

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PRESENTADA POR LA ASOCIACION DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SOBRE VARIAS CLAÚSULAS DE PLIEGOS DE LICITACIONES PÚBLICAS DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y LAS OFERTAS DE SERVICIOS PRESENTADAS POR TELEFÓNICA A ALGUNAS DE DICHAS LICITACIONES

CNS/DTSA/808/19/ASTEL PLIEGOS LICITACIONES

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, 24 de septiembre de 2020

Vista la consulta formulada por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones en el expediente de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Escrito de consulta de ASTEL

El 29 de octubre de 2019 la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) presentó un escrito ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en el que señala que los operadores alternativos tienen grandes dificultades para conseguir la adjudicación de concursos públicos de servicios de comunicaciones electrónicas que licitan las Administraciones Públicas (AAPP), entre otras razones, por la redacción de algunas cláusulas administrativas incluidas en sus pliegos de prescripciones técnicas, que podrían ser consideradas anticompetitivas o, cuando menos, discriminatorias, entre los operadores alternativos y Telefónica.

En concreto, ASTEL adjunta a su escrito cinco pliegos de prescripciones técnicas de licitaciones públicas¹ y solicita la valoración de los siguientes aspectos y la contestación a una serie de cuestiones relacionadas con algunas de las cláusulas incluidas en estos pliegos y sobre las posibles ofertas presentadas en algunas de estas licitaciones por parte de Telefónica:

- (i) La exigencia de que se disponga de red propia para prestar el servicio.
- (ii) La inclusión de los servicios en un lote único.
- (iii) Un plazo insuficiente para el comienzo de la prestación del servicio.
- (iv) Que Telefónica oferte un servicio que no tiene disponible en la oferta mayorista o que está descatalogado.
- (v) Que se incluyan conexiones FTTH y XDSL sin cobertura en el servicio mayorista de Telefónica.
- (vi) Que se oferten unos precios no replicables por los operadores en base a la metodología aprobada por la CNMC.
- (vii) Si una posible vulneración de la normativa de comunicaciones electrónicas o de competencia por parte de Telefónica debe conllevar la inadmisión de la oferta de Telefónica por el órgano de contratación.

De forma adicional, ASTEL solicita que, si la CNMC estimara que algunas de las condiciones indicadas son anticompetitivas o discriminatorias, proceda a remitir la contestación de esta consulta a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de Contratación (OIRSUC), con el fin de que pueda analizar estas condiciones y emitir, en su caso, un dictamen para los órganos de contratación.

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 noviembre², y su normativa de desarrollo”*.

¹ (i) Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) -tres lotes, expediente IPA 13/18 (BOE de 08/03/2018)-, (ii) Madrid Destino Cultura Turismo y Negocio, S.A. -lote único, expediente SP19-00037 (DOUE de 21/05/2019)-, (iii) Fábrica Nacional de Moneda y Timbre -lote único, expediente PA 1408/1415/2018 (DOUE de 11/10/2019)-, (iv) ENAIRE –lote único, expediente DNA 290/2019 (DOUE de 01/10/2019)-, e (v) Instituto de Crédito Oficial (ICO) –dos lotes, expediente ICO-12-2019 (DOUE de 12/04/2019)-.

² En la actualidad, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

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 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 y como autoridad nacional de reglamentación encargada de supervisar y fomentar la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas, la CNMC es competente para conocer la consulta presentada por ASTEL.

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 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 POR ASTEL

ASTEL solicita a esta Comisión que se pronuncie sobre las condiciones indicadas en los pliegos de las licitaciones públicas que adjunta, y adopte las medidas que considere oportunas. Las cuestiones que plantea esta asociación de operadores son las siguientes:

1. Si resulta acorde o no, con la normativa de comunicaciones electrónicas y de competencia, que las AAPP incluyan las siguientes condiciones en sus pliegos para la contratación de servicios de comunicaciones electrónicas:

a) Exigir que el servicio se preste con red propia

ASTEL hace referencia a la licitación convocada por el Instituto de Crédito Oficial (ICO) del contrato para el “*Servicio de comunicaciones unificadas, conexión a Internet y comunicaciones de las mesas de tesorería y mercados*”³ que, según

³ Número de expediente ICO-12-2019

ha podido conocer esta Comisión, registró esta entidad el 14 de abril de 2019 en la plataforma de contratación del sector público, que gestiona el Ministerio de Hacienda⁴.

Según los datos que se desprenden de esta plataforma de contratación, dicho contrato fue adjudicado mediante acuerdo de 18 de julio de 2019⁵, de la siguiente manera: el Lote 1, “*Comunicaciones Unificadas y Conexión a Internet*”, a Orange España, S.A.U. y el Lote 2, “*Comunicaciones de las Mesas de Tesorería y Mercados*”, a BT España Compañía De Servicios Globales, S.A.U.⁶

En el citado pliego de prescripciones técnicas se encuentran los requisitos de provisión de los servicios licitados (características generales o medios técnicos). En concreto, ASTEL señala el siguiente requisito establecido en el apartado 2 del Capítulo II, relativo al servicio móvil objeto de la licitación:

“Para el servicio de móvil el contratista deberá disponer de red propia para prestar este servicio o en su defecto prestarlo mediante acuerdo con otra compañía que disponga de red propia. En ningún caso se aceptará que el servicio se preste sobre operadores virtuales”.

Esta asociación manifiesta que este tipo de condiciones impiden a los operadores revendedores, como los OMV, que se puedan presentar a las licitaciones públicas, lo que no es acorde con el principio de no discriminación, tal y como indicó la Sala de Supervisión Regulatoria en su Acuerdo de 7 de marzo de 2019⁷.

De la redacción literal de esta cláusula, se extrae que el ICO habría permitido que se presentaran a la licitación tanto los operadores que poseen red propia para la prestación del servicio de telefonía móvil, como aquellos operadores que prestan sus servicios mediante un acuerdo de acceso mayorista a la red de otros operadores.

Sin embargo, no se considera ajustada al principio de no discriminación la redacción de la última frase de esta cláusula, en la que se señala que “**[e]n ningún caso se aceptará que el servicio se preste sobre operadores virtuales**”.

Es de interés destacar que los operadores móviles que hacen uso, previo acuerdo, de las redes móviles propiedad de otros operadores (OMR), para

⁴ <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>

⁵ https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/DcqXCoAgEADQT7qglQgaGtxtKNMIDj3j6LQGst4_xwcPHOzgMIY-sfCdUZptIHqE8zUGKihCh7Dngr4FMODAcVBVwJqeY1zpW7XZl60zahCr32mCJ6X5B9e3Sko/

⁶ Actualmente, BT Global ICT Business Spain, S.L.

⁷ Acuerdo por el que se dio 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).

revender sus propios servicios, pueden ser operadores móviles virtuales (OMV) denominados “completos”, por disponer de elementos de red troncal y recursos de numeración, o solo prestadores de servicios (OMVPS).

Pues bien, los OMVPS también pueden prestar sus servicios haciendo uso de los elementos de red y recursos de numeración de que disponen los OMV completos.

Por consiguiente, se considera que la citada cláusula ha podido impedir el acceso a la licitación pública a aquellos OMVPS que pretendieran ofertar sus servicios móviles haciendo uso del acceso a los elementos de red de un OMV completo.

A este respecto, esta Comisión ya se ha pronunciado con anterioridad sobre las condiciones de red propia exigidas en ocasiones para permitir la concurrencia de los operadores a la licitación de contratos de servicios de comunicaciones electrónicas, habiendo mostrado su disconformidad sobre el establecimiento de este tipo de limitaciones.

En concreto, remitiéndonos a lo indicado en la citada Resolución de la SSR de 7 de marzo de 2019, la CNMC considera que el establecimiento de este tipo de condiciones restringe de forma injustificada el acceso a la licitación a los operadores que son titulares de sus redes de comunicaciones electrónicas, en detrimento de los operadores alternativos que alquilan la red a terceros para la prestación de sus servicios minoristas. En la práctica, este tipo de condiciones podrían conllevar a la directa exclusión de algunas ofertas técnicas.

En este sentido, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en vigor desde el 9 de marzo de 2018, dispone en su artículo 99 que: “El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten”.

Asimismo, el artículo 126 de esta Ley, relativo a las “Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas”, dispone que:

“1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.

(...).

5. Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho de la Unión Europea, las prescripciones técnicas se formularán de una de las siguientes maneras:

- a) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo;
(...)

6. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente».

7. Cuando los órganos de contratación hagan uso de la opción prevista en el apartado 5, letra a), de formular prescripciones técnicas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, no podrán rechazar una oferta de obras, de suministros o de servicios que se ajusten a una norma nacional que transponga una norma europea, a un documento de idoneidad técnica europeo, a una especificación técnica común, a una norma internacional o a un sistema de referencias técnicas elaborado por un organismo europeo de normalización, si tales especificaciones tienen por objeto los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales exigidos por las prescripciones técnicas, siempre que en su oferta, el licitador pruebe por cualquier medio adecuado, incluidos los medios de prueba mencionados en los artículos 127 y 128, que la obra, el suministro o el servicio conforme a la norma reúne los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales establecidos por el órgano de contratación”.

A la vista de lo expuesto, como en el supuesto examinado en el acuerdo citado anteriormente, esta Comisión entiende que –a priori, y a salvo de otras circunstancias no conocidas por esta Comisión- hubiera sido más conveniente que el ICO, en el pliego de prescripciones técnicas, hubiera recogido los requisitos técnicos de calidad, funcionalidad y disponibilidad de los servicios que licitaba, tan precisos como estimara oportunos o relevantes, sin primar la participación en la licitación de los operadores que disponen de infraestructura de red de acceso propia.

Así, definir los requisitos de resultado o de calidad perseguidos –sin excluir soluciones técnicas a priori- se considera más acorde con la LCSP, así como los objetivos previstos en el artículo 3 de la LGTel, de fomentar, en la medida de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación y promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones.

Por el contrario, no se considera pro-competitivo excluir otras opciones técnicas que operan en el mercado de servicios móviles sin que haya diferencias del

servicio a nivel de usuario, cuando no existe o no se ofrece una justificación técnica para ello, ya que podría ser discriminatorio.

b) Licitación en un único lote los servicios fijos y móviles

Sobre el establecimiento de esta condición, ASTEL se remite a las prescripciones técnicas publicadas por Enaire y la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT) en sus licitaciones de servicios de comunicaciones electrónicas. En particular, esta asociación indica que “[L]a falta de división de lotes por servicios (telefonía fija, telefonía móvil, servicios de red corporativa de datos...) evita que la administración contrate el lote concreto con el operador más especializado, innovador y de mayor calidad en cada servicio”.

En relación con la licitación publicada por la FNMT, el día 30 de octubre de 2018, esta entidad pública empresarial registró, en la citada plataforma de contratación del sector público, el anuncio de licitación de un contrato de servicios de telecomunicaciones para los años 2019 y 2020. Según los datos registrados, dicho contrato fue adjudicado a la UTE Telefónica de España, S.A.U.-Telefónica Móviles España, S.A.U., mediante acuerdo de 6 de junio de 2019⁸.

Pues bien, en la cláusula 3 del pliego de prescripciones técnicas de esta licitación se dispone que:

“[E]l lote único comprende los servicios de telefonía fija y móvil, red de datos y acceso a Internet.”

Asimismo, tal como señala ASTEL, ENAIRE⁹ también ha utilizado la misma fórmula al definir el objeto de su contrato del “Servicio corporativo de telefonía de ENAIRE (Telefonía Fija y Móvil, y líneas de datos)”, cuya licitación convocó el 12 de agosto de 2019 y finalizó mediante la adjudicación del contrato de servicios a Vodafone España, S.A., el 18 de diciembre de 2019¹⁰. Así, en la cláusula 3 del pliego de prescripciones técnicas se establece que dicho contrato “[S]e licita bajo el formato de una única adjudicación, por lo que todos los servicios que se detallan quedarán bajo un solo contrato”.

La vigente LCSP fortaleció la regulación de la división en lotes del objeto de los contratos que ya se preveía en el artículo 86 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011,

⁸https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfijU1JTC3Iy87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQjS_JzMvLNgzxdszLMMyxMVQ0Kcn_OL08ptbfWBDEcAzPB3DQ!!/

⁹ Entidad pública empresarial dependiente del Ministerio de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana, que se encarga de proveer servicios de comunicaciones, navegación y vigilancia en todo el espacio aéreo español y en los aeropuertos de la red AENA.

¹⁰https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfijU1JTC3Iy87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQjS4O1K0qdiwp88nMjAsMMwi3NcylDym1t9Qtycx0BmVdM-g!!/

de 14 de noviembre, aunque bajo la premisa de tener que justificarse la necesidad de dicha división en lotes¹¹.

La actual LCSP establece, como regla general, la obligación de dividir el objeto del contrato en lotes siempre que la naturaleza de los servicios o de dicho objeto lo permitan, pudiendo no hacerlo solo si la no división se justifica debidamente en el expediente sobre la base de criterios válidos. Así, el artículo 99.3 de esta Ley señala:

“3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.”

La finalidad de este cambio fue la de facilitar el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas y, consecuentemente, favorecer la presentación de más ofertas en la licitación a valorar, preferentemente, con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio.

No obstante, procede señalar que con anterioridad a la aprobación de la LCSP actualmente en vigor, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) ya tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este punto mediante la Resolución, de 29 de abril de 2010, por la que se dio contestación a 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 electrónicas¹².

Remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, que establece determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación (RD 541/2001)¹³, la CMT indicó en la citada Resolución que, en el ámbito de la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas, se establecía de manera explícita la preferencia de adjudicar separadamente los servicios en lotes:

¹¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17887>

El artículo 86 del TRLCSP, dedicado al objeto del contrato, indicaba que: “(...) 2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto”.

¹² RO 2009/1469

¹³ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2001-11051>.

*“**PRIMERO.**- El objeto del contrato definirá las necesidades que se quieran satisfacer mediante la celebración del contrato, realizando una descripción detallada de las mismas, estableciendo, siempre que sea posible, lotes separados de aquellos servicios que por sus características lo permitan. En este caso se podrá prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de presentar también ofertas integradoras de varios o de todos los lotes licitados”.*

No obstante lo anterior, este Real Decreto también permite que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se prevea la posibilidad de presentar ofertas integradoras de varios o de todos los lotes licitados.

A este respecto, es de interés también remitirse a lo indicado en el Informe emitido por esta Comisión, de 13 de junio de 2014, sobre los pliegos del procedimiento abierto de contratación de servicios consolidados de telecomunicaciones de la Administración General del Estado (AGE), solicitado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP)¹⁴.

En este informe, esta Sala indicó lo siguiente, en relación con las ofertas integradoras de varios servicios licitados por la AGE:

“Es cierto que la presentación de ofertas integradoras podría tener justificación tecnológica por el aprovechamiento de economías de escala y de alcance. Y tiene encaje legal, pues la presentación de ofertas integradoras está prevista en el artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación¹⁵.

Por otro lado, los PCAP establecen la obligación de presentar una única oferta integradora y llevarlo a la práctica puede implicar que un gran operador vea que la única estrategia sea integrar los 4 lotes, privando del acceso a operadores de tamaño medio y pequeño. (...).

Por tanto, desde un enfoque teórico parecería más razonable limitar la presentación de ofertas integradoras a aquellos sectores donde los criterios de valoración estén al máximo basados en el precio, donde verdaderamente existan razones tecnológicas que justifiquen esta solución y donde no existan perjuicios para la competencia. Por todo ello, dado que no se cumplen dichos criterios, se propone eliminar la posibilidad de presentar ofertas integradoras, debido a los riesgos para la competencia efectiva entre operadores y en aras a garantizar una libre concurrencia en el acceso a la licitación”.

En esta misma línea se volvió a pronunciar este organismo en el informe, de 4 octubre de 2018, sobre el contrato de servicios consolidados de telecomunicaciones de la AGE y otras entidades públicas¹⁶, señalando que:

¹⁴ INF/DP/0007/14

¹⁵ “En todo caso, llama la atención esta excepcionalidad con este sector en particular, cuando el artículo 86 del TRLCSP contempla la división en lotes, siendo dicha división en lotes más favorecedora de la competencia. Este tipo de consideraciones particulares ad hoc para sectores específicos deben limitarse lo máximo posible.”

¹⁶ INF/CNMC/136/18

“Los beneficios buscados en los pliegos sometidos a informe a través de la agrupación y unificación de los servicios para obtener mayores dimensiones y economías de escala podrían verse en gran medida frustrados si el número de operadores que concurren al proceso de licitación es reducido, por ejemplo, debido al hecho de que los agentes económicos que tengan interés en presentar oferta no puedan cumplir con todas las condiciones fijadas en los lotes definidos en los pliegos. Por ello, para mejorar su eficiencia se proponen a continuación una serie de alternativas, en algún caso ya mencionadas en el anterior informe de la CNMC sobre estos servicios (2014), conforme a las cuales podría procederse a la modificación del diseño de los lotes, con el objetivo de asegurar la presencia del mayor número posible de oferentes al procedimiento que la AGE tiene previsto convocar.”

De hecho, en dicho informe de 2018, la CNMC valoramos positivamente “las iniciativas dirigidas a lograr una mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos, entre las que se encuentra la agregación de la demanda como sucede en este tipo de contratos centralizados. Sin embargo, la CNMC recuerda que tal búsqueda de eficiencia y ahorro presupuestario a corto plazo debe efectuarse sin menoscabo de los principios garantes de una competencia efectiva¹⁷, entre otros: facilitar la libertad de acceso a la licitación, evitar toda discriminación entre operadores, minimizar los riesgos dinámicos de reducción del número de operadores que podría reducir la tensión competitiva en futuras licitaciones y minimizar el riesgo de comportamientos de carácter colusorio”.

Por tanto, ya hemos señalado en varias ocasiones -de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de la contratación pública- la importancia de asegurar que, en la medida de lo posible, las Administraciones públicas separen por lotes los servicios de comunicaciones electrónicas que desean contratar, para garantizar que un número mayor de operadores puedan presentar sus ofertas y así conseguir aquella que mejor cumpla el requisito de calidad-precio. De esta forma, las AAPP pueden fomentar la competencia y minimizar el riesgo de que se produzcan comportamientos de carácter colusorio por parte de algunas empresas.

Sin embargo, esta no es una regla absoluta que niegue cualquier tipo de flexibilidad en la convocatoria y contratación de estos servicios, más aún en un entorno como el actual donde la convergencia entre redes y servicios es cada vez mayor, lo que permite la prestación de distintos servicios a través de una única red, con las consiguientes eficiencias económicas que dicha evolución tecnológica propicia. No obstante, esta integración de las ofertas solo debe aplicarse cuando existan razones tecnológicas que justifiquen dicha solución y no se prevean perjuicios para la competencia.

En consecuencia, a la vista de lo expuesto sobre (i) la vigente LCSP y (ii) los pronunciamientos, tanto de este organismo como de su antecesor, sobre la no separación -que no esté justificada- de los servicios objeto del contrato en la licitación, se observa que cláusulas como las incluidas en los pliegos de prescripciones técnicas publicados en las licitaciones de contratos de servicios

¹⁷ [Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la CNMC](#)

de comunicaciones electrónicas de la FNMT y Enaire, que no motivan la necesidad de integrar todos los servicios licitados en un único lote, no habrían sido acordes con lo dispuesto en la LCSP y los principios garantes de fomento de una competencia efectiva.

c) Exigir un plazo insuficiente para el adecuado comienzo de la prestación del servicio

ASTEL alega que *“un ejemplo de ello es el exiguo plazo previsto de 60 días naturales en la cláusula 6.2 del pliego de Madrid Destino Cultura Turismo y Negocio, siendo el plazo mínimo necesario para una adecuada migración de servicio de 4 a 6 meses, puesto que una vez el operador ha sido adjudicatario es necesario: i) hacer un estudio de viabilidad de cada uno de los sites (para verificar infraestructura, número real de conexiones, tipo de equipamiento necesario para la migración del servicio); ii) con los resultados del estudio de viabilidad, posteriormente hay que realizar pedidos de los equipamientos necesarios; iii) paralelamente, se lanzan la activación de líneas; y iv) finalmente, hay que acordar con la administración la/s fecha/s para realizar la migración sin que se produzcan interrupciones de sus servicios, por lo que todo ello hace inviable presentar una oferta para un operador alternativo”*.

Analizados los pliegos de prescripciones técnicas publicados por la sociedad mercantil municipal Madrid Destino Cultura Turismo y Negocio, S.A. (Madrid Destino) en su licitación, de 7 de junio de 2019, del contrato de *“Servicio de comunicaciones (Telefonía Fija, Telefonía Móvil, Datos y Acceso a Internet) para Madrid Destino”* -adjudicado el 18 de septiembre de 2019 a la UTE Telefónica de España, S.A.U.-Telefónica Móviles España, S.A.U.¹⁸-, se desprende que el objeto del contrato es el siguiente (cláusula 1):

*“El objeto del contrato es la prestación de un **servicio integral de voz y datos para todas las dependencias que constituyen Madrid Destino, poniendo a disposición una Red Corporativa que preste servicio a todas sus sedes y centros de trabajo, asegurando un alto nivel de calidad en las comunicaciones de voz/datos para todos los empleados en el entorno corporativo con independencia de su ubicación, así como la conectividad total con las redes públicas externas.***

La Red Corporativa deberá integrar de manera óptima la telefonía fija y móvil, de modo que Madrid Destino obtenga el máximo beneficio de ambas soluciones simplificando al máximo su gestión.

*El servicio ofertado debe **incluir el soporte y mantenimiento de la Red Corporativa, así como las renovaciones de equipamiento que se consideran oportunas para un mejor soporte de la solución.***

¹⁸https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfjU1JTC3Iy87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQjnT29TUlcM5wtChMzXb2KwoIKc_IrHW1t9Qtycx0BsVKK3w!!/

Se garantizará una *única salida a internet, centralizada en el CPD principal de Madrid Destino.*

Igualmente se deberá garantizar el servicio de acceso a internet por ADSL o fibra óptica dedicada en aquellas ubicaciones que no cuenten con conexión a dicho CPD o que por seguridad deban emplear una red diferenciada”.

Para la efectiva ejecución de este contrato de servicios integrados de voz y datos fijos y móviles, Madrid Destino dispone, en la cláusula 6.2 de dichos pliegos, que el periodo máximo de transición con el que contará el adjudicatario será de **“60 días naturales para realizar las tareas de transición hacia la solución contratada. En este sentido, la facturación del adjudicatario comenzará el mismo día en que se encuentre definitivamente implantada la solución requerida y Madrid Destino compruebe la plena operatividad de la misma”**.

Pues bien, en primer lugar, es de interés referirse a la cláusula 1 transcrita, relativa al objeto del contrato. Al igual que las cláusulas analizadas en el apartado anterior, relativo a la no separación en lotes del objeto del contrato, en este caso se ha optado por promocionar la presentación de ofertas integradas de los servicios de comunicaciones electrónicas que licita (voz y datos fijos y móviles), sin aportar mayor justificación que la de obtener para sí misma “el máximo beneficio de ambas soluciones simplificando al máximo su gestión”, y sin considerar que de este modo se limita la concurrencia de un número mayor de ofertas y, por tanto, de operadores.

Además, teniendo en cuenta que la oferta ha sido adjudicada a la UTE Telefónica de España, S.A.U.-Telefónica Móviles España, S.A.U., que si bien actúan como un único adjudicatario, lo más seguro es que se distribuyan la prestación de los servicios entre ambas operadoras (la primera se encargará de los servicios fijos de voz y banda ancha, y la segunda de los servicios móviles de voz y datos), lo más oportuno y que hubiera resultado en un mayor fomento de la competencia, así como evitar posibles comportamientos colusorios, es que Madrid Destino hubiera desglosado el objeto del contrato en ambos lotes de servicios (fijos y móviles).

En consecuencia, en relación con el objeto del contrato, resultan aplicables a Madrid Destino las mismas consideraciones y conclusiones alcanzadas en el apartado anterior sobre las licitaciones públicas de la FNMT y Enaire.

En segundo lugar, en relación con el periodo de transición o implantación previsto en la cláusula 6.2 de los pliegos publicados por Madrid Destino, se señala que esta Comisión también se pronunció en el citado Informe de 4 de octubre de 2018 sobre esta cuestión. En concreto, en dicho informe, sobre la licitación pública que lanzó la AGE en el año 2018, señalamos que:

“El contrato objeto del presente informe aglutina las necesidades de servicios de comunicaciones electrónicas de un número muy elevado de organismos. Dada la significativa presencia de Telefónica en la contratación administrativa de la AGE (con

una cuota del 85%), este agente se encuentre en la actualidad prestando la mayor parte de los servicios objeto de la licitación.

En este contexto, un plazo de implantación excesivamente corto podría configurarse como una barrera para la entrada de terceros operadores, que deberían asumir los altos costes derivados de la imposibilidad de hacer frente a un proceso de migración complejo en el plazo de tiempo inicialmente estipulado, a través del mantenimiento transitorio a su costa de los servicios que actualmente se están prestando. Por ello, tal periodo de implantación excesivamente corto sólo redundaría en beneficio del operador ya firmemente establecido en el ámbito de la contratación administrativa, en perjuicio del resto de agentes económicos y, en última instancia, del propio desarrollo del mercado. (...).

Con el objetivo de garantizar que la concurrencia al proceso de licitación convocado se lleva a cabo en igualdad de condiciones, resulta por tanto esencial establecer un plazo de implantación suficientemente extenso para garantizar que la migración puede llevarse a cabo en la práctica también por parte de operadores terceros¹⁹.

Pues bien, cabe tener en cuenta que, atendiendo al objeto del contrato de la licitación de Madrid Destino, el adjudicatario de los servicios tendrá, al menos, que: (i) prestar servicios en diversas dependencias, sedes y centros de trabajo que dispone Madrid Destino por toda la provincia, a través de una red corporativa, (ii) asegurar un alto nivel de calidad en las comunicaciones de voz/datos, (iii) renovar el equipamiento si fuera necesario para dar soporte, así como (iv) instalar una línea de banda ancha dedicada en las ubicaciones que no cuenten con conexión al centro de datos de la sede principal de Madrid Destino o que por seguridad deban emplear una red diferenciada.

Por ello, se considera que el plazo de 2 meses podría ser insuficiente para algunos operadores que para provisionar los servicios necesitarían hacer uso de los servicios mayoristas que prestan otros operadores de red, como Telefónica en calidad de operador declarado con PSM²⁰ en los mercados de banda ancha y líneas alquiladas (mercados 3b, 4 y 6²¹). Los plazos necesarios para instrumentalizar el acceso a dichos inputs mayoristas inevitablemente serán más dilatados que en el caso del operador que ya viene prestando los servicios, lo que debería ser tomado en consideración a la hora de establecer el plazo de implantación.

Por ejemplo, para prestar algunos de los servicios establecidos en los pliegos, como proveer la red corporativa a Madrid Destino y circuitos dedicados para garantizar que todas las sedes o centros de trabajo estén conectadas al centro de datos de la sede principal, los operadores alternativos probablemente precisarán solicitar a Telefónica servicios mayoristas, como los de la ORLA²².

¹⁹ La AGE estableció en los pliegos un plazo de implantación del contrato de 6 meses y la CNMC le propuso ampliar a un mínimo de 9 meses debido a la complejidad técnica de algunos servicios objeto de esta licitación pública.

²⁰ Poder Significativo de Mercado

²¹ <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/telecomunicaciones/analisis-mercados>

²² Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas

Los plazos regulados para provisionar los circuitos, dependiendo de su velocidad, se encuentran comprendidos entre los 18 días (Nx64 Kbit/s) y los 60 días (como los circuitos Ethernet, Fast Ethernet y Gigabit Ethernet). Por lo que, en los casos en que fuera necesario provisionar líneas de gran capacidad, solo el plazo regulado del servicio mayorista cubriría todo el plazo de implantación o migración establecido por Madrid Destino en sus pliegos.

En conclusión, se considera que el plazo establecido por dicha empresa pública, para que el adjudicatario realice las actuaciones necesarias para la puesta en funcionamiento de los servicios, debería haber sido más amplio, como mínimo de 4 meses, como propone ASTEL. Por tanto, en el caso que nos ocupa, se podría concluir que Madrid Destino podría haber restringido la participación de los operadores alternativos con menoscabo del fomento de la competencia en el mercado empresarial²³, al fijar en sus pliegos un plazo de migración de solo 60 días.

Finalmente, se recomienda que, para poder minimizar estos plazos de migración, los pliegos deberían incluir condiciones destinadas a que el adjudicatario del servicio facilite su migración al finalizar el contrato, ante la posibilidad de que este pierda la siguiente licitación²⁴. Estas condiciones podrían consistir en la imposición de penalizaciones, en caso de producirse retrasos en la migración del servicio, y el establecimiento de reglas claras en cuanto a los importes a abonar por el operador ganador de la licitación durante dicho periodo de migración.

En definitiva, es aconsejable un diseño de pliegos prospectivo que fomente la competencia no solo en la licitación en curso, sino también al terminar el contrato objeto de dicha licitación, ante la posibilidad de que en las próximas licitaciones el operador adjudicatario de los servicios sea distinto.

d) Que el pliego incluya conexiones FTTH y DSL sin cobertura en el servicio mayorista de Telefónica, en un porcentaje muy alto

ASTEL hace referencia a los pliegos de prescripciones técnicas del procedimiento de licitación que, el 8 de marzo de 2018, publicó en el BOE la Dirección General del SEPE²⁵, para la contratación de los servicios de comunicaciones de Datos, Internet, Telefonía Fija y Telefonía Móvil que constituyen la Red del SEPE, así como a la oferta presentada por Telefónica a

²³ Según los datos que maneja esta Comisión la cuota de Telefónica en el mercado empresarial es de alrededor del 70%.

²⁴ Esta Comisión ha observado que en ocasiones pueden darse prácticas dilatorias (o pocos incentivos) por parte del prestador saliente, a la hora de migrar los servicios de comunicaciones electrónicas a un nuevo adjudicatario, al terminar el contrato y perder la siguiente licitación del servicio. Sirva de ejemplo el expediente RO 2013/569, relativo al conflicto de portabilidad presentado por Telefónica frente a Orange, por la denegación de las solicitudes de portabilidad de la numeración del Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació de la Generalitat de Catalunya (CTTI), mediante el uso indebido de la especificación técnica de portabilidad fija, que puso fin la Resolución de 19 de septiembre de 2013.

²⁵ Servicio Público de Empleo Estatal.

dicho contrato, cuyos lotes 1 y 3²⁶ le fueron finalmente adjudicados mediante resolución publicada el 13 de julio de 2018 -como se desprende de la plataforma de contratación del sector público²⁷-.

A este respecto, se indica que, desde el punto de vista de un cliente empresarial solicitante del servicio, parece razonable que este defina los requisitos de conectividad que estime necesarios para poder desarrollar su actividad. Por lo tanto, tampoco parece adecuado limitar la capacidad de las Administraciones, empresas o entidades públicas para determinar en sus pliegos las velocidades y capacidades que estimen oportunas para los enlaces que dan conexión a sus dependencias y exigirles que las condicionen en función de los despliegues existentes de los operadores.

Desde el punto de vista de una Administración, entidad o empresa pública licitante, el objetivo es encontrar en el mercado quién pueda ofrecerle los servicios que precisa a un precio que considere adecuado, independientemente de si ello requiere de despliegues de red *ad hoc* por parte de los prestadores del servicio. Ahora bien, en caso de ser necesarios despliegues adicionales, los costes asociados y, por tanto, las ofertas que deberían presentarse podrían no adecuarse al presupuesto de licitación por insuficiente, lo que podría provocar que la licitación quedara desierta, obligándole a subir el presupuesto o, en el caso del SEPE, a rebajar las prestaciones solicitadas.

Por consiguiente, en contestación a la consulta de ASTEL, esta Comisión considera lícito que las AAPP soliciten la conectividad que estimen oportuna, en términos de capacidades, para poder realizar su actividad²⁸, como en el ejemplo de la licitación pública del SEPE.

Es más, no parece razonable que la discrecionalidad de las AAPP, para determinar las capacidades de conectividad necesarias para su actividad, esté limitada por la cobertura del servicio mayorista del operador regulado, que no tienen por qué conocer o es intrascendente para definir el objeto de la licitación pública.

No obstante lo anterior, la valoración es distinta si esta cuestión se plantea desde el punto de vista del ofertante, en este caso Telefónica, tal y como se aborda en las siguientes preguntas.

²⁶ De datos y telefonía fija y de acceso a Internet.

Telefónica Móviles España, S.A.U. resultó adjudicataria del lote 2 de comunicaciones móviles.

²⁷ https://contrataciondelestado.es/wps/poc?uri=deeplink%3Adetalle_licitacion&idEvl=Pu%2FFf4a5VTMQK2TEfXGy%2BA%3D%3D

²⁸ No obstante lo indicado, sería deseable que quien diseñe los pliegos de prescripciones técnicas en las Administraciones, entidades y empresas públicas tenga conocimientos del mercado y de las soluciones existentes y disponibles en las inmediaciones de cada sede que se pretenda cubrir con el servicio que licitan, para no solicitar requisitos innecesarios o desproporcionados que, además de producir el efecto de limitar los posibles oferentes, pueden encarecer el precio del contrato para la propia administración pública.

2. Si resulta acorde o no con la normativa de comunicaciones electrónicas y de competencia que Telefónica presente en la documentación de su oferta en un concurso público:

- a) Un servicio de comunicaciones electrónicas que, si bien entra dentro de sus servicios regulados (por ejemplo, la banda ancha), no está disponible en la oferta minorista (por ejemplo, una modalidad de servicio FTTH no disponible) o que Telefónica oferte un servicio descatalogado**

Sobre la falta de replicabilidad técnica del servicio, cabe indicar que, de acuerdo con la regulación vigente de los mercados 3a, 3b y 4²⁹, entre las obligaciones impuestas a Telefónica está la obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso de banda ancha, en los mercados 3b y 4. Entre otros aspectos, esta obligación implica *“facilitar un acceso suficiente para garantizar la replicabilidad técnica de todas las ofertas minoristas de banda ancha que comercialice, bien directamente o a través de otras empresas de su mismo grupo”*.

Para hacer efectiva dicha obligación, con anterioridad al lanzamiento por parte de Telefónica o de cualquier empresa de su grupo empresarial de nuevas modalidades de servicios minoristas de banda ancha, o de modificación de sus condiciones de prestación, que incluyan características o parámetros técnicos no disponibles en sus ofertas mayoristas y que, por tanto, no permitan su replicabilidad técnica, este operador está obligado a comunicarlo a la CNMC y presentar una propuesta de modificación de la oferta de referencia, para que se posibilite dicha replicabilidad técnica de su oferta minorista. De hecho, tal y como se indica en la Resolución de 24 de febrero de 2016, *“Telefónica no podrá proceder a la comercialización del servicio o modalidad a nivel minorista hasta pasado al menos un mes desde la disponibilidad mayorista que permita la replicabilidad técnica.”*

Además, Telefónica está obligada a garantizar la replicabilidad económica de sus ofertas, a partir del servicio mayorista de acceso de banda ancha en su variante empresarial, al igual que ocurre en los respectivos servicios del mercado residencial. Por otra parte, la obligación de garantizar la replicabilidad económica y técnica de sus productos está también regulada en el mercado 6 (líneas alquiladas terminales)³⁰.

Sin embargo, esta obligación de Telefónica de no ofrecer servicios minoristas que no estén disponibles en la oferta mayorista, no debe entenderse en el

²⁹ Resolución de 24 de febrero de 2016, por la que 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).

³⁰ Resolución de 11 de abril de 2013 (exp. MTZ 2012/2017).

sentido estricto de que deba existir una modalidad mayorista idéntica a la ofrecida en el mercado minorista, con los mismos parámetros de calidad.

Así es, en un mercado como el empresarial (en el que están incluidas las AAPP), las demandas específicas de servicios, en términos de velocidades o de parámetros de calidad (QoS) que aparecen en cada licitación -que pueden ser incluso distintas para cada sede de la empresa o de las AAPP-, podrían llegar a suponer un número muy significativo de posibles modalidades del servicio mayorista a prestar.

Por ello, es razonable considerar que un número de modalidades del servicio mayorista ofrecido por Telefónica, limitado a un escalado de capacidades disponibles en términos de velocidades y parámetros de QoS, pueda ser suficiente para satisfacer las demandas de un mercado empresarial, cumpliendo con las obligaciones de replicabilidad técnica. Si, en dicho contexto, los precios mayoristas establecidos permiten replicar la oferta de servicios ofrecida por Telefónica a nivel minorista, no habría inconveniente desde el punto de vista de la regulación aplicable.

En cambio, si tras el análisis correspondiente, se concluyera que Telefónica ofrece unos servicios minoristas de banda ancha con unos parámetros QoS (de pérdidas de paquetes, retardo o jitter, etc.), que no están disponibles en las modalidades mayoristas de la oferta de referencia, o con unas velocidades no replicables, y se determinara una ausencia de la replicabilidad técnica exigida, ello implicaría un incumplimiento de sus obligaciones por parte de Telefónica.

En cuanto a la posibilidad de que Telefónica oferte un servicio minorista descatalogado, como apunta ASTEL, deberían analizarse también los servicios mayoristas que permitían la prestación de ese servicio minorista y las condiciones regulatorias de contorno.

Por ejemplo, si la descatalogación del servicio minorista hubiera implicado también la desaparición de alguna modalidad mayorista, ello se habría producido previa aprobación de esta Comisión, que habría fijado unas condiciones (como la imposibilidad de dar nuevas altas en el ámbito minorista). Por tanto, habría que analizar la concurrencia de dichas condiciones, para poder determinar asimismo la existencia de indicios de incumplimiento de obligaciones por el lanzamiento de una oferta determinada.

Debe llamarse la atención sobre la posibilidad de otros escenarios. Por ejemplo, si la oferta minorista ofrecida por Telefónica puede variar únicamente por una simple cuestión de gestión de sus servicios, sin afectación alguna ni supresión de los servicios mayoristas prestados. Ello no supondría un incumplimiento de la regulación aplicable si Telefónica garantizara la replicabilidad técnica y económica del servicio minorista prestado.

De manera que ha de estarse al caso concreto planteado y a la regulación aplicable a ese supuesto a nivel mayorista.

Por último, debe recordarse que un operador alternativo puede solicitar a la CNMC la modificación de la oferta mayorista correspondiente para incorporar características técnicas no disponibles, pero que considere que Telefónica está ofreciendo en el mercado minorista.

b) Un servicio regulado para el que, en el momento de la licitación, Telefónica indica que no tiene cobertura en su servicio mayorista

En primer lugar, es de interés recordar que, además de las obligaciones de replicabilidad técnica y económica impuestas en la referida regulación de los mercados 3a, 3b y 4 actualmente vigente, Telefónica también tiene impuestas las obligaciones de transparencia y no discriminación en las condiciones de los servicios mayoristas de acceso de banda ancha, consistente esta última en garantizar que este operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones.

En segundo lugar, en relación con la cobertura de los servicios de banda ancha minorista y mayorista y la información que ha de suministrar Telefónica, es necesario analizar la diferente casuística y la regulación existente, según se presten estos servicios sobre cobre o sobre fibra óptica.

Cobertura de servicios de cobre

En el caso de los servicios prestados sobre cobre, debe tenerse presente que es una tecnología sobre la que ya no se realizan despliegues para alcanzar nuevas zonas. De hecho, según lo dispuesto en la Resolución que analiza los actuales mercados 3a, 3b y 4, se está produciendo el cierre y desmantelamiento de parte de la red de cobre por parte de Telefónica, que debe seguir la regulación establecida al respecto. Por ello, a priori no deberían darse supuestos en los que Telefónica ofreciera servicios minoristas sobre su red de cobre en unidades inmobiliarias en las que el cobre no estuviera también disponible para soportar los servicios mayoristas equivalentes.

Además de la disponibilidad del servicio en sí en la ubicación del cliente, para los servicios prestados sobre cobre existe otra información relevante para los operadores que han de suministrar los sistemas de Telefónica, como es la idoneidad del par para soportar determinadas velocidades³¹.

³¹ Sistema mayorista NEON de Telefónica a través de “Servicios Web” o Web Services (WS, por sus siglas en inglés) con el que interactúan los operadores. Además de la consulta a este sistema, los operadores disponen de un fichero descargable con el listado de fincas en cobertura.

La información que figura en dicha base de datos debe ser la misma que la que utilice la propia Telefónica para la configuración de sus servicios minoristas. ASTEL aporta como ejemplo el análisis de la licitación pública del SEPE, que incluye un número muy elevado de ubicaciones cuyos pares de cobre no soportarían las velocidades ofertadas por Telefónica, según la información disponible en las bases de datos mayoristas³².

Podría existir la posibilidad de que Telefónica ofreciera servicios del tipo “*hasta N Mbit/s*”, donde el alcance de la velocidad máxima está condicionada a la capacidad del par, lo que podría justificar su actuación. Si, posteriormente, el par no pudiera garantizar la velocidad máxima solicitada en el pliego, ello sería una cuestión que correspondería dirimir al cliente con Telefónica, en su caso.

En cambio, si la información que maneja Telefónica para sí misma, sobre la velocidad que soportan sus pares, fuera diferente a la suministrada a los operadores en su base de datos, esta práctica podría suponer un incumplimiento muy grave de las obligaciones de transparencia y no discriminación que tiene impuestas en el mercado³³.

Cobertura de servicios FTTH

En el caso de los servicios prestados sobre la fibra óptica, no existiendo ninguna problemática sobre las velocidades soportadas, debido a las características de la propia tecnología, la única consulta sobre la cobertura que hacen los operadores consiste en conocer si en una determinada ubicación puede provisionarse el servicio mayorista. Esta información ha de estar disponible en los sistemas y bases de datos implementados por Telefónica.

Dicha facilidad de consulta de cobertura se realiza principalmente mediante el acceso a los citados *Web Services (WS)*, que informa a los operadores mediante una única consulta sobre la disponibilidad de los diversos servicios regulados (ADSL-IP, NEBA residencial y empresarial sobre cobre y fibra y NEBA Local) en un determinado domicilio (especificado mediante una codificación del propio domicilio o la identificación de un acceso de cobre o fibra ya activo en esa ubicación).

Además, dichos WS deben proporcionar también “*información sobre las previsiones de disponibilidad futura FTTH (...), del mismo tipo y calidad que la que Telefónica utiliza en su minorista*”³⁴. En la última revisión del WS de consulta

³² Según el cual, hasta en el 78% de las sedes (366) el par está calificado como “no válido” para soportar la velocidad ofertada, solo en un 7% (33) es calificado como “potencialmente válidos” o en un 5% (24) como “dudoso”, no disponiéndose de datos para el 10% (48) de las sedes restantes

³³ Recuérdese a estos efectos la Resolución de la CMT de 30 de octubre de 2008 (expediente RO 2007/1435).

³⁴ Resolución de la CNMC de 10 de marzo de 2016 sobre la revisión de la oferta de referencia del servicio mayorista de banda ancha NEBA que aprobó introducir nuevos campos de salida en el WS de consulta de cobertura, entre ellos las previsiones de disponibilidad futura FTTH.

de cobertura³⁵, en relación con la planificación y previsiones de disponibilidad FTTH futura, se precisó también que *“si internamente Telefónica asigna plazos concretos y vinculantes a los estados que indica en el minorista, deben asignarse también en el mayorista, y su falta podría deberse a discriminación”*.

Como ya se ha indicado, ASTEL señala que, en las ofertas presentadas en las licitaciones públicas, Telefónica estaría ofreciendo el servicio minorista de banda ancha en ubicaciones que no aparecen en la base de datos de cobertura del servicio mayorista.

Si la razón de ello fuera que la información disponible en las bases de datos sobre las unidades inmobiliarias bajo cobertura, utilizada para el servicio minorista y mayorista, fuera distinta, esta actuación podría implicar un grave incumplimiento por parte de Telefónica de las obligaciones regulatorias que tiene impuestas.

De lo puesto de manifiesto por ASTEL -y como ha señalado la CNMC en otras ocasiones-, se desprende lo importante que es para los operadores que la información de cobertura sea completa y que se informe sin errores ni excepciones de todas las ubicaciones en las que puede provisionarse el servicio o a las que vaya a extenderse la cobertura según el despliegue previsto³⁶. Esto es, la información de cobertura ha de reflejar todas las fincas alcanzables desde las Cajas Terminales Ópticas disponibles, como se señala en las resoluciones citadas.

En este sentido, las obligaciones vigentes en los mercados 3a, 3b, 4 y 6, en materia de transparencia y no discriminación, así como el artículo 12.7 de la LGTel, prohíben que las divisiones comerciales de Telefónica conozcan, antes de que aparezcan en las bases de datos mayoristas, los despliegues planificados y, por tanto, que puedan utilizar dicha información para ofertar sus servicios minoristas en determinadas ubicaciones incluidas en las licitaciones, al disponer de las unidades que estarán en cobertura en un futuro próximo, como se ha descrito anteriormente³⁷.

Otra posibilidad que cabría es que la ubicación no estuviera en cobertura, pero que existiera un despliegue contiguo a dicha ubicación. En este caso, Telefónica podría considerar que la ubicación está en el área de influencia de dicho despliegue y optar por realizar una conexión bajo demanda.

³⁵ Resolución de la CNMC de 30 de marzo de 2017 por la que se modifica la Oferta de Referencia de los servicios NEBA y NEBA Local para incorporar una nueva versión del Web Service de consulta de cobertura (OFE/DTSA/001/17 WS COBERTURA).

³⁶ A este respecto, ver la Resolución del procedimiento sancionador incoado a Telefónica de España, S.A.U. por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de ubicación en centrales cabecera (SNC/DTSA/063/18).

³⁷ Sobre esta obligación, ya se pronunció esta Comisión en el expediente IFP/DTSA/022/17/TELEFÓNICA USO INFORMACIÓN MAYORISTA (Acuerdo de archivo de 21 de junio de 2017).

Ello supondría una alteración del modo de proceder en el servicio minorista y en tal caso, en cumplimiento de las obligaciones que tiene impuestas, dicho criterio debería también ser aplicado por Telefónica en el servicio mayorista. Sin embargo, cabe indicar que el servicio mayorista de acceso de banda ancha para el segmento empresarial (NEBA empresas) actualmente no contempla la posibilidad de solicitar conexiones bajo demanda. Por ello, si Telefónica estuviera interesada en realizar este tipo de actuaciones para el segmento minorista –sin que esté prevista la posibilidad a nivel mayorista–, debería solicitar la modificación de la oferta de referencia de NEBA empresas, en la que se definiría con detalle el procedimiento y las condiciones de suministro de dicha conexión a demanda en una ubicación “*ad-hoc*”, en línea con el propio proceder de Telefónica para sus servicios minoristas.

Finalmente, cabría la posibilidad de que Telefónica aprovechara que un concurso incluye la solicitud de conexión de determinados núcleos de población para planificar un despliegue nuevo para alcanzarlos. En ese contexto, se trataría de proyectos de gran escala cuya rentabilidad (y, por ende, ejecución) estaría condicionada a la consecución de la licitación. Dichos proyectos para alcanzar núcleos de población fuera de cobertura, por su escala y por esa ejecución no comprometida, no podrían reflejarse adecuadamente en la información de servicios mayoristas, lo que constituiría una excepción a la información exigible a nivel mayorista.

Por consiguiente, a la vista de todo lo expuesto, se concluye que, si Telefónica estuviera ofreciendo servicios minoristas en las sedes incluidas en una licitación que, en el momento de su publicación no estuvieran incluidas en la base de datos de cobertura del correspondiente servicio mayorista regulado, salvo que se tratase de despliegues en una zona no cubierta vinculados a la propia licitación, esta práctica podría no ser acorde con las obligaciones regulatorias que tiene impuestas.

c) Unos precios por un servicio, que incumplen y que no son replicables por los operadores sobre la base de la metodología aprobada por la CNMC para el mercado corporativo en su Resolución de 26 de julio de 2018 en el procedimiento OFMIN/DTSA/004/17

Como ya se ha señalado anteriormente, de conformidad con la obligación de replicabilidad económica de los servicios de banda ancha que Telefónica tiene impuesta en los mercados 3a, 3b y 4 (Resolución antes citada de 24 de febrero de 2016), esta operadora debe garantizar que las ofertas minoristas dirigidas al segmento empresarial, incluidas las Administraciones Públicas, son replicables económicamente a partir de los servicios mayoristas que tiene regulados, en

concreto, de líneas alquiladas, de acceso de banda ancha y de acceso a conductos³⁸.

Debe tenerse presente, en todo caso, que el análisis de replicabilidad de este tipo de ofertas, que incluyen diversos servicios de comunicaciones electrónicas prestados en numerosas ubicaciones, es sumamente complejo. De esta forma, es necesario realizar este análisis pormenorizado antes de poder concluir que una oferta presentada por Telefónica es o no replicable. Para ello, esta Comisión debe realizar un análisis de replicabilidad individualizado, siguiendo la metodología indicada en la consulta, aprobada por Resolución de fecha 26 de julio de 2018.

En cada análisis de replicabilidad es necesario requerir información específica a Telefónica para conocer los detalles de la oferta y poder evaluar qué servicios mayoristas deben considerarse.

Esta complejidad hace inviable que la CNMC pueda analizar todas las ofertas presentadas por Telefónica. No obstante, esta Comisión analiza las ofertas de Telefónica que han sido denunciadas por algún operador. Pueden consultarse al respecto las Resoluciones de esta Comisión relativas a las licitaciones públicas convocadas por el Ayuntamiento de Villena³⁹, la Universidad de Valladolid (UVA)⁴⁰ y el Gobierno Vasco⁴¹.

Por tanto, si ASTEL considera que alguna oferta concreta presentada por Telefónica pudiera ser no replicable, tiene la opción de interponer una denuncia ante esta Comisión, aportando todos los datos relevantes sobre la misma y los razonamientos y cálculos por los que considera que la oferta no es replicable, sin perjuicio de la posibilidad de actuar de oficio por parte de la CNMC para evaluar la replicabilidad de cualquier oferta.

Además, con independencia de lo señalado en relación con el cumplimiento de la normativa sectorial en materia de comunicaciones electrónicas, debe señalarse que todas las empresas están sujetas al cumplimiento de la normativa en materia de competencia. En el caso de aquellas empresas que pudieran ostentar una posición de dominio en un mercado determinado, el artículo 2 de la

³⁸ Sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente la CNMC en el Acuerdo, de 1 de julio de 2020, por el que se da contestación a la consulta formulada por Colt Technology Services, S.A.U. en relación con el ámbito de aplicación de la oferta MARCo (CNS/DTSA/471/20).

³⁹ Resolución, de 2 de junio de 2015, por la que se archivó la denuncia (OFMIN/DTSA/14/1203/DENUNCIA VILLENA).

⁴⁰ Resolución, de 20 de diciembre de 2016, por la que se archivó el expediente OFMIN/DTSA/001/16/DENUNCIA UNIVERSIDAD VALLADOLID.

⁴¹ Resolución de 11 de mayo de 2017, por la que se puso fin al expediente OFMIN/DTSA/004/15/DENUNCIA GOBIERNO VASCO. A partir de las conclusiones obtenidas durante la tramitación de este expediente, la CNMC incoó a Telefónica el procedimiento administrativo sancionador SNC/DTSA/067/17, que finalizó con la Resolución, de 25 de abril de 2018, por la que se sancionó a esta operadora por importe de 8.500.000 de euros, por incumplir la obligación de garantizar la replicabilidad económica de sus ofertas minoristas.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio. En particular en su artículo 2.2 recoge determinadas prácticas o conductas en las que podría consistir el abuso. Por ello, en caso de que ASTEL considere que en algún mercado concreto Telefónica pudiera ostentar una posición de dominio, y hubiera podido cometer una práctica prohibida en la normativa de competencia, tiene la opción de interponer una denuncia ante esta Comisión, aportando todos los datos relevantes sobre la misma, según se detalla en <https://sede.cnmc.gob.es/tramites/competencia/denuncia-de-conducta-prohibida>

3. Si una posible vulneración de la normativa de comunicaciones electrónicas o de competencia por parte de Telefónica según se desprende de la documentación presentada por la misma en una licitación pública (tales como las recogidas en el punto 2 anterior), debe conllevar, de conformidad con la normativa aplicable, la inadmisión de la oferta de Telefónica por el órgano de contratación

A lo largo de esta consulta se han tratado aquellos aspectos en los que se considera que una teórica oferta presentada por Telefónica pudiera presuntamente vulnerar las obligaciones de replicabilidad técnica y económica que tiene impuestas en los actuales mercados 3, 4 y 6, lo que en cualquier caso tendría que dirimirse en el procedimiento sancionador que se incoase al respecto, teniendo en cuenta el caso concreto planteado.

No obstante, por lo que respecta a la Administración licitante, cabe remitirse a lo indicado en la Resolución de 25 de abril de 2018, del procedimiento sancionador incoado a Telefónica por el incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba el análisis y definición de los mercados 4 y 5 (infraestructuras físicas y banda ancha), y a la Resolución de 13 de abril de 2013, por la que se aprueba el análisis y definición del mercado 6 (líneas alquiladas terminales)⁴², por la que se declaró responsable a dicha operadora de incumplir la prohibición de estrechamiento de márgenes establecida en dichos pronunciamientos, al realizar una oferta económicamente no replicable en el seno del concurso público convocado por el Gobierno Vasco, el 7 de octubre de 2015:

“no es razonable pensar que el Gobierno Vasco debió tener en cuenta, en el procedimiento de adjudicación del contrato, todas y cada una de las concretas obligaciones regulatorias sectoriales a que está sujeta Telefónica en el marco de las Resoluciones de análisis y definición de los mercados 4, 5 y 6 dictadas por esta Comisión. Como se ha venido reiterando, la relación de especial sujeción de Telefónica con la regulación emanada de esta Comisión le presupone un conocimiento de sus obligaciones en el preciso ámbito jurídico y tecnológico en el

⁴² SNC/D TSA/067/17

que opera, (...). Sin embargo, esta presunción no se puede predicar del Gobierno Vasco, que no es competente en la regulación sectorial de telecomunicaciones”.

En efecto, no es posible exigir a la Administración licitante que conozca en profundidad y, por ello, que tenga en cuenta las obligaciones regulatorias que tiene impuestas Telefónica a la hora de admitir o valorar sus ofertas, a efectos de la adjudicación del contrato, sin perjuicio de su obligación de promover la competencia a través del diseño de los pliegos de prescripciones técnicas (artículo 126 de la LCSP).

Sin embargo, esta Comisión quiere destacar, como ha hecho otras veces, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70.2.l) de la LGTel, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales pueden consultar a este organismo en materia de comunicaciones electrónicas siempre que tengan dudas sobre las ofertas presentadas por los operadores a sus licitaciones públicas y, especialmente, por Telefónica, o quieran garantizar la convocatoria de concursos pro-competitivos⁴³.

En el ámbito de las comunicaciones electrónicas, ello es especialmente recomendable, porque Telefónica tiene una serie de obligaciones regulatorias impuestas, que ha de cumplir de forma escrupulosa, debido al elevado poder significativo de mercado que detenta en la actualidad en el segmento empresarial y, más en concreto, en el sector de las AAPP, donde su cuota de mercado es aún mayor (más del 70%).

4. Si la CNMC estima que algunas de las condiciones indicadas son anticompetitivas o discriminatorias, proceda a remitir su contestación a la OIRSC, con el fin de que pueda analizarlas y emitir un dictamen para los órganos de contratación

El artículo 332 de la LCSP ha creado la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación⁴⁴ (OIRSC) con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en concreto, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública.

Entre las funciones atribuidas a la OIRSC, según lo dispuesto en el apartado 6 del referido artículo 332 de la LCSP, se encuentran las de:

“b) Velar por la correcta aplicación de la legislación de la contratación pública a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistémicos.

d) Promover la concurrencia en la contratación pública y el seguimiento de las buenas prácticas”.

⁴³ La CMT ya se pronunció en este sentido en el Informe por el que se solicitaba al Gobierno que adoptase medidas legislativas y reglamentarias para la mejora del marco normativo del sector de las comunicaciones electrónicas (MTZ 2012/1169).

⁴⁴ Órgano colegiado de la AGE y de las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de ella (artículo 19 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

En ejercicio de las funciones previstas en dicho apartado, la OIRSC puede, entre otras cosas:

“Aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, así como elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación, si de la supervisión desplegada se dedujese la conveniencia de solventar algún problema, obstáculo o circunstancia relevante a los efectos de dar satisfacción a los fines justificadores de la creación de la Oficina. Las instrucciones y las recomendaciones serán objeto de publicación. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, las instrucciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector público del Estado”.

A la vista de lo expuesto a lo largo de este acuerdo, procede tener en cuenta que cada vez es más recurrente que esta Comisión tenga conocimiento por distintas vías⁴⁵ de condiciones fijadas en los pliegos de prescripciones técnicas de los servicios de comunicaciones electrónicas, publicados en las licitaciones de contratos por las Administraciones, entidades y empresas públicas (estatales, autonómica y locales), que podrían limitar, no ya la adjudicación de los servicios, sino la posibilidad de que un operador alternativo pueda presentarse a los concursos públicos, y generar efectos restrictivos sobre la promoción de la competencia efectiva y la concurrencia en la contratación pública.

Se trataría de condiciones como las siguientes:

- la integración de los servicios licitados en un lote único e incluyendo los servicios móviles, lo que impide que los operadores que solo prestan servicios fijos puedan presentarse;
- la constitución de un lote de varios servicios fijos que solo es asumible por los grandes operadores;
- el establecimiento de plazos muy cortos de migración de los servicios y no realistas para la entrada de un operador distinto al prestador ya existente;
- requerir sin justificación técnica o funcional alguna (i) condiciones técnicas injustificadas, como tener red propia en todas las ubicaciones o excluir a los OMV prestadores de servicios, o (ii) soluciones tecnológicas concretas (fibra óptica o 4 y 5G), en contra del principio de neutralidad tecnológica.

Por ello, procede comunicar este acuerdo a la OIRSC a los efectos que estime oportunos en el ejercicio de las competencias que tiene reconocidas en la LCSP.

⁴⁵ Principalmente, a través de consultas de operadores e informes de pliegos de prescripciones técnicas o de licitaciones públicas y denuncias relacionadas con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de la Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM).

IV. CONCLUSIONES

En contestación a la consulta planteada por ASTEL, se concluye que:

- Al diseñar los pliegos de prescripciones técnicas de sus licitaciones públicas relacionadas con contratos de servicios de comunicaciones electrónicas, las entidades y empresas públicas licitantes deberían tener en cuenta las consideraciones sobre las cláusulas analizadas en este acuerdo, con el fin de evitar incurrir en un incumplimiento de los principios y objetivos previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y en el artículo 3 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.
- Las Administraciones, entidades y empresas públicas tienen la capacidad de delimitar en los pliegos de prescripciones técnicas las velocidades y capacidades que estimen oportunas para los enlaces que dan conexión a sus dependencias, no pudiéndoseles exigir que las condicionen en función de los despliegues existentes de los operadores.
- Telefónica de España, S.A.U. -y las empresas de su grupo⁴⁶- está obligada a garantizar la replicabilidad técnica y económica de sus ofertas minoristas de banda ancha que presente en las licitaciones públicas. Sin embargo, la obligación de Telefónica de garantizar la replicabilidad técnica de sus ofertas no debe entenderse en el sentido estricto de que deba existir una modalidad mayorista idéntica a la ofrecida en el mercado minorista, con las mismas capacidades disponibles en términos de velocidades y parámetros de calidad.
- Telefónica de España, S.A.U. puede ofertar servicios minoristas de banda ancha descatalogados, siempre que cumpla con las condiciones que haya fijado esta Comisión al descatalogar el servicio mayorista equivalente. En el caso de que no hubiera existido ninguna supresión de un servicio mayorista, el hecho de que la oferta minorista ofrecida por esta operadora variara en una mera cuestión de gestión de sus servicios no supondría un incumplimiento de la regulación aplicable, si se garantizara la replicabilidad técnica y económica de dicho servicio.
- Las obligaciones de transparencia y no discriminación que tiene impuestas Telefónica de España, S.A.U. no le permiten ofrecer servicios minoristas en las sedes incluidas en una licitación que, en el momento de su publicación no estén incluidas en la base de datos de cobertura del correspondiente servicio mayorista regulado, salvo que se trate de despliegues en zonas no cubiertas, vinculados a la propia licitación.
- Si ASTEL, o cualquier otro interesado, tuviera conocimiento de alguna oferta presentada por Telefónica de España, S.A.U que pudiera no ser replicable – técnica o económicamente-, puede presentar una denuncia ante esta

⁴⁶ Ver apartado III.3 de la Resolución de 24 de febrero de 2016.

Comisión, aportando todos los datos relevantes sobre dicha oferta y los razonamientos y cálculos por los que considera que la oferta no es replicable.

- Asimismo, en el caso de que ASTEL considere que en algún mercado concreto Telefónica pudiera ostentar una posición de dominio y hubiera podido cometer una práctica prohibida en la normativa de competencia, tiene la opción de interponer una denuncia ante esta Comisión, aportando todos los datos relevantes sobre la misma, para su valoración en virtud del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Esta Comisión procederá a comunicar este acuerdo a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación a los efectos que estime oportunos, en ejercicio de las competencias que tiene reconocidas en el artículo 332 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

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.