



JORGE SANCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 21/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 31 de mayo de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa a la denuncia interpuesta por Cableuropa, S.A.U contra Telefónica de España, S.A.U. en relación con la oferta presentada por este último operador en el concurso convocado por la Confederación Hidrográfica del Júcar (MTZ 2012/377).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito presentado por ONO.

Con fecha 24 de febrero de 2012 tiene entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) un escrito de Cableuropa, S.A.U. (en adelante, ONO) por el que pone en conocimiento de la CMT la supuesta existencia de una práctica de estrechamiento de márgenes contraria a las obligaciones regulatorias que Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) tiene contraídas, en relación con la oferta presentada por este operador en el concurso convocado por la Confederación Hidrográfica del Júcar (CHJ) para la prestación del servicio de transmisión de datos para la interconexión de sedes e Internet.

ONO señala que el objeto del concurso, convocado durante el mes de octubre de 2011, es proporcionar acceso a Internet en el edificio principal y las sedes de la CHJ (en total, cinco centros), así como la interconexión entre estos centros con un nivel de calidad garantizado. Según indica ONO, el importe de licitación presentado por TESAU, 153.483,85 euros, es un 38% inferior a la oferta presentada por ONO, de 248.483,88 euros, y supone un descuento de más del 56% sobre el importe de licitación del concurso¹.

En su escrito, ONO efectúa un análisis de los diferentes costes que, a su entender, debería afrontar un operador alternativo que pretendiese ofrecer los servicios requeridos por la CHJ sobre la base de los servicios mayoristas regulados de TESAU. De acuerdo con su análisis, para un período de 36 meses² el resultado que se obtiene es un VAN negativo para el proyecto de -101.907,13 euros.

¹ Establecido en 352.800 euros. Vodafone y BT también presentaron ofertas al concurso convocado por la CHJ.

² Período inicial de duración del contrato con la CHJ. Por otra parte, y como señala ONO, el concurso convocado por la CHJ



A la vista de dichos elementos, ONO solicita de la CMT que declare el efecto anticompetitivo de la oferta de TESAU y ordene la paralización y retirada de dicha oferta. ONO también solicita de la CMT que acuerde la incoación del correspondiente procedimiento sancionador contra TESAU por el incumplimiento de las Resoluciones de la CMT, y en particular de la Resolución de 23 de julio de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor (MTZ 2008/1944) y la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (MTZ 2008/626).

SEGUNDO.- Apertura de procedimiento para la resolución del procedimiento y requerimientos de información a los interesados.

Mediante sendos escritos de fecha 1 de marzo de 2012, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se comunica a TESAU y ONO, así como a la CHJ, que ha quedado iniciado el correspondiente expediente administrativo para la resolución del procedimiento arriba indicado.

Asimismo, en dichos escritos se remite un requerimiento de información a TESAU y ONO para la determinación y conocimiento por esta Comisión de los hechos a que se refiere el presente procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 78.1 de la LRJPAC.

TERCERO.- Declaración de confidencialidad.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 1 de marzo de 2012, y a raíz de la solicitud a tal efecto de ONO, se procede a declarar confidenciales una serie de elementos del escrito de ONO anteriormente referido (en particular, datos relativos a los costes específicos asumidos por este operador), por contener información que afecta a su secreto comercial e industrial.

CUARTO.- Contestación al requerimiento de información por parte de ONO.

Mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2012, tiene entrada en el Registro de la CMT un escrito de ONO por el que da contestación al requerimiento de información practicado por la CMT.

QUINTO.- Alegaciones de TESAU y contestación al requerimiento de información.

Con fecha 28 marzo de 2012, tiene entrada en el Registro de la CMT un escrito de TESAU por el que formula una serie de alegaciones a la incoación del procedimiento y da contestación al requerimiento de información efectuado por la CMT.

SEXTO.- Escrito adicional de ONO.

prevé la prórroga del contrato por un período adicional de tres años.



Con fecha 24 de abril de 2012 tiene entrada en el Registro de la CMT un escrito de ONO por el que se adjunta la Resolución de adjudicación de la CHJ a favor de ONO en relación con el concurso de referencia.

SÉPTIMO.- Declaración de confidencialidad.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 3 de mayo de 2012, y a raíz de la solicitud a tal efecto de ONO y TESAU, se procede a declarar confidenciales una serie de elementos de los escritos anteriormente referidos por contener información que afecta al secreto comercial e industrial de estos operadores.

OCTAVO.- Escrito adicional de TESAU.

Con fecha 16 de mayo de 2012 ha tenido entrada en el registro de esta Comisión un escrito de TESAU por el que se aportan datos y alegaciones adicionales al expediente de referencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I HABILITACIÓN COMPETENCIAL

En relación con la solicitud presentada por ONO, las competencias de esta Comisión para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

En particular, el artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) fija, entre otros, como objetivos de la Ley los siguientes:

“a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 48.3 de la LGTel, *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”.*

Asimismo, entre las funciones que la LGTel otorga a esta Comisión está, en el artículo 48.4 e), la de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. [...]”*



Por su parte, el artículo 48.4 g) de la LGTel establece que, en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá, entre otras, la función de *“definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley”*.

En uso de la habilitación competencial precitada, con fecha 23 de julio de 2009 se adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor (MTZ 2008/1944). En la citada Resolución, se llega a la conclusión de que el mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor no es realmente competitivo, imponiéndose a TESAU en tanto operador declarado con poder significativo de mercado una serie de obligaciones regulatorias. Así, entre otras, la citada Resolución señala que:

“[D]ada la posición de Telefónica y su grupo empresarial en el mercado de referencia, esta CMT asegurará que, en su conjunto, las condiciones mayoristas, tanto técnicas como económicas, sean suficientes para evitar la comercialización de ofertas minoristas que impliquen una extensión de su posición y, por tanto, riesgos para la libre competencia en el mercado minorista. En particular, Telefónica no podrá realizar las siguientes prácticas:

Reducciones de precios anticompetitivos (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...).”

La misma Resolución señala que las líneas alquiladas mayoristas terminales con interfaces Ethernet *“estarán sometidos a la obligación de control de precios mediante el mecanismo de retail minus de forma que, en ningún caso, los precios ofrecidos a terceros por TESAU podrán ser excesivos ni comportar una compresión de márgenes operativos del operador solicitante que impida la entrada de un operador eficiente tanto en los mercados minoristas conexos como en los mayoristas descendentes al de referencia”*.

Igualmente, con fecha 22 de enero de 2009 se adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (MTZ 2008/626). En la citada Resolución, se llega a la conclusión de que el mercado de referencia no es realmente competitivo, imponiéndose a TESAU en tanto operador declarado con poder significativo de mercado una serie de obligaciones regulatorias. Así, entre otras, la citada Resolución señala que:

“[D]ada la posición de TESAU y su grupo empresarial tanto en el mercado de referencia como en el mercado conexo de acceso (físico) al por mayor a



infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija (mercado 4 de la Recomendación de mercados), se le prohíben las siguientes prácticas:

- *Reducciones de precios anticompetitivos (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...).*

En consecuencia, esta Comisión está habilitada para conocer y resolver el presente expediente.

II ANÁLISIS DE LA OFERTA PRESENTADA POR TESAU AL CONCURSO CONVOCADO POR LA CHJ

Descripción del concurso

El 20 de octubre de 2011, la CHJ hizo público el anuncio de licitación del “Servicio de transmisión de datos para la interconexión de sedes e Internet”, cuyo objeto era proporcionar acceso a Internet en el edificio principal y en las sedes de la CHJ, así como la interconexión entre estos centros con un nivel de calidad garantizado. Adicionalmente, el concurso también incluía la prestación de un servicio de *web hosting*.

El plazo del contrato eran 3 años ampliables por otros 3. El importe máximo de la licitación era de 352.800 euros para los tres años.

Ofertas presentadas y resultado de la adjudicación

TESAU, ONO, Vodafone y BT presentaron ofertas al proceso de licitación de referencia. De éstas, únicamente las de TESAU y ONO superaron los requisitos mínimos por lo que pasaron a la fase de valoración económica. En el momento de la presentación de la denuncia por parte de ONO el concurso no había sido adjudicado.

Posteriormente, ONO aportó la Resolución de adjudicación de la CHJ donde se aportan las valoraciones realizadas por este organismo, que se reproducen en la tabla siguiente:

Tabla 1. Valoración de las ofertas por la CHJ

Licitador	Puntuación económica	Puntuación técnica	Puntuación total
TESAU	100,00	82,00	91,00
ONO	52,34	86,40	69,37
Vodafone		47,20	Excluido
BT		47,80	Excluido



Asimismo, en la Resolución de adjudicación de la CHJ se establece que “[L]a oferta de la empresa Telefónica de España, S.A.U. se ha considerado anormal o desproporcionada y, tras la tramitación del procedimiento previsto (...), la Mesa Permanente de Contratación propuso su rechazo al órgano de contratación (...) por estimar que no podía ser cumplida a satisfacción de la Administración y acordó la adjudicación a favor de la siguiente proposición más ventajosa que ha sido formulada por la empresa Cableuropa, S.A.U. y puede ser cumplida a satisfacción y no ser considerada anormal o desproporcionada”.

Adecuación de la oferta de TESAU al concurso convocado por la CHJ

Con independencia del resultado final del procedimiento de licitación llevado a cabo por una Administración Pública, es preciso señalar que el cumplimiento de las obligaciones que TESAU tiene impuestas en virtud de la normativa sectorial es exigible en todos los casos. Es decir, el hecho de que TESAU finalmente resulte o no adjudicatario del concurso convocado por una Administración contratante es irrelevante, puesto que la actuación de la CMT se centra en el hecho de si la oferta presentada por este operador es compatible o no con las obligaciones que debe asumir. Corresponde en definitiva a TESAU asegurar que sus ofertas minoristas sean emulables atendiendo a las condiciones mayoristas vigentes. De otra forma, este operador estaría imponiendo a sus competidores una presión competitiva en precios que su división minorista no debe afrontar.

Por tanto, en principio cabe analizar en el marco del presente procedimiento la oferta presentada por TESAU y objeto de la denuncia de ONO, independientemente de que finalmente haya sido este último operador el que haya resultado adjudicatario del procedimiento de contratación administrativa.

Por otra parte, TESAU aportó en su escrito de 28 de marzo de 2012 la descripción de la oferta que había presentado a la CHJ en el marco del concurso de referencia. Ésta incluía los servicios de conectividad asociados al acceso a Internet corporativo así como la interconexión de las sedes, no formando sin embargo parte de la oferta el servicio de seguridad a Internet corporativo (*Plataforma firewall para filtrado IP*).

Según expone TESAU en su escrito de 28 de marzo, dado este hecho la CHJ apercibió a TESAU de una posible inadecuación de su oferta con los requisitos establecidos, dada la no consideración de este servicio requerido por el órgano contratante.

Esta situación, como señala TESAU, es relevante para el presente procedimiento dado que la oferta presentada por TESAU a la CHJ no incluye todos los elementos contenidos en el Pliego. Igualmente, el análisis realizado por ONO en su escrito no resultaría pertinente, al valorar el precio fijado por TESAU y realizar el análisis de emulabilidad sobre la base de unos costes que TESAU no debe recuperar, al haber excluido determinados elementos exigidos por el Pliego. De hecho, como se ha señalado anteriormente, la oferta de TESAU ha sido rechazada por la CHJ, al considerarse la misma anormal o desproporcionada³.

En definitiva, esta Comisión estima que no resulta procedente valorar la supuesta existencia de una práctica de estrechamiento de márgenes en relación con la oferta presentada por TESAU en el concurso convocado por la CHJ (tal como solicita ONO) dado que:

³ De conformidad con lo previsto en la normativa de contratación pública, ver Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.



- La oferta presentada por TESAU no se ajusta a las especificaciones técnicas establecidas por la CHJ, por lo que el precio final fijado por este operador no refleja la totalidad de los costes considerados por ONO;
- En la medida en que TESAU no ha incluido en la oferta el servicio de seguridad a Internet corporativo (*Plataforma firewall para filtrado IP*), tampoco ha calculado sus costes de prestación de dicho servicio ni los ha repercutido al precio final. Así, aplicando el principio de operador igualmente eficiente, utilizado por esta Comisión para la valoración económica de los servicios no regulados, no puede concluirse acerca de la existencia de una práctica de estrechamiento de márgenes contraria a las obligaciones vigentes.

Así, esta Comisión considera, al contrario de lo alegado por TESAU en su escrito de 16 de mayo de 2012, que el hecho que la CHJ haya otorgado finalmente a ONO el concurso de referencia no supone que este operador haya perdido su fundamento en este caso. Por el contrario, sí cabe coincidir con la apreciación de TESAU sobre el hecho que la oferta de ONO y de TESAU no son comparables.

III CONCLUSIONES

Esta Comisión ha analizado la denuncia presentada por ONO en relación con la oferta realizada por TESAU en el marco de la licitación de los servicios para la prestación del servicio de transmisión de datos para interconexión de sedes e Internet de la CHJ.

De acuerdo con los datos aportados por TESAU, la oferta de este operador no se correspondía con los requerimientos técnicos exigidos en el Pliego, al haberse excluido determinados elementos y sus correspondientes costes. Dado este hecho, posteriormente a la denuncia de ONO, el órgano de contratación rechazó la oferta de TESAU, adjudicándose mediante la correspondiente resolución el contrato a ONO.

En definitiva, a efectos de la presente Resolución, es preciso atender al hecho de que, en el contexto del procedimiento de contratación llevado a cabo por la CHJ, la oferta de TESAU no se correspondía con los requisitos del proyecto, lo que hace incomparable la oferta de TESAU con los criterios sentados en el propio concurso.

Dado lo que antecede, esta Comisión concluye que debe procederse al archivo del presente procedimiento, incoado a raíz de la denuncia de Ono en relación con la oferta presentada por Telefónica en el concurso convocado por la Confederación Hidrográfica del Júcar.

En virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones:

RESUELVE

ÚNICO. Declarar concluso el procedimiento incoado en relación con la denuncia presentada por Cableuropa, S.A.U. contra Telefónica de España, S.A.U. en relación con la oferta presentada por este operador en el concurso convocado por la Confederación Hidrográfica del Júcar para la prestación del servicio de transmisión de datos para interconexión de sedes e Internet.



El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por la Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.