

**ACUERDO POR EL QUE SE EMITE INFORME EN RELACIÓN CON LA PROPUESTA DE ORDEN MINISTERIAL POR LA QUE SE APRUEBA EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES Y DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS PARA LA DESIGNACIÓN DE OPERADOR ENCARGADO DE LA PRESTACIÓN DEL ELEMENTO DE SERVICIO UNIVERSAL RELATIVO AL SUMINISTRO DE UNA OFERTA SUFICIENTE DE TELÉFONOS PÚBLICOS DE PAGO, Y SE CONVOCA EL CORRESPONDIENTE CONCURSO**

**IPN/CNMC/027/19/LICITACIÓN SERVICIO UNIVERSAL TPP**

## **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

### **Presidenta**

D<sup>a</sup>. 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 25 de septiembre de 2019

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su reunión de 25 de septiembre de 2019, ha aprobado el presente informe preceptivo a la Secretaría de Estado para el Avance Digital, relativo a la propuesta de Orden por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la designación de operador encargado de la prestación de los elementos del servicio universal relativos al suministro de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, y se convoca el correspondiente concurso.

## **I OBJETO DEL INFORME Y HABILITACIÓN COMPETENCIAL**

### **I.1 Antecedentes y objeto**

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (actualmente, Ministerio de Economía y Empresa) designó, mediante la Orden ETU/1974/2016, de 23 de diciembre, a Telefónica

Telecomunicaciones Públicas, S.A.U.<sup>1</sup>, como el operador encargado de la prestación del elemento del servicio universal de telecomunicaciones relativo al suministro de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, para el período comprendido entre el día 1 de enero de 2017 y el día 31 de diciembre de 2017. Posteriormente, la Orden ETU/1343/2017, de 20 de diciembre, extendió la duración de la designación para el periodo comprendido entre el día 1 de enero de 2018 y el día 31 de diciembre de 2018. Finalmente, la disposición adicional segunda del Real Decreto 1517/2018, de 28 de diciembre<sup>2</sup> extiende, hasta el 31 de diciembre de 2019, la referida designación.

Ante la proximidad de la finalización del actual período de designación para la prestación de dicho elemento, con fecha 19 de julio de 2019 ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de la Secretaría de Estado para el Avance Digital (SEAD), del Ministerio de Economía y Empresa, mediante el que comunica a esta Comisión que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado mediante Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (en lo sucesivo, RSU), esa Administración procede a iniciar el procedimiento para designar a un operador encargado de garantizar la prestación del elemento del servicio universal relativo al suministro de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago a partir de la fecha de vencimiento de la anterior designación.

A tal efecto se adjunta el borrador de propuesta de Orden por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la designación de operador encargado de la prestación del citado elemento del servicio universal, y se convoca el correspondiente concurso.

Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.2 del RSU, se solicita de esta Comisión la emisión de informe preceptivo. Constituye por tanto el objeto del presente documento emitir el preceptivo informe sobre la propuesta de orden por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de las prescripciones técnicas para la designación del operador encargado de la prestación del elemento del servicio universal relativo al suministro de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago,

---

<sup>1</sup> Actualmente Telefónica de España, S.A.U.

<sup>2</sup> Por el que se modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicio de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

## **I.2 Habilitación competencial**

El artículo 5.2.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), 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.

Por otra parte, el artículo 70.2 l) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), incluye entre las funciones de esta Comisión la de *“ser consultada por el Gobierno y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de comunicaciones electrónicas, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado. Igualmente podrá ser consultada en materia de comunicaciones electrónicas por las comunidades autónomas y las corporaciones locales. En el ejercicio de esta función, participará, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en materia de comunicaciones electrónicas”*.

Asimismo, el artículo 37 del RSU establece que *“el titular del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio efectuará, mediante orden ministerial, la convocatoria del correspondiente concurso y la publicación de las bases en las que se determinará el servicio o elemento que se debe prestar, el ámbito territorial, el período y las condiciones de prestación y financiación del servicio, de conformidad con lo establecido en este reglamento y en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos”*.

El presente Informe se emite, por tanto, en el ejercicio de las mencionadas competencias de asesoramiento y de elaboración del informe preceptivo que ostenta esta Comisión. En particular, la Sala de Supervisión Regulatoria resulta competente para la aprobación del informe, en virtud de lo previsto en los artículos 5.3 y 6, (en relación con el artículo 21.2) de la LCNMC y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

## **II VALORACIÓN DE LOS PLIEGOS**

Esta Comisión considera que, con carácter general, el contenido de la propuesta de orden analizada es coherente con la regulación establecida en la LGTel y la normativa de desarrollo de la ley anteriormente aplicable, principalmente, el RSU.

No obstante, se considera oportuno formular las siguientes consideraciones desde la perspectiva de la regulación del servicio universal y supervisión y promoción de la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas y desde el punto de vista de la regulación económica eficiente.

## **II.1 Cláusula 5. Calendario**

Se advierte que, en el procedimiento de designación, en concreto en el apartado 1 de la cláusula 5, relativo al plazo para la presentación de solicitudes, no se ha establecido un periodo concreto a tal efecto.

Sobre este particular cabría señalar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes es de 30 días, plazo que también se contempla en el artículo 156.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Como consecuencia de ello, se aconseja el establecimiento expreso en la mencionada cláusula de un plazo suficientemente amplio y, como mínimo, de 30 días, para la presentación de las solicitudes.

## **II.2 Cláusula 8. Sobre número 1: Documentación administrativa**

Por lo que respecta a la documentación administrativa, la cláusula 8 establece, como requisito imprescindible, la presentación de una serie de documentos, los cuales deben ser originales o copias auténticas en virtud de lo dispuesto en su primer párrafo.

### **1. Documentos que acrediten la personalidad y capacidad del solicitante**

En concreto, y por lo que respecta a la documentación que acredite la personalidad y capacidad del solicitante, el proyecto establece, en el apartado 1.b), la necesidad de incluir en el sobre número 1, *“la certificación de estar inscrito en el Registro de Operadores a que se refiere el artículo 7 de la LGTel o, alternativamente, una declaración de estar inscrito en dicho Registro, siendo necesario aportar dicha certificación con anterioridad a la resolución.”*

Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que el Registro de Operadores, cuya llevanza corresponde transitoriamente a esta Comisión<sup>3</sup>, tiene la naturaleza de registro público, permitiéndose la consulta directa de los datos inscritos en el mismo a través de la página web de la CNMC<sup>4</sup>. Como consecuencia de ello, y en aplicación del principio de simplificación administrativa, se considera conveniente la supresión de este requisito en la referida cláusula.

---

<sup>3</sup> En virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la LGTel.

<sup>4</sup> A través del enlace <https://numeracionyoperadores.cnmc.es/operadores>

## 2. Acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional

Con respecto al punto 4.1 de la cláusula 8 (solvencia económica y financiera), en los pliegos de 2016 se incorporó, como novedad, que los operadores que concurrieran al concurso debían presentar una declaración del volumen anual de negocios referido a los tres últimos ejercicios disponibles. Y se añadía para el caso del suministro de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago que *“la solvencia económica se considerará acreditada si el volumen medio anual de negocio de los tres últimos ejercicios disponibles es igual o superior a 1,2 millones de euros, equivalente al último coste neto aprobado por la CNMC sin incluir los beneficios monetarios”*.

Esta Sala consideró positivo en su momento<sup>5</sup> que se indicara con claridad que el volumen medio de negocio de los tres últimos ejercicios había de ser igual o superior a dichos importes, aportando dicho inciso una mayor transparencia y representando un volumen de negocios mínimo adecuado para poder responder a la prestación de las obligaciones de servicio público que se ofertaban.

El borrador ahora remitido incrementa considerablemente el importe de la solvencia a 6,75 millones de euros, cantidad que resulta equivalente a una vez y media del último coste neto aprobado por la CNMC<sup>6</sup>.

Es cierto que este incremento de la solvencia económica se ajusta a los requisitos establecidos en la actual legislación contractual, en concreto a lo dispuesto en el artículo 87.3 a) de la LCSP, que establece lo siguiente:

*“El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año.”*

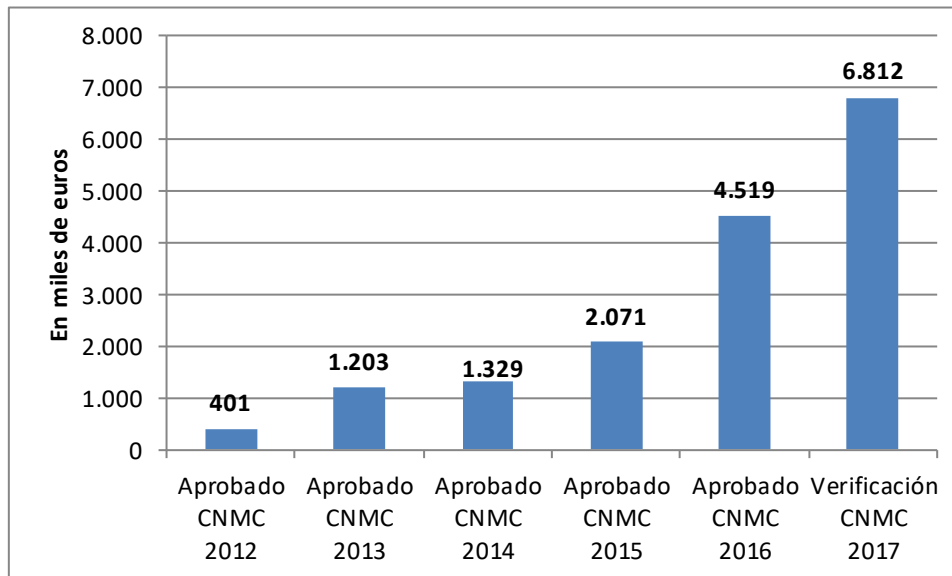
Dicha importante subida de la capacidad económica de los licitadores (que supone un incremento de 462,5% del montante exigido en la última convocatoria) tiene su origen en el incremento del propio coste neto de este servicio durante los últimos años, tal y como queda reflejado en la siguiente tabla<sup>7</sup>:

---

<sup>5</sup> En el informe relativo a las propuestas de Órdenes Ministeriales por las que se aprueban los pliegos de las cláusulas administrativas para la designación de operador encargado de la prestación de los elementos del servicio universal, de 14 de julio de 2016 (IPN/CNMC/014/16).

<sup>6</sup> Mediante Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 12 de diciembre de 2018, se determinó que el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. en el ejercicio 2016 ascendió a 4.517.912 € (expediente SU/DTSA/012/18)

<sup>7</sup> Ver la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 17 de julio de 2019 (SU/DTSA/014/18)



En términos de mercado, esta Comisión ya ha puesto de manifiesto, en reiteradas ocasiones, la necesidad de suprimir este servicio como elemento perteneciente al ámbito del servicio universal, al haberse constatado el progresivo abandono de su uso, en términos de tráfico de llamadas, de ingresos y de distribución territorial de su uso<sup>8</sup>. Ello ha supuesto un importante descenso de los ingresos de la actividad, y, en consecuencia, un incremento del coste de su prestación, que afecta directamente a la capacidad económica de los licitadores, tal y como se constata en el presente caso. En efecto, en el borrador remitido se ha incrementado en un 462,5% la solvencia económica del prestador de este tipo de servicio, pudiendo resultar dicha exigencia contraria a lo preceptuado en el 87.4 de la LCSP de conformidad con el cual *“la solvencia económica y financiera requerida deberá resultar proporcional al objeto contractual de conformidad con lo establecido en el artículo 74.2, no debiendo en ningún caso suponer un obstáculo a la participación de las pequeñas y medianas empresas.”*

Como consecuencia de lo expuesto, y teniendo en cuenta que el valor determinado en el artículo 87.1 a) de la LCAP es una cuantía máxima, se aconseja la reducción del volumen establecido para la prestación de este elemento del servicio universal.

<sup>8</sup> Informe de 28 de junio de 2018, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, en lo relativo a las guías telefónicas, al servicio de información sobre números de abonado y a los teléfonos públicos de pago (IPN/CNMC/013/18); Informes de 1 de marzo de 2016 (INF/DTSA/005/16) y 24 de noviembre de 2016 (IPN/CNMC/023/16).

### II.3 Cláusula 10. Lugar y fecha de presentación de las solicitudes

La cláusula 10 de los Pliegos establece, por remisión al artículo 80 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>9</sup>, la necesaria presentación de la documentación, en papel, en dos sobres cerrados, en el Registro General del Ministerio de Economía y Empresa, o por correo.

Esta previsión, sin embargo, resulta ajena a los cambios que los avances tecnológicos han supuesto en las relaciones personales e institucionales. En este contexto, con carácter general, actualmente las Administraciones Públicas han de promover y facilitar el uso de medios electrónicos. En este sentido, tanto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se asume plenamente el funcionamiento electrónico de las Administraciones Públicas.

En el mismo sentido, la disposición adicional decimoquinta de la LCSP<sup>10</sup> en su apartado 3 señala expresamente lo siguiente:

*“La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional.”*

Por medios electrónicos debe entenderse, de conformidad con lo dispuesto en artículo 5.9 de la Directiva de contratación, *“un medio que utilice equipos electrónicos para el tratamiento (incluida la compresión digital) y almacenamiento de datos y que los transmita, envíe y reciba por medios alámbricos, radiofónicos, ópticos o por otros medios electromagnéticos”*.

La LCSP prevé supuestos en los que los órganos de contratación no están obligados a exigir medios electrónicos, cuando el uso de medios no electrónicos sea necesario. Por ello, se sugiere al Ministerio que analice si concurre alguno de estos supuestos. En caso de no ser aplicable ninguna excepción, a la vista de lo expuesto, y en aras de un mejor aprovechamiento de las novedades procedimentales asociadas al avance de las tecnologías de la información y la comunicación, se recomienda la modificación del apartado primero de la cláusula 10, proponiéndose el siguiente texto:

---

<sup>9</sup> Aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

<sup>10</sup> En línea con lo preceptuado en la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

*“La presentación de solicitudes, así como de la documentación señalada anteriormente, se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, con arreglo al procedimiento y requisitos establecidos en las disposiciones adicionales decimoquinta y decimosexta de la LCSP.”*

#### **II.4 Cláusula 14. Procedimiento de evaluación de las ofertas**

Tal y como manifestó esta Sala en su Informe de 14 de julio de 2016 (IPN/CNMC/014/16), el menor coste neto ofertado ha de constituir siempre uno de los elementos más importantes de la valoración de las ofertas, requisito que se cumple en la cláusula 14 del pliego analizado en la que se establece una valoración máxima del coste neto ofertado en 400 puntos (sobre 1000).

Debe tenerse en cuenta, además, que, desde la última licitación del servicio de teléfonos públicos de pago, se ha producido una imputación creciente del coste por este componente del servicio universal, tal y como se ha señalado anteriormente, aspecto que refuerza la consideración del menor coste como un criterio preferencial en el presente caso.

Llama la atención, sin embargo, la diferente valoración que se otorga a las garantías adicionales en la prestación de este servicio (un 7,5% de la puntuación total) frente a la contemplada en el pliego para la prestación del servicio de conexión y STDP (5%). Se considera que dicha diferencia debería estar justificada sobre criterios objetivos, no encontrándose, a priori, motivo alguno para otorgar más valor a la presentación de garantías adicionales en este elemento del servicio universal.

En términos generales, para mejorar la seguridad jurídica de los licitadores y para reducir el ámbito de discrecionalidad del órgano encargado de la designación, se sugiere definir de manera objetivable, cuantificable y evaluable mediante fórmulas –o con parámetros adicionales- los criterios que se establecen en la licitación –por ejemplo, respecto de las mejoras en relación con la calidad del servicio-. De esta forma, aquellos criterios en los que existe un amplio margen de discrecionalidad y que se considere imposible expresar en términos cuantificables y objetivos deberían reducir su peso al máximo.

#### **II.5 Cláusula 19. Periodo de designación**

La designación se realiza para un periodo de dos años, de conformidad con lo estipulado en la cláusula 19, al considerarse un compromiso adecuado entre, por un lado, las necesidades de los licitantes de contar con un periodo suficientemente amplio para definir un plan de negocio realista y, por el otro, la conveniencia de revisar las condiciones de prestación en competencia.



No obstante, y tal y como señala el propio borrador, cabe considerar que el nuevo marco normativo de la Unión Europea en materia de comunicaciones electrónicas, instaurado a través del denominado Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas<sup>11</sup>, cuya transposición debe ser efectuada antes del 21 de diciembre de 2020, señala expresamente la necesidad de adaptar el servicio universal al desarrollo del mercado y las modificaciones de las demandas de los usuarios. En este sentido, el nuevo Código incluye únicamente dentro del concepto de servicio universal, el acceso adecuado a una internet de banda ancha y a los servicios de comunicaciones electrónicas vocales disponibles en una ubicación fija. Como consecuencia de ello, el borrador contempla, en su cláusula 22 b), la posible extinción de la designación por el cese de la prestación del servicio como obligación de servicio público.

Es cierto que el propio Código, con el fin de ofrecer estabilidad y apoyar una transición gradual, autoriza a los Estados miembros a seguir garantizando la prestación en su territorio del servicio universal de teléfonos públicos de pago, siempre y cuando no se disponga de este servicio en circunstancias comerciales normales. Esta posibilidad puede incluir la provisión de teléfonos públicos de pago en los principales puntos de entrada del país, tales como aeropuertos o estaciones de tren y autobús, así como en aquellos lugares a los que acuden los ciudadanos en caso de emergencia, como hospitales, comisarías de policía y áreas de emergencia de las autopistas, con el fin de atender las necesidades razonables de los usuarios finales, incluidos en particular aquellos con discapacidad.

## **II.6 Cláusula 20. Ámbito territorial**

El ámbito territorial de la designación es la totalidad del territorio nacional. Se señala expresamente en el Preámbulo del borrador de orden remitido que la existencia de un único operador que se encargue de la prestación del servicio en toda la geografía española aporta indudables ventajas en términos de una mayor simplicidad técnica y operativa en su prestación, mayores sinergias en las condiciones de planificar las mejores opciones para garantizar su prestación así como en las condiciones económicas que redunden en un menor coste en la prestación del servicio y, en definitiva, proporciona una mayor eficacia y eficiencia en la gestión del sistema y la prestación del servicio universal, por lo que el borrador opta por el ámbito nacional.

---

<sup>11</sup> Aprobado por la Directiva 2018/1972, de 11 de diciembre de 2018, del Parlamento Europeo y del Consejo.

Tanto de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2008 (C-220/07), como del artículo 37 del RSU, se desprende que la decisión sobre el ámbito territorial de prestación del servicio debe efectuarse sobre criterios de “eficacia”, considerándose que la propuesta de orden ministerial motiva su elección sobre la base de este criterio, más aún teniendo en cuenta que la prestación de los elementos licitados es continuista del servicio universal actual.