que aparecen listados en el Anexo II. También se recomienda eliminar del citado Anexo, el municipio con cero (0) habitantes censados así como valorar la adopción de alternativas para mejorar el acceso a la banda ancha en los núcleos de población con una decena de habitantes censados como la concesión directa de una ayuda a los usuarios finales para que éstos puedan contratar el servicio de banda ancha fija, independientemente de la tecnología utilizada, a una velocidad mínima de 30 Mbps prevista en el reciente Real Decreto 898/2017, de 6 de octubre.
- Se recomienda que se modifique la previsión de la cláusula vigésimo primera del borrador del contrato y 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.
- Los servicios mayoristas que se ofrecerán sobre la red no pueden tratarse como una mejora de la oferta técnica presentada ya que, en tal caso, la medida no puede acogerse al Reglamento comunitario, por lo que, el órgano concedente de la ayuda deberá plantearse su notificación a la Comisión Europea.
- 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 justificar la determinación del límite máximo permitido de **subcontratación** más allá de la mera remisión al artículo 227 del TRLCSP

así como 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.