

ACUERDO POR LA QUE SE ARCHIVA LA DENUNCIA DE R CABLE Y TELECABLE TELECOMUNICACIONES, S.A. CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR LA REPLICABILIDAD DE LA OFERTA PRESENTADA EN LA LICITACIÓN PÚBLICA DE LA AXENCIA PARA LA MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA DE GALICIA

(OFMIN/DTSA/004/21/REPLICABILIDAD XUNTA)

CONSEJO. 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. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 5 de mayo de 2022

De acuerdo con la función establecida en los artículos 6.5 y 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de la Supervisión Regulatoria acuerda:

PÚBLICA

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES DE HECHO	3
II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.....	4
Primero.- Objeto del procedimiento	4
Segundo.- Habilitación competencial	5
I. III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.....	7
Primero.- Descripción del concurso público convocado por la Xunta de Galicia.....	7
Segundo.- Sobre la denuncia por no replicabilidad económica de la oferta presentada por Telefónica.....	8
A. Sobre el resultado del concurso	8
B. Sobre las tarifas del Anexo IV	10
C. Conclusiones	12
Tercero.- Alegaciones al informe de audiencia	13
A. Respuesta de la CNMC	14

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Ofertas económicas presentadas	9
Tabla 2. Puntuación de las ofertas técnicas presentadas	9
Tabla 3. Desglose de las puntuaciones totales.....	10

ÍNDICE DE IMÁGENES

Imagen 1. Anexo IV de la oferta presentada por Telefónica.....	10
--	----

PÚBLICA

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Escrito de R Cable y Telecable Telecomunicaciones

Con fecha 17 de marzo de 2021, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de R Cable y Telecable Telecomunicaciones, S.A. (R Cable), mediante el que interponían una denuncia frente a Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica), en relación con la replicabilidad económica de la oferta presentada por esta última en la licitación pública convocada, en noviembre de 2020, por la Axencia para la Modernización Tecnológica de Galicia (en adelante, Xunta), con código de expediente AMT-2021-0007.

En concreto, R Cable denunció que los precios ofertados por Telefónica en el Anexo IV sobre las “*Tarifas-Lote 1*”, eran “*anómalos*”, “*por tratarse de un importe entre 800 y 320.000 veces inferior al Importe Máximo establecido en el Pliego*”.

Segundo. Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento y requerimiento de información a Telefónica

Mediante sendos escritos de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de la CNMC, de fecha 25 de marzo de 2021, se comunicó a las partes interesadas (R Cable, Telefónica y la Xunta) el inicio del procedimiento administrativo, de conformidad con lo previsto en los artículos 4, 21.3 y 21.4 de la LPAC.

Asimismo, en el mismo escrito se requirió a Telefónica que aportara la oferta que había presentado a la licitación pública, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 de la LCNMC, 73 y 75 de la LPAC.

Tercero. Nuevo escrito de R Cable

El 26 de marzo de 2021, R Cable amplió su denuncia al conjunto de la oferta económica presentada por Telefónica al Lote 1 y aportó su propio análisis de replicabilidad económica.

Cuarto. Ampliación del plazo de Telefónica

El 7 de abril de 2021, Telefónica solicitó la ampliación de plazo para contestar al requerimiento de información indicado en el Antecedente Segundo, concediéndosele un plazo adicional de cinco (5) días hábiles.

PÚBLICA

Quinto. Alegaciones de las partes al acuerdo de inicio

El 9 de abril de 2021, R Cable presentó escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento mencionado en el Antecedente Segundo.

El 20 de abril de 2021, Telefónica presentó su escrito de alegaciones y la contestación al requerimiento de información mencionado en el Antecedente Segundo.

Sexto. Requerimiento de información a R Cable

El 7 de mayo de 2021, la DTSA requirió a R Cable para que aportara su oferta presentada al concurso público. Dicho operador contestó el 19 de mayo de 2021.

Séptimo. Escrito de la Xunta

El 21 de octubre de 2021, la Xunta presentó un escrito de alegaciones en el seno del presente expediente.

Octavo. Declaración general de confidencialidad

El 30 de noviembre de 2021, la DTSA declaró la confidencialidad de la información aportada por R Cable, Telefónica y la Xunta en el seno del presente procedimiento.

Noveno. Trámite de audiencia

El 24 de enero de 2022, la DTSA dio traslado a las partes de su informe de audiencia, otorgando a las partes interesadas un plazo de diez días para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la LPAC.

Décimo. Alegaciones en el marco del trámite de audiencia

Los días 11 y 15 de febrero de 2022, Telefónica y R Cable presentaron sus alegaciones al trámite de audiencia.

A los anteriores Antecedentes de Hecho le son de aplicación los siguientes:

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto analizar la denuncia de R Cable sobre la posible existencia de un comportamiento anticompetitivo por parte de Telefónica, consistente en la realización de una oferta económicamente no

PÚBLICA

replicable y, por tanto, contraria a las obligaciones regulatorias que dicho operador tiene contraídas en el seno de los mercados regulados ex ante.

En concreto, R Cable denuncia la oferta presentada por Telefónica en la licitación del concurso convocado durante el mes de noviembre de 2020, por la Axencia para la Modernización Tecnológica de Galicia, con el objeto de la prestación del “Servicio de red de telecomunicaciones corporativa de la Xunta de Galicia”, con código de expediente AMT-2021-0007.

Segundo.- Habilitación competencial

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. En particular, el artículo 3 de la LGTel fija, entre otros, como objetivos de la Ley¹ los siguientes:

“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”.

Asimismo, los artículos 6 de la LCNMC y 70.2 de la citada LGTel atribuyen a la CNMC las facultades para (i) definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, (ii) identificar el operador/es con poder significativo de mercado (en adelante, PSM) y (iii) establecer, cuando proceda, las obligaciones específicas que correspondan al operador/es con PSM.

En uso de la habilitación competencial precitada, y en el momento en el que se produjeron los hechos analizados en el presente expediente, la regulación ex ante vigente provenía de los siguientes mercados regulados:

¹ Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones
<https://www.boe.es/eli/es/l/2014/05/09/9/con>

- Mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y acceso de banda ancha al por mayor² (Mercados 3a, 3b y 4/2014).
- Mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor³ (Mercado 6/2007).

En estas Resoluciones se identificó a Telefónica como operador con PSM, imponiéndosele las correspondientes obligaciones, entre las cuales se encuentra la prohibición de realizar prácticas anticompetitivas, tales como:

- *“Reducciones de precios contrarias a la regulación sectorial (estrechamiento de márgenes o precios predatorios);*
- *Empaquetamiento abusivo o injustificado (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete, no replicabilidad a partir de elementos mayoristas, ...);*
- *Discriminación abusiva en términos de precios;*
- *Cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo...)”.*

Asimismo, de conformidad con el artículo 68 de la LGTel, la CNMC, en su condición de Autoridad Nacional de Reglamentación debe actuar, en el ejercicio de las funciones que tiene legalmente atribuidas, con sujeción a los principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados para lograr, entre otros, los siguientes fines:

“e) Salvaguardar la competencia en beneficio de los consumidores y promover, cuando sea posible, la competencia basada en infraestructuras.

(...)

g) Ejercer sus responsabilidades de tal modo que se promueva la eficiencia, la competencia sostenible y el máximo beneficio para los usuarios finales”.

En definitiva, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resulta competente para conocer y resolver el presente procedimiento administrativo, en virtud de lo previsto en el artículo 21.2 de la LCNMC y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC⁴.

² Mercados aprobados mediante Resolución de 24 de febrero de 2016 (expediente ANME/DTSA/2154/14/MERCADOS 3a, 3b y 4). Esta regulación ha sido modificada mediante Resolución de 6 de octubre de 2021 (Mercados 1/2020 y 3b/2014) y Resolución de 29 de marzo de 2022 (Mercado 2 ampliado/2020).

³ Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 11 de abril de 2013 (expediente MTZ 2012/2017). Esta regulación ha sido modificada en la Resolución de 29 de marzo de 2022 (Mercado 2 ampliado/2020).

⁴ Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia <https://www.boe.es/eli/es/rd/2013/08/30/657>

PÚBLICA

Por último, el procedimiento administrativo se rige por la LCNMC y la LGTel, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la LPAC.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero.- Descripción del concurso público convocado por la Xunta de Galicia.

El día 19 de noviembre de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el concurso de la Axencia para la Modernización Tecnolóxica de Galicia, mediante procedimiento abierto, para la prestación del “[S]ervicio de red de telecomunicaciones corporativa de la Xunta de Galicia”, con número de expediente AMT-2021-0007.

La finalidad del contrato es, de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas, la contratación del servicio de la red de telecomunicaciones corporativa de la Xunta de Galicia que incluye el servicio de datos (malla troncal, red corporativa de acceso y conexión a Internet), mantenimiento de toda la infraestructura de comunicaciones y servicio de telefonía fija y móvil.

El contrato se divide en dos lotes independientes:

- Lote 1: Red corporativa de datos y telefonía fija.

De acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas (PPT) los servicios inicialmente demandados en el Lote 1 se dividen en dos grandes grupos:

- El servicio corporativo de datos engloba la red de acceso, red troncal de datos y acceso a Internet. Dicho servicio debe cubrir cerca de tres mil (3.000) ubicaciones.
- El servicio de telefonía fija, que incluye la solución de videoconferencia, así como los centros de atención de llamadas.

También indica que, además, los servicios de dicho Lote 1 deben incluir el “*mantenimiento preventivo y correctivo de todo el equipamiento de comunicaciones e infraestructuras relacionadas, tanto de acceso como de red de área local (rúteres, conmutadores, sistemas de alimentación ininterrumpida, puntos de acceso WiFi, radioenlaces IPOFDM, sistemas de videoconferencia, etc.)*”.

- Lote 2: Servicio corporativo de telefonía móvil.

La denuncia de R Cable se refiere únicamente al Lote 1 cuyo presupuesto base de licitación asciende a 31.537.806 euros (IVA excluido) para tres años de contrato, pudiéndose prorrogar a dos más.

La puntuación máxima a obtener era de 100 puntos y el criterio de puntuación de las ofertas era el siguiente:

- Criterios evaluables mediante juicio de valor (50 puntos):

PÚBLICA

- Plan técnico: 36 puntos
- Transiciones del servicio: 2 puntos
- Planes operativos: 7 puntos
- Plan de evolución tecnológica: 5 puntos
- Criterios evaluables de forma automática (50 puntos):
 - Precio: importe global 25 puntos; tarifas 2 puntos
 - Mejoras (número de líneas y velocidades): 22 puntos
 - Prestación del servicio en gallego: 1 punto

Los operadores que se presentaron a la licitación del Lote 1 fueron: Telefónica y R Cable (prestador de los servicios de telecomunicaciones a la Xunta en el momento de la licitación). El día 16 de marzo de 2021, la Xunta adjudicó el Lote 1 del concurso a Telefónica.

Segundo.- Sobre la denuncia por no replicabilidad económica de la oferta presentada por Telefónica.

R Cable afirma que la oferta presentada por Telefónica en el concurso público convocado por la Xunta no es replicable económicamente al no permitir a un tercer operador obtener un margen positivo usando los servicios mayoristas regulados para presentar la misma oferta y, por tanto, resultaría contraria a las obligaciones regulatorias que dicho operador tiene contraídas en el seno de los mercados regulados ex ante.

A. Sobre el resultado del concurso

En primer lugar, atendiendo a la documentación obrante en el expediente, en concreto el Acta de apertura del Sobre C, procede destacar que la oferta económica de Telefónica fue más elevada que la presentada por R Cable.

Como se ha visto en la descripción, el criterio “*precio*” se compone de dos conceptos: (i) el “*Importe global*” (25 puntos) por todos los servicios del Lote 1, incluido el tráfico cursado, la instalación y el mantenimiento operativo de la red corporativa de datos (en particular, se valora la rebaja ofertada sobre el importe total de licitación) y, (ii) las “*Tarifas*” (2 puntos – Anexo IV Tarifas-Lote 1) aplicables únicamente en el caso de ampliación del contrato.

Pues bien, Telefónica presentó una oferta económica con un “*Importe global*” de 27,3 millones, mientras que, la propuesta económica de R Cable ascendía a 26 millones de euros. Teniendo en cuenta el presupuesto base de licitación (31,5 millones de euros, IVA excluido), Telefónica ofertó una rebaja del 13,5%, mientras que R Cable ofertó una rebaja superior correspondiente al 17,5%.

PÚBLICA

Tabla 1. Ofertas económicas presentadas

Licitador	Presupuesto base licitación	Oferta económica	Rebaja
R Cable	31.537.806 €	26.018.689,95 €	17,5%
Telefónica		27.280.202,19 €	13,5%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de los operadores

Es decir, la oferta presentada por Telefónica es un 5% más elevada que la presentada por R Cable. Por esta oferta económica, Telefónica obtuvo 21,33 puntos en la licitación de un máximo de 25, mientras que R Cable consiguió 23,36 puntos.

En cambio, para el concepto “Tarifas”, por precios a aplicar únicamente en caso de ampliación del contrato, Telefónica obtuvo 1,53 puntos sobre un máximo de dos y R Cable 0,98 puntos. Este concepto se analizará en detalle más adelante.

Respecto al apartado de “Mejoras” (que se detallará con posterioridad) y “Prestación del servicio en gallego”, ambos operadores consiguieron la máxima puntuación en cada criterio: 22 puntos y 1 punto respectivamente.

En segundo lugar, Telefónica presentó una oferta técnica que consiguió una mejor puntuación que la de R Cable, 46,80 puntos frente a 38,60, como se puede apreciar en la siguiente tabla extraída del acta citada:

Tabla 2. Puntuación de las ofertas técnicas presentadas

Licitador	Plan técnico (máx. 36 p.)	Transición del servicio (máx. 2p.)	Planes operativos (máx. 7p.)	Plan de evolución tec. (máx. 5p.)	Total
R Cable	27,00	1,60	6,30	3,70	38,60
Telefónica	33,10	1,70	7,00	5,00	46,80

Fuente: Xunta

En total, Telefónica obtuvo una puntuación global de 92,66 puntos y R Cable de 85,94. Por la baremación de puntos expuesta, se observa cómo **Telefónica perdió en el apartado económico y ganó en el apartado técnico**:

Tabla 3. Desglose de las puntuaciones totales

Licitador	R Cable	Telefónica
Precio: importe global (máx. 25p.)	23,36	21,33
Precio: tarifas (máx. 2p.)	0,98	1,53
Mejoras (máx. 22p.)	22	22
Servicio en Gallego (máx. 1p.)	1	1
Plan técnico (máx. 36 p.)	27	33,1
Transición del servicio (máx. 2p.)	1,6	1,7
Planes operativos (máx. 7p.)	6,3	7
Plan de evolución tecnológica (máx. 5p.)	3,7	5
Total	85,94	92,66

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de los operadores

B. Sobre las tarifas del Anexo IV

En su escrito de denuncia de 17 de marzo de 2021, R Cable centra la argumentación de la no replicabilidad económica de la oferta de Telefónica en base a unos precios inusitadamente bajos contenidos en el Anexo IV llamado “*Tarifas-Lote 1*”. A continuación, se muestra un extracto de la oferta de Telefónica referente a dicho anexo:

Imagen 1. Anexo IV de la oferta presentada por Telefónica

Tarifas	Concepto		Coficiente	Importe ofertado (IVE incluido)	Importe máximo (IVE incluido)
1. Cotas fijas mensuales de Telefonía (1) (2)			%	€/mes	€/mes
	1.1	Liña de Telefonía Fixa	5,00 %	0,01 €	8,00 €
2. Cotas mensual (líneas de datos) (1) (2)		Referencia			
	2.1	FI10	10,00 %	0,01 €	3.200,00 €
	2.2	FI1	10,00 %	0,01 €	1.700,00 €
	2.3	FI500	10,00 %	0,01 €	1.400,00 €
	2.4	FI200	5,00 %	0,01 €	1.200,00 €
	2.5	FI300	5,00 %	0,01 €	250,00 €
	2.6	RL200	5,00 %	0,01 €	3.000,00 €
	2.7	MC	10,00 %	250,00 €	1.300,00 €
	2.8	MCED	5,00 %	12,71 €	15,00 €
Prezos de Equipamento		Concepto	Coficiente	Importe ofertado (IVE incluido)	Importe máximo (IVE incluido)
3. Equipamento Telefonía			%	€/unidade	€/unidade
	3.1	Terminal Telefonía Básico	10,00 %	0,01 €	150,00 €
	3.2	Terminal Telefonía Avanzado	5,00 %	0,01 €	300,00 €
	3.3	Terminal Telefonía de Operadora	5,00 %	0,01 €	300,00 €
4. Equipamento Datos			%	€/unidade	€/unidade
	4.1	Básico – 4G (USB/ router/mfí,...)	5,00 %	28,50 €	30,00 €
	4.2	Avanzado – 5G (USB/ router/mfí,...)	10,00 %	44,25 €	60,00 €

Fuente: Telefónica

Este anexo se corresponde con el concepto de “*Tarifas*” de aplicación únicamente en caso de ampliación del contrato, que recibía una puntuación máxima de dos puntos, sobre un total de 100 de la licitación. Así, como se ha visto, la mayor parte de la puntuación por el criterio de precio se otorgaba a la oferta económica por los servicios base demandados, bajo el concepto “*Importe global*” (25 puntos). La diferencia de puntos entre los dos conceptos incluidos dentro del criterio “*Precios*” denota el carácter residual de “*Tarifas*” frente a la “*Oferta global*” (2 puntos frente a 25).

En primer lugar, cabe recordar que Telefónica obtuvo 1,53 puntos sobre un máximo de dos puntos y R Cable 0,98 puntos. Por tanto, Telefónica únicamente

PÚBLICA

obtuvo 0,55 puntos más que R Cable por este aspecto, cuando por la oferta económica global R Cable obtuvo 2,03 puntos más que Telefónica.

Por otro lado, como elemento clave para el presente análisis, debe tenerse presente que los precios ofertados en “Tarifas” son de aplicación únicamente en caso de ampliación del contrato.

Como se verá a continuación, la posibilidad de que fuera necesario proveer circuitos adicionales en las condiciones del Anexo IV era extremadamente reducida. Esto se debe a que, por un lado, en el precio de licitación inicial, aparte de cubrir las necesidades iniciales demandadas por la Xunta, los operadores tenían que incluir una serie de mejoras que esta institución podría solicitar a lo largo del periodo licitado sin coste adicional.

En particular, éstas se ofertaban en el apartado “Mejoras” (22 puntos) e incluían un incremento anual en el número de conexiones, un aumento de velocidad de las mismas, subir el nivel de tipología de conexiones (como, por ejemplo, pasar accesos de “tipo 2” a los de mayor calidad “tipo 1”), y un porcentaje anual de traslados de conexiones.

Además, en cada uno de los conceptos, el propio pliego de cláusulas administrativas exigía un porcentaje mínimo de crecimiento anual sin coste, de un 10% en el caso de incremento de líneas y mejoras de velocidad, y de un 5% en el caso de los traslados.

Pues bien, de acuerdo con las respuestas de la Xunta a preguntas de los Servicios de esta Comisión “*estos valores se establecieron en base al crecimiento de la red en los últimos 6 años, añadiendo un margen para imprevistos*”.

No solo eso, sino que concretan que “*el incremento a lo largo del último contrato no ha superado el 4% anual, y esta información se trasladó a todos los operadores con los que hablamos antes de la presentación de ofertas (R[Cable], Telefónica, Vodafone, Orange...).* En particular R[Cable], como adjudicatario del servicio desde hace más de 10 años, conoce perfectamente estos datos históricos”.

Así pues, no solo los pliegos reflejaban, con la exigencia de un mínimo de incrementos incluidos, la estimación esperable de demanda que la Xunta preveía y, por tanto, que un operador podría esperar, sino que los operadores interesados fueron informados directamente por el licitador de que el incremento de la demanda en el anterior contrato no había superado el 4%.

Pues bien, ambos operadores ofertaron por el máximo porcentaje de mejoras – un 20% en traslados y un 25% en el resto– y, como se ha visto, ambos obtuvieron la máxima puntuación.

De acuerdo con la Xunta, teniendo en cuenta que existen cerca de 3.000 edificios a cubrir, los porcentajes de mejora ofertados por los operadores supondrían “*la posibilidad de dar de alta unos 750 centros al año, y la posibilidad de trasladar 600 centros anuales sin necesidad de ampliar el contrato*”, cifras que contrastan

PÚBLICA

con los 120 centros que representa la demanda real pasada del 4%, y muestran el gran margen de necesidades potenciales a cubrir que ya están incluidas en el criterio “Mejoras”.

En este mismo sentido de limitadas necesidades frente a muy elevadas mejoras ofertadas, la Xunta añade que *“actualmente el 99% de los centros de la Administración Autonómica ya están conectados a la red corporativa, y por lo tanto la probabilidad de crecimiento de la red es bastante limitada”*.

En definitiva, en estas circunstancias, cualquier operador podría haber estimado como extremadamente remota la posibilidad de que se llegase a ampliar el contrato y se aplicaran las tarifas del Anexo IV. En primer lugar, porque la demanda esperable (4%) ya quedaría cubierta con el mínimo exigido por los pliegos (10%), y, en última instancia, en el caso hipotético del peor escenario para un operador, la demanda adicional también quedaría cubierta por la oferta de máximos presentada tanto por Telefónica como por R Cable (20% en traslados y 25% en el resto). En definitiva, en esas condiciones cualquier operador podría haber ofertado las mismas tarifas que Telefónica en el Anexo IV.

C. Conclusiones

Como consecuencia de todo lo expuesto en este Fundamento Jurídico Material Segundo, no cabe acoger la pretensión de R Cable, en virtud de la cual solicita que la CNMC analice la replicabilidad económica de la oferta de Telefónica.

En primer lugar, los precios ofertados en el Anexo IV (*“Tarifas”*) que cita R Cable como elemento clave para mostrar una ausencia de replicabilidad exorbitada no son relevantes, pues solo se aplicarían en el muy remoto caso de que la Xunta necesitase de forma anual más de un 25% de los circuitos previstos en el diseño inicial de los pliegos. La Xunta ha informado que históricamente la cifra de circuitos adicionales ha sido del 4%, en un escenario en el que había menos localizaciones de la Xunta pendientes de conectar. Ante tales cifras, los precios del Anexo IV no serían de aplicación en un análisis de replicabilidad, por lo que la cifra relevante a efectos del análisis sería el *“importe global”*.

En segundo lugar, a partir de la puntuación expuesta junto con el análisis sobre el Anexo IV Tarifas-Lote1, a efectos prácticos, la puntuación de la oferta económica representa una parte relativamente pequeña del peso en la elección del ganador. En particular, un 25% del total (25 puntos que proceden del concepto *“Importe global”*, sobre un máximo de puntos a obtener de 100). Telefónica ha ganado el concurso, pero lo ha hecho gracias a una mejor puntuación que R Cable en los apartados técnicos.

Por último, siendo la oferta económica (*“importe global”*) de Telefónica de un importe superior a la de R Cable y representando una reducción modesta respecto al precio base de licitación, en concreto del 13,5%, no aporta tampoco indicios claros sobre la irreplicabilidad.

PÚBLICA

Estos aspectos diferencian este caso de otros precedentes que sí han sido analizados por la CNMC, donde había una reducción muy considerable del precio ofertado por Telefónica respecto del precio de licitación y/o la oferta económica presentada fue clave para la adjudicación de la licitación a Telefónica⁵.

Así, de acuerdo con la documentación obrante en el expediente, no existe base suficiente sobre la posible existencia de un comportamiento anticompetitivo de Telefónica consistente en la realización de una oferta económicamente no replicable en relación con la oferta presentada por este operador en el concurso convocado por la Axencia para la Modernización Tecnolóxica de Galicia en noviembre de 2020.

Tercero.- Alegaciones al informe de audiencia

Telefónica se muestra conforme con el Informe de la DTSA en el trámite de audiencia.

De forma adicional, afirma que la replicabilidad queda acreditada por *“la propia existencia de la oferta de R Cable que presentó a la licitación por un precio sustancialmente inferior al de la propia oferta de Telefónica”*.

Por el contrario, R Cable afirma que la CNMC debería realizar el test de replicabilidad para poder dirimir si realmente ha existido dicha práctica.

En este sentido, indica que la resolución de la metodología aprobada por la CNMC no recoge los dos criterios introducidos ahora por ella para eximir la de llevar a cabo el test de replicabilidad⁶:

- que la oferta económica de Telefónica sea superior a la del operador con el que compite en la licitación pública. En el presente caso las capacidades/calidades que ofertó R Cable también son inferiores, por lo que hay que partir de la oferta de Telefónica usando los servicios

⁵ Ver entre otros, el expediente OFMIN/DTSA/004/15/REPLICABILIDAD OFERTA GOBIERNO VASCO y el expediente OFMIN/DTSA/001/16/DENUNCIA UNIVERSIDAD VALLADOLID. En el caso del Gobierno Vasco, la oferta presentada por Telefónica suponía una reducción del 80% respecto del importe de licitación de los servicios de telecomunicaciones y esta parte de la oferta económica representaba un 65% de la puntuación total. En el caso de la Universidad de Valladolid, la reducción en el precio de licitación fue del 49%, y la oferta económica representaba entre el 60 y el 80% de la puntuación total.

⁶ Resolución de 26 de julio de 2018 por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento empresarial (expediente OFMIN/DTSA/004/17/TEST DE REPLICABILIDAD ECONÓMICA EMPRESARIAL).

mayoristas regulados para ver si esta es replicable por un operador alternativo;

- el peso que el licitador otorgue a la puntuación económica dentro de una licitación pública.

R Cable afirma que ambos criterios sentarían un mal precedente. Por un lado, dentro de un presupuesto base licitado, Telefónica podría ofertar capacidades que otros operadores no serían capaces de replicar económicamente (y con ello ganar el concurso en base a mayor puntuación técnica). Por otro lado, los licitadores podrían fijar la puntuación económica de manera que beneficiara a Telefónica.

R Cable recuerda que aportó un análisis propio de replicabilidad, empleando los criterios metodológicos publicados por esta Comisión y con base a las estimaciones que este operador había obtenido del informe de la Mesa de Contratación de la licitación en cuestión, concluyendo que la oferta no era replicable. En concreto, su análisis arroja una rentabilidad negativa de cerca de 63 millones de euros.

Por último, R Cable recalca la importancia de la presente licitación en el conjunto del mercado empresarial de la Comunidad Autónoma de Galicia, por su facturación e imagen reputacional de marca y fiabilidad, y concluye que la misma deja a Telefónica *“en una situación de monopolio a ésta en los servicios de comunicaciones electrónicas prestados a la Xunta de Galicia.”*

A. Respuesta de la CNMC

Ante una denuncia por supuesta falta de replicabilidad de una oferta, la CNMC puede realizar una valoración previa de los indicios existentes para decidir si es necesario acometer un análisis completo de la replicabilidad de la oferta. La metodología de replicabilidad empresarial solamente indica cómo deben realizarse un análisis de replicabilidad, no si es pertinente o no hacerlo. Es decir, a diferencia de lo que expone R Cable, las razones esgrimidas para descartar la necesidad de realizar el análisis de replicabilidad no forman parte de la metodología ni significan una modificación de esta.

Cabe aclarar además que en esta decisión no se están fijando los dos criterios que señala R para descartar la necesidad de un análisis de replicabilidad. La CNMC ha realizado una valoración en su conjunto de este caso concreto.

En efecto, la CNMC podría considerar necesario, en otra licitación, realizar un análisis de replicabilidad económica de una oferta de Telefónica aún en el caso de que otro operador hubiera presentado una oferta económica inferior. Esto podría suceder si Telefónica hubiera presentado una oferta con servicios de conectividad con capacidades o prestaciones claramente superiores a los de sus competidores. Sin embargo, en el presente caso, las mejoras técnicas de Telefónica provienen de elementos que no guardan relación con los servicios mayoristas regulados, como son el equipamiento para la telefonía fija, la solución de videoconferencia y el plan de evolución tecnológica.

PÚBLICA

En la misma línea, cabe destacar que la CNMC no utiliza el argumento del reducido peso de la puntuación de la oferta económica como criterio excluyente por sí mismo. La CNMC simplemente considera que es un elemento de juicio a valorar en este caso concreto para mostrar que Telefónica no ganó el concurso de la Xunta gracias a una oferta económica agresiva (y potencialmente no replicable), si no por haber realizado una oferta técnica que ha recibido una valoración mayor que la de R Cable.

En definitiva, esta Comisión no está introduciendo cambios en la metodología, sino que ha valorado si hay indicios suficientes y razonables de no replicabilidad, como paso previo a aplicar o no la metodología. Esta apreciación debe realizarse caso a caso al tratarse de ofertas personalizadas, por lo que tampoco sienta ningún precedente.

Respecto al ejercicio de replicabilidad aportado por R Cable, cabe resaltar la abultada rentabilidad negativa de 63 millones de euros que éste arroja, lo que implicaría que Telefónica no podría ni siquiera haberse presentado a la licitación, pues incluso realizando una oferta igual al importe de licitación incurriría en una ausencia de replicabilidad notoria.

En efecto, de asumir el análisis de R Cable, la Xunta debería haber aumentado el importe máximo de licitación de 32 a 76 millones de euros simplemente para que Telefónica pudiera presentarse con una oferta igual al precio máximo de licitación.

Este resultado desproporcionado ya sería suficiente para descartar el análisis presentado por R Cable. En todo caso, la CNMC ha evaluado el análisis de R Cable y ha detectado diferentes asunciones incorrectas.

Entre otras, R Cable contabiliza un número de circuitos de acceso muy superior a los incluidos en la oferta presentada por Telefónica. Además, R Cable no supone en ningún caso el uso de red propia para replicar el servicio en base a los costes de MARCo, tal y como sería de esperar en, como mínimo, las principales ubicaciones. El mayor número de circuitos mencionado no solo afecta a la red de acceso, sino también al resto de costes propios, para los cuales, a diferencia de lo que indica la metodología, R Cable emplea circuitos ORLA adicionales, lo cual también implica una sobrevaloración de dichos costes.

Por último, en relación a la posición que consigue Telefónica después de la licitación de la Xunta cabe señalar que el mercado empresarial es nacional y que en dicho mercado la CNMC ha designado a Telefónica como operador con poder significativo de mercado, en virtud del cual tiene impuestas una serie de obligaciones. Por otro lado, también debe recordarse que R Cable era el anterior prestador de los servicios de la Xunta y que, una vez finalizado el contrato, podrá volver a competir en méritos en la nueva licitación que lleve a cabo la Xunta.

En definitiva, por las razones anteriormente expuestas, se concluye que, de la documentación obrante en el expediente, no se desprenden indicios suficientes y razonables de la ausencia de replicabilidad de la oferta presentada por Telefónica.

PÚBLICA

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

ACUERDA

ÚNICO.- Archivar la denuncia de R CABLE Y TELECABLE TELECOMUNICACIONES S.A contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., en lo que se refiere a la no replicabilidad económica de la oferta presentada en el concurso público de la Axencia para la Modernización Tecnológica de Galicia.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a R Cable y Telecable Telecomunicaciones, S.A., Telefónica de España, S.A.U. y a la Axencia para la Modernización Tecnológica de Galicia, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

PÚBLICA