

RESOLUCIÓN
(Expte. MC/02/17 CONTRATACIÓN PÚBLICA DE COMUNICACIÓN MÓVILES)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Barcelona, a 7 de noviembre de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado esta Resolución en el expediente de medidas cautelares MC/02/17, como pieza separada del expediente sancionador SAMAD/02/2017 CONTRATACIÓN PÚBLICA DE COMUNICACIONES MÓVILES, incoado por una posible infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 21 de octubre de 2016, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, mediante el que remitía su Resolución 201/2016, de 6 de octubre de 2016, junto con el expediente administrativo resultante de la tramitación, todo ello en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Vigésimotercera del 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.
2. En posterior trámite de asignación de competencias se determinó por la Dirección de Competencia de la CNMC y por la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid (en adelante, "DGEPF") que, sin entrar a valorar el fondo de si las conductas descritas suponen una infracción o no de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, "LDC"), los órganos competentes para conocer de las actuaciones, en virtud de lo dispuesto en el

artículo 1.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, son los de la Comunidad de Madrid.

3. Con fecha 5 de junio de 2017 la DGEFP incoó procedimiento sancionador contra el Instituto de Comunicaciones del Ayuntamiento de Madrid (en adelante, "IAM"), contra Motorola Solutions España, S.A. (en adelante, "Motorola") y contra Amper Sistemas, S.A. (en adelante, "Amper") como presuntos responsables de prácticas supuestamente restrictivas de la competencia, prohibidas por el artículo 1 de la LDC, que podrían producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación. Adicionalmente, en este mismo escrito, se declaraba a Teltronic, S.A.U. (en adelante, "Teltronic") interesada en el procedimiento.
4. Con fecha 31 de julio de 2017, tuvo entrada en el registro de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, escrito de solicitud de medidas cautelares, remitido por Teltronic el 27 de julio, en el que se solicita:
 - a) *Que se ordene al IAM abstenerse de renovar de forma aislada con respecto del conmutador (vía licitación en cualquiera de sus procedimientos, vía contrato de mantenimiento o por cualquier otra vía) el resto de elementos -diferentes al conmutador DIMETRA -en cualquiera de sus versiones- que forman la infraestructura Red TETRA y que deben ser interoperables con el conmutador DIMETRA -en cualquiera de sus versiones-.*
 - b) *Que la misma medida del apartado a) anterior se haga extensiva también al resto de organismos públicos que tengan poder de decisión sobre la Red TETRA (p. ej. Ayuntamiento de Madrid, Área de Gobierno de Salud, Seguridad y Emergencias, etc.), puesto que se tiene constancia de que se estaría en proceso de renovar otros elementos de la Red TETRA por parte de organismos ajenos al IAM (vid. **documento nº8**).*
 - c) *Que se ordene al IAM a provisionar contablemente (i.e. reservar, abstenerse de gastar) la suma de 3.305.785,12 euros (más el IVA correspondiente) al objeto de poder invertirlos en la renovación de la Red TETRA (incluyendo el conmutador).*
 - d) *Que se ordene al Excmo. Ayuntamiento de Madrid proporcionar al IAM los recursos financieros necesarios en cada momento al objeto de permitir mantener el aprovisionamiento contable a que se refiere el apartado c) anterior."*
5. El 13 de septiembre de 2017 la DGEFP elevó propuesta al Consejo de la CNMC, sobre la medida cautelar solicitada, en la que proponía la adopción parcial de las mismas, en los siguientes términos:

"PRIMERO. No adoptar la Medida Cautelar de la letra b) por considerarla desproporcionada.

SEGUNDO. Respecto a las Medida Cautelares de las letras c) y d), se propone que se indique al IAM la necesidad de previsión de la posibilidad de un gasto derivado del contenido futuro de la Resolución de la CNMC si esta impusiese una obligación de hacer, mediante los instrumentos financieros que considere más convenientes en forma y tiempo.

TERCERO. Y respecto a las Medidas Cautelares de la letra a):

3.1 Adoptar la Medida Cautelar consistente en la abstención por parte del IAM de renovar o de actualizar de forma aislada el resto de los elementos de la Red TETRA diferentes al conmutador por vías que no sean conformes a la normativa de contratación administrativa, en especial por la vía de la aplicación de contratos de mantenimiento más allá del contenido de los mismos.

3.2. Adoptar la Medida Cautelar que, de procederse a la contratación pública de elementos diferentes al conmutador central y que forman parte de la infraestructura de la Red TETRA, se indique expresamente en la documentación del expediente de contratación la imperiosa necesidad de esa contratación para el funcionamiento normal del sistema de seguridad y emergencias del Ayuntamiento de Madrid, justificando en la documentación del expediente de contratación que, de lo contrario, se daría un perjuicio de imposible o difícil reparación sino se procediese a la citada contratación.”

6. A la vista de la citada propuesta, el 5 de octubre de 2017, se acordó dar traslado de la misma a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días para alegaciones.

Con fecha 19 de octubre de 2017, ha presentado escrito de alegaciones el IAM, que se opone a la adopción de la medida cautelar solicitada.

7. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló la procedencia de la adopción de la medida cautelar solicitada en su sesión de 7 de noviembre de 2017.
8. Son partes interesadas en el procedimiento:
- El Instituto de Comunicaciones del Ayuntamiento de Madrid (IAM).
 - Motorola Solutions España, S.A.
 - Amper Sistemas, S.A.
 - Teltronic, S.A.U.

HECHOS PROBADOS

El 29 de julio de 2016 el IAM publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) la licitación de un procedimiento abierto para la adjudicación de

un contrato de suministro llave en mano de equipamiento TETRA para la renovación de parte de la Red, por un importe (sin IVA) de 1.651.000 euros.

El objeto de dicho contrato era la renovación de parte de la red TETRA, tal y como se recoge en el pliego de prescripciones técnicas:

“El objeto del contrato es el suministro e instalación, llave en mano, del equipamiento para la renovación de parte de la red de comunicaciones móviles privada TETRA (TERrestrial TRunked RADio) de la que dispone el Ayuntamiento de Madrid para Seguridad y Emergencias. En concreto se actualizan 14 estaciones base (las antiguas eBTS, que actualmente se denominan MTS de hasta 4 portadoras), añadiéndose 2 nuevas, 40 puestos de acceso para consolas (4 servidores de consolas, en adelante DCS, con 10 clientes licenciados cada uno), y una grabadora (redundada en ambas sedes), ya que para eliminar las obsoletas consolas Centracom es necesario sustituir estos elementos.”

Asimismo, el pliego de prescripciones técnicas recogía la necesidad de que los elementos suministrados en ejecución del contrato fueran totalmente compatibles con el sistema DIMETRA 8.2 de MOTOROLA y de que contasen con soporte del fabricante durante un periodo no inferior a seis años.

Con carácter previo a este anuncio de licitación, de 29 de julio de 2016, el IAM habían publicado en el DOUE dos anuncios de información previa. El primero el 16 de mayo 2015, en el que se anunciaba la intención del IAM de licitar un contrato de suministro, instalación y puesta en marcha de un nuevo sistema de red TETRA, por importe de 3.305.785,12 euros. El segundo, el 11 de junio de 2016, en el que el IAM anunciaba su intención de licitar un contrato de suministro llave en mano, para la renovación de la red TETRA, por importe de 2.066.115,7 euros.

Es decir, a lo largo del tiempo, tanto el objeto como el importe del contrato que iba a licitarse fue reduciéndose, lo que a juicio de la solicitante de la medida cautelar es indicativo de

“la existencia de un acuerdo entre el IAM, MOTOROLA y AMPER relativo a la sustitución gratuita del conmutador DIMETRA 6.2 del fabricante MOTOROLA e instalando en su día la red TETRA de Seguridad y Emergencias del Excmo. Ayuntamiento de Madrid (en adelante, “Red TETRA”) por otro conmutador de superior versión DIMETRA 8.2 (también del fabricante MOTOROLA) cuyo valor es 1.200.000€. El suministro y cambio del referido conmutador se realizaría al amparo del contrato de mantenimiento de la Red TETRA 300/2014/00243 del que resulta adjudicatario AMPER (en adelante, “Contrato de Mantenimiento”). Adicionalmente, según ha tenido conocimiento TELTRONIC tras consultar el Expediente, actualmente se trataría de suministrar no uno, sino dos conmutadores bajo el referido Contrato de Mantenimiento. En contrapartida, MOTOROLA se asegura el suministro del resto de elementos de la Red TETRA, por cuanto existen razones técnicas que exigen que el resto de

componentes de la Red TETRA sean del mismo fabricante que el fabricante del conmutador.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial.

En virtud del Decreto 72/2015, de 7 de julio, del Consejo del Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid, y del Decreto 193/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, las competencias ejecutivas en Defensa de la Competencia, pasan a ser desempeñadas por la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda (en adelante, “DGEPF”).

En función de lo dispuesto en estas normas, en los artículos 20.2 y 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y en la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002, las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia son responsabilidad de la citada DGEPF, residiendo las competencias de resolución de los expedientes en la misma materia en este Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Por su parte, el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio”*.

En consecuencia, la competencia para dictar la presente Resolución corresponde a la Sala de Competencia de la CNMC.

SEGUNDO.- Normativa aplicable para la adopción de medidas cautelares.

El artículo 54 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dispone que: *“Una vez incoado el expediente, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte.”*

Por su parte, el artículo 40 del RDC, establece al efecto que *“1. (...) el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, entre otras, las siguientes medidas cautelares tendentes a asegurar la eficacia de la resolución:*

- a) *Órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere.*
- b) *Fianza de cualquier clase declarada bastante por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.”*

El mismo precepto, en su segundo apartado, añade que *“No se podrán dictar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales.”*

Respecto a la adopción y al régimen jurídico de estas medidas cautelares, el artículo 41 del RDC dispone que *“1. (...). Si las medidas cautelares hubieran sido solicitadas por los interesados, la Dirección de Investigación, en el plazo de dos meses a contar desde la presentación de la solicitud o, en su caso, de la adopción del acuerdo de incoación, elevará la propuesta al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, sin perjuicio de lo cual la petición sólo podrá entenderse desestimada por silencio negativo transcurrido el plazo máximo de tres meses, que se computará de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.”*

En cuanto a la vigencia de las medidas cautelares que se adopten, el mismo precepto dispone que *“5. Las medidas cautelares cesarán cuando se adopte la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que ponga fin al procedimiento y en ningún caso su propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación suspenderá la tramitación del procedimiento.”*

Finalmente, el artículo 41 del RDC termina estableciendo que *“6. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en caso de incumplimiento de las medidas cautelares acordadas el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá imponer multas coercitivas que se regirán por lo dispuesto en el artículo 21 del presente Reglamento.”*

Por lo que respecta a los presupuestos o condiciones para la adopción de una medida cautelar, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia venía considerando que son los siguientes: (a) que se haya incoado por la Dirección de Investigación el correspondiente expediente sancionador (principio de accesoriadad); (b) que se aprecie *prima facie* en el expediente que las conductas objeto del mismo son anticompetitivas (principio de apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*); (c) que esas conductas estén causando perjuicios al mercado, de tal modo que de no atajarse de forma inmediata, puedan objetivamente restar eficacia a la Resolución a dictar en el expediente principal (principio de peligro en la demora o *periculum in mora*); (d) que exista una propuesta de la Dirección de Investigación bien de oficio bien a instancia de las partes, interesando la adopción de medidas cautelares; (e) que se dé audiencia a los interesados (principio contradictorio); (f) que se adopten en un plazo muy breve y con simplificación de

trámites (procedimiento sumario y de urgencia); (g) que las medidas adoptadas no ocasionen perjuicios irreparables, ni violen derechos fundamentales pudiéndose, al efecto, exigir fianza al solicitante de las mismas (principio de equilibrio); y (h) que el plazo para el que se concedan las medidas cautelares no exceda de seis meses (exigencia que no se contiene en la vigente LDC). (Véanse, por ejemplo, los Expedientes MC/006/12 Tanatorios de Coslada o MC/007/12 Criadores de Caballos).

Estos mismos criterios han sido asumidos por la Sala de Competencia de la CNMC (Resolución de 7 de abril de 2014, Expediente MC/009/13, Colegio de Abogados de Alcalá de Henares y de Madrid; Resolución de 30 de abril de 2014, Expediente MC/001/14, Criadores de Caballos 2; Resolución de 7 de abril de 2014, Expediente MC/008/13, Yofarma vs Colegio de Farmacéuticos; Resolución de 18 de mayo de 2017, Expediente MC/004/16, ICAM Colegiación, Expediente MC/003/16, Estacionamiento regulado Ayuntamiento de Madrid, entre otras).

TERCERO. Propuesta del órgano instructor y alegaciones presentadas.

El objeto de la presente resolución, como pieza separada del expediente sancionador SAMAD/02/2017 CONTRATACIÓN PÚBLICA REDES DE COMUNICACIÓN MÓVILES, es resolver sobre la base de la propuesta elevada por la DGEPF y a la luz de la normativa y la doctrina expuestas en el Fundamento Jurídico anterior, la procedencia de imponer medidas cautelares en el expediente anteriormente citado.

Tal y como se ha expuesto en el Antecedente de Hecho 4 de esta Resolución, Teltronic solicita una serie de medidas tendentes a evitar que el equipamiento periférico del conmutador DIMETRA 8.2 sea objeto de licitación y a que el IAM se dote de fondos suficientes para poder renovar la Red TETRA en su conjunto.

Por su parte, la DGEPF, en su propuesta de 13 de septiembre de 2017, considera que procede la adopción parcial de las medidas cautelares solicitadas.

En este sentido, la DGEPF propone, respecto de las medidas tendentes a impedir la licitación de equipamiento periférico de la Red TETRA por parte del IAM, que (i) se ordene al IAM abstenerse de renovar o actualizar elementos diferentes al conmutador por vías que no sean conformes a la normativa de licitación administrativa, y que (ii) en la documentación de los expedientes de licitaciones de elementos diferentes del conmutador central, se indique la imperiosa necesidad de la contratación para el normal funcionamiento del sistema, justificándose que la no contratación implicaría un perjuicio de imposible o difícil reparación.

Por lo que se refiere a las medidas relativas a la provisión de fondos para una eventual renovación íntegra de la Red TETRA, la DGEPF propone que se indique al IAM la necesidad de previsión de la posibilidad de un gasto derivado del

contenido futuro de la Resolución de la CNMC, mediante los instrumentos financieros que considere más convenientes.

Finalmente, la DGEPF propone no adoptar la medida consistente en imponer a otros organismos del Ayuntamiento de Madrid, la obligación de abstenerse de licitar equipamiento periférico del conmutador DIMETRA, por considerarla desproporcionada.

En su escrito de alegaciones, de 18 de octubre de 2017, el IAM hace hincapié en que el objetivo de las medidas cautelares es garantizar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte, respetando el principio de proporcionalidad. Y, en particular, por lo que se refiere a las medidas solicitadas:

- En primer lugar, el IAM indica su necesidad actual de licitar ciertos elementos de la Red TETRA, con el objetivo de garantizar el correcto funcionamiento de la misma en zonas que han cobrado importancia en los últimos meses, como el estadio Wanda Metropolitano, y para atender numerosas incidencias de cobertura. El IAM afirma, asimismo, que ha hecho el máximo esfuerzo para garantizar que los nuevos elementos licitados sean interoperables con plataformas TETRA distintas de DIMETRA o, en los casos en los que no es posible (estaciones base), que tengan un ciclo de vida corto.
- En segundo lugar, el IAM coincide con la DGEPF en el carácter desproporcionado de la imposición de la obligación de abstenerse de contratar, a otros organismos del Ayuntamiento de Madrid.
- En tercer lugar, respecto de la obligación de provisión de fondos para una eventual licitación de la renovación de la totalidad de la Red TETRA, el IAM incide en el hecho de que el importe de la licitación se establece sobre la base de un estudio económico, ajustado a la situación y condiciones del mercado en ese momento. Además, el IAM coincide con la DGEPF en que no cabe exigir al Ayuntamiento de Madrid un gasto a favor del IAM para la mencionada licitación, toda vez que corresponde al propio IAM determinar el tiempo y la forma de la previsión financiera.

CUARTO. Sobre los presupuestos para la adopción de la medida cautelar.

En el análisis de los requisitos necesarios para que proceda la adopción de medidas cautelares, de acuerdo con la mejor doctrina, deben concurrir los siguientes presupuestos.

En primer lugar, la aparente existencia de unos hechos que *prima facie* pueden ser subsumidos en una de las infracciones tipificadas por la Ley, de ahí que el precepto exija la existencia de un expediente sancionador, que el órgano instructor (en este caso la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Comunidad de

Madrid) sólo puede incoar cuando se observan indicios racionales de conductas prohibidas.

En segundo lugar, que exista *periculum in mora* en la no adopción de la medida cautelar propuesta, esto es, en palabras del legislador, que “*las medidas cautelares sean necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte*”.

A estos dos presupuestos sustantivos fundamentales de la institución cautelar, el ya mencionado artículo 40.2 del RDC añade otro no menos importante: “*no se podrán adoptar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales*” (Vid. Resolución CNMC, MC/004/16, ICAM Colegiación).

Iniciando el análisis por el requisito de *periculum in mora*, para la apreciación del mismo deben ser precisadas las razones por las que se teme que la demora en adoptar la resolución final ponga en peligro su eficacia, así como la idoneidad de las medidas propuestas para evitar aquel peligro, asegurando la operatividad de la resolución final.

En este sentido esta Sala considera que no puede deducirse que el retraso en la resolución del procedimiento sancionador vaya a tener un impacto de difícil o imposible reparación en el supuesto que nos ocupa, en cuanto que nada impediría, en su caso, que Teltronic pudiera exigir el resarcimiento económico que estime oportuno, en caso de que una eventual resolución de esta Autoridad declarase la existencia de una infracción.

En el supuesto que nos ocupa, esta Sala entiende que las medidas cautelares solicitadas por Teltronic se orientan a garantizar que esta Autoridad atribuya una consecuencia jurídica concreta (la obligación de licitar la renovación íntegra de la Red TETRA) a la posible declaración de infracción en el procedimiento principal. Sin embargo, y sin perjuicio del contenido que finalmente pueda tener la resolución que ponga fin al procedimiento principal, la efectividad de la obligación de licitar mencionada por Teltronic no está en riesgo, dado que se trata de una obligación cuantificable económicamente y, por tanto, con un equivalente pecuniario.

En definitiva, esta Sala considera que, a la vista de la información disponible, no puede constatarse que la ausencia de adopción de medidas cautelares vaya a tener un impacto de difícil o imposible reparación, dado que la adopción de la medida cautelar en el momento presente no es necesaria para garantizar la eficacia la resolución que en su día ponga fin al procedimiento principal.

Así pues, al no apreciarse el requisito de *periculum in mora*, no procede valorar la concurrencia de los otros dos requisitos citados más arriba, esto es, de la apariencia de buen derecho y de la aptitud de las medidas cautelares para producir perjuicios irreparables a los interesados, o vulneración de los derechos fundamentales.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar las medidas cautelares solicitadas por Teltronic, S.A.U.

Notifíquese esta Resolución a la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.