



Recurso nº 533/2014

Resolución nº 578/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 24 de julio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.G.R., en representación de la empresa TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del procedimiento de contratación de los “*Servicios de telecomunicaciones de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas*” (expediente nº 51/14/01), Lote 1 (“*Red corporativa multiservicio y servicio de telefonía fija*”), tramitado por la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el día 17 de junio de 2014, en el BOE el día 19 de junio de 2014 y en el DOUE el día 20 de junio de 2014, licitación para la adjudicación, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de “*Servicios de telecomunicaciones de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas*”, con un valor estimado de 40.062.891,56 euros, dividido en cuatro lotes, siendo el Lote 1 el correspondiente a “*Red corporativa multiservicio y servicio de telefonía fija*”, por importe neto de 13.462.768,69 euros e importe total de 16.289.950,12 euros.

A fecha 14 de julio de 2014, a dicha licitación no se había presentado ninguna empresa.

Segundo. Con fecha 2 de julio de 2014 la empresa TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. anunció al órgano de contratación la interposición de recurso especial contra los Pliegos

de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) del mencionado procedimiento de contratación, en lo relativo al Lote 1 (“*Red corporativa multiservicio y servicio de telefonía fija*”), recurso que fue interpuesto con fecha 4 de julio de 2014.

Tercero. El día 14 de julio de 2014 la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas remitió a este Tribunal el expediente de contratación, junto con el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Cuarto. Con fecha 15 de julio de 2014, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, en relación con el Lote 1, con arreglo a los artículos 43 y 46.3 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.1 del TRLCSP, por recurrirse los Pliegos de un procedimiento de contratación tramitado por un órgano integrado en la Administración General del Estado.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto por una persona jurídica en quien concurre la legitimación exigida por el artículo 42 del TRLCSP, al ser una empresa titular del interés legítimo a tomar parte en el procedimiento de contratación y resultar eventual adjudicataria del contrato.

Tercero. Los Pliegos recurridos corresponden a un contrato de servicios que por su cuantía está sujeto a regulación armonizada, por lo que son susceptibles de impugnación por medio del recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 16 y 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Cuarto. Consta en el expediente el anuncio del recurso al órgano de contratación exigido en el artículo 44.1 TRLCSP.

Quinto. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles, a contar desde el día siguiente al de la publicación de los anuncios de la licitación, establecido en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Sexto. La empresa recurrente, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, impugna los Pliegos del procedimiento de contratación de los *“Servicios de telecomunicaciones de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas”* (expediente nº 51/14/01), en lo relativo al Lote 1 (*“Red corporativa multiservicio y servicio de telefonía fija”*), y formula la siguiente pretensión: *“... que... sea dictada resolución en la que se resuelva anular aquellos apartados del PPT y del PCAP del Lote 1, que se detallan en este escrito, que impiden la presentación de una oferta adecuada y sostenible económicamente por un licitador interesado, con pleno respecto a los principios de igualdad de trato y no discriminación que rigen la contratación del sector público, bajo un modelo de negocio que no otorgue preferencias al antiguo licitador, de manera que se permita la presentación de una oferta que no constituya una barrera a la libre competencia para el resto de licitadores y que cumpla el principio de transparencia, de conformidad con los argumentos aquí esgrimidos”*.

Para fundamentar su recurso, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U mantiene que el modelo de negocio y las especificaciones técnicas plasmadas en los Pliegos, en cuanto al Lote 1, vulneran los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, al favorecer a la empresa que viene prestando actualmente el servicio frente al resto de licitadores interesados, que estarían obligados a asumir una inversión económica que no ha de realizar el actual contratista (que ya dispondría de algunos de los equipos exigidos para prestar el servicio como consecuencia de la ejecución del contrato que ahora concluye). Concretamente, el recurrente afirma que para prestar el servicio, un operador entrante habría de realizar inversiones por importe de 9.725.000 €, mientras que el operador actual únicamente debería gastar 6.146.000 €, detallando los aspectos en los que entiende que los Pliegos favorecen al actual contratista en relación con el equipamiento técnico, el modelo de transición del servicio del actual adjudicatario, el mantenimiento y soporte de los equipos de telefonía fija y la ausencia de repuestos, las especificaciones en materia de accesos de fibra óptica y de diversificación de los mismos y los valores de latencia en red, y

aportando en apoyo de su argumentación el dictamen pericial emitido el 3 de julio de 2014 por D. Luis Castejón Martín, Doctor Ingeniero de Telecomunicación.

En el informe emitido por la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas con fecha 10 de julio de 2014 se mantiene la procedencia de la desestimación del recurso interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., por considerar que los Pliegos de la licitación no infringen los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos invocados por el recurrente, con fundamento en los argumentos que se exponen en dicho informe y en el documento anexo elaborado por la División de Sistemas de la Información y Comunicaciones de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas (en adelante, SEAP) titulado *“Respuestas al recurso especial en materia de contratación del procedimiento con nº de expediente 51/14/01”*.

Séptimo. Este Tribunal admite la prueba pericial y documental aportada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. junto con su recurso, procediendo al debido examen y valoración de aquélla, y considera que no es necesario proceder a la ratificación pericial propuesta por el recurrente respecto del dictamen emitido el 3 de julio de 2014 por D. Luis Castejón Martín, Doctor Ingeniero de Telecomunicación; todo ello en aplicación de lo dispuesto sobre práctica de la prueba en los artículos 46.4 del TRLCSP y 80 y 81 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Octavo. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales entiende que el recurso interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U no puede prosperar, y ello por los motivos que se expondrán a continuación:

Como se ha expuesto, la empresa recurrente fundamenta su impugnación de los Pliegos del procedimiento de contratación de los *“Servicios de telecomunicaciones de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas”* (expediente nº 51/14/01), y concretamente de su Lote 1 (*“Red corporativa multiservicio y servicio de telefonía fija”*), en el argumento de que aquéllos vulneran los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, favoreciendo al actual prestador del servicio frente a los demás licitadores interesados en tomar parte

en el procedimiento, al obligar a éstos a realizar una inversión económica que no ha de asumir aquél, que ya dispondría de algunos de los equipos precisos para la prestación del servicio por haberlos adquirido para la ejecución del contrato que ahora concluye. A lo largo de su recurso, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. expone detalladamente los aspectos en los que, en su criterio, los Pliegos favorecen al actual contratista en cuanto al equipamiento técnico, al modelo de transición del servicio del actual adjudicatario, al mantenimiento y soporte de los equipos de telefonía fija y la ausencia de repuestos, a las especificaciones en materia de accesos de fibra óptica y de diversificación de los mismos y a los valores de latencia en red, solicitando la anulación de los apartados de los Pliegos que, conforme a su planteamiento, *“impiden la presentación de una oferta adecuada y sostenible económicamente por un licitador interesado, con pleno respecto a los principios de igualdad de trato y no discriminación que rigen la contratación del sector público, bajo un modelo de negocio que no otorgue preferencias al antiguo licitador, de manera que se permita la presentación de una oferta que no constituya una barrera a la libre competencia para el resto de licitadores y que cumpla el principio de transparencia, de conformidad con los argumentos aquí esgrimidos”*.

Una vez examinados los distintos apartados del recurso, es preciso poner de relieve, en primer lugar, que en algunos de ellos lo que se suscita realmente es la discrepancia de la empresa recurrente con el planteamiento, contenido o extensión de algunas de las exigencias técnicas que forman parte del PPT, sin que ni siquiera en apariencia exista, y en algunos casos ni siquiera llegue a denunciarse por el recurrente, una supuesta situación de ventaja para el actual prestador del servicio respecto de los nuevos licitadores, en los términos a los que responde el planteamiento general del recurso (incluso, en un supuesto, se reconoce que todos los posibles candidatos se hallan afectados por igual por las exigencias técnicas de que se trata). Tales son los casos:

1º) De las alegaciones referentes a *“la ambigüedad de las especificaciones relativas al mantenimiento y soporte del equipamiento de telefonía fija y la ausencia de repuestos”* (antecedente de hecho tercero, apartado 3.4), en las que se aduce que *“el PPT establece una serie de condiciones referentes a la solución de voz para el equipamiento de centralita de voz (CS1000), que aunque no obliga directamente a su sustitución, sí obliga a la prestación del mantenimiento y soporte, y sólo cuando éste no*

sea posible se debe sustituir por uno nuevo. A mayor abundamiento, para cualquier operador entrante, dado que no hay repuestos en el mercado, ni soporte de fabricante. Se incluye como Documento nº 4 documento justificativo correspondiente a la página web de Avaya (fabricante) y que indican que el citado equipamiento está fuera de soporte en la actualidad. Esta situación obligaría al operador entrante a cambiar la planta desde el primer día, con objeto de poder garantizar los SLAs previstos en el Pliego, lo que conlleva tener que asumir una renovación encubierta de dicho equipamiento...”.

A este respecto, el informe emitido por la División de Sistemas de la Información y Comunicaciones de la SEAP señala que “las valoraciones sobre las fechas de vencimiento de soporte por parte del fabricante, utilizadas como argumentario por parte de Telefónica de España S.A.U. para justificar la renovación del parque de centralitas, afectan por igual a todos los licitadores, incluido el adjudicatario actual...”.

2º) De las alegaciones relativas a *“las especificaciones en materia de accesos de fibra óptica y de diversificación de los mismos”* (antecedente de hecho tercero, apartado 3.5), en las que el recurrente señala que *“de la lectura del PPT se desprende que se exige que 302 sedes se provean con dobles conexiones de acceso de fibra óptica, lo que implica tener que provisionar 604 conexiones de fibra óptica –302 enlaces principales y 302 enlaces de respaldo. A tal efecto, el PPT no concreta con claridad, al definir las sedes, la diversificación necesaria en los diferentes tipos de sede, salvo en las sedes tipo CPD que lo hace explícitamente. Sin embargo, en el párrafo citado anteriormente de la página 42 del PPT, sin citarlo expresamente como diversificación, exige que los trazados no deban discurrir a menos de 15 metros de distancia entre sí, lo que incluye a las acometidas físicas a los edificios, cada una con su arqueta, y obviamente a todo el recorrido hasta la central, que no podrán compartir ambos enlaces ninguna canalización en todo el trazado”*. Como puede apreciarse, en este caso el recurrente ni siquiera hace referencia a que de todo ello pueda deducirse la existencia de ventaja alguna a favor del actual prestador, limitándose a exponer su disconformidad con el alcance de la prescripción técnica establecida por la Administración.

3º) De las alegaciones referentes a la *“la inviabilidad de cumplimiento de los valores de latencia en red”* (antecedente de hecho cuarto), en las que se llega a reconocer expresamente que la objeción al PPT afecta por igual a todos los licitadores,

incluido el prestador actual: *“Esta exigencia sobre los parámetros de retardos en red resulta absolutamente desproporcionada y queda fuera de los parámetros realistas de red que maneja cualquier operador que preste servicios de telecomunicaciones. Tal y como indica el dictamen pericial, típicamente el retardo exigible suele ser del orden de los 50 msg para las señales de tiempo más exigentes, las señales de tiempo real, como la voz o el vídeo, para que el interlocutor no aprecie retardos en la comunicación. Este aspecto afecta a todos los operadores por igual, tanto al operador entrante como al adjudicatario actual...”*.

Por consiguiente, ha de descartarse que en estos casos exista la supuesta vulneración de los principios de libre acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, en la que se fundamenta la impugnación de los Pliegos, suscitándose única y exclusivamente discrepancias del recurrente respecto del alcance del clausulado del PPT, de índole meramente técnica, que afectarían por igual a cualquier candidato a ser adjudicatario del contrato, incluyendo el actual prestador del mismo.

Noveno. Expuesto lo anterior, es preciso pasar seguidamente a analizar si en los otros casos detallados en el recurso concurre o no la vulneración de los principios de libre acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato de los candidatos invocada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En el antecedente de hecho tercero, apartado 3.1 (*“Equipamiento técnico”*), el recurrente enumera una serie de cláusulas del PPT con arreglo a las cuales el contratista ha de prestar el servicio utilizando unos equipos que, si bien en determinados casos son propiedad de la Administración, en otros han de ser aportados por aquél, de lo que deduce la consecuencia de que esas cláusulas implican un trato discriminatorio y desigual, en beneficio de la empresa que actualmente viene prestando el servicio y en detrimento de los demás licitadores, ya que la primera ya dispone de esos equipos (por haber tenido que adquirirlos para la prestación del servicio que actualmente tiene encomendada) mientras que las últimas habrán de realizar unas determinadas inversiones para su adquisición.

Por su parte, en el antecedente de hecho tercero, apartado 3.2 (*“Modelo de transición”*), el recurrente incide en la misma idea, argumentando que el PPT establece unas

previsiones relativas a la transición entre el anterior y el nuevo operador del servicio que suponen unos costes para este último que, en cambio, no debe soportar la empresa que actualmente viene prestándolo, en el caso de que sea adjudicataria del nuevo contrato.

Este Tribunal entiende que estas alegaciones de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U no pueden ser acogidas, ya que la redacción de las cláusulas del PPT a las que se refiere el recurso no conlleva vulneración alguna de los principios de libre acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos invocados por el recurrente.

Como se expuso en la Resolución nº 7/14 (Recurso nº 873/13), de 10 de enero de 2014, *“debe recordarse que a través del procedimiento para la contratación, la Administración contratante define las prestaciones del contrato a celebrar. Así, mediante el PPT la Administración delimita el objeto del contrato y las prestaciones que lo constituyen. La Administración que pretende celebrar un contrato, a la vista de sus necesidades, pondrá en marcha el procedimiento de contratación previa definición de su objeto. En principio, el órgano de contratación es libre para configurar el contrato como estime necesario para el cumplimiento de sus fines, siempre y cuando el contrato permita satisfacer las necesidades que lo justifican, de conformidad con el artículo 22 del TRLCSP. Asimismo, el órgano de contratación debe velar porque los pactos, cláusulas y condiciones que se establezcan no resulten contrarios al ordenamiento jurídico -artículo 25 del TRLCSP- y particularmente, en relación a la definición de las prestaciones del contrato, el órgano de contratación debe ajustarse a los criterios que para el PPT prevén los artículos 116 y 117 del TRLCSP.*

El artículo 116 del TRLCSP define los PPT como los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley. El pliego de prescripciones técnicas contiene las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, según indica el artículo 68 del RGLCAP.

En el artículo 117 del TRLCSP se contienen una serie de reglas que deben respetar las prescripciones técnicas. En el número 2 del citado artículo se dispone que ‘las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los

licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia' (...).

En todo caso, los preceptos transcritos no constituyen sino una concreción de los principios que para la contratación pública establece el artículo 1 del TRLCSP y la Directiva 2004/18/CE –en su artículo 23-; principios que derivan del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En particular, estos artículos constituyen el reconocimiento por la legislación de contratación pública de los principios de libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que de estas libertades se derivan, que son el principio de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia”.

En el caso presente, la circunstancia de que una determinada empresa, concretamente la actual prestadora del servicio de telecomunicaciones para la SEAP, disponga ya de un determinado equipamiento necesario para la ejecución del contrato de prestación del mismo servicio para el período temporal posterior al vencimiento del actual contrato, objeto de licitación, y que por ende no haya de asumir ciertos costes derivados de la transición de uno a otro operador, mientras que otras empresas interesadas, que pueden no disponer de dicho equipamiento, hayan de adquirirlo mediante la correspondiente inversión, no constituye una desigualdad o discriminación entre una y otros que derive de una decisión u opción adoptada por la Administración al redactar el Pliego, sino que se trata de una situación fáctica que es consecuencia de la misma naturaleza de las cosas.

Por el contrario, debe afirmarse que el PPT redactado por la Administración trata por igual a todos los licitadores, exigiendo de todos ellos, como no podría ser de otra manera, la prestación del mismo servicio, en idénticas condiciones, y empleando un equipamiento que debe reunir las mismas características técnicas y que ha de ser aportado por ellos en los mismos supuestos, que son aquellos en los que no es puesto a su disposición por la propia Administración. Por tanto, el PPT cumple rigurosamente lo exigido por el artículo 117.2 del TRLCSP, permitiendo el acceso en condiciones de igualdad a los licitadores, y sin crear obstáculos injustificados a la apertura del contrato a la competencia.

Partiendo de esta base, lo que el PPT no puede hacer es impedir que un licitador ofrezca cumplir el contrato mediante unos equipos de los que ya dispone, por haberlos adquirido anteriormente para ejecutar el contrato ahora en vigor, de la misma manera que tampoco podría impedir que una empresa licitadora tuviera previsto cumplir el contrato utilizando equipos que no necesitara comprar a tal efecto, sino que ya fueran de su propiedad, por ejemplo por haberlos adquirido con anterioridad para prestar un servicio a favor de otro cliente diferente, una vez terminada la duración temporal de su contrato con éste. Tanto una como otra son situaciones de hecho que, como anteriormente se apuntó, derivan de la misma naturaleza de las cosas, pero que no provienen de la redacción del Pliego por parte de la Administración y que, además, no se aprecia como podrían ser evitadas sin recurrir a soluciones que, éstas sí, serían indudablemente contrarias a la igualdad y no discriminación de los licitadores y a la lógica y al sentido común, e incluso manifiestamente absurdas (tales como vetar la participación del anterior contratista en la nueva licitación, para que no pudiera aprovechar su situación fáctica ventajosa, penalizarle o bonificar a los demás candidatos en la valoración de los criterios de adjudicación para compensar esa situación, obligar a que todos los licitadores adquirieran de nuevo todos los equipos necesarios para prestar el servicio, aunque ya dispusieran de ellos en perfecto estado de servir a tal fin, etc.).

Dicho de otra manera, este Tribunal entiende que resulta inevitable que, al tramitar el procedimiento de contratación de un servicio para un determinado período temporal, la empresa que se encuentre prestando el servicio al tiempo de la licitación, parta de una situación fáctica en la cual ya disponga de algunos de los equipos, elementos y medios materiales necesarios para su prestación, adquiridos para el cumplimiento del contrato correspondiente al anterior período temporal y todavía en buen estado de funcionamiento, lo que implica que no se verá obligada a hacer las inversiones para su adquisición que sí tendrán que llevar a cabo las demás empresas interesadas en acceder a la adjudicación del contrato. Sin embargo, esa situación de hecho, aun cuando en definitiva pueda incidir en la mayor o menor apertura de la licitación a la competencia e influir en la adopción de las decisiones empresariales por parte de los potenciales prestadores del servicio, a la hora de decidir sobre su participación en la licitación y sobre las condiciones de la misma, no resulta en absoluto una consecuencia de la redacción del PPT por parte de la Administración, por lo cual no puede en modo alguno mantenerse

que suponga una vulneración de los principios de libre acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato que han de regir la actuación administrativa en la contratación pública. Es más, se trata de una situación fáctica y completamente legítima, que no puede ser evitada por el órgano de contratación, desde el momento en que, precisamente por imposición de los mencionados principios, debe exigir necesariamente a todas las empresas la ejecución del contrato en idénticas condiciones.

Todo lo expuesto ha de conducir a la desestimación del recurso interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra los Pliegos del procedimiento de contratación de los “*Servicios de telecomunicaciones de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas*” (expediente nº 51/14/01), Lote 1 (“*Red corporativa multiservicio y servicio de telefonía fija*”), tramitado por la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.M.G.R., en representación de la empresa TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del procedimiento de contratación de los “*Servicios de telecomunicaciones de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas*” (expediente nº 51/14/01), Lote 1 (“*Red corporativa multiservicio y servicio de telefonía fija*”), tramitado por la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada cautelarmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.