



RESOLUCION (Expte. 07/2011, CONTRATO TELEFONICO AYUNTAMIENTO DE BILBAO)

Consejo Vasco de la Competencia

Dña. María Pilar Canedo Arrillaga, Presidente

Dña. Natividad Goñi Urriza, Vocal

D. Rafael Iturriaga Nieva, Vocal

Secretario: D. Ibon Álvarez Casado

SUMARIO DE LA RESOLUCIÓN

I. ANTECEDENTES DE HECHO	2
II. HECHOS PROBADOS	9
A. Empresas implicadas	9
B. Descripción de los acuerdos	11
C. Prestación del Servicio en el Ayuntamiento de Bilbao y licitación afectada	12
III. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	20
A. Transición entre el TVDC y la AVC	20
B. Vista solicitada por las empresas	21
C. Análisis del mercado relevante	22
D. Libertad limitada de la Administración en la contratación pública	28
E. Significado de la clasificación.....	29
F. Uniones Temporales de Empresas (UTE).....	30
G. Infracciones por objeto a la normativa de la competencia.	32
H. Función de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones	34
I. Análisis de las conductas que han motivado la incoación del procedimiento sancionador contra TESAU, TME y EUSKALTEL.	34
a. Tipo de prácticas.....	34
b. Relevancia en el mercado.....	35
c. Calificación jurídica de los acuerdos	36
d. Posible responsabilidad del Ayuntamiento en la definición de la licitación.	37
e. Falta de capacidad técnica de las empresas	38
f. Culpabilidad	41
g. Presunción de inocencia	43
h. Valoración general	44
i. Sanción	47
IV. RESUELVE.....	48



El Consejo Vasco de la Competencia (CVC), con la composición ya expresada y siendo Ponentes Dña. María Pilar Canedo Arrillaga y Dña. Natividad Goñi Urriza, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 07/2011, CONTRATO TELEFONICO AYUNTAMIENTO DE BILBAO, iniciado por el extinto Servicio Vasco de Defensa de la Competencia (SVDC) como consecuencia de presuntas prácticas restrictivas de la competencia realizadas por Telefónica de España, S.A.U, Telefónica Móviles, S.A.U y EUSKALTEL, S.A.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. En fecha 12 de marzo de 2010 tuvo entrada en el extinto Servicio Vasco de Defensa de la Competencia (en adelante SVDC o el Servicio) el escrito del extinto Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (en adelante, TVDC) (folio 1) en el que se le intimaba a iniciar un expediente sancionador, de conformidad con la Ley de Defensa de la Competencia, en relación al acuerdo formalizado por las empresas Telefónica de España, S.A.U, Telefónica Móviles, S.A.U y EUSKALTEL, S.A. bajo la forma de una Unión Temporal de Empresas (UTE), para gestionar conjuntamente, de forma integral, las telecomunicaciones del Ayuntamiento de Bilbao.

2. En fecha 16 de marzo de 2010 el SVDC remitió a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) nota sucinta descriptiva de la conducta detectada junto con su documentación soporte, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.1 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, manifestando la competencia del SVDC (*folios 2-7*).

En fecha 5 de abril de 2010 la CNC remitió oficio en el que se comunicaba que, siguiendo la propuesta recibida, se considera competente para conocer del asunto al SVDC (*folios 9-11*).

3. En fecha 7 de abril de 2010, por Resolución del Director de Economía y Planificación, se acordó iniciar la fase de instrucción de



una información reservada, previa a la incoación, en su caso, del correspondiente expediente sancionador, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.2 de la Ley de Defensa de la Competencia (*folios 13-15*).

4. En la fase de instrucción de la información reservada el SVDC solicitó diversa información a la Dirección de Contratación del Ayuntamiento de Bilbao, TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (en adelante TESAU), TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U.(en adelante TME) y EUSKALTEL,S.A., información que fue cumplimentada y remitida.

5. En fecha 29 de noviembre de 2010, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 39.1 de la Ley de Defensa de la Competencia en cuanto al deber de colaboración de las Administraciones Públicas, el SVDC requirió a la Dirección de Informática y Telecomunicaciones (DIT) del Gobierno Vasco para que emitiera informe de experto señalando si las empresas del Grupo TELEFÓNICA, TESAU Y TME, y EUSKALTEL, contaban, cada una por separado, con solvencia adecuada y suficiente tanto para presentarse a la licitación, como para ejecutar el objeto del contrato (*folios 528-530*).

En fecha 20 de diciembre de 2010 el SVDC recibió el informe solicitado (*folios 531-569*). En el documento se realizaba un análisis de las condiciones técnicas del concurso y de las respuestas dadas por EUSKALTEL, TME y TESAU a los requerimientos de información del SVDC.

El informe presenta las siguientes conclusiones:

- En relación con el expediente de contratación nº 091724000001, Servicio de Telecomunicaciones para el Ayuntamiento de Bilbao y Entidades Municipales, se concluye que el Grupo TELEFÓNICA tiene solvencia adecuada y suficiente por separado, tanto para presentarse a la licitación, como para ejecutar el objeto del contrato sin tener que realizar ninguna consideración adicional de ningún tipo.
- En relación con el expediente de contratación nº 091724000001, Servicio de Telecomunicaciones para el Ayuntamiento de Bilbao y Entidades Municipales,



se concluye que EUSKALTEL tiene solvencia adecuada y suficiente por separado, tanto para presentarse a la licitación, como para ejecutar el objeto del contrato, con la consideración adicional de menor orden para EUSKALTEL de que pueden requerirse procesos habituales y comunes de reingeniería, adecuación, evolución y/o subcontratación.

6. En fecha 11 de enero de 2011 el Director de Economía y Planificación, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, acordó la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en dicha Ley contra EUSKALTEL, S.A., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. En virtud de dicha Resolución, se consideran interesados en este expediente EUSKALTEL, S.A., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., designando instructora y secretaria.

7. En fecha 17 de febrero de 2011 el Director de Economía y Planificación emitió una resolución por la que se ampliaba el acuerdo de expediente sancionador, para aceptar la personación como interesados de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. y de la Dirección de Investigación de la CNC (*folios 621-627*).

8. En fecha 25 de febrero de 2011 el Ayuntamiento de Bilbao remitió la información solicitada el 31 de enero de 2011 por el SVDC – informes, actas y notificaciones emitidos desde el Acta de la Mesa de Contratación de Apertura del sobre B de fecha 11 de marzo de 2010 hasta la finalización del expediente. Dicha información resalta que la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de la Villa de Bilbao en fecha 13 de mayo de 2010, y a la vista del informe de la Mesa de Contratación de fecha 6 de mayo, rechazó la totalidad de ofertas presentadas a la licitación convocada y, lo declaró desierto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 135.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (*folios 661-688*).



9. En fecha 28 de enero de 2011 la instructora del expediente emitió una providencia de solicitud de informe no vinculante a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) conforme a lo previsto en el artículo 17.2 d) de la LDC. Además, acordó suspender el transcurso del plazo de instrucción del procedimiento - desde la fecha de salida del oficio de solicitud del informe solicitado hasta la recepción de la información-, así como comunicar la suspensión del plazo a las partes (*folios 605- 613*).

En fecha 4 de abril de 2011 tuvo entrada dicho informe (*folios 755 a 776*), por lo que se notificó a los interesados el levantamiento de la suspensión del transcurso del plazo de instrucción de procedimiento (*folios 777-784*).

El informe presentaba las siguientes conclusiones:

- “Conforme al pliego de condiciones técnicas relativo al concurso convocado por el Ayuntamiento de Bilbao para la prestación de servicios de telecomunicaciones (fijos y móviles) publicado con fecha 21 de enero de 2010, no existe una justificación desde el punto de vista de las características de los servicios demandados y de su valoración conforme al baremo de puntos aplicable para que EUSKALTEL tuviera necesariamente que concurrir con Telefónica y Telefónica Móviles.
- Conforme al pliego de condiciones técnicas relativo al concurso convocado por el Ayuntamiento de Bilbao para la prestación de servicios de telecomunicaciones (fijos y móviles) publicado con fecha 21 de enero de 2010, no existe una justificación desde el punto de vista de las características de los servicios demandados y de su valoración conforme al baremo de puntos aplicable para que Telefónica tuviera que concurrir conjuntamente con EUSKALTEL.
- La ausencia de justificación de la concurrencia conjunta por parte de Telefónica, Telefónica Móviles y EUSKALTEL conforme a lo indicado en los dos apartados anteriores deberá valorarse por el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia junto con las demás circunstancias relevantes a efectos de determinar si se ha producido una conducta susceptible de encuadrarse en el ámbito del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.”



10. En fecha 11 de mayo de 2011 tuvo entrada un escrito de EUSKALTEL (*folios 786-793*) en el que, a modo de resumen, realizaban las siguientes alegaciones con referencia a los citados informes técnicos:

- A diferencia de lo que se manifiesta tanto en el informe elaborado por la Dirección de Informática y Telecomunicaciones del Gobierno Vasco de fecha 16 de diciembre de 2010 como en el informe elaborado por la CMT de fecha 24 de marzo de 2011, EUSKALTEL considera que las carencias técnicas de que adolecía en el momento de configuración de la oferta impedían de forma significativa contar con una solvencia adecuada y suficiente para desempeñar los servicios.

En concreto, en relación a los servicios de telefonía fija, EUSKALTEL no se encontraba técnicamente preparada para asumir el servicio a prestar mediante circuitos de enlace analógico –conforme detallado en los respectivos pliegos– ni resultaba eficiente –ni probablemente gestionable en plazo– asumir elementos técnicos alternativos en el esquema de ubicaciones necesario.

En cuanto a los servicios de telefonía móvil, EUSKALTEL, en su calidad de operador móvil virtual, no disponía de la plataforma actualizada a la normativa existente a tal fecha para ofrecer los siguientes servicios: pasarela de envíos SMS o MMS, las funciones asociadas a extensiones, tales como transferencia de llamadas, servicio de disponibilidad, etc. y la compartición de funciones asociadas a tarjetas SIM.

- Desde el momento en que el Concurso es suspendido, al ser declarado desierto por el Ayuntamiento, desaparece cualquier conducta presuntamente ilícita y por lo tanto, cualquier posibilidad de tipificar como “prohibida” una conducta que no presenta efectos, ni entre las partes, ni frente a terceros.

11. En fecha 14 de junio de 2011 el Ayuntamiento de Bilbao remitió la información solicitada el 23 de mayo de 2011 por el SVDC: la relación de empresas que prestaban los servicios de telecomunicaciones al Ayuntamiento de Bilbao y a sus diferentes entidades municipales hasta la fecha en que se convocó el expediente de contratación nº 091724000001, con expresa mención sobre la fecha en que se iniciaron los contratos y el procedimiento de contratación seguido, así como las ofertas económicas realizadas por las empresas que se presentaron al expediente referido (*folios 1452-1459*).



12. En fecha 16 de junio de 2011 la Instructora del expediente redactó, de acuerdo con lo establecido en el artículo 50.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos (*folios 1460 a 1483*). Dicho Pliego de Concreción de Hechos fue debidamente notificado presentando alegaciones a la misma las mercantiles EUSKALTEL, TELEFONICA MOVILES DE ESPAÑA, S.A.U. Y TELEFONICA ESPAÑA S.A.U.

Las empresas del Grupo TELEFONICA propusieron, además, la práctica de determinadas pruebas documentales, respecto de las cuales la instructora del expediente dictó providencia por la que se aceptaban las pruebas solicitadas, que debían realizarse mediante oficio librado, por una parte, al Ayuntamiento de Bilbao y, por otra, al Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco. La prueba solicitada fue practicada y la documentación resultante de la misma fue incorporada al expediente.

13. En fecha 6 de septiembre de 2011 la Instructora del expediente dictó Providencia por la que decretó el cierre de la fase de instrucción con el fin de redactar la propuesta de resolución.

14. En fecha 10 de octubre de 2011 la Instructora del expediente dictó la siguiente propuesta de Resolución remitida al extinto Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia:

PRIMERO: Que declare la existencia de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la presentación de oferta conjunta y compromiso de constitución en UTE en el caso de resultar su oferta propuesta adjudicataria, al tener por objeto el reparto –con la consiguiente eliminación de la competencia entre las empresas participantes del acuerdo– del concurso público número 091724000001 “Servicio de telecomunicaciones para el Ayuntamiento de Bilbao y determinación de las tarifas de los precios sobre las que se formalizarán los servicios de telefonía que adjudiquen las entidades municipales dependientes del Ayuntamiento de Bilbao, así como la realización de las inversiones que el contrato requiera”.

SEGUNDO: Que considere responsable de estas conductas prohibidas a:

- EUSKALTEL, S.A., con CIF nº Q0166002F, y domicilio social en Parque Tecnológico, Edificio 809, de DERIO (BIZKAIA) (CP 48160).



- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., con CIF nº A82018474, y domicilio social en Ronda de la Comunicación, S/N - Distrito C - Edificio Sur 3 - 2º, de Madrid (CP 28050).

- TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., con CIF nº A78923125, y domicilio social en Ronda de la Comunicación, S/N - Distrito C - Edificio Sur 3 - 2º, de Madrid (CP 28050).

TERCERO: Que tenga en cuenta, como circunstancias atenuantes de la responsabilidad, que:

La conducta no ha tenido efectos en el mercado: las empresas no hicieron pública su intención de presentarse en UTE al concurso, por lo que dicha actuación no pudo tener efectos disuasorios en otras empresas a la hora de decidir o no presentarse al mismo y, además, el Ayuntamiento de Bilbao declaró desierto el concurso (no se seleccionó ninguna oferta por lo que la UTE nunca llegó a materializarse).

La conducta no conforma un plan general o estrategia encaminada a repartirse todos los concursos de telecomunicaciones.

CUARTO: Que adopte el resto de declaraciones a que se refiere el artículo 53 de la Ley de Defensa de la Competencia.

15. Dicha Propuesta de Resolución fue notificada a los interesados en el expediente sancionador, quienes presentaron alegaciones. En dichas alegaciones las empresas del Grupo TELEFONICA, TESAU y TME, solicitaron la celebración de Vista.

16. En fecha 22 de noviembre de 2011 la instructora del procedimiento sancionador que se ha tramitado en el extinto SVDC con el nº 2/2010 remitió al extinto TVDC la propuesta de Resolución y el expediente administrativo a fin de que dictara la resolución que correspondiese en Derecho. Al expediente administrativo se acompaña Informe de la Instructora, a través del cual señala que las mercantiles EUSKALTEL, S.A, así como TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U Y TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U han presentado alegaciones a la Propuesta de Resolución que no desvirtúan, en absoluto, la Propuesta de Resolución, por lo que reitera en su integridad lo manifestado en la misma.



17. El expediente sancionador remitido por el SVDC, fue registrado en el extinto TVDC con el número 07/2011, CONTRATO TELEFONICO AYUNTAMIENTO DE BILBAO. Con el inicio de actividades de la Autoridad Vasca de la Competencia, y en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 1/2012, el TVDC se ha extinguido y corresponde al Consejo Vasco de la Competencia la resolución del procedimiento sancionador arriba referenciado.

18. El Consejo Vasco de la Competencia en su sesión celebrada el 7 de septiembre de 2012 deliberó y falló este expediente.

19. Son interesados:

- EUSKALTEL, S.A.
- TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U
- TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U.
- VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.
- COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA.

II. HECHOS PROBADOS

20. Constan en el Informe y Propuesta de Resolución, así como en la información que obra en el expediente, los siguientes hechos cuyo conocimiento es relevante para la resolución del expediente y que el Consejo Vasco de la Competencia considera debidamente acreditados y probados.

A. Empresas implicadas

21. EUSKALTEL, S.A. (CIF A48766695) es un operador global de telecomunicaciones del País Vasco que ofrece servicios de telefonía fija, móvil, internet y televisión digital. Es el primer caso de operador europeo móvil virtual independiente con red propia y, por tanto, con capacidad plena de desarrollo de todo tipo de servicios, fijos, móviles y convergentes.



EUSKALTEL figura **inscrito en el Registro** de Operadores de Comunicaciones Electrónicas de la CMT, **habilitado** para la prestación de los siguientes servicios: operador móvil virtual (OMV) completo y OMV prestador de servicios a nivel nacional, red telefónica fija (en el ámbito territorial del País Vasco), red terrestre-fija, reventa del servicio telefónico fijo-acceso directo, transmisión de datos-vídeo bajo demanda, servicio telefónico fijo, servicios vocales nómadas, telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios y transmisión de datos-proveedor de acceso a internet.

Según los datos aportados por la empresa, su **volumen de negocios** fue de 330.709 m. de € en 2007, de 339.896 m. de € en 2008 y de 338.892 m. de € en 2009 (*folio 305*).

En cuanto a las **cuotas de mercado** de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en el año 2008 disponía del 36,20% de líneas de telefonía fija, 12,23% de líneas de móvil y el 20,64% de accesos de Internet (*folio 304*).

22. TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TME) (CIF A82018474) y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. (TESAU) (CIF A78923125) forman parte del mismo grupo empresarial, TELEFÓNICA, cuya empresa matriz es TELEFÓNICA, S.A. (CIF A28015865). Su actividad se extiende a los servicios de telefonía fija (incluyendo TV de pago), móvil y banda ancha. Desde mayo de 2010, MOVISTAR es la única marca comercial del grupo en España¹.

TME figura **inscrito en el Registro** de Operadores de Comunicaciones Electrónicas de la CMT, **habilitado** para la prestación de los siguientes servicios: multiconferencia, voz sobre redes privadas IP centrex, red terrestre- híbrida coaxial y fibra óptica, servicio telefónico fijo, servicios vocales nómadas, telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios, telefonía vocal multimedia nómada sobre IP, transmisión de datos (consulta sobre número de abonado mediante mensajes cortos, fax bajo demanda, mensajería

¹ Fuente: http://www.telefonica.com/es/annual_report/pdf/telefonica_ia10_esp.pdf



electrónica, proveedor de acceso a Internet, suministro de conmutación de datos por paquetes o circuitos, transmisión de información, texto, imagen y sonido mediante redes públicas y videoconferencia) y red telefónica fija. Todo ello a nivel nacional.

TESAU **figura inscrito en el Registro** de Operadores de Comunicaciones Electrónicas, **habilitado** para la prestación de los siguientes servicios: radiobúsqueda, transporte de los servicios de comunicación audiovisual, radiocomunicaciones móviles terrestres en grupo cerrado de usuarios, red que utiliza el DPR-uso privativo, red telefónica fija, red telefónica móvil (soporte del servicio DCS 1800, soporte del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación (UMTS), soporte GSM), servicio telefónico fijo, servicio telefónico móvil (UMTS, DCS 1800 y GSM), telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios y transmisión de datos (almacenamiento y reenvío de mensajes, proveedor de acceso a internet).² Todo ello a nivel nacional.

El **volumen de negocio** de TESAU en el año 2007 fue de 12.401 millones €, de 12.581 millones € en 2008 y de 12.167 millones € en 2009 (*folios 379-380*).

En cuanto a las **cuotas de mercado** TESAU disponía, en 2008, del 61,30% de líneas de telefonía fija de la CAE y del 40,90% de accesos de internet (*folio 357*).

El **volumen de negocio** de TME fue de 9.693 millones € en 2007, 9.684 millones € en 2008 y de 8.965 millones € en 2009 (*folio 352*).

En cuanto a las **cuotas de mercado** en la Comunidad Autónoma de Euskadi TME disponía, en 2008, del 42,40 % de líneas móviles (*folio 329*).

B. Descripción de los acuerdos

23. En fecha 26 de enero de 2010 EUSKALTEL, TESAU y TME firmaron una serie de acuerdos en lo que vienen a denominar

²http://www.cmt.es/cmt_ptl_ext/SelectOption.do?nav=registro&pagina=4&categoria=comunicaciones_electronicas&tb_servicio=&tb_búsqueda=TELEFONICA%20M%D3VILES%20ESPA%D1A,%20S.A.U.



“Proyecto” o “Proyecto BILBO” (*folios 314-322, 338-346, y 366-374*). Estos acuerdos se concretan en un acuerdo de confidencialidad; un acuerdo de constitución de UTE, UTE Bilbao UDALCOM, con la cuota de participación de cada una de ellas y un acuerdo de presentación de una oferta conjunta y compromiso de constitución de UTE en el caso de que la oferta presentada por EUSKALTEL, S.A., TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U. al concurso público 091724000001 del Ayuntamiento de Bilbao resultase propuesta como adjudicataria definitiva.

EUSKALTEL, TESAU y TME presentaron el compromiso de constituirse en UTE –suscribieron el acuerdo en fecha 1 de marzo de 2010- en caso de que su oferta resultase propuesta como adjudicataria. El compromiso se estableció en los siguientes porcentajes respectivamente: 50% la primera, 11% la segunda, y 39 % la tercera (*folios 323-324, 336 y 364*).

Estos acuerdos los encuadra el extinto SVDC a través de la Propuesta de Resolución elevada a este Consejo en el seno de las conductas prohibidas en el artículo 1.1 de la LDC.

C. Prestación del Servicio en el Ayuntamiento de Bilbao y licitación afectada

24. En lo que al Ayuntamiento de Bilbao se refiere, hasta la fecha en que salió a licitación el expediente de contratación número 091724000001, en el año 2010, la prestación del servicio de telefonía fija siempre se había prestado por TELEFÓNICA. En cuanto a los servicios de telefonía móvil, se contrataron aproximadamente en el año 1995 con MOVILINE (que a partir del año 2004 cesa su actividad). Desde el año 1996 conviven VODAFONE y MOVISTAR y desde el año 1997 también con EUSKALTEL (*folio 1458*).

Hasta el año 2010 el Ayuntamiento nunca había convocado una licitación pública para este tipo de servicios.



25. En fecha 29 de enero de 2010 el Ayuntamiento de Bilbao convocó (BOB nº 19) el concurso público número 091724000001, - aprobado por Acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 21 de enero de 2010- cuyo objeto era la contratación del “Servicio de telecomunicaciones para el Ayuntamiento de Bilbao y determinación de las tarifas de los precios sobre las que se formalizarán los servicios de telefonía que adjudiquen las entidades municipales dependientes del Ayuntamiento de Bilbao, así como la realización de las inversiones que el contrato requiera” (*folio 174 ter*).

El órgano de contratación competente para esta licitación era la Junta de Gobierno del Ayuntamiento ³(*folio 173*).

La convocatoria se realizó mediante el procedimiento abierto y la forma de adjudicación de concurso, teniendo en cuenta varios criterios: calidad del servicio; propuesta técnica de la solución ofertada; oferta económica; calidad, medio ambiente y mejoras ⁴(*folio 167*).

El plazo de ejecución del contrato se estableció en cuatro años, prorrogable por hasta dos años más⁵ (*folio 172*).

El presupuesto estimado máximo de gasto del contrato (IVA excluido) fue el siguiente: servicios, 5.517.237,93 euros; servicios a entidades municipales dependientes del Ayuntamiento de Bilbao, 1.040.000,00 euros; inversiones, 1.724.137,93 euros. En cuanto al valor estimado del contrato –incluidas las eventuales prórrogas– (IVA excluido) fue: servicios, 9.835.860,00 euros; inversiones, 2.586.206,89 euros⁶ (*folios 171-172*).

³ Punto 3 de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para los contratos administrativo mixto de servicios y acuerdo marco por el procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación (concurso).

⁴ Puntos 24 y 25 de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para los contratos administrativos mixto de servicios y acuerdo marco por el procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación (concurso), sobre los Criterios de Valoración de Ofertas.

⁵ Punto 7 de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para los contratos administrativos mixto de servicios y acuerdo marco por el procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación (concurso), referido al plazo de duración del contrato.

⁶ Puntos 9 y 8 de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para los contratos administrativos mixto de servicios y acuerdo marco por el procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación (concurso), sobre el presupuesto estimado máximo de gasto y valor estimado del contrato, respectivamente.



26. La **clasificación empresarial** exigida, tras la corrección de errores correspondiente, quedó determinada en: Grupo V–Servicios de Tecnologías de la Información y Comunicaciones; Subgrupo 4– Servicios de Telecomunicaciones; Categoría D (*folio 174 ter*).

27. Si bien por el tipo de prestaciones a realizar por la empresa adjudicataria el concurso se podría haber diseñado dividiéndolo en lotes, la convocatoria no contempló dicha posibilidad (*folio 172*)⁷.

En cuanto a las prestaciones a realizar y a las características técnicas del contrato, dada su amplitud no se van a reproducir, remitiéndonos a lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas que obra en el expediente (*folios 30-120*).

El plazo para presentar ofertas concluyó el 5 de marzo de 2010 (*folio 174 ter*).

28. Las empresas que presentaron oferta a la licitación fueron:

- Licitador nº 1: UTE BILBO UDALCOM (previamente descrita).
- Licitador nº 2: VODAFONE ESPAÑA S. A.

29. En fecha 8 de marzo de 2010 la mesa de contratación procedió a la calificación de la documentación presentada por las empresas, que fue considerada correcta (*folios 23-29*).

Cada una de las empresas que se presentaron a la licitación con el compromiso de constituirse en UTE en el supuesto de resultar adjudicatarias **contaban individualmente con la clasificación** necesaria y suficiente –Grupo V, Subgrupo 4, Categoría D– para poder presentarse a la licitación a título individual.

Llegados a este punto es necesario realizar una aclaración en cuanto a las empresas pertenecientes a lo que venimos denominando Grupo TELEFÓNICA. Así, en el marco del presente expediente, el análisis de la capacidad para efectuar las

⁷ Punto 6 de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para los contratos administrativo mixto de servicios y acuerdo marco por el procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación (concurso), sobre existencia de lotes.



prestaciones solicitadas en el contrato en lo que a las empresas TESAU y TME concierne se va a realizar considerándolas como una única empresa, por lo que cuando se realicen análisis al respecto nos referiremos a Grupo TELÉFÓNICA⁸, sin tener en consideración el hecho de que cuando se presentan a diferentes licitaciones lo hacen también valiéndose de la posibilidad que establece la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) de constituirse en UTE.

30. Respecto de **la posición de las empresas en la licitación**, éstas no han acreditado ni la existencia de dificultades especiales que justifiquen la imposibilidad de concurrir en solitario ni, en su caso, eficiencias que justifiquen razonablemente la concurrencia conjunta a la licitación, extremo sobre el que se abundará en los fundamentos de derecho.

Cada una de las empresas integrantes de la UTE –Grupo TELEFÓNICA y EUSKALTEL- contaba, por separado, con la solvencia adecuada y suficiente para presentarse a la licitación. Ello por los siguientes motivos:

- Ambas contaban con la clasificación requerida por el Ayuntamiento de Bilbao, calificación que se otorga teniendo en cuenta la capacidad de las empresas para concurrir.
- Los informes que obran en el expediente, por un lado, de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones, y por otro de la Dirección de Informática y Telecomunicaciones del Gobierno Vasco son claros en este sentido.
- Dichas empresas se presentaron por separado a cada uno de los lotes en que estuvo dividida la nueva licitación pública convocada con el mismo objeto por el Ayuntamiento de Bilbao. En la misma las

⁸ De conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre contratación pública, a la hora de valorar la solvencia de las empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial se podrá tener en cuenta la de las sociedades pertenecientes al mismo. Artículo 56.3 de la LCSP: “En el supuesto de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, y a efectos de la valoración de su solvencia económica, financiera, técnica o profesional, se podrá tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando la persona jurídica en cuestión acredite que tendrá efectivamente a su disposición, durante el plazo a que se refiere el artículo 59.2 los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos.”



empresas del Grupo Telefónica y EUSKALTEL también tenían la clasificación requerida por el Ayuntamiento de Bilbao para todos y cada uno de los lotes como se detalla más adelante.

- Dichas empresas han venido concurriendo independientemente como licitadores a licitaciones públicas con el mismo objeto al analizado y de mayor complejidad por afectar a los tres Territorios Históricos y/o la variedad de centros, como pueden ser los Gobierno Vasco (Administración General, Administración de Justicia, Osakidetza,...), Universidad del País Vasco, Diputación Foral de Bizkaia, Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, Diputación Foral de Álava, Eusko Trenbideak, etc...

Conviene reparar por su importancia y complejidad en uno de dichos concursos, el concurso de Telecomunicaciones convocado por el Gobierno Vasco en fecha 25 de enero de 2010 (remisión al DOUE el 25 de enero de 2010 y publicado en el BOE nº 26 de fecha 30 de enero de 2010), Código de Expediente KM/2010/045, cuyo objeto era la “Contratación de servicios de Telecomunicaciones a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, con un valor estimado total incluidas las prórrogas de 170.058.247,00 euros (*folios 794-1225*).

Se trataba de un concurso de una gran complejidad habida cuenta de que el ámbito de aplicación del mismo contemplaba las siguientes redes sectoriales y órganos del Gobierno Vasco: red corporativa administrativa, sanitaria, educativa, judicial, UPV, EJIE, Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, EVE y SPRI; es decir, que las prestaciones a ejecutar tenían una extensión muy superior a las del objeto del contrato del Ayuntamiento de Bilbao⁹.

Ninguna de las dos empresas fue excluida de alguno de los lotes por no tener capacidad suficiente.

⁹ Se ha elegido esta licitación como ejemplo teniendo en cuenta tanto la complejidad del mismo -pues contempla unas prestaciones técnicas de ejecución muy superiores a las del Ayuntamiento de Bilbao-, como por la cercanía en las fechas de convocatoria de los mismos, por lo que las circunstancias de las empresas no han podido variar mucho. Toda la información referida a este contrato puede ser consultada en el Perfil del Contratante del Gobierno Vasco, en la página web: www.ej-gv.net.



La adjudicación definitiva se realizó de la siguiente manera: lote 1, Grupo TELEFÓNICA; lote 2, EUSKALTEL; y lote 3, EUSKALTEL (*folio 1220*).

31. Por todas estas razones se considera como un hecho probado evidente e indubitado la capacidad para concurrir independientemente a licitaciones públicas con dicho objeto o análogo y ejecutar los contratos incluidos en la licitación.

32. Las ofertas económicas presentadas al expediente nº 091724000001 fueron las siguientes (*folios 1452-1456*):

UTE UDALCOM

-Total Red fija	787.609,5087
-Total Telefonía Móvil	249.293
-Total Servicios telco	1.036.903
-Total elementos telefonía fija	268.342,6793

VODAFONE

-Total Red fija	477.550,9000
-Total Telefonía Móvil	146.677,2600
-Total Servicios Telco	624.228,1600
-Total elementos telefonía fija	268.342,6793

33. La Junta de Gobierno de la Villa de Bilbao de fecha 13 de mayo de 2010, a la vista del informe propuesta de la mesa de contratación de fecha 6 de mayo de 2010, rechazó la totalidad de ofertas presentadas a la licitación y declaró desierto el concurso objeto de este expediente (*folios 661-688*).

Los motivos esgrimidos fueron que tanto la oferta presentada por VODAFONE S.A.U. como la presentada por UTE UDALCOM contenían irregularidades invalidantes que obligaban a inadmitir sus propuestas, debiendo, consecuentemente, declarar desierto el concurso (*folios 307-313*).



34. No se ha acreditado que las empresas realizasen **publicidad** de su intención de presentar oferta conjunta a la licitación.

35. No se ha acreditado que se tratase de una **estrategia encaminada a repartirse todos los concursos de telecomunicaciones**. Ambas empresas así lo manifiestan (*folios 325, 352 y 380*) y el SVDC no ha hallado pruebas de lo contrario.

36. El 23 de noviembre de 2010 el Ayuntamiento de Bilbao publicó (BOE nº 281) el anuncio de un nuevo concurso “Servicio de telecomunicaciones para el Ayuntamiento de Bilbao y entidades municipales así como la realización de las inversiones que el contrato requiera”, nº expediente 101724000004 (*folios 1240-1427*).

La convocatoria se realizó mediante el procedimiento abierto y la forma de adjudicación tenía en cuenta varios criterios (concurso): la propuesta técnica de la solución ofertada, la calidad del servicio, la oferta económica y las mejoras.

En esta ocasión el Ayuntamiento optó por dividir las prestaciones en lotes, que fueron dos: lote 1: servicio de red fija y datos; lote 2: servicio de red móvil (*folio 1424*).

El plazo de ejecución del contrato se estableció en cuatro años, prorrogable por otros dos.

El presupuesto estimado máximo de gasto del contrato (IVA excluido) fue el siguiente: servicios: lote1, 2.661.628,00; lote 2: 1.067.184,00 euros; servicios a entidades municipales dependientes del Ayuntamiento de Bilbao, lote 1: 723.840,00 euros; lote 2: 482.560,00 euros; inversiones del acuerdo marco: 2.000.000,00 euros. En cuanto al valor estimado del contrato –incluidas las eventuales prórrogas- (IVA excluido) fue: servicios, 7.402.818,00 euros, acuerdo marco 3.000.000,00 euros (*folio 1423*).

La clasificación empresarial exigida fue:



Lote 1: Grupo V–Servicios de Tecnologías de la Información y Comunicaciones; Subgrupo 4–Servicios de Telecomunicaciones; Categoría D.

Lote 2: Grupo V–Servicios de Tecnologías de la Información y Comunicaciones; Subgrupo 4–Servicios de Telecomunicaciones; Categoría C.

En cuanto a las prestaciones a realizar y a las características técnicas del contrato, dada su amplitud tampoco se van a reproducir, remitiéndonos a lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas que obra en el expediente (*folios 1240-1354*).

El plazo para presentar ofertas concluyó el 27 de diciembre de 2010.

37. A la licitación se presentaron las siguientes empresas:

Lote 1: Grupo TELEFÓNICA; VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.; EUSKALTEL

Lote 2: Grupo TELEFÓNICA; VODAFONE ESPAÑA S.A.U.; EUSKALTEL; FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.

En esta ocasión EUSKALTEL y Grupo TELEFÓNICA, aún cuando las prestaciones a realizar en esta nueva licitación fueran prácticamente iguales a las del concurso anterior (exp.: 091724000001), concurren de manera independiente a todos los lotes sin cuestionarse su capacidad para prestar los servicios requeridos¹⁰.

¹⁰ Tal y como se afirma en el informe emitido por la CMT: "(...) Las condiciones técnicas disponible en la página web del Ayuntamiento de Bilbao son sustancialmente idénticas que las de la licitación que dio lugar a la apertura del expediente sancionador por parte del Servicio de Defensa del País Vasco, aunque se añaden requisitos adicionales.

En cuanto a los servicios de telefonía fija, se trata de los mismos que se licitaron en el primer concurso, y los requisitos funcionales y sedes del Ayuntamiento son esencialmente los mismos aunque desaparece como criterio de valoración la oferta de servicios unificados fijos y móviles. A los servicios se añaden además (i) la prestación completa y en términos de garantía de los servicios de telefonía fija y datos ante la presencia de inhibidores de frecuencia o cualquier evento extraordinario que pudiese suponer el funcionamiento de un número de servicios de telefonía elevado de cara al posible colapso del sistema; (ii) desarrollo e implantación de un plan de reducción de consumos para los usuarios del Ayuntamiento y de las entidades dependientes (en caso de incumplimiento de dichos servicios se prevé la posibilidad de reducción del contrato por incumplimiento del contratista).



La mesa de contratación, tras la calificación de la documentación sobre la capacidad de las empresas, admitió todas las ofertas presentadas sin cuestionar nuevamente la capacidad de ninguna de ellas (*folio 1237*).

La valoración de las proposiciones y la clasificación de las ofertas admitidas fue la siguiente (*folio 1232*):

LOTE 1: Telefonía Fija

EUSKALTEL S.A.	87,43 puntos
U.T.E. TELEFÓNICA-MÓVILES	83,27 puntos
VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.	55,53 puntos

LOTE 2: Telefonía Móvil

U.T.E. TELEFÓNICA-MÓVILES	95,94 puntos
VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.	74,72 puntos
FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.	70,37 puntos
EUSKALTEL S.A.	54,10 puntos

En fecha 9 de marzo de 2011, el Ayuntamiento resolvió la adjudicación del lote 1 a EUSKALTEL y el lote 2 al Grupo TELEFÓNICA (*folios 1229-1232*).

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Transición entre el TVDC y la AVC

38. La Propuesta de Resolución fue remitida por el extinto SVDC para su resolución al extinto TVDC. Sin embargo a fecha de la presente, y de acuerdo con lo dispuesto en la disposición Adicional Segunda de la Ley 1/2012, de la Autoridad Vasca de la Competencia, el TVDC se ha extinguido desde el momento en que la Autoridad Vasca de la Competencia ha iniciado actividades, esto es el 17 de julio de 2012.

Como condiciones particulares del servicio se incluye la integración de una nueva sede (Miribilla) que deberá estar disponible en 16 semanas (...). Igualmente, una novedad del pliego consiste en la necesidad de incorporar tecnología IP en el plazo de seis meses desde el inicio del contrato (...).

Respecto la telefonía móvil, los servicios son los mismos, aunque se produce una ligera variación del número de líneas (que aumenta en los casos de voz, datos y servicios M2M) (...) (*folio 757*).



Por ello, y en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda y el artículo 10.a de la meritada Ley 1/2012, de la Autoridad Vasca de la Competencia, corresponde a ésta a través de su Consejo Vasco de la Competencia resolver los procedimientos sancionadores.

B. Vista solicitada por las empresas

39. En primer lugar, y con carácter previo a realizar el contraste jurídico desde la perspectiva de competencia de la conducta que ha suscitado el procedimiento sancionador contra TME, TESAU Y EUSKALTEL, este Consejo debe valorar la pertinencia de la solicitud de Vista formulada por las empresas TESAU Y TME. Al respecto este Consejo Vasco de la Competencia debe desestimar la citada solicitud, habida cuenta de que los hechos que han dado lugar a la incoación del procedimiento sancionador han quedado sobradamente acreditados por los informes técnicos presentados.

Las mercantiles TME, TESAU y EUSKALTEL cuestionan la valoración jurídica de dichos hechos, respecto de los cuales existen posturas diametralmente opuestas entre la Propuesta de Resolución del SVDC y las alegaciones de las empresas TME y TESAU, así como de EUSKALTEL.

Considera este Consejo que esta discrepancia jurídica no requiere la celebración de vista, toda vez que todas las posturas se encuentran expresadas con la debida contradicción, extensión y profundidad a través de la fase de instrucción del procedimiento sancionador y son analizadas y resueltas por este Consejo Vasco de la Competencia de forma motivada a través de la presente.

40. Para realizar el contraste jurídico de los acuerdos adoptados por las citadas empresas con relación a la señalada licitación pública del Ayuntamiento de Bilbao, interesa realizar las siguientes concreciones desde el punto de vista jurídico.



C. Análisis del mercado relevante

41. Resulta preciso definir las **características del mercado** afectado que han sido acertadamente definidas por el SVDC en la Propuesta de Resolución. Este Consejo Vasco de la Competencia las hace suyas y pasa a reproducirlas.

Comenzando por el mercado de producto, las conductas objeto de análisis están relacionadas con el sector de las telecomunicaciones. Debe señalarse que el número de operadores económicos en dicho sector es limitado y goza de una elevada rigidez para la entrada de nuevos operadores. En este contexto, en 2010 la facturación total del sector en España, incluyendo las actividades de audiovisual, ascendió a 39.787,3 millones de euros, con una reducción del 3,5% con respecto a lo facturado en 2009. Continúa la tendencia descendente puesto que en 2009 la reducción fue del 6,5% respecto a 2008. Los ingresos totales del sector por operador se reflejan en la siguiente tabla¹¹:

INGRESOS TOTALES DEL SECTOR POR OPERADOR (millones de euros)									
	Servicios mayoristas			Servicios minoristas			Total		
	2008	2009	2010	2008	2009	2010	2008	2009	2010
Telefónica de España	1.974,49	1.957,56	2.022,22	10.103,54	9.528,65	8.749,32	12.078,03	11.486,21	10.771,54
Movistar	1.472,76	1.234,27	1.033,76	8.239,56	7.744,35	7.518,49	9.712,32	8.978,63	8.552,25
Vodafone	1.434,61	1.166,03	980,51	5.596,92	5.429,30	5.100,93	7.031,53	6.595,33	6.081,44
Orange	933,55	753,58	735,7	3.010,66	3.117,51	3.075,58	3.944,20	3.871,08	3.811,29
Ono	148,08	135,43	129,02	1.461,00	1.376,70	1.339,66	1.609,08	1.512,14	1.468,68
Sogecable	-	-	-	1.869,02	1.523,71	1.454,65	1.869,02	1.523,71	1.454,65
Telecinco	-	-	-	822,26	535,64	679,3	822,26	535,64	679,3
Antena 3	-	-	-	722,31	604,35	657,28	722,31	604,35	657,28
Yoigo	64,91	100,37	138,18	209,83	324,47	513	274,74	424,85	651,19
Jazztel	97,03	112,99	135,87	252,59	335,26	479,88	349,61	448,24	615,76
Grupo Abertis	346,9	382,74	340,9	39,08	135,08	167,75	385,98	517,82	508,64
BT	83,45	89,12	86,71	372,29	341,76	342,7	455,73	430,88	429,41
Euskaltel	29,84	27,03	24,51	311,05	312,46	320,14	340,89	339,49	344,65
La Sexta	-	-	-	159,79	226,42	297,55	159,79	226,42	297,55
Resto	614,71	676,96	763,62	3.760,04	3.051,40	2.700,02	4.374,75	3.728,36	3.463,63
Total	7.200,32	6.636,08	6.391,01	36.929,92	34.587,06	33.396,26	44.130,25	41.223,14	39.787,27

Para definir los mercados incluidos en el contrato de licitación del servicio de telecomunicaciones del Ayuntamiento de Bilbao –que en concreto incluye los mercados minoristas de tráfico telefónico fijo, tráfico telefónico móvil, el servicio de acceso a Internet y el alquiler de circuitos – atendemos a las definiciones dadas en diversas

¹¹ Fuente: CMT. Informe Anual 2010.



Resoluciones por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, que se recogen en el informe remitido por la CMT al SVDC conforme a lo previsto en el artículo 17.2 d) de la LDC (*folios 763-765*).

“Según resulta de la resolución de esta Comisión en la que se aprobó la definición de mercado relativa al **tráfico telefónico desde una ubicación fija**¹², se incluye como tal “*la puesta a disposición de los usuarios finales de los recursos necesarios que les permitan realizar llamadas desde un punto de terminación de red no móvil*”, que se presta a través de dos tecnologías, conmutación de circuitos (telefonía tradicional) y conmutación de paquetes (telefonía IP). Se integran dentro del mercado las llamadas locales, nacionales, internacionales, fijo a móvil, centros de acceso al servicio Internet, acceso a contenidos de valor añadido (cobro revertido, pago compartido, tarificación adicional y llamadas masivas), servicios públicos y de emergencia, números de información y llamadas asistidas por una operadora. Desde el punto de vista geográfico el mercado tiene carácter nacional, ya que no se han detectado ámbitos inferiores al nacional en el que las condiciones de competencia sean lo suficientemente distintas respecto al resto del territorio¹³.

Relacionado con dicho servicio, se incluiría también el servicio de **acceso telefónico desde una ubicación fija**¹⁴, mediante el que se pone a disposición de los usuarios finales los recursos que hacen posible el disfrute del servicio telefónico fijo, desde un punto de terminación no móvil. Dicho servicio permite necesariamente tanto la recepción como el envío de llamadas vocales, pero también puede utilizarse para disfrutar de otro tipo de servicios, como es el acceso a redes de datos o el envío y/o recepción de fax. Asimismo, el servicio de referencia puede posibilitar el establecimiento simultáneo de una o más comunicaciones vocales.

En lo tocante al **mercado de servicios de telefonía móvil**, se incluyen servicios de voz y datos y otros servicios (SMS, MMS)¹⁵.

Dentro del ámbito del contrato licitado por el Ayuntamiento de Bilbao también se incluyen los **servicios de acceso a Internet de banda ancha**, que se prestan mediante diversas tecnologías (Xdsl, híbrido fibra-coaxial HFC, fibra óptica-FTTH, satélite así como tecnologías LMDS, WIMAX). El servicio de

¹² Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 12 de diciembre de 2008 (MTZ 2008/1079).

¹³ En la Resolución de referencia, se eliminaron las obligaciones anteriormente aplicables al haberse concluido que los servicios en cuestión se prestan en un entorno que tiende a la competencia efectiva y no se han detectado uno o varios operadores con poder significativo de mercado.

¹⁴ Dicho servicio se encuentra a día de hoy sujeto a regulación ex ante establecida por esta Comisión, según resulta de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 5 de marzo de 2009 (MTZ 2008/1085)

¹⁵ Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2 de febrero de 2006 (MTZ 2005/933). No se encuentra entre los servicios sujetos a regulación ex ante por parte de esta Comisión en el marco de sus atribuciones relativas a la definición de mercados e imposición de obligaciones específicas. Y ello por cuanto dicho mercado se desarrolla en condiciones de competencia efectivas.



acceso a Internet de banda ancha se define como “aquél que permite a un usuario final, utilizando un terminal específico, disponer de una conexión de datos permanente y de capacidad de transmisión elevada. Este servicio cuenta con características que lo diferencian de otros servicios de acceso a Internet como el acceso en banda estrecha. Se trata de un mercado definido con carácter geográfico nacional.

Por último, el servicio **minorista de líneas alquiladas** se define como la transmisión para la conexión permanente entre dos puntos a través de una red pública de telecomunicaciones, con una determinada capacidad fija y que no incluye funciones de conmutación que el usuario pueda controlar. Dicho servicio permite conectar dos puntos para el envío y recepción de flujos de información y se utiliza habitualmente para conectar las diferentes sedes de una empresa o institución¹⁶. El servicio se soporta mediante interfaces tradicionales e interfaces Ethernet (típicamente 100Mbit/s, 1 Gbit/s y hasta 10 Gbit/s). La definición del mercado de servicios tiene ámbito nacional, y actualmente tampoco se encuentra entre los mercados sujetos a regulación *ex ante* por parte de esta Comisión, aunque sí se mantiene la regulación a nivel mayorista, que se concreta, entre otros, en la obligación de la oferta mayorista de líneas alquiladas (ORLA).”

A continuación, y haciendo referencia al mercado geográfico afectado, se recogen las cuotas de mercado de los operadores de los servicios objeto de esta licitación:

Telefonía fija en el País Vasco¹⁷			
	2008	2009	2010
Nº total líneas	1.074.071	1.068.886	1.063.078
Cuotas de mercado			
- Telefónica	61,3 %	56,8%	53,6%
- Operadores de cable (EUSKALTEL)	33,8%	34,9%	35,3%
- Resto	4,9%	8,3%	11,2%

Telefonía fija en España¹⁸			
	2008	2009	2010
Nº total líneas	20.277.281	20.333.818	20.205.506
Cuotas de mercado			

¹⁶ Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 23 de julio de 2009 (MTZ 2008/1944).

¹⁷ Fuente: CMT. Penetración de servicios finales y de infraestructuras de Telecomunicación. 2008, 2009 y 2010. Parámetros seleccionados por Comunidades Autónomas y provincias.

¹⁸ Fuente: CMT. Informe Anuales 2008, 2009 y 2010. Estadísticas del Sector. Ingresos y cuotas de mercado de telefonía fija.



- Telefónica	78,6%	76,5%	74,9%
- ONO	8,6%	8,5%	8,7%
- Vodafone	2,0%	3,3%	4,2%
- Orange	2,6%	2,3%	2,4%
- EUSKALTEL	1,6%	1,7%	1,8%
- Jazztel	1,4%	1,4%	1,85
- Resto	5,5%	6,3%	6,2%

En el año 2009, año en que se publicó el anuncio del concurso de servicio de telecomunicaciones del Ayuntamiento de Bilbao, TELEFÓNICA y EUSKALTEL fueron los dos principales operadores de telefonía fija en el País Vasco con una **cuota conjunta del 91,7%** del mercado. EUSKALTEL únicamente opera en el ámbito del País Vasco por lo que su cuota se reduce al 1,7% si se considera el mercado estatal. En el mercado español la cuota de TELEFÓNICA fue del 76,5%, en buena parte reflejo de la infraestructura de red de acceso nacional de que es propietaria como operador histórico en el mercado de telecomunicaciones español.

Telefonía móvil pospago en el País Vasco ¹⁹			
	2008	2009	2010
Nº total líneas	1.316.902	1.406.301	1.460.451
Cuotas de mercado			
- Telefónica	42,4 %	43,3%	43,2%
- Vodafone	33,3%	31,8%	30,0%
- Orange	10,5%	10,3%	10,9%
- Resto (*)	13,8%	14,5%	15,9%

(*) Aproximadamente un 12% de la cuota corresponde a EUSKALTEL, según información aportada por la propia empresa (folio 304)

Telefonía móvil pospago en España ²⁰			
	2008	2009	2010
Nº total líneas	29.310.320	30.203.953	31.460.607
Cuotas de mercado			

¹⁹ Fuente: CMT. Penetración de servicios finales y de infraestructuras de Telecomunicación. 2008, 2009 y 2010. Parámetros seleccionados por Comunidades Autónomas y provincias.

²⁰ Fuente: CMT. Informe Anual 2010. Estadísticas del sector. Tráfico por operador



- Telefónica	45,3%	44,0%	43,3%
- Vodafone	33,2%	32,8%	31,8%
- Orange	20,4%	21,3%	21,8%
- Yoigo	0,7%	1,2%	2,1%
- Resto ²¹	0,5%	0,7%	1,0%

En telefonía móvil, en 2009 la cuota conjunta de TELEFÓNICA y EUSKALTEL en el País Vasco fue del 55%, menor que en el mercado de telefonía fija. Por otro lado, la cuota de TELEFÓNICA fue del 43% tanto en el mercado vasco como en el español.

Cabe destacar que el grado de concentración se ha reducido en el mercado de telefonía móvil tanto vasco como español por la importancia creciente de Yoigo y de los Operadores Móviles Virtuales (OMV)²².

Banda ancha en el País Vasco ²³			
	2008	2009	2010
Nº total líneas	455.494	487.284	526.424
Cuotas de mercado			
- Telefónica	40,9%	40,0%	38,6%
- Operadores de cable (EUSKALTEL)	43,3%	43,7%	42,7%
- Resto operadores	15,8%	16,3%	18,7%

Banda Ancha en España ²⁴			
	2008	2009	2010
Nº total líneas	9.135.959	9.799.486	10.646.428
Cuotas de mercado (% cuotas de línea)			
- Telefónica	56,4%	54,9%	52,7%

²¹ El apartado de resto está integrado por los operadores OMV: Euskaltel, Lebara Mobile, Ono, MÁSmovil, Digi Mobil, BT, Jazztel, FonYou, TleCable, E-plus, Lycamobile, R, Carrefouronline, Pepephone, Dámóvil, Hits Mobile, Happy móvil, RACC Móvil, Moreminutes, Eroski Móvil, You Mobile y Orbitel.

²² En concreto, EUSKALTEL es un OMV completo, es decir, que cuenta con las infraestructuras propias de red necesarias para la prestación de sus servicios, a excepción de la red de acceso radioeléctrico, contratada con Vodafone.

²³ Fuente: Penetración de servicios finales y de infraestructuras de Telecomunicación. 2008, 2009 y 2010. Parámetros seleccionados por Comunidades Autónomas y provincias.

²⁴ Fuente: Informe Anual 2008, 2009 y 2010 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, estadísticas del sector.



- Ono	15,3%	14,8%	14,3%
- Orange	12,7%	11,1%	10,5%
- Jazztel	4,3%	6,0%	8,0%
- Vodafone	4,2%	5,9%	7,0%
- EUSKALTEL	2,2%	2,2%	2,2%
- Resto	4,9%	5,1%	7,2%

En los servicios de acceso a banda ancha nuevamente son TELEFÓNICA y EUSKALTEL los principales operadores en el País Vasco, con una **cuota de mercado conjunta, en 2009, de alrededor del 85 %**. En el mercado español la cuota de TELEFÓNICA es del 54,9% (en descenso debido a los altos niveles de captación de los operadores alternativos de Xdsl). Por otro lado, la cuota de EUSKALTEL es del 2,2% debido a que es un operador de cable que únicamente presta sus servicios en el País Vasco.

Alquiler de circuitos en España ²⁵			
Cuotas de mercado (% en términos de ingresos)			
	2008	2009	2010
- Telefónica	64,8%	67,9%	74,8%
- EUSKALTEL	5,3%	5,9%	5,5%
- Ono	6,7%	6,2%	4,9%
- Orange	2,3%	6,1%	4,7%
- Xtra	-	1,6%	1,9%
- BT	-	1,7%	1,4%
- R	-	-	1,2%
- Colt	-	-	1,1%
- Vodafone	2,5%	1,7%	-
- Resto	18,4%	8,9%	4,5%

En el mercado de alquiler de circuitos únicamente se disponen datos del mercado español, en el que tanto TELEFÓNICA como EUSKALTEL son los dos primeros operadores, aunque destaca a gran distancia TELEFÓNICA con un 67,9% de cuota en 2009. EUSKALTEL en segunda posición tiene una cuota del 5,9%.

²⁵ Fuente: CMT. Informes Anuales 2008, 2009 y 2010. Estadísticas del sector.



D. Libertad limitada de la Administración en la contratación pública

42. Las conductas que han suscitado la incoación del procedimiento sancionador se desarrollan en el ámbito de la Administración Pública (Ayuntamiento de Bilbao) en su calidad de demandante de servicios provenientes de los operadores económicos en el mercado de telecomunicaciones y, en concreto, en el ámbito jurídico formal en que debe actuar toda Administración Pública en la demanda de bienes y servicios cara a la satisfacción del interés general.

En efecto, nos encontramos con una Administración Pública, el Ayuntamiento de Bilbao, sujeta al principio de legalidad ex artículos 9 y 103 de la CE, que para el ejercicio de las competencias reconocidas por Ley (Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local), desea acceder al citado mercado contratando con los operadores económicos de dicho mercado el suministro de los servicios citados. El Ayuntamiento no es libre para elegir el operador económico con quien contratar para satisfacer el interés general que está llamado a conseguir, en virtud de su sujeción al principio de legalidad; no lo es, en primer lugar porque está sujeto a una regulación especial que disciplina la Contratación del Sector Público, actualmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

Lo mismo sucede con la salvaguarda de la libre competencia en el ámbito contractual administrativo, que lleva consigo, con carácter necesario, el cumplimiento de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, de modo que se garantice una adecuada y eficaz satisfacción del interés general por medio de la consecución de contratos en mejores condiciones (técnicas o de precios) que redunden en última instancia en un beneficio para los administrados.



E. Significado de la clasificación

43. Dado que la Administración Pública trata de satisfacer el interés general y busca garantizar la eficiencia de sus procesos, los empresarios, para celebrar contratos con el sector público, deben acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica, financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación (*vid.* artículo 62 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Contratos del Sector Público). Este requisito será sustituido por el de la **clasificación**, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en Ley de Contratos del Sector Público. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

Asimismo, el artículo 65 del citado Real Decreto Legislativo señala, cuando hace referencia a la *Exigencia de clasificación*, que para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Sin embargo, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II.

Esto es, la Ley de Contratos del Sector Público requiere a los empresarios que quieran celebrar contratos con el sector público la acreditación de unas condiciones mínimas de solvencia económica, financiera y profesional o técnica o bien, en determinados tipos de contratos la debida clasificación.

Debe entenderse por tanto que la clasificación conlleva solvencia económica, financiera y profesional o técnica para el tipo de contrato para el cual se exige la misma.



F. Uniones Temporales de Empresas (UTE).

44. La Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional, contempla las uniones temporales de Empresas como un sistema de colaboración empresarial por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro. La Unión Temporal de Empresas no tiene personalidad jurídica propia, manteniéndose la de sus integrantes. La UTE se constituye formalmente a través de escritura pública otorgada ante Notario autorizante.

No cabe en términos generales cuestionar la eficacia empresarial que pueden tener las UTE ni por supuesto su legalidad y oportunidad en determinados supuestos de hecho. Ello no obstante, debe subrayarse que las UTE deben respetar la normativa vigente en materia de competencia ya que en caso contrario pueden conllevar un ilícito administrativo, con las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia tanto de carácter administrativo como civil (nulidad de pleno derecho de los acuerdos).

Es decir, si bien el negocio jurídico que da pie a la constitución de la UTE goza desde el punto de vista jurídico de presunción de validez, ello no obsta que dicho negocio jurídico pueda contener vicios de nulidad, si conlleva acuerdos contrarios a los artículos 1, 2 ó 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. En ese caso, la Autoridad de Competencia correspondiente podrá declarar la nulidad e infracción y en su caso la sanción aplicando la normativa de Defensa de la Competencia.

45. A este respecto, la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia ha venido a señalar con relación a las UTEs,

“La utilización de UTE o de AIE para participar en procedimientos de licitación pueden tener efectos positivos, al facilitar el acceso a la financiación de



grandes inversiones y permitir la participación de PYMES que pongan en común recursos complementarios.

No obstante, estas agrupaciones de empresas también pueden facilitar la colusión, y por ello deben recibir una especial atención. Entre los posibles indicadores de existencia de un acuerdo anticompetitivo figuran; entre otros:

- La capacidad de participar individualmente en la licitación correspondiente de algunas de las empresas miembros de la AIE o UTE.
- Las empresas que forman la UTE o AIE concentran una parte importante de la actividad en el ámbito público o privado.”²⁶

Dichas conclusiones vertidas en la referida Guía son una consecuencia de la experiencia europea en el ámbito de competencia, así como por lo analizado por el extinto TDC y la actual CNC en diferentes procedimientos sancionadores. En este ámbito cabe resaltar la Resolución del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de enero de 2003, Expte. 504/01, Terapias Respiratorias Domiciliarias, ha venido a señalar,

“...los acuerdos entre competidores, previos a la presentación de ofertas a un concurso público, pueden infringir el artículo 1 LDC, por su objeto o por sus efectos, y únicamente pueden ser autorizados por el TDC si se dan los requisitos exigidos por el artículo 3 LDC. Sólo cuando las empresas concertadas carecieran de la capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual, podría establecerse que no hay afectación a la competencia.”

Asimismo, interesa mencionar la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 18 de enero de 2010, en el expediente Gestión de Residuos Sanitarios, que analiza, entre otros, los acuerdos para constituirse en UTE. La resolución establece “... dicha conducta anticompetitiva se ha llevado a cabo a través de distintas actuaciones, a saber: los acuerdos para concurrir a las licitaciones públicas en UTE (...), sin que haya quedado demostrado la necesidad objetiva o la eficiencia de las mismas y su repercusión en beneficio del interés general, (...).”

²⁶ Véase COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA, “Guía sobre contratación pública y competencia” en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/GuíasyRecomendaciones/tabid/177/Default.aspx>



En el ámbito de la Unión Europea, las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado a los acuerdos de cooperación horizontal, establecen en su artículo 24 que determinados acuerdos horizontales entre empresas competidoras no entrarían en el marco del artículo 81 del Tratado UE, entre otros, la cooperación entre empresas competidoras incapaces de llevar a cabo por separado el proyecto o la actividad contemplada en el acuerdo de cooperación. Dichas Directrices han sido sustituidas por las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal.

46. En conclusión podemos decir que no cabe duda de que el ordenamiento jurídico permite vehiculizar la cooperación empresarial a través de la constitución de UTEs, si bien ésta debe respetar el ordenamiento jurídico -en el particular que nos ocupa las normas de competencia- y en caso contrario podría devenir nula de pleno derecho e implicar una infracción de carácter administrativo. En el ámbito del derecho de la competencia, cuando las empresas concertadas carecieran de la capacidad suficiente para alcanzar las mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual, podría establecerse que no hay afectación a la competencia. Además, tienen que acreditarse eficiencias y repercusión en beneficio del interés general.

Podría sin embargo considerarse un abuso de derecho el emplear una UTE, herramienta legal, para conseguir un objetivo contrario a la normativa de competencia y por lo tanto ilegal.

G. Infracciones por objeto a la normativa de la competencia.

47. El artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir,



restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. Seguidamente, sin carácter exhaustivo, el legislador establece qué conductas pueden incurrir en dicho ilícito administrativo.

Tanto el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia como la actual Comisión Nacional de la Competencia, han reiterado que en el artículo 1 de la LDC pueden subsumirse tres tipos de conductas en lo que respecta a impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado: las que tienen ese objeto (aunque no lo consigan), las que producen ese efecto (aunque no haya voluntad) o las que han podido producirlo (aún sin perseguirlo).

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo también realiza la distinción entre las restricciones por objeto y por efecto, sin que en el caso de las primeras se requiera un análisis potencial o actual de sus efectos en el mercado. Resultan significativas, entre otras, las SSTS de 14 de febrero de 2007 (RJ 2007\634), 15 de octubre de 2008 (RJ 2008\5734) y 1 de junio de 2010 (RJ\2010\5465).

Debe recordarse por tanto que la ausencia de efectos de la conducta contraria a la competencia no conlleva la ausencia de infracción administrativa por vulneración de la normativa de defensa de la competencia.

Teniendo en cuenta estas consideraciones legales y jurisprudenciales, debe descartarse la idea repetida por las empresas afectadas en el presente procedimiento sancionador según la cual la ausencia de efectos contrarios a la normativa de la competencia implica la ausencia de infracción administrativa por vulneración de la normativa de competencia, máxime teniendo en cuenta que las empresas implicadas llevaron a cabo todos los actos necesarios para que la práctica tuviese efectos en el mercado y es una cuestión ajena a su voluntad y control -como la aceptación de licitación o su declaración como desierta- la que impide que el acuerdo llegue a tener efectos en el mercado.



H. Función de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

48. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un organismo regulador de los previstos por el artículo 8 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un ente especializado y tiene 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.

Queda por tanto fuera de toda duda la relevancia de las conclusiones del informe.

I. Análisis de las conductas que han motivado la incoación del procedimiento sancionador contra TESAU, TME y EUSKALTEL.

a. Tipo de prácticas

49. Las conductas que han dado lugar a la incoación del procedimiento sancionador objeto de análisis han sido los **acuerdos** adoptados por TESAU, TME y EUSKALTEL tendentes a concurrir de modo conjunto al concurso público 09172400001 del Ayuntamiento de Bilbao. Estos acuerdos los encuadra el extinto SVDC a través de la PR elevada a este Consejo en el seno de las conductas prohibidas en el artículo 1.1 de la LDC al tener por objeto el reparto del concurso público mencionado.



Se trata por tanto de acuerdos entre empresas y no de actos unilaterales, separados unos de los otros. Evidentemente la voluntad de cada una de las empresas forma parte de dichos acuerdos y es en ese ámbito consensual donde confluyen dichas voluntades en la consecución de un objetivo común.

b. Relevancia en el mercado

50. Respecto del mercado afectado, teniendo en cuenta los datos que se han referido previamente, puede concluirse que TME, TESAU y EUSKALTEL tienen unas muy elevadas cuotas de mercado en los mercados relevantes analizados. Estas cuotas oscilan en el mercado español, en 2009, en el caso de las empresas del Grupo TELEFÓNICA entre el 44% en telefonía móvil y el 76,5% en telefonía fija, y en el País Vasco entre el 40% en banda ancha y el 56,8% en telefonía fija. Las cuotas de EUSKALTEL en el País Vasco, por su parte, oscilan entre el 12% en telefonía móvil y el 35% de cuota en telefonía fija.

A la vista de los datos recogidos en las tablas que se incluyen en el apartado de definición del mercado se observa una reducción paulatina de la concentración del mercado, por la entrada de nuevos operadores y la consecuente pérdida de cuota de mercado del operador histórico, TELEFÓNICA. Ello no obsta para que el número de empresas que operan en el mercado sea aún limitado.

La cuota de mercado que ostentan TME, TESAU Y EUSKALTEL en cada uno de los mercados en el ámbito territorial del País Vasco en el año 2009 son las siguientes como ya se ha expresado en los precedentes fundamentos de derecho:

Telefonía fija: 91%

Telefonía Móvil: 55%

Banda ancha: 83,7%

51. Resulta también relevante para el análisis de las conductas objeto del procedimiento sancionador, la información recogida en el



Registro de Operadores de Comunicaciones Electrónicas de la CMT. Las únicas empresas habilitadas para prestar todos los servicios incluidos en el contrato del Ayuntamiento de Bilbao serían: TESAU/TME, VODAFONE, ORANGE, EUSKALTEL y JAZZTEL.

El número de empresas que operan en dichos mercados es por la naturaleza y características de los mismos limitado. Además, el número de empresas que potencialmente podían haber presentado oferta en la licitación convocada por el Ayuntamiento de Bilbao, es más limitado todavía (TESAU/TME, VODAFONE, ORANGE, EUSKALTEL y JAZZTEL). Por último, los principales operadores en dichos mercados (TME, TESAU y EUSKALTEL), que se encuentran entre aquellas que potencialmente pueden presentar oferta a la licitación pública convocada por el Ayuntamiento de Bilbao, conciertan licitar en el referido concurso público.

c. Calificación jurídica de los acuerdos

52. Los acuerdos antes relacionados adoptados por las mercantiles citadas con relación a la licitación pública del Ayuntamiento de Bilbao, suponen unos acuerdos entre competidores reales con cuotas de mercado significativas en los mercados de servicios de telefonía minorista antes señalados en el ámbito territorial del País Vasco. Se trata de acuerdos ligados entre sí con una única finalidad como es la de resultar adjudicatarios definitivos de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Bilbao.

Esa es la razón por la que pueden subsumirse dentro del tipo de la Ley de Defensa de la Competencia, cuando proscribire en su artículo 1º todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia y, en particular,-entre otros- los que consistan el reparto de mercado o de fuentes de aprovisionamiento.



d. Posible responsabilidad del Ayuntamiento en la definición de la licitación.

53. Las empresas señaladas pertenecientes al Grupo Telefónica, TME Y TESAU, así como EUSKALTEL, esgrimen en su defensa que las conductas que dan origen al procedimiento sancionador objeto de análisis están originadas por las condiciones jurídico administrativas aprobadas por el Ayuntamiento de Bilbao para dicha licitación que han obligado a las citadas empresas a concurrir conjuntamente, como UTE, con la denominación de UTE BILBO UDALCOM, a la referida licitación.

Este Consejo Vasco de la Competencia no puede compartir con las citadas empresas la justificación exculpatoria en la línea de que es el Ayuntamiento de Bilbao el que incurre en una conducta anticompetitiva al agrupar los servicios requeridos por la Administración Pública en un solo lote, en lugar de en varios.

Si bien es cierto que la CMT ha podido en algún caso recomendar que las licitaciones se realicen por lotes para conseguir una mayor competencia y acceso al mercado de más operadores, esto no puede entenderse sino como una mera recomendación.

En este sentido la convocatoria de la licitación en un solo lote no conlleva una conducta administrativa al margen de la legalidad vigente a que está sujeto el Ayuntamiento de Bilbao ex artículos 9.1 y 103 de la CE. En este caso debe rechazarse el argumento esgrimido por las empresas en exculpación de su posible responsabilidad administrativa basado en una previa vulneración de las normas de competencia por parte de la Administración convocante de la licitación.

Por otra parte, si las mercantiles contra las que se sigue el procedimiento sancionador, estimaban que la licitación convocada por el Ayuntamiento de Bilbao era contraria a la normativa de competencia, lo que tendrían que haber hecho en virtud de su sujeción al principio de legalidad ex artículo 9, hubiese sido recurrir



la referida licitación a través del oportuno recurso especial, y posteriormente ante los Tribunales de Justicia, en su caso.

54. Emplean las empresas como base para su defensa la Sentencia de la AN de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 5 de diciembre de 2000. Argumentan que la citada sentencia establece que no cabría la posibilidad de que exista infracción por un acuerdo entre empresas si la eficacia del mismo depende de la autorización administrativa.

Cabe rebatir el argumento de las partes basado en la citada resolución, dado que el supuesto de hecho en que se basa la Sentencia no es en absoluto comparable con el que nos ocupa. Así en la citada resolución se aborda la existencia de un acuerdo de precios mínimos realizado por empresas de un determinado sector regulado que se propone a la Administración a fin de ésta asuma el acuerdo y determine precios mínimos en la prestación de los servicios. La diferencia con el supuesto que nos ocupa es evidente y relevante, dado que en el supuesto recogido en la resolución citada las empresas estarían sometidas a los precios fijados por la Administración caso de que los aprobase, mientras en el supuesto que nos ocupa, las empresas tendrían la libertad de presentarse a la licitación de manera independiente y por lo tanto el papel que juega la administración en el acuerdo carece de relevancia en la toma de decisión.

e. Falta de capacidad técnica de las empresas

55. Argumentan igualmente las empresas basándose en el hecho de que carecían de capacidad técnica para abordar la licitación y mantienen que la única solución para concurrir a la licitación, así como para la ejecución del contrato era en conjunto.

Tampoco coincide el Consejo con TESAU, TME Y EUSKALTEL en este caso.



Los hechos que se desprenden del expediente llevan a concluir de forma rotunda que ambas compañías ostentaban capacidad suficiente para presentarse de modo individual a la licitación. La capacidad técnica de las mercantiles para concurrir a la referida licitación, así como para ejecutar el contrato en el supuesto de resultar adjudicatario, ya ha sido analizada y concretada en los hechos probados, por lo cual sólo resta remitirse a los mismos.

Solo cabe recordar lo que de forma diáfana establece la CMT en su informe preceptivo que se centra en el examen de la conducta de los operadores Telefónica, Telefónica Móviles y EUSKALTEL en el ámbito de sus competencias en materia de comunicaciones electrónicas.

“... desde el punto de vista técnico las alegaciones de EUSKALTEL, Telefónica y Telefónica Móviles no resultan suficientes para justificar la necesidad de concurrir conjuntamente a la licitación convocada por el Ayuntamiento de Bilbao. Por el contrario, existen elementos suficientes para considerar que Telefónica y EUSKALTEL podrían haber concurrido individualmente teniendo en cuenta las características técnicas y la valoración prevista respecto a las propuestas que se presentasen” (Folio 000758).

Por ello, y en congruencia con lo expresado el referido Informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones concluye:

“De conformidad con lo señalado en el apartado IV anterior cabe extraer las siguientes conclusiones en relación con las conductas objeto del examen por parte del Servicio Vasco de Defensa de la Competencia:

- Conforme al pliego de condiciones técnicas relativo al concurso convocado por el Ayuntamiento de Bilbao para la prestación de servicios de telecomunicaciones (fijos y móviles) publicado con fecha 21 de enero de 2010, no existe una justificación desde el punto de vista de las características de los servicios demandados y de su valoración conforme al baremo de puntos aplicable para que EUSKALTEL tuviera necesariamente que concurrir con Telefónica y Telefónica Móviles.

- Conforme al pliego de condiciones técnicas relativo al concurso convocado por el Ayuntamiento de Bilbao para la prestación de servicios de telecomunicaciones (fijos y móviles) publicado con fecha 21 de enero de 2010, no existe una justificación desde el punto de vista de las características de los servicios demandados y de su valoración conforme al baremo de puntos aplicable para que Telefónica tuviera que concurrir conjuntamente con EUSKALTEL.



- La ausencia de justificación de la concurrencia conjunta por parte de Telefónica, Telefónica Móviles y EUSKALTEL conforme a lo indicado en los dos apartados anteriores deberá valorarse por el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia junto con las demás circunstancias relevantes a efectos de determinar si se ha producido una conducta susceptible de encuadrarse en el ámbito del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.”

En la misma línea del informe evacuado por el regulador, se encuentra el informe evacuado en fecha 16 de diciembre de 2010 por la Dirección de Informática y Telecomunicaciones, del Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco que consta en el expediente y que por su extensión no reproducimos, pero al cual nos remitimos (*folios 531-568*), se llega a la siguiente conclusión (*folio 531*):

De acuerdo con la exposición realizada a lo largo del presente informe, se presentan las siguientes conclusiones finales.

GRUPO TELEFÓNICA

En relación con el expediente nº 091724000001, Servicio de Telecomunicaciones para el Ayuntamiento de Bilbao y Entidades Municipales, se concluye que el Grupo Telefónica tiene solvencia adecuada y suficiente por separado, tanto para presentarse a la licitación, como para ejecutar el objeto del contrato sin tener que realizar ningún tipo de consideración adicional de ningún tipo.

EUSKALTEL S.A.

En relación con el expediente nº 091724000001, Servicio de Telecomunicaciones para el Ayuntamiento de Bilbao y Entidades Municipales, se concluye que EUSKALTEL S.A. tiene solvencia adecuada y suficiente por separado, tanto para presentarse a la licitación, como para ejecutar el objeto del contrato, con la consideración adicional de menor orden de que pueden requerirse procesos habituales y comunes de reingeniería, adecuación, evolución y/o subcontratación.”

Por tanto, debe concluir este Consejo, la licitación en conjunto de las empresas del Grupo Telefónica, TESAU y TME, y EUSKALTEL, no se basa en la falta de capacidad técnica ni se justifica por unas supuestas sinergias beneficiosas para el mercado que se alegan por las empresas y que se rebaten en los citados informes técnicos. Estos acuerdos no han sido por tanto la única solución técnica para abordar la licitación del Ayuntamiento de Bilbao, pero entre las



diferentes opciones técnicas existentes sí una de las más contrarias a la normativa de la competencia.

f. Culpabilidad

56. Resulta relevante el elemento de la **culpabilidad** en los acuerdos

“debe entenderse por culpabilidad el juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor (por acción u omisión) de un hecho típico y antijurídico; ello implica y requiere que el autor sea causa de la acción u omisión que supone la conducta ilícita a título de autor, complice o encubridor, que sea imputable, sin que concurran circunstancias que alteren su capacidad de obrar; y que sea culpable, esto es, que haya actuado con conciencia y voluntariedad, bien a título intencional, bien a título culposo..(....)

El principio de culpabilidad constituye un elemento básico a la hora de calificar la conducta de una persona como sancionables, es decir, es un elemento esencial en todo ilícito administrativo, y es un principio que opera no sólo a la hora de analizar la conducta determinante de la infracción, sino también sobre las circunstancias agravantes.” (Sentencia TS de 6 de julio de 2010)

Las empresas del Grupo Telefónica, TME y TESAU, y EUSKALTEL, conocen la posición de las mismas en los diferentes mercados a los que afecta la licitación pública convocada por el Ayuntamiento de Bilbao, así como la sujeción de las mismas a la normativa de competencia, y pese a ello conciertan formar una UTE para el supuesto de resultar adjudicatarios definitivos en la referida licitación pública y licitan a la misma conjuntamente. Ello supone un reparto de los operadores económicos con mayor implantación y cuota de mercado en los referidos mercados en el País Vasco que se gestiona a través de la forma jurídica de UTE. La consecuencia del referido acuerdo de voluntades es excluir la competencia entre ellas en dicho contrato público lo cual genera una subida en los precios del servicio con el consiguiente perjuicio para el interés general, el Ayuntamiento y los administrados. Esta subida de precio puede verificarse si se compara la gran diferencia de la oferta presentada por estas empresas y la presentada por VODAFONE (empresa que ya había prestado el servicio previamente y que por tanto conocía las necesidades y costes).



Debe precisarse que dichos acuerdos se ciñen únicamente a la licitación pública del Ayuntamiento de Bilbao nº 0991724000001. En efecto, tal y como ha señalado el SVDC en su PR y la Comisión Nacional del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) en su informe de fecha 24 de marzo de 2011, la participación conjunta por parte de TESAU, TME Y EUSKALTEL carece de precedentes respecto a las licitaciones a las que han concurrido los operadores en los tres últimos años (2007, 2008 y 2009) en el País Vasco. De este modo resulta difícil entender la pretendida necesidad planteada por las empresas que se presentan habitualmente por separado en contratos similares o de mayor entidad.

Además, una vez declarado desierto el concurso público referido y anulada la aprobación del gasto presupuestario correspondiente al mismo, el Ayuntamiento de Bilbao inició una nueva licitación con el mismo objeto que el anterior. A la nueva licitación pública han concurrido las empresas del Grupo Telefónica y EUSKALTEL por separado, además de otros operadores económicos. Esto contradice nuevamente el argumento de las empresas respecto de la necesidad de presentarse a la licitación de manera conjunta.

Las empresas que han adoptado los acuerdos objeto de análisis en la presente, son conscientes y conocedores de las características de los mercados donde desarrollan su objeto social. Asimismo son conscientes y conocedores de la posición de las mismas en el mercado, así como la de sus competidores. Ello les ha llevado tradicionalmente a competir entre ellas por los mercados. Con la misma consciencia y conocimiento, en el supuesto que nos ocupa, las empresas del Grupo TELEFÓNICA y EUSKALTEL han decidido no competir entre ellas, adoptando un pacto de no competencia *ad casum* y anulando la tensión competitiva que tradicionalmente existe entre ellas. De esta forma derivan dicha tensión a un mismo y común objeto, como es el de resultar adjudicatarios de la licitación, como UTE BILBO UDALCOM. Dichas empresas, MOVISTAR, VODAFONE Y EUSKALTEL, ya venían prestando con anterioridad dichos servicios al Ayuntamiento de Bilbao. Con ese pacto de lucha conjunta por el contrato licitado por el Ayuntamiento de Bilbao, y en



consecuencia de no competencia entre las mismas, solo puede entenderse que tratan de no competir entre ellas en un mercado en el que ostentan unas cuotas de mercado muy relevantes y con un número operadores económicos limitado. Además en el caso de la licitación del Ayuntamiento de Bilbao, el número potencial de empresas que pueden prestar el servicio es aún más limitado, por lo que un intento de reducir la competencia a la mínima expresión redundaría claramente en beneficio de las mismas.

En este sentido, este Consejo Vasco de la Competencia observa que a los acuerdos de las citadas empresa, típicos y antijurídicos (art. 1.1 LDC), debe anudarse el elemento subjetivo de la culpabilidad de las empresas intervinientes en los mismos, toda vez que con dichos acuerdos las partes ostentan la intención de infringir la normativa de competencia repartiéndose entre ellas el mercado objeto de licitación por el Ayuntamiento de Bilbao.

g. Presunción de inocencia

57. La empresa EUSKALTEL señala en el procedimiento sancionador objeto de análisis que se conculca el principio de presunción de inocencia, y con ello el artículo 24 CE, al basarse el extinto SVDC en pruebas indiciarias, sin que se reúnan las circunstancias que requiere la jurisprudencia para fundamentar la propuesta de resolución en dicho tipo de pruebas.

58. Este Consejo Vasco de la Competencia no puede compartir la consideración procedimental, con arraigo jurídico en el artículo 24 CE, vertida por la empresa EUSKALTEL, toda vez que la PR del extinto SVDC no toma como base fáctica hechos fundamentados en pruebas indiciarias. Por el contrario, se trata de hechos constatados, contrastados y probados a lo largo del procedimiento sancionador por medio de los elementos que se han recogido en esta resolución.

“El derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías de defensa, que se constituye como un derecho fundamental del ciudadano a un



procedimiento justo y equitativo frente a los poderes coercitivos de la Administración, en que se respeten los derechos de defensa con interdicción de indefensión, en una interpretación sistemática de los artículos 24 y 25 de la CE y del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos humanos (RCL 1999, 1190 y 1572), engloba según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras garantías, al derecho a no ser sancionado sin ser oído y, a ejercer las facultades de alegación con contradicción en todas las fases del procedimiento, el derecho a un procedimiento público, el derecho a ser informado de la acusación, de modo que se conozcan sin restricción los hechos imputados, que impone que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, que excluye la admisibilidad y apreciación de pruebas ilícitas, y el derecho a la presunción de inocencia, que acoge el derecho a no ser sancionado sin prueba de cargo legítima y válida que sustente la resolución sancionadora.” (STS de 20 de junio de 2006, RJ\2006\3541)

h. Valoración general

59. Llegado este punto, podemos concluir que nos encontramos con unos acuerdos adoptados por las empresas del Grupo Telefónica y EUSKALTEL con relación a la licitación del Ayuntamiento de Bilbao. Dichos acuerdos son,

- **Hechos ciertos**, contrastados a lo largo del expediente y no válidamente refutados por las empresas afectadas.
- **Típicos y antijurídicos** por contrariar el artículo 1º de la ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, que prohíbe acuerdos entre empresas que restrinjan la competencia, y en particular aquellos que supongan un reparto de mercado, tal y como ha quedado acreditado a lo largo de la presente resolución.
- **Culpables** por tratarse de conductas cuyas consecuencias eran conocidas y deseadas por las empresas.

60. En el supuesto que nos ocupa, tal y como ha quedado arriba acreditado las empresas del Grupo Telefónico, TME y TESAU, son **competidoras reales** en los mercados comprendidos en el objeto de la licitación del Ayuntamiento de Bilbao, **ostentando cuotas de mercado muy significativas** en dichos mercados de **acceso rígido y operadores económicos limitados**.



La **trayectoria** de comportamiento de las señaladas empresas en las licitaciones públicas a las que han concurrido puede ser definida como de competencia por los mercados, habiendo concurrido a las licitaciones públicas durante los años 2007, 2008 y 2009 por separado.

Dicha dinámica de comportamiento entre los competidores se ha visto truncada en la licitación pública del Ayuntamiento de Bilbao nº 091724000001, con el objeto arriba señalado y configurado a través de un único lote. A dicha licitación concurren conjuntamente las empresas del Grupo Telefónico, TME y TSAU, y EUSKALTEL, con el compromiso de constituirse en UTE en el caso de resultar adjudicatarios del contrato. Dicho compromiso fue adoptado entre las citadas empresas con carácter previo, al que también había precedido un acuerdo de confidencialidad. Todos los acuerdos están concatenados y son tendentes a resultar adjudicatarios del contrato para la prestación de los servicios de telecomunicaciones para el citado Ayuntamiento.

También ha quedado acreditado que todas las empresas implicadas gozan de la **clasificación administrativa** requerida al efecto por el Ayuntamiento de Bilbao no sólo respecto de la licitación pública inicial del Ayuntamiento de Bilbao, sino también respecto de la licitación pública convocada por el mismo Ayuntamiento una vez declarada desierta la anterior. Esto es, en las citadas empresas concurrían la capacidad y solvencia técnica requerida por la Administración convocante de la licitación, no sólo para concurrir como licitadores, sino también para la ejecución del contrato en el supuesto de resultar adjudicatarios.

Si ello no fuere lo suficientemente nítido, la entidad reguladora en el mercado en el que se desarrolla el objeto del contrato, **CMT**, a través del Informe evacuado a instancia del extinto SVDC obrante en el expediente, constata también la capacidad técnica de dichas empresas para concurrir como licitadores a dichas licitaciones del Ayuntamiento de Bilbao, así como para ejecutar el contrato, sin que exista razón suficiente en lo que respecta a hipotéticas eficacias o



beneficios a favor del interés general. En el mismo sentido se pronuncia la Dirección de Informática y Telecomunicaciones del Gobierno Vasco.

Por último, es un hecho evidente que las citadas empresas han concurrido por separado a licitaciones públicas de mayor complejidad técnica y geográfica y ello, aunque se pretenda enmascarar con argumentos de tipo variado aunque de escaso peso, conlleva una prueba no refutada de la capacidad de las citadas empresas para concurrir como licitadores a la licitación pública del Ayuntamiento de Bilbao y ejecutar el contrato en el caso de resultar adjudicatarios.

El objeto del procedimiento sancionador se centra en una pluralidad de acuerdos de competidores reales habituales en mercados del servicio de telecomunicaciones en el País Vasco, acuerdos concatenados y con relación a la licitación pública del Ayuntamiento de Bilbao que tiene por objeto los servicios de telecomunicaciones al Ayuntamiento de Bilbao y a entidades del mismo. En dicho mercado dichas empresas ostentan una cuota de mercado significativa y ostentan la capacidad técnica y económica para concurrir por separado a la licitación pública referida, tal y como vienen realizando habitualmente en licitaciones de otras Administraciones Públicas. Con dichos acuerdos **eliminan la competencia entre ellas al convertirse en co-licitadoras** y al mismo tiempo robustecen su ya de por sí poderoso “músculo” técnico y económico en el mercado afectado.

Estas prácticas se producen en un sector -como es el de las telecomunicaciones- integrado por un número limitado de operadores económicos y en el que existen importantes barreras de entrada de carácter jurídico y económico. En este sentido cabe señalar que las mercantiles implicadas rebajan su competencia en el referido mercado y dirigen su estrategia a unirse, siendo como son dos de los competidores más importantes en el País Vasco (si no los más importantes), con el objetivo de repartirse el mercado de



telecomunicaciones del Ayuntamiento de Bilbao con el consiguiente perjuicio que se produce en el receptor del servicio.

Dicha unión **carece de justificación técnica** al poder concurrir a la licitación de forma separada, así como ejecutar el contrato en el supuesto de resultar adjudicataria y no deducirse de dicha unión otros beneficios a favor del interés general ni sinergias que puedan superar el conflicto de dichas conductas con la normativa de la competencia, normativa que también se dirige a la satisfacción del interés público y beneficio último de los consumidores. Por el contrario, supone una reducción en la competencia de los operadores en el mercado que puede redundar en reducción de la eficiencia.

i. Sanción

61. Determinada por tanto la existencia de una infracción por parte de las empresas implicadas en los acuerdos, quedaría por fijar el montante de la sanción que la misma podría llevar aparejada.

En este sentido, teniendo en cuenta que **los acuerdos no han llegado a ejecutarse** (aunque ello se deba a razones ajenas a las empresas), que no consta que se haya realizado **publicidad** de los mismos, que no consta que la conducta conforme un plan general o **estrategia** encaminada a repartirse todos los concursos de telecomunicaciones, y que no se han verificado **efectos** en el mercado, este Consejo considera que **no debe sancionarse** la infracción.

Por todo ello este Consejo Vasco de la Competencia,



IV. RESUELVE

PRIMERO.- Estimar la Propuesta de Resolución elevada a este Consejo Vasco de la Competencia por el extinto Servicio Vasco de la Competencia y en consecuencia declarar la existencia de infracción del artículo 1.1 de la Ley 15/2007.

SEGUNDO.- No sancionar a las empresas por la comisión de la infracción, atendiendo a las circunstancias señaladas.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese a todos los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses contados desde su notificación.

En Bilbao a 7 de septiembre de 2012

**PRESIDENTE
MARIA PILAR CANEDO ARRILLAGA**

**SECRETARIO
IBON ALVAREZ CASADO**

**VOCAL
NATIVIDAD GOÑI URRIZA**

**VOCAL
RAFAEL ITURRIAGA NIEVA**