

RESUMEN (26) CONTRATACIÓN PÚBLICA – 5G

Se presenta en la Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado una reclamación contra la Orden ETU/531/2018, de 25 de mayo, por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por subasta de concesiones de uso privativo de dominio público radioeléctrico en la banda de 3600-3800 MHz y se convoca la correspondiente subasta.

En concreto, son objeto de reclamación los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera, técnica o profesional, así como la garantía provisional exigida para acceder a la subasta.

La Secretaría considera que la exigencia de un requisito de solvencia estaría motivada en la necesidad de garantizar que los adjudicatarios disponen de los medios adecuados para la efectiva ejecución de la concesión y así garantizar la protección de los derechos de los destinatarios del servicio. Y en relación a los requisitos concretos de solvencia que se exijan señala que han de ser proporcionados, permitiendo la concurrencia de los operadores capaces de explotar convenientemente las licencias (de acometer las inversiones en despliegue de red y otras que se estime van a ser precisas, de prestar los servicios de forma efectiva, etc.).

[Informe SECUM](#)

[Informe Andalucía ADCA](#)



26/18021

I. INTRODUCCIÓN

El 25 de junio de 2018, tuvo entrada en esta Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado reclamación de (...), en nombre y representación de la empresa (...), en el marco del procedimiento del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM).

La interesada entiende que la *Orden ETU/531/2018, de 25 de mayo, por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por subasta de concesiones de uso privativo de dominio público radioeléctrico en la banda de 3600-3800 MHz y se convoca la correspondiente subasta* vulnera sus derechos e intereses legítimos “por infringir principios esenciales de la LGUM”.

En concreto reclama:

- El requisito de solvencia económica y financiera, establecido en un volumen anual de negocios igual o superior a 90 millones de euros, referido al mejor ejercicio de entre los tres últimos.
- El requisito de solvencia técnica o profesional, según el cual las principales redes instaladas y servicios de comunicaciones electrónicas prestados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto de la concesión demanial, deben suponer un importe anual acumulado en el año de mayor ejecución, igual o superior a 42 millones de euros.
- La garantía provisional exigida en la modalidad de aval que debe ascender al importe de la cuantía que resulte de multiplicar por 50.000 euros los puntos de elegibilidad especificados por el licitador en la solicitud de participación en la subasta.

Es importante señalar que la banda de frecuencias 3400-3800 MHz ha sido identificada como prioritaria para la prestación de servicios de comunicaciones sobre redes con tecnología 5G en Europa antes de 2020 y tiene limitado el número de títulos habilitantes para garantizar su uso eficiente. Las frecuencias cuyos derechos de uso están ahora disponibles para ser licitados se refieren a la banda de 3600-3800 MHz.

II. MARCO NORMATIVO SECTORIAL DE POSIBLE APLICACIÓN

a) Marco normativo estatal.

El régimen jurídico básico de las concesiones demaniales del espectro radioeléctrico está establecido en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de telecomunicaciones (LGTEL) y sus normas de desarrollo¹, y de forma subsidiaria en lo que no esté previsto en el pliego, en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas².

Interesa señalar en este informe las previsiones relativas a la administración y uso del espacio radioeléctrico contenidas en la normativa de telecomunicaciones por las que el Estado puede limitar el número de títulos habilitantes de determinadas bandas de frecuencias para garantizar su uso eficiente, estableciendo que su asignación deberá realizarse mediante un procedimiento de licitación que respete los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación, si bien, para evitar comportamientos especulativos o acaparamientos de derechos de uso del dominio público radioeléctrico en frecuencias consideradas esenciales y promover una mayor competencia en el mercado de servicios de comunicaciones electrónicas, establece la posibilidad de fijar un límite a la cantidad de frecuencias a utilizar por un mismo operador o grupo empresarial en una determinada banda de frecuencias.

A continuación se transcribe el literal de los preceptos más relevantes para el análisis del caso:

- **Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.**

“Artículo 60. De la administración del dominio público radioeléctrico.

1. El espectro radioeléctrico es un bien de dominio público, cuya titularidad y administración corresponden al Estado. Dicha administración se ejercerá de conformidad con lo dispuesto en este título y en los tratados y acuerdos internacionales en los que España sea parte, atendiendo a la normativa aplicable en la Unión Europea y a las resoluciones y recomendaciones de la

¹ Además de las detalladas en este apartado cabe señalar el Real Decreto 1066/2001 de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, así como la Orden CTE/23/2002, de 11 de enero, por la que se establecen condiciones para la presentación de determinados estudios y certificaciones por operadores de servicios de radiocomunicaciones.

² Se concluye de la lectura de los pliegos que para la determinación de algunos aspectos de la subasta se han tomado como referencia previsiones contenidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Unión Internacional de Telecomunicaciones y de otros organismos internacionales.

2. La administración del dominio público radioeléctrico se llevará a cabo teniendo en cuenta su importante valor social, cultural y económico y la necesaria cooperación con otros Estados miembros de la Unión Europea y con la Comisión Europea en la planificación estratégica, la coordinación y la armonización del uso del espectro radioeléctrico en la Unión Europea.

Artículo 62. *Títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico.*

8. En el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias o en los pliegos reguladores de los procedimientos de licitación para el otorgamiento de títulos habilitantes se podrán establecer cautelas para evitar comportamientos especulativos o acaparamiento de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, en particular mediante la fijación de límites en la cantidad de frecuencias a utilizar por un mismo operador o grupo empresarial o la fijación de plazos estrictos para la explotación de los derechos de uso por parte de su titular. A tal efecto, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá adoptar medidas tales como ordenar la venta o la cesión de derechos de uso de radiofrecuencias. Estas cautelas se establecerán y aplicarán de manera que sean proporcionadas, no discriminatorias y transparentes.

Artículo 63. *Títulos habilitantes otorgados mediante un procedimiento de licitación.*

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

El procedimiento de licitación deberá resolverse mediante orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo en un plazo máximo de ocho meses desde la convocatoria de la licitación.”

- **Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico**

“Artículo 86. *Medidas contra comportamientos especulativos o acaparamiento de derechos de uso del dominio público radioeléctrico.*

1. En el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias o en los pliegos reguladores de los procedimientos de licitación para el otorgamiento de títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico se podrán establecer cautelas para evitar comportamientos especulativos o acaparamiento de derechos de uso del dominio público radioeléctrico.

En particular, estas cautelas podrán consistir, entre otras, en:

a) la fijación de límites en la cantidad de frecuencias a utilizar por un mismo operador o grupo empresarial.”

- **Orden ETU/416/2018, de 20 de abril, por la que se modifica la Orden ETU/1033/2017, de 25 de octubre, por la que se aprueba el cuadro nacional de atribución de frecuencias.**

“La nota de utilización nacional UN-107 queda redactada de la siguiente manera:

«UN-107. Banda de 3400-3800 MHz.

(...)

*A efecto de promover una mayor competencia en el mercado de los servicios de comunicaciones electrónicas y evitar acaparamientos de derechos de uso de dominio público radioeléctrico, se establece en el conjunto de la banda de frecuencias 3400-3800 MHz como límite en la cantidad de frecuencias a utilizar por un mismo operador o grupo empresarial un máximo, en cualquier ámbito territorial, de **120 MHz**. En la aplicación y ejecución de este límite deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 62.8 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y en el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico aprobado por el Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero, en particular, sus artículos 86 a 88.»”*

- **Pliegos reclamados, contenidos en la Orden ETU/531/2018, de 25 de mayo, por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por subasta de concesiones de uso privativo de dominio público radioeléctrico en la banda de 3600-3800 MHz y se convoca la correspondiente subasta.**

“Cláusula 8. Documentación a presentar junto a la solicitud de participación en la subasta.

(...)

4. Acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

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

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

Si el licitador es un operador de comunicaciones electrónicas de reciente creación, su solvencia económica, financiera y técnica o profesional podrá ser acreditada a través de la solvencia de cualquiera de sus socios o participantes en proporción al porcentaje accionarial o de participación que asuma en el licitador.

(...)

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

Cuantía de la garantía provisional (euros) = N.º puntos elegibilidad x 50.000 euros.

III. CONSIDERACIONES DE LA SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO.

a) Inclusión de la actividad de explotación del espectro radioeléctrico (despliegue de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas) en el ámbito de la LGUM.

El apartado b) del Anexo de la LGUM define las actividades económicas como:

“b) Actividad económica: cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios.”

La actividad de explotación del espectro radioeléctrico (despliegue de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas) que realiza la interesada, constituye una actividad económica y como tal está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, cuyo artículo 2 establece:

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

b) Inicio de la tramitación de la reclamación en el marco del procedimiento del artículo 26 de la LGUM

La reclamación tiene entrada en esta SECUM el 25 de junio de 2018. Se plantea frente a una Orden del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital publicada en el BOE el 26 de mayo de 2018.

Procede el inicio de la tramitación ya que se dan los requisitos contemplados en el artículo 26.1 de la LGUM.

c) Análisis de la reclamación a la luz de los principios de la LGUM.

Esta Secretaría ya ha analizado anteriormente la *Orden ETU/531/2018, de 25 de mayo, por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por subasta de concesiones de uso privativo de dominio público radioeléctrico en la banda de 3600-3800 MHz y se convoca la correspondiente subasta* con motivo de una reclamación presentada por otra empresa, también en el marco del procedimiento del artículo 26 de la LGUM.

A continuación se reproduce la valoración realizada por esta SECUM en ese informe, que es aplicable igualmente a esta reclamación:

La LGUM, en su Capítulo II, «Principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación», incluye el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes entre los principios generales necesarios para garantizar la unidad de mercado.

Así, el artículo 5³ de la LGUM exige que los límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio se motiven en la necesaria salvaguardia de alguna razón imperiosa de interés general (RIIG) de entre las comprendidas en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio⁴. Estos límites o requisitos deberán ser proporcionados, guardando una relación de causalidad con la RIIG invocada y no existiendo otro medio menos restrictivo o distorsionador de la actividad económica.

³ **Artículo 5.** Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

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

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

⁴ “Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.”

En definitiva, las Administraciones deben justificar la necesidad y proporcionalidad, en términos de la LGUM, de las limitaciones o requisitos que en sus actuaciones, disposiciones o medios de intervención limiten la actividad económica.

Asimismo, la LGUM establece en su artículo 9⁵ que todas las autoridades competentes deben velar, en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de garantía de las libertades de los operadores económicos y detalla, que, entre otros, deben garantizar que las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas⁶, así como los requisitos para su otorgamiento, cumplen dichos principios.

En el caso que nos ocupa, son objeto de reclamación los requisitos mínimos de solvencia exigidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por subasta de la concesión de uso privativo del dominio público radioeléctrico correspondiente a la banda de 3600-3800 MHz, en concreto los de la cláusula 8 de dichos pliegos, apartados 4.1, 4.2 y 6, referidos más arriba.

El exigir a los licitadores algún requisito de solvencia estaría motivado en la necesidad de garantizar que los adjudicatarios disponen de los medios adecuados para la efectiva ejecución de la concesión y así garantizar la

⁵ **Artículo 9.** Garantía de las libertades de los operadores económicos.

1. *Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.*

2. *En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:*

(...)

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

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

(...)

⁶ Es interesante señalar las numerosas sentencias del TJUE en relación a los criterios de valoración recogidos en concursos nacionales que puedan obstaculizar la libre prestación de servicios.

En concreto, la de fecha 27 de octubre de 2005 en el asunto C- 158/03 indica "es preciso recordar que los criterios de valoración, como cualquier medida nacional, deben respetar el principio de no discriminación que se desprende de las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios y que las restricciones a esta última, deben cumplir, por su parte, los cuatro requisitos que exige la jurisprudencia citada en el apartado 35 de la presente sentencia - (i) debe respetar el principio de no discriminación, (ii) estar justificada en razones imperiosas de interés general, (iii) ser adecuadas para garantizar la realización del objeto que persigue y (iv) no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo".

protección de los derechos de los destinatarios del servicio. Por otro lado, los requisitos concretos de solvencia que se exijan han de ser proporcionados, permitiendo la concurrencia de los operadores capaces de explotar convenientemente las licencias (de acometer las inversiones en despliegue de red y otras que se estime van a ser precisas, de prestar los servicios de forma efectiva, etc.).

Madrid, 5 de julio de 2018

LA SECRETARIA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO