

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR GRUPALIA INTERNET, S.A. EN RELACIÓN CON ALGUNAS PRESCRIPCIONES TÉCNICAS EXIGIDAS EN LAS LICITACIONES CONVOCADAS POR EL AYUNTAMIENTO DE VELILLA DE SAN ANTONIO Y LA FUNDACIÓN ESCUELA DE ORGANIZACIÓN INDUSTRIAL PARA LA CONTRATACIÓN DE DIVERSOS SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

CNS/DTSA/142/19/GRUPALIA LICITACIONES PÚBLICAS

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, 7 de marzo de 2019

Visto el expediente relativo a la consulta formulada por Grupalia Internet, S.A. (Grupalia) en el expediente de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. SOBRE LA CONSULTA PLANTEADA POR GRUPALIA

Con fecha 12 de febrero de 2019, Grupalia Internet, S.A. (Grupalia) presentó un escrito ante el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en el que solicita que se aclare si algunas de las condiciones establecidas en las prescripciones técnicas del contrato de servicios de telefonía fija, telefonía móvil y acceso a datos e Internet licitado por el Ayuntamiento de Velilla de San Antonio (Ayto. de Velilla de San Antonio) y del contrato de servicios de telefonía fija y móvil licitado por la Fundación Escuela de Organización Industrial (Fundación EOI) vulneran los principios fundamentales que fomentan la libre competencia.

Grupalia alega que los apartados 6.3 del pliego de prescripciones técnicas de la licitación del Ayto. de Velilla de San Antonio y 6 del pliego de prescripciones técnicas de la licitación de la Fundación EOI disponen, en relación con los servicios de telefonía fija y móvil, que la infraestructura debe de ser aportada por el propio operador.

Según la interpretación de este operador, estas condiciones suponen un detrimento de los principios fundamentales sobre la libre competencia del mercado, pues representa una limitación para los operadores alternativos que no poseen un acceso directo a los clientes, sino que dependen de otros operadores para ofertar sus servicios al cliente.

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

La competencia de la CNMC para intervenir resulta de lo dispuesto en la normativa sectorial. En este sentido, el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), señala que esta Comisión actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos.

Del mismo modo, el artículo 5.3 de la LCNMC establece que, en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, la CNMC estará a lo dispuesto en el artículo 6, atribuyendo a este organismo (el artículo 6.5 de esta Ley) *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre^[1], y su normativa de desarrollo”*.

Tal y como prevé el artículo 3 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), algunos de los objetivos y principios de esta ley, que ha de fomentar este organismo mediante en el desarrollo de sus funciones son los de:

“a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones para potenciar al máximo los beneficios para las empresas y los consumidores, principalmente en términos de bajada de los precios, calidad de los servicios e innovación, teniendo debidamente en cuenta la variedad de condiciones en cuanto a la competencia y los consumidores que existen en las distintas áreas geográficas, y velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos. (...)”

c) Promover el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo y su acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación. (...)”

Por consiguiente, a la vista de lo dispuesto en los artículos citados, la CNMC es competente, en cuanto autoridad nacional de reglamentación encargada de supervisar y fomentar la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas, para conocer la consulta presentada por Grupalia.

Por último, atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y los artículos 8.1 y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano decisorio competente para

¹ En la actualidad, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

conocer este asunto es la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

III. CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA

1.- Análisis de los requisitos exigidos en las prescripciones técnicas de los contratos licitados por el Ayto. de Velilla de San Antonio y la Fundación EOI desde el punto de vista de la regulación sectorial de telecomunicaciones

Según ha podido conocer esta Comisión, los días 15 y el 29 de noviembre de 2018, la Fundación EOI y el Ayto. de Velilla de San Antonio, respectivamente, registraron en la plataforma on line de contratación del sector público, que gestiona el Ministerio de Hacienda², los anuncios de licitación de sus contratos, ambos por una duración de dos años -prorrogable por uno el primero y por dos años el segundo (números de expediente PA_20181029_TELEFONÍA y 1578/2018)-.

Según los datos obtenidos de esta plataforma on line de contratación del sector público, a fecha del presente acuerdo, tanto el contrato de servicios de la Fundación EOI³ como el del Ayto. de Velilla de San Antonio⁴ se encuentran sin adjudicar.

En los pliegos de prescripciones técnicas publicados en ambas licitaciones se encuentran, además de otros requisitos y condiciones exigidas a los agentes que resulten ser adjudicatarios de estos contratos (contratistas), los requisitos de provisión de los servicios licitados (características generales o medios técnicos).

A este respecto, Grupalia señala los siguientes requisitos establecidos en los apartados 6 y 6.3 de las prescripciones técnicas publicadas para los contratos de la Fundación EOI y el Ayto. de Velilla de San Antonio, respectivamente, que, a su juicio, podrían vulnerar la libre competencia:

- El apartado 6.3 del pliego de prescripciones técnicas para la contratación de los servicios de telefonía fija, móvil, acceso a datos e Internet del Ayto. de Velilla de San Antonio establece que:

“Tanto la infraestructura de red móvil, como de acceso a la infraestructura del cliente deberán proveerse mediante recursos propios del operador.”

- El apartado 6 (“Medios Técnicos”) del pliego de prescripciones técnicas particulares de la Fundación EOI, dispone que:

² <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>

³ https://contrataciondelestado.es/wps/poc?uri=deeplink:detalle_licitacion&idEvl=KxhIC%2FtHQCTnSoTX3z%2F7wA%3D%3D

⁴ https://contrataciondelestado.es/wps/poc?uri=deeplink:detalle_licitacion&idEvl=Y1MVUJ62hdiiEJrVRqloyA%3D%3D

“El licitador deberá ser un operador que disponga de red propia fija y móvil para la prestación del servicio.”

De la redacción literal de estas cláusulas, se extrae que tanto la Fundación EOI como el Ayto. de Velilla de San Antonio habrían restringido o podrían restringir el acceso a su licitación a los pocos operadores que son titulares de sus propias redes fijas y móviles.

En el caso de la licitación del Ayto. de Velilla de San Antonio, lo establecido en el apartado 6.3 de las prescripciones técnicas podría limitar la participación de Grupalia y de otros operadores alternativos que, tal y como indica Grupalia, alquilan la red a terceros para la prestación de los referidos servicios minoristas, por ejemplo, haciendo uso de los servicios mayoristas de Telefónica, de otros operadores de infraestructuras y circuitos y de los operadores de red de acceso móvil.

A este respecto, Grupalia manifiesta que el 17 de enero de 2019 la mesa de contratación abrió el sobre de la oferta económica, siendo la mejor la oferta presentada por esta operadora. Según alega, los miembros de la mesa trasladaron al Coordinador de Servicios Informáticos la documentación para que emitiera valoración sobre la oferta técnica, a pesar de que ya la había valorado. Tras esta nueva valoración, el 4 de febrero de 2019, el Ayto. de Velilla de San Antonio envió a Grupalia un oficio⁵ en el que le requiere que, en el plazo de cinco días naturales, aporte la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado 6.3 de las prescripciones técnicas, indicando la infraestructura de que dispone, la propiedad de la misma, así como cualquier otro dato que considere oportuno.

En el caso de la licitación de la Fundación EOI, el requisito mencionado del apartado 6 de las prescripciones técnicas habría limitado desde el principio el acceso a la licitación. Esto es así, en la medida en que se ha excluido directamente la oferta presentada por Grupalia de la licitación por el incumplimiento de dicho apartado, tal y como acredita esta operadora en su escrito de consulta mediante la aportación de la copia de un correo electrónico, de 21 de enero de 2019, en el que la Fundación EOI le comunicaba su exclusión.

Pues bien, muchos operadores, a través de distintos servicios mayoristas, podrían estar en igualdad de condiciones a los operadores con red propia fija y móvil para prestar los servicios licitados por la Fundación EOI y la referida Administración local. Los citados servicios mayoristas son: (i) el acceso a la línea telefónica (AMLT), que permite ofrecer los servicios de telefonía fija y accesos RDSI básicos, (ii) el alquiler de líneas terminales, tanto en su modalidad de interfaces tradicionales (ORLA-T) como interfaces Ethernet (ORLA-E), que ofrece conexiones extremo a extremo, sin compartir caudal con otros clientes del operador, (iii) el servicio NEBA en su modalidad empresas (Premium) basado en

⁵ Grupalia ha aportado una copia de este oficio.

accesos de fibra óptica y que permiten la provisión de servicios de banda ancha ultra rápida y telefonía IP y (iv) el servicio de acceso a redes móviles, que en la actualidad se presta en condiciones comerciales⁶.

Así, y de acuerdo con los diferentes análisis de replicabilidad técnica realizados por esta Comisión, el servicio mayorista AMLT permitiría prestar los servicios de voz licitados, el servicio mayorista ORLA a 2 Mbit/s permitiría provisionar los circuitos solicitados, mediante los servicios mayoristas ORLA Ethernet y NEBA FTTH se podrían provisionar las conexiones a Internet y, a través de los servicios de acceso a red móvil, se pueden prestar los servicios de telefonía y banda ancha móvil. La utilización de estos servicios mayoristas permitiría cumplir con todos los requisitos establecidos en los citados pliegos de prescripciones técnicas vinculados a las características y funcionalidades de red, relativos a la conectividad de sedes, a las velocidades de entrada y salida del tráfico, de caudal simétrico y garantizado, de conexión al backbone de Internet, etc.

Revisada la documentación aportada por el consultante, ni el Ayto. de Velilla de San Antonio ni la Fundación EOI han justificado en los pliegos de prescripciones la necesidad de que exista esta limitación, que no favorece el fomento de la competencia efectiva en el mercado empresarial, en el que están incluidas las Administraciones públicas.

La forma adecuada de garantizar la correcta provisión de los servicios licitados en los pliegos de prescripciones técnicas sería, a juicio de esta Sala, estableciendo requisitos de calidad de servicio tan elevados o estrictos como el Ayto. de Velilla de San Antonio o la Fundación EOI estimara oportunos y consecuentes con la relevancia que otorgan a tales elementos técnicos. Sin embargo, no parece a esta Comisión razonable que se reduzca la participación en la licitación solo a los operadores que disponen de infraestructura de acceso propia, cuando no existe o no se ofrece una justificación técnica para ello.

Por otro lado, este efecto restrictivo no razonable afecta asimismo a los propios operadores que disponen de infraestructura de acceso propia en dicha ubicación, al no tenerse en cuenta el hecho de que dichos operadores pueden tener que utilizar, en ocasiones, servicios mayoristas de otros operadores o agentes, tales como el tránsito para acceso a Internet, fibra oscura o circuitos para implementar su red de agregación o troncal y para alcanzar puntos neutros de acceso a Internet nacionales o internacionales.

Por último, el pliego aprobado por el Ayto. de San Antonio de Velilla establece, respecto de los servicios móviles, que *“deben de estar soportados por estaciones base con tecnología digital de última generación que satisfagan las*

⁶ Mediante la Resolución de 4 de abril de 2017, por la que se aprobó la definición y análisis del mercado mayorista de acceso y originación en redes móviles (mercado 15/2003) –expediente ANME/DTSA/002/16/MERCADO 15-, se procedió a desregular este mercado, al considerar que ya no era un mercado de referencia cuyas características justificaban la imposición de obligaciones específicas (regulación ex ante).

recomendaciones y normativas internacionales” (apartado 6.3), lo que podría implicar la exigibilidad de tecnologías diferentes en función del momento de adjudicación de la licitación, pudiendo tratarse de redes de acceso móvil 4G o incluso 5G. La aplicación estricta de este requisito podría producir un efecto arbitrario con respecto a algunos operadores que aún no hubieran podido desplegar este tipo de redes (operadores de redes 3G o 4G) u ofrecer algún tipo de tecnología -además de a aquellos que dependieran del acceso a redes móviles, como se ha señalado anteriormente-. De manera que lo óptimo sería exigir las prestaciones funcionales necesarias para los servicios finales a garantizar durante toda la vida del contrato.

Asimismo, en relación con los servicios de acceso a Internet, se señala de manera explícita la valoración positiva que recibirá la instalación de fibra óptica en todos los puntos posibles (apartado 6.2). A este respecto, conviene recordar que existen otros tipos de redes como las basadas en tecnología DOCSIS 3.1, que son también redes de alta velocidad capaces de garantizar los requisitos de solvencia técnica establecidos.

Por ello, con carácter general, esta Sala entiende que sería preferible que las prescripciones técnicas de este tipo de concursos eludan, en la medida de lo posible, las referencias a tecnologías específicas y se centren en describir las funcionalidades requeridas en términos de rendimiento, capacidad y calidad de las conexiones para la prestación de los servicios finales.

A este respecto, como señala Grupalia en su escrito, hay que recordar que el principio de no discriminación entre operadores en los procesos de contratación pública ha sido analizado en ocasiones anteriores, en el mismo sentido al indicado en el presente acuerdo. En concreto, en los expedientes RO 2009/1469, en el que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contestó la consulta formulada por la entidad France Telecom España, S.A., sobre supuestas irregularidades en los concursos públicos convocados por las Administraciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, y RO 2011/857, sobre la consulta formulada por Euskaltel, S.A. en relación con la convocatoria del Ayuntamiento de Rentería (Guipúzcoa) relativa al concurso de servicios de telefonía fija y móvil⁷.

IV. CONCLUSIÓN

En definitiva, en contestación a la consulta planteada por Grupalia, se concluye que los requisitos establecidos en los apartados 6.3 y 6 de las prescripciones técnicas de los contratos abiertos por el Ayuntamiento de Velilla de San Antonio y de la Fundación EOI, con núm. de expediente 1578/2018 y PA_20181029_TELEFONÍA, respectivamente, no son acordes con el principio de no discriminación establecido en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

⁷ Consultas resueltas mediante acuerdos de fechas 29 de abril de 2010 y de 22 de septiembre de 2011.

El presente acuerdo se emite sin perjuicio de otras conclusiones que puedan alcanzarse si se pone a disposición de este organismo otra información relevante que aconseje una modificación del criterio expuesto.