



SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y EMPRESA
Pº CASTELLANA, 162-Planta 13-d.23
28071-MADRID

OBSERVACIONES EN RELACIÓN A LA RECLAMACIÓN PLANTEADA EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 26.1 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LA ORDEN ETU/531/2018, DE 25 DE MAYO, POR LA QUE SE APRUEBA EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES Y DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS PARA EL OTORGAMIENTO POR SUBASTA DE CONCESIONES DE USO PRIVATIVO DE DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO EN LA BANDA 3600-3800 MHz Y SE CONVOCA LA CORRESPONDIENTE SUBASTA (EXPEDIENTE (...)) “CONTRATACIÓN PÚBLICA 5G”

I. ANTECEDENTES

Con fecha 5 de junio de 2018, ha tenido entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado (en adelante, la SECUM) escrito formulado por particular que representa a la empresa demandante, relativo al pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por subasta de concesiones de uso privativo de dominio público radioeléctrico en la banda 3600-3800 MHz y se convoca la correspondiente subasta establecidos en la Orden ETU/531/2018, de 25 de mayo. Dicha reclamación se presenta en el marco del procedimiento del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM, en lo sucesivo).

El día siguiente, la SECUM ha dado traslado a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía de la solicitud y de toda la información que obra en el expediente, en su condición de punto de contacto por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y a fin de que formule las observaciones previstas en el artículo 26 de la LGUM.

El objeto de la presente se basa en que los requisitos establecidos para poder acceder a la subasta en el apartado “Acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional”, a juicio del reclamante, no serían acordes al principio de no discriminación establecidos en el artículo 63.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones así como en los artículos 3, 9 y 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. De hecho, según se indica en el propio escrito de reclamación, tales condiciones son:

*“**Segundo:** Que con el fin de garantizar dicha solvencia la Orden exige, entre otros, los siguientes requisitos como condición para participar en la subasta:*



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

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

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

*Cuantía de la garantía provisional (euros) = **Nº. puntos elegibilidad x 50.000 euros**.*

Tal y como se ha indicado, el operador reclamante considera tales criterios de solvencia excesivos y limitadores de la competencia. A su juicio, “*los requisitos exigidos por la Orden Ministerial para poder participar en la subasta, además de su efecto de restricción de la libre competencia y de quiebra del principio de no discriminación y libre establecimiento y circulación, suponen no haber tenido en consideración las aportaciones hechas por diversos agentes a la Consulta Pública sobre el Plan Nacional del 5G, los cuales habían reclamado poder tener acceso a la creación de redes 5G mediante la habilitación de licencias provinciales, regionales o servicios de autoprestación. Dichas propuestas se habían presentado no sólo porque facilitan la concurrencia de los operadores locales, sino también porque dichas licencias son más eficientes y beneficiosas para los ciudadanos, especialmente en relación a zonas con necesidades específicas, o con el fin de garantizar la disponibilidad...*”.

II. MARCO REGULATORIO

El régimen jurídico básico de este tipo de concesión demanial está constituido por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y sus disposiciones de desarrollo, como son:

- El Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico aprobado por el Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero.
- La Orden ETU/1033/2017, de 25 de octubre, por la que se aprueba el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, modificada por la Orden ETU/416/2018, de 20 de abril.
- El Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.



- La Orden CTE/23/2002, de 11 de enero, por la que se establecen condiciones para la presentación de determinados estudios y certificaciones por operadores de servicios de radiocomunicaciones.

Igualmente, habría que considerar las bases establecidas en el pliego de la convocatoria y en el que se establece con carácter supletorio y en relación con la modificación, transmisión, cesión y extinción de los títulos otorgados mediante dicho procedimiento de licitación, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

La citada Orden incluye en su exposición de motivos el artículo 63.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, que señala el principio de no discriminación y concurrencia al indicar que:

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

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA UNIDAD DE MERCADO

La LGUM tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional. La unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

A este respecto, el artículo 2 de la LGUM determina el ámbito de aplicación de esta Ley, que incluye el acceso y ejercicio de las actividades económicas en condiciones de mercado y, en consecuencia, a todos los actos y disposiciones de las diferentes Administraciones Públicas que afecten al acceso y ejercicio de las mencionadas actividades económicas. En particular, dice que:

“Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional”.

En este sentido, la prestación de los servicios de comunicaciones sobre redes 5G se entiende como una actividad económica que entraría dentro del ámbito de aplicación de la LGUM.

El caso concreto sometido a reclamación se refiere a las condiciones expresadas en los apartados 4 y 6 de la Cláusula 8 del Anexo I “*Pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por subasta económica pública, mediante procedimiento abierto, de concesiones de uso privativo de dominio público radioeléctrico en la banda 3600-3800 MHz*” de la citada Orden ETU/531/2018, de 25 de mayo, concretamente a las condiciones necesarias a cumplir para la “*Acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional*” y al importe como garantía provisional, según los términos expuestos en los antecedentes del presente



documento. Tales condiciones e importe de la garantía, según el interesado, son susceptibles de introducir trabas al acceso a la subasta y, por lo tanto, de acceso a la actividad a desarrollar, contrarias a los principios establecidos en la LGUM.

El análisis de estos requisitos desde el punto de vista de la LGUM, debe realizarse atendiendo al principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes de su artículo 5. De acuerdo con este principio, los requisitos exigidos para el acceso y desarrollo de una actividad económica deben estar motivados por la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general, y en todo caso tales requisitos deben ser proporcionados a la razón imperiosa de interés general invocada y lo menos distorsionadores posibles de la actividad económica.

“Artículo 5. Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

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

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

Por su parte, el artículo 9 de la LGUM establece en su apartado 1 que *“todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de la misma, simplificación de cargas y transparencia”*. En particular, señala el apartado 2 de este precepto, que garantizarán el cumplimiento de tales principios en las siguientes disposiciones y actos:

“a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.

b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.

c) La documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos.

d) Los actos dictados en aplicación de las disposiciones, requisitos y condiciones mencionados en las letras anteriores, así como los procedimientos asociados a los mismos.



e) Los estándares de calidad emanados de normas o consejos reguladores, así como los actos que acrediten el cumplimiento de estos estándares de calidad.

f) Cualesquiera otros actos, resoluciones y procedimientos administrativos que afecten a los operadores económicos.”

Según el artículo 18 de la LGUM:

“1. Cada autoridad competente se asegurará de que cualquier medida, límite o requisito que adopte o mantenga en vigor no tenga como efecto la creación o el mantenimiento de un obstáculo o barrera a la unidad de mercado

2. Serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de esa Ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen:

a) Requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos...”

Así pues, partiendo de la premisa de que la exigencia de la solvencia a los licitadores para participar en un proceso de contratación es necesaria para garantizar que el adjudicatario dispone de la capacitación y de los medios adecuados para llevar a cabo una efectiva ejecución del contrato, no hay que perder de vista que la determinación de los requisitos mínimos de solvencia económica y técnica a las empresas deberá hacerse, al mismo tiempo, respetando los principios de proporcionalidad, concurrencia y no discriminación, principios éstos igualmente informadores de la contratación pública¹. Asimismo, los requisitos que se establezcan en cada caso para acreditar dicha solvencia y la documentación requerida para tal acreditación deban estar vinculados al objeto del contrato, en este caso de concesión de dominio público, y ser proporcionales al mismo.

Asimismo, el poder adjudicador deberá tener siempre presente que la imposición de unas condiciones mínimas de solvencia económica o técnica excesivamente exigentes van a constituir barreras u obstáculos de acceso a la concesión para aquellos operadores económicos que, aún disponiendo de la capacidad suficiente para una correcta prestación de la concesión, van a tener limitada la participación en el proceso de selección del contrato, suponiendo ello, además, una merma de la existencia de la competencia efectiva entre las empresas competidoras.

En el presente caso, los requisitos acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, así como el importe y la fórmula empleados para el cálculo de la garantía provisional son los siguientes:

¹Según el artículo 1 del LCSP “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.



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

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

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

*Cuantía de la garantía provisional (euros) = **Nº puntos elegibilidad x 50.000 euros**”.*

En la medida en que la imposición de tales requisitos de solvencia técnica puede suponer un obstáculo para la participación de los operadores económicos en dicho procedimiento de concesión, todas las variables anteriormente señaladas, deberán contar con la debida justificación por parte del poder adjudicador en términos de su necesidad y proporcionalidad, atendiendo al objeto y envergadura de la concesión de que se trata y facilitando, en particular, y en la medida de lo posible, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME).

IV. CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo señalado, sería fundamental que el actual Ministerio de Economía y Empresa² incorpore al expediente la pertinente justificación de los requisitos de solvencia técnica establecidos, así como los fundamentos que garanticen la proporcionalidad de los mismos al objetivo previsto con el concesión de dominio público, todo ello, a fin de garantizar el cumplimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad previstos en los artículos 5 y 9 de la LGUM.

Es cuanto se tiene a bien informar.

Sevilla, 21 de junio de 2018

Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía

² Al que, tras la reestructuración operada por el Real Decreto 355/2018, de 6 de junio, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, le corresponde “la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia económica y de reformas para la mejora de la competitividad, de desarrollo industrial, de telecomunicaciones y sociedad de la información, de desarrollo de la Agenda Digital así como la política de apoyo a la empresa, y el resto de competencias y atribuciones que le confiere el ordenamiento jurídico”.