

INFORME DE FECHA 27 DE JUNIO DE 2018, SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LOS REQUISITOS DE SOLVENCIA TÉCNICA Y ECONÓMICA Y EL IMPORTE DE GARANTÍA PROVISIONAL FIJADOS EN LAS CLÁUSULAS 8.4.1, 8.4.2 Y 8.6 PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES Y DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS PARA EL OTORGAMIENTO POR SUBASTA DE CONCESIONES DE USO PRIVATIVO DE DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO EN LA BANDA DE 3600-3800 MHZ, APROBADO MEDIANTE LA ORDEN ETU/531/2018, DE 25 DE MAYO DE (UM/033/18)

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El día 5 de junio de 2018, tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) un escrito por el que un operador económico presenta reclamación del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado (LGUM) contra los requisitos de solvencia técnica y económica, así como contra el importe de garantía provisional establecidos en las cláusulas 8.4.1, 8.4.2 y 8.6 del pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por subasta de concesiones de uso privativo de dominio público radioeléctrico en la banda de 3600-3800 MHz aprobado mediante Orden ETU/531/2018, de 25 de mayo ([BOE núm. 128 de 26.05.2018](#))¹.

De acuerdo con el reclamante, los requisitos antes señalados resultarían contrarios al principio de no discriminación de los artículos 3 y 18 LGUM en relación con el principio de garantías de los operadores económicos del artículo 9 LGUM.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 26.5 LGUM, la SECUM ha remitido la reclamación a esta Comisión para la emisión de informe.

II. CONSIDERACIONES

II.1.- Contenido de las restricciones denunciadas por el reclamante.

La Orden ETU/531/2018 tiene por finalidad aprobar el pliego de las cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento, por subasta económica pública, de concesiones de uso privativo de dominio público radioeléctrico en la banda 3600-3800 MHz.

¹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-7014.

La banda 3,4-3,8 GHz (3400-3800 MHz) ha sido identificada como la banda principal para la introducción de servicios basados en 5G en Europa. La tecnología 5G no solo constituye el nuevo paradigma de las comunicaciones móviles, sino que también será el soporte del internet de las cosas, del big data, de la robótica, de la realidad virtual o de la ultra alta definición.

De acuerdo con la cláusula 2 de los pliegos aprobados por la citada Orden ETU/531/2018, el régimen jurídico aplicable viene determinado por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) y sus disposiciones de desarrollo, en particular, el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico aprobado por el Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero. Supletoriamente, resultará de aplicación la Ley 33/2013, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

En las cláusulas 8.4.1 y 8.4.2 de los pliegos aprobados por la citada Orden ETU/531/2018 se prevé lo siguiente:

Solvencia económica y financiera: Las empresas deberán acreditar, mediante las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil, que el volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles tenga un importe igual o superior a 90 millones de euros.

Solvencia técnica o profesional: Las empresas deberán aportar la relación de las principales redes instaladas y servicios de comunicaciones electrónicas prestados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto de las concesiones demaniales, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a 42 millones de euros.

Si el licitador es un operador de comunicaciones electrónicas de reciente creación, su solvencia económica, financiera y técnica o profesional podrá ser acreditada a través de la solvencia de cualquiera de sus socios o participantes en proporción al porcentaje accionarial o de participación que asuma en el licitador.

Por otro lado, en la cláusula 8.6 se señala que:

El documento o documentos de constitución ante el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital de la garantía provisional en la modalidad de aval por importe de la cuantía que resulte de multiplicar por 50.000 euros los puntos de elegibilidad especificados por el licitador en la solicitud de participación en la subasta, cuyo modelo figura como anexo II de la orden por la que se aprueba el presente pliego, según la siguiente fórmula:

$$\text{Cuantía de la garantía provisional (euros)} = \frac{\text{N.º puntos elegibilidad} \times 50.000}{\text{euros}}$$

El reclamante se refiere también a que debería haberse previsto la habilitación de concesiones provinciales, regionales o específicamente para servicios de autoprestación. No obstante, la puesta a disposición del mercado de los recursos de esta banda en concesiones de ámbito nacional es una medida adecuada para la explotación de esta banda, dada su relevancia para los primeros despliegues de la tecnología 5G.

II.2.- Análisis de las disposiciones y jurisprudencia sectoriales aplicables al caso en materia de comunicaciones electrónicas.

II.2.1.- El fomento a una competencia efectiva entre operadores sujeta a condiciones no discriminatorias como principio de regulación sectorial.

El fomento y el respeto de la libre competencia en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas figura en diversos preceptos de la LGTel 2014: como objetivo y principio general de la propia LGTel en su artículo 3 a), como principio de actuación de los operadores del sector en el artículo 5.1, como principio de actuación de la Administración pública en el artículo 9.2, de la regulación de los mercados en los artículos 13 a 18, de la delimitación de obligaciones de servicio público en el artículo 23 (entre ellas, las de servicio universal, del artículo 25), de la ocupación de dominio público y privado y de ubicación y usos compartidos (artículos 30, 32 y 34) o de instalación de aparatos (artículo 59).

Por otro lado, el artículo 63.2 LGTel 2014 señala que las licitaciones de espectro deben respetar, entre otros, los principios de concurrencia y no discriminación:

Cuando, de conformidad con lo previsto en el apartado anterior, el Ministro de Industria, Energía y Turismo limite el número de concesiones demaniales a otorgar en una determinada banda de frecuencias, se tramitará un procedimiento de licitación para el otorgamiento de las mismas que respetará en todo caso los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación para todas las partes interesadas. Para ello se aprobará, mediante orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, la convocatoria y el pliego de bases por el que se regirá la licitación.

El procedimiento de licitación deberá resolverse mediante orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo en un plazo máximo de ocho meses desde la convocatoria de la licitación.

También el Reglamento de Uso del Espectro Radioeléctrico² prevé en su artículo 2.b) que la regulación del espectro debe fomentar la competencia efectiva en el mercado de las comunicaciones electrónicas y facilitar la entrada de nuevos actores en el mercado, garantizando un acceso equitativo a los recursos radioeléctricos mediante procedimientos abiertos, transparentes,

² Aprobado mediante [Real Decreto 123/2017](#), de 24 de febrero.

objetivos, no discriminatorios y proporcionados. Asimismo, en el artículo 37.5 del mismo Reglamento se contemplan medidas para asegurar la competencia efectiva en las licitaciones de derechos de uso del espectro.

II.2.2.- Doctrina del Tribunal de Justicia de la UE en materia de licitación de frecuencias de espectro radioeléctrico.

A las consideraciones anteriores sobre regulación sectorial, debe añadirse la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE. Una doctrina favorable al fomento de la competencia y entrada de nuevos operadores en las licitaciones de espectro radioeléctrico. Entre otras, puede citarse la reciente STJUE de 26 de julio de 2017 (C-560/15) y la anterior STJUE de 22 de mayo de 2003 (C-462/99).

En la primera resolución judicial citada se confirma la posibilidad de subastar frecuencias (procedimiento oneroso de asignación) en vez de atribuir las sin contraprestación (procedimiento gratuito), siempre que la subasta se base en criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados. Además, dichos criterios de subasta deben estar conformes con los objetivos fijados en el artículo 8, apartados 2 a 4, de la Directiva 2002/21.

Corresponde a los tribunales del Estado miembro comprobar, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes de cada caso, si los requisitos establecidos por el procedimiento de licitación oneroso pueden permitir la entrada efectiva de nuevos operadores en el mercado, sin favorecer indebidamente a los operadores ya existentes.

Debe indicarse que los objetivos previstos en los apartados 2 a 4 de la Directiva 2002/21 son tres: fomento de la competencia en los mercados, desarrollo del mercado interior de la UE y protección de los intereses de los ciudadanos (consumidores).

Asimismo, el artículo 8, apartado 5.d, de la Directiva 2002/21 recoge como principios reguladores la garantía de una “*inversión eficiente*” y de la “*innovación*” en el ámbito de las comunicaciones electrónicas.

La anterior precisión es especialmente importante porque, en el supuesto de las llamadas “vacaciones regulatorias” alemanas de la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 3 de diciembre de 2009 ([C-424/07](#)), el gobierno de ese Estado alegó que había prestado mayor atención a determinados objetivos (inversión, innovación)³ sobre otros (competencia efectiva entre operadores).

³ Véase apartado 52 de la sentencia: *Dicho Estado miembro considera, por último, que el legislador nacional puede, en virtud de su margen de maniobra, prestar una atención particular a alguno de los objetivos de regulación reconocidos por las Directivas del marco regulador común sobre las comunicaciones electrónicas. La utilización del término*

El Tribunal de Justicia manifestó que la ponderación de los objetivos en el análisis de mercados sectoriales correspondía únicamente al organismo regulador⁴, que en el caso de los mercados asociados al espectro de 5G sería la CNMC. No obstante, como se señalará en los siguientes apartados, esta Comisión no ha sido consultada en el proceso de elaboración de la Orden ETU/531/2018.

II.2.3 Requisitos de solvencia exigidos en anteriores licitaciones de espectro radioeléctrico.

Los requisitos mínimos de solvencia técnica y económica establecidos en otras licitaciones de espectro no contienen las restricciones denunciadas por el reclamante.

Así, en la Orden IET/173/2014, de 6 de febrero, por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por subasta de concesiones de uso privativo de dominio público radioeléctrico en la banda de 2,6 GHz, no se fijó umbral alguno:

9.4.1 Solvencia económica y financiera: Las empresas deberán aportar, para acreditar la solvencia económica y financiera, los documentos enumerados en el artículo 75.1, párrafos b) y c), del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

9.4.2 Solvencia técnica o profesional: Las empresas deberán aportar, para acreditar la solvencia técnica o profesional, los documentos enumerados en el artículo 78, párrafos b), c) y g) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

También encontramos un contenido similar –no restrictivo- en las cláusulas 7.4.1 y 7.4.2 de la anterior Orden ITC/1074/2011, de 28 de abril, por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por subasta de las concesiones de uso privativo de dominio público radioeléctrico en las bandas de 800 MHz, 900 MHz y 2,6

«particularmente» en la segunda frase del apartado 2 del artículo 9a de la TKG indica, además, que el objetivo que en ésta se menciona no es el único que debe tomarse en consideración.

⁴ Concretamente, en los apartados 93 y 94 de la citada sentencia se dice que: *Pues bien, una disposición nacional, como el artículo 9a, apartado 2, de la TKG, que da preferencia a uno solo de los objetivos reconocidos por la Directiva marco en el análisis, por la ANR, de la necesidad de regulación de un nuevo mercado, efectúa una ponderación de dichos objetivos, cuando tal ponderación corresponde a la ANR en el cumplimiento de las tareas de regulación que le han sido asignadas. De ello deriva que el artículo 9a, apartado 2, de la TKG, que da preferencia a un objetivo de regulación particular, infringe lo dispuesto en los artículos 8, apartado 4, de la Directiva acceso, 8, apartados 1 y 2, de la Directiva marco y 17, apartado 2, de la Directiva servicio universal y limita de modo contrario a dichas Directivas la facultad discrecional de la ANR.*

GHZ a las que se refiere el apartado 8 del artículo 4 y los artículos 6 y 7 del Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital:

Solvencia económica y financiera: Las empresas deberán aportar, para acreditar la solvencia económica y financiera, los documentos enumerados en el artículo 64.1, párrafos b) y c), de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Solvencia técnica o profesional: Las empresas deberán aportar, para acreditar la solvencia técnica o profesional, los documentos enumerados en el artículo 67, párrafos b), c) y g) de la referida Ley de Contratos del Sector Público.

II.2.4 Relación entre la solvencia económica exigida en los pliegos y los ingresos anuales de un operador medio, excluyendo los tres principales.

Tal y como se ha señalado anteriormente, la cláusula 8.4.1 de los pliegos aprobados por la Orden ETU/531/2018 prevé:

Solvencia económica y financiera: Las empresas deberán acreditar, mediante las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil, que el volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles tenga un importe igual o superior a 90 millones de euros.

Esto es, se exige un volumen anual de ingresos de, al menos, 90 millones de euros.

De acuerdo con los últimos datos sectoriales disponibles⁵, aunque un operador tenga un promedio (teórico) de ingresos totales anuales de 199,3 millones de euros, dicho promedio se reduce hasta los 39,5 millones de euros si se excluyen del cálculo los tres principales operadores. Esta exclusión resulta imprescindible, a juicio de la CNMC y a efectos estadísticos, para evitar un sesgo al alza en el resultado de los ingresos de un *operador medio real*, puesto que los citados tres operadores principales ya representan, por sí solos, el 81% de los ingresos totales del sector.

II.2.5 Incumplimiento por parte del Ministerio del deber de consultar a la CNMC durante el procedimiento de elaboración de la Orden ETU/531/2018.

Pese a que el 70.2.l) LGTel 2014 prevé que la CNMC debe ser consultada por el Gobierno y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de comunicaciones electrónicas, particularmente en aquellas materias que puedan

⁵ Datos del año 2016, considerando ingresos totales (minoristas y mayoristas) y excluidos operadores de televisión en abierto y de radio.

afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado, en este supuesto concreto, a esta Comisión no le ha llegado ninguna solicitud de informe.

Asimismo, el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), dispone que ésta actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. En particular, el apartado a) de dicho artículo establece que esta Comisión participará, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico.

A la vista de lo anterior, se ha incumplido un trámite procedimental previo y preceptivo señalado tanto en la norma general reguladora de la actuación de la CNMC como en la norma sectorial de comunicaciones electrónicas: en efecto, la participación de la CNMC no es potestativa ni disponible por el órgano tramitador (en este caso, la SESIAD), sino que es preceptiva, es un trámite obligatorio dentro del procedimiento de elaboración y aprobación de la orden ministerial ETU/531/2018.

En este caso, además, desde el punto de vista de la promoción de la competencia, la consulta resulta especialmente necesaria puesto que el desarrollo libre y competitivo del mercado no parece haber sido uno de los factores analizados por el Ministerio en la Orden. Por su parte, el Plan Nacional 5G anterior a la misma⁶, páginas 31 a 38, se focaliza principalmente en los cinco aspectos regulatorios considerados por el Ministerio: privacidad, despliegue de infraestructuras, ciberseguridad, calidad del servicio y derechos de los usuarios.

En el Plan 5G aprobado por la UE⁷ se declara que:

Las redes 5G reducirán las barreras de entrada en el mercado del servicio personalizado de comunicaciones en múltiples sectores, al dar un acceso controlado a los recursos de redes (...) Este nuevo contexto debería crear oportunidades para las pequeñas empresas y las empresas de nueva creación.

Así las cosas, debe indicarse que la falta de emisión de informe preceptivo hace que la Orden ETU/531/2018 incurra en un vicio que puede ser determinante de su nulidad por omitir un trámite esencial previsto en normas con rango de Ley en los términos anteriormente expuestos.

⁶ http://www.minetad.gob.es/telecomunicaciones/es-ES/Novedades/Documents/plan_nacional_5g.pdf.

⁷ Véanse páginas 11 a 12 de COM(2016) 588 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0588&from=EN>).

La propia CNMC en el trámite de informe previo a la aprobación de la Orden ETU/416/2018, de 20 de abril, por la que se modifica la Orden ETU/1033/2017, de 25 de octubre, por la que se aprueba el Cuadro Nacional de Atribución de frecuencias (CNAF)⁸ y también sobre los límites del espectro por operador (CAPS), evacuado mediante informe de 20 de marzo de 2018, señaló expresamente:

Finalmente, esta Sala solicita del MINETAD que le sean remitidos los proyectos de los pliegos reguladores de los procedimientos de licitación que se lleven a cabo, a fin de que este organismo pueda emitir el correspondiente informe.

Por lo demás, en la revisión del marco de la Unión Europea (propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Código de Comunicaciones Electrónicas Europeo) va a establecerse que la autoridad independiente de regulación (la CNMC en España) debe, o bien ser la competente para estos procedimientos, o bien participar al menos mediante informe.

II.2.6 La ausencia de compromiso de acceso mayorista.

La Orden ETU/531/2018 no contempla la posibilidad de ofrecer y ponderar compromiso alguno (cobertura, acceso mayorista, etc.) para los adjudicatarios de los bloques de frecuencias. Únicamente se prevé de forma genérica que el concesionario deberá acreditar el uso eficaz y eficiente del dominio público radioeléctrico durante toda la vigencia de la concesión demanial.

La ausencia de un compromiso de acceso mayorista unida al límite de frecuencias por operador definido en el CNAF (120MHz), configura un escenario en el que se podría ver significativamente limitada la competencia en el ámbito de la tecnología 5G.

Cabe recordar que esta Comisión, en su informe de 20 de marzo de 2018, propuso un límite conjunto para las bandas medias⁹ de 235 MHz vinculado a la aceptación de un compromiso acceso mayorista por parte de los operadores que alcanzaran dicho límite.

Dicho límite, teniendo en cuenta el volumen de frecuencias de las que dispone cada operador en estas bandas, suponía que los operadores con mayores recursos radioeléctricos (Telefónica, Orange y Vodafone) podrían disponer de

⁸ IPN/CNMC/051/17, Informe de la CNMC al Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden ETU/1033/2017, de 25 de octubre, por la que se aprueba el cuadro nacional de atribución de frecuencias (CNAF) (<https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc05117>)

⁹ Bandas 1.800 MHz, 2.100 MHz, 2,6 GHz y 3,4-3,8 GHz

hasta 100 MHz en la banda de 3,4-3,8 MHz lo que garantizaba que al menos 60 MHz¹⁰ estuvieran disponibles para un cuarto operador.

Además, para alcanzar dicho límite el operador debía comprometerse a ofrecer un servicio de acceso mayorista tutelado por la CNMC.

De esta forma se garantizaba no solo que un cuarto operador pudiera acceder a espectro para ofrecer servicios 5G mediante su propia red, sino que además se garantizaba que operadores terceros (operadores móviles virtuales, OMV) pudieran prestar servicios 5G.

Al no contemplarse en la Orden ETU/531/2018 ninguna obligación de acceso mayorista, los operadores adjudicatarios podrían negarse o retrasar la puesta a disposición de la tecnología 5G a operadores terceros (OMV), tal como ya sucedió en su día con la tecnología 4G, con el consiguiente impacto en la capacidad de competir de estos operadores a nivel minorista. Estas restricciones podrían resultar contrarias al artículo 60.3.c) de la LGTel 2014: *“En particular, son principios aplicables a la administración del dominio público radioeléctrico, entre otros, los siguientes: [...] c) Fomentar una mayor competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas.”*

II.3.- Análisis del importe del aval o garantía provisional exigida a los licitadores a la luz de la legislación de contratación pública.

La cláusula 8.6 de los pliegos exige la siguiente garantía provisional a los licitadores que deseen tomar parte en la licitación:

El documento o documentos de constitución ante el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital de la garantía provisional en la modalidad de aval por importe de la cuantía que resulte de multiplicar por 50.000 euros los puntos de elegibilidad especificados por el licitador en la solicitud de participación en la subasta, cuyo modelo figura como anexo II de la orden por la que se aprueba el presente pliego, según la siguiente fórmula:

$$\text{Cuantía de la garantía provisional (euros)} = \text{N.º puntos elegibilidad} \times 50.000 \text{ euros}$$

Por otro lado, los apartados 1 y 2 del artículo 106 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) prevé que:

1. En el procedimiento de contratación no procederá la exigencia de garantía provisional, salvo cuando de forma excepcional el órgano de contratación, por motivos de interés público, lo considere necesario y lo justifique motivadamente

¹⁰ En la actualidad en la banda de 3,4-3,8 GHz están atribuidos a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas 360 MHz de los 400 MHz existentes.

en el expediente. En este último caso, se podrá exigir a los licitadores la constitución previa de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la perfección del contrato.

2. En los casos en que el órgano de contratación haya acordado la exigencia de garantía provisional, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se determinará el importe de la misma, que no podrá ser superior a un 3 por 100 del presupuesto base de licitación del contrato, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido y el régimen de su devolución. La garantía provisional podrá prestarse en alguna o algunas de las formas previstas en el apartado 1 del artículo 108.

En el caso de división en lotes, la garantía provisional se fijará atendiendo exclusivamente al importe de los lotes para los que el licitador vaya a presentar oferta y no en función del importe del presupuesto total del contrato.

En los acuerdos marco y en los sistemas dinámicos de adquisición, el importe de la garantía provisional, de exigirse, se fijará a tanto alzado por la Administración Pública, sin que en ningún caso pueda superar el 3 por 100 del valor estimado del contrato.

Del tenor literal del precepto transcrito se desprende que, aunque en este caso el Ministerio pueda justificar la obligación de prestar garantía provisional en la necesidad de preservar o defender un bien de dominio público¹¹ (el espectro radioeléctrico), dicha garantía provisional no podría superar el 3% del valor de cada uno de los lotes licitados. Al haberse fijado el valor de cada lote en 2.500.000 euros, el valor máximo de la garantía provisional que corresponde prestar sería de 75.000 Euros. Y solamente teniendo dos (2) puntos de elegibilidad, el importe resultante de aplicar la fórmula que consta en los pliegos (50.000 Euros x 2 = 100.000) ya supera el antes citado importe de 75.000 Euros fijado por la LCSP.

Finalmente, en este caso se establece el aval como modalidad única y obligatoria de garantía provisional cuando el artículo 108 autoriza otras alternativas igualmente válidas (ingreso en cuenta, contrato de caución).

II.4.- Análisis del caso a la luz de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

II.4.1.- Los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación entre operadores previstos en la LGUM.

El artículo 5 LGUM prevé que los límites al ejercicio de una actividad deben cumplir los requisitos de necesidad y proporcionalidad:

¹¹ Véase artículo 3 del Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico aprobado mediante Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero.

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Siendo el espectro un *input* esencial para las empresas de comunicaciones electrónicas, el establecimiento de requisitos desproporcionados y discriminatorios para acceder al mismo podría considerarse contrario al artículo 5 LGUM.

Esta Comisión ha tenido oportunidad de pronunciarse en distintos informes aprobados en el marco de reclamaciones en materia de unidad de mercado sobre requisitos innecesarios, desproporcionados o de carácter discriminatorio a favor de determinados operadores (grandes empresas) y en perjuicio de otros operadores (de menor tamaño) del mismo sector económico, como entendemos que podría suceder en este caso¹². Equivalente análisis se ha hecho en informes de promoción de la competencia¹³.

A continuación, se analizan los requisitos de solvencia de los pliegos a la luz de los citados principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

¹² Cabe referir los informes relativos a la fijación de un número mínimo de vehículos para operar como transportista, que favorece a las grandes empresas de transporte frente a los pequeños transportistas autónomos ([UM/051/14](#) y [UM/012/15](#)), al establecimiento de un número mínimo habitantes y de vehículos en cada contrato individual como experiencia previa necesaria para poder participar en una licitación para la gestión de aparcamientos públicos ([UM/030/18](#)) o la dilación indebida en los plazos de devolución de garantías de contratación pública, que favorece a los operadores con mayor capacidad financiera ([UM/047/14](#)). La CNMC tiene interpuesto ante la Audiencia Nacional sendos procedimientos contenciosos por la vía del artículo 27 LGUM con relación a la exigencia de un número mínimo de vehículos para operar como transportista ([UM/011/15](#)) así como también con relación al requerimiento de disponer en cada contrato de un número mínimo de población y plazas para poder concurrir a la gestión de estacionamientos municipales ([UM/149/17](#)).

¹³ [IPN/CNMC/010/15](#), relativo al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (páginas 28-34); análisis de los requisitos de solvencia contenidos en pliegos de cláusulas administrativas particulares de contratación centralizada (por ejemplo, [INF/CNMC/159/17](#), en relación con el suministro de automóviles).

II.4.2.- Análisis de los requisitos de solvencia y de garantía provisional del pliego a la luz de los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación entre operadores.

A) Necesidad

El Ministerio no concreta la razón imperiosa de interés general que justificaría la restricción derivada de los requisitos de solvencia económica y técnica impuestos¹⁴. Si bien la escasez del recurso demanial justificaría la limitación del número de operadores (art. 17 LGUM), los criterios de acceso a dicho recurso escaso y de selección de los operadores deberían justificarse. Ni en la propia orden ni en el Plan 5G anterior a la misma se motiva el por qué debe exigirse como solvencia financiera un volumen mínimo de 90 millones de euros cuando, en el propio preámbulo de la Orden, se dice, de forma aparentemente contradictoria, que:

Se ha fijado un precio de salida de dos millones quinientos mil euros (2.500.000,00 euros) para cada bloque de 5 MHz que es objeto de licitación. Dicho tamaño de los bloques licitados y el precio de salida se han establecido con el objeto de facilitar la participación en la licitación de los operadores que cuentan con una menor cuota de mercado y promover de esta manera la competencia en el acceso al espectro.

Si el Ministerio hubiera deseado la participación de otros operadores distintos a los de mayor cuota de mercado, esto es, los que representan el 19% restante del mismo frente a los tres “grandes” que suponen el 81% (según datos anteriores), habría tenido en cuenta el volumen anual de negocios de un operador medio real, sin el sesgo de los tres principales, que únicamente alcanza los 39,5 millones.

Además, como se ha dicho anteriormente en este Informe, en las licitaciones anteriores de espectro (Orden IET/173/2014 y Orden ITC/1074/2011) radioeléctrico no se establecieron cláusulas de solvencia de contenido restrictivo como en la actual Orden ETU/531/2018.

¹⁴ Artículo 3.11 de la Ley 17/2009: *Razón imperiosa de interés general*: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.



A pesar de resultar aquí aplicable de forma supletoria la LPAP¹⁵, se advierte que la autoridad competente ha podido reflejar en la Orden ETU/531/2018 criterios de solvencia previstos en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Así, el artículo 87.1.a) de la LCSP permite exigir como requisito de solvencia económica y financiera un volumen de negocios mínimo anual (referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles) que no exceda de una vez y media el valor estimado del contrato. No obstante lo anterior, la misma Ley exige justificar el medio o el umbral fijado¹⁶, así como ponderar dicho importe cuando el contrato se divida en lotes¹⁷. Sobre esta base, el umbral fijado en la Orden (90M€) parece haber partido de la hipótesis de la adjudicación del máximo de lotes posibles para un operador (120MHz; 24 bloques de 5MHz), sin que conste justificación alguna.

Asimismo, tampoco se justifica cumplidamente el valor de 42 millones en inversiones de infraestructuras exigido como solvencia técnica.

Finalmente, no se acredita la necesidad de garantía provisional¹⁸ cuando ésta, además, no está prevista en la LPAP para la participación en un procedimiento para el otorgamiento de concesiones en régimen de concurrencia.

B) Proporcionalidad

De acuerdo con lo ya señalado, la exigencia de una solvencia económica de 90 millones y técnica de 42 millones a los licitadores podría resultar desproporcionada considerando que:

- El valor de salida de cada lote de frecuencias objeto de licitación es de sólo 2,5 millones de euros, sensiblemente inferior a los valores económicos exigidos como solvencia económica y técnica.
- Los ingresos anuales de un operador medio (excluyendo a los tres mayores) en España son de 39,5 millones.
- El volumen anual de negocios de una PYME, según la normativa europea¹⁹ es igual o inferior a los 50 millones de euros, por lo que la

¹⁵ Véase cláusula 2 de los pliegos aprobados mediante la Orden ETU/531/2018.

¹⁶ Artículo 87.1.a) LCSP: “[...] *El órgano de contratación indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 336*”.

¹⁷ Artículo 87.1.a) LCSP: “*Cuando un contrato se divida en lotes, el presente criterio se aplicará en relación con cada uno de los lotes. No obstante, el órgano de contratación podrá establecer el volumen de negocios mínimo anual exigido a los licitadores por referencia a grupos de lotes en caso de que al adjudicatario se le adjudiquen varios lotes que deban ejecutarse al mismo tiempo*”.

¹⁸ Artículo 106 de la LCSP.

¹⁹ Véase artículo 2.1 del Anexo I del Reglamento (UE) N° 651/2014 de 17 de junio de 2014: *La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las*

aplicación de estos criterios de solvencia expulsa a todas las PYMES del concurso.

Por otra parte, también podría resultar desproporcionado el importe de garantía provisional exigido mediante la fórmula prevista en la cláusula 8.6 de los pliegos. A partir de los dos puntos de elegibilidad, los licitadores tienen que aportar un importe de 100.000 Euros (50.000 Euros x 2 puntos). Esta cantidad es superior a los 75.000 Euros resultantes de aplicar el criterio del 3% sobre el valor de cada lote subastado (2.500.000 Euros), criterio previsto por el artículo 106 de la LCSP.

C) No discriminación

Está claro que, al igual que en otros supuestos analizados por esta Comisión, la exigencia de un volumen mínimo de negocios y de inversiones en redes favorece a las grandes empresas del sector, quedando el resto de operadores expulsados de la licitación del espectro para prestación de servicios 5G.

Además, según se ha dicho anteriormente en este informe, no se impone, en los pliegos, ningún compromiso u obligación a los operadores adjudicatarios de frecuencias 5G para que faciliten el acceso mayorista a terceros operadores. Esta falta de compromiso, unida al límite de frecuencias por operador definido en el CNAF (120MHz), configura un escenario en el que se podría ver significativamente limitada la competencia en el ámbito de la tecnología 5G.

III.- CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La exigencia de unos requisitos mínimos de solvencia económica (90 millones de volumen anual de negocios) y técnica (42 millones de importe anual de redes y servicios) así como de un importe mínimo de garantía provisional (nº puntos elegibilidad x 50.000 Euros) para acceder a la subasta de espectro radioeléctrico convocada por la Orden ETU/531/2018, de 25 de mayo ([BOE núm. 128 de 26.05.2018](#))²⁰ constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM).

2º.- Si bien el artículo 17 de la LGUM permite limitar el número de operadores económicos en un mercado sobre la base de la escasez del recurso demanial, los criterios que restringen el acceso deben justificarse por la salvaguarda de

empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones EUR o cuyo balance general anual no excede de 43 millones EUR.

²⁰ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-7014.

alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En este caso concreto, no se ha aducido razón alguna para fijar los requisitos mínimos de solvencia técnica y económica.

3ª.- La proporcionalidad de las citadas exigencias de solvencia técnica y económica de las cláusulas 8.4.1 y 8.4.2 de los pliegos debe analizarse considerando el valor de cada lote de frecuencias (2,5 millones de Euros) y los ingresos anuales de un operador medio (39,5 millones).

4ª.- El establecimiento de los límites anteriores debe analizarse junto con el hecho de que la Orden ETU/531/2018 no contempla la posibilidad de ofrecer y ponderar compromiso alguno de acceso mayorista para los adjudicatarios de los derechos de uso de la banda 3,6-3,8 GHz. Esto conforma un escenario en el que se podría ver seriamente condicionada la capacidad de competir de los distintos operadores móviles a nivel minorista, si los operadores adjudicatarios de estas frecuencias niegan o retrasan la puesta a disposición de la tecnología 5G a operadores terceros (OMV). Por lo tanto, las condiciones de la Orden ETU/531/2018 podrían resultar contrarias al artículo 60.3.c) de la LGTel 2014.

5ª.- El importe de garantía provisional exigido mediante la fórmula prevista en la cláusula 8.6 de los pliegos debe también justificarse en términos de necesidad y de proporcionalidad.