



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**RE 054/2013**

**Acuerdo 40/2013, de 1 de agosto de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U, frente al procedimiento de licitación denominado «Suministro de las líneas de enlace necesarias para construir la Red de Comunicaciones de la Universidad de Zaragoza desde el año 2014 al 2017», promovido por la Universidad de Zaragoza.**

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 13 de junio de 2013 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento de adjudicación denominado «Suministro de las líneas de enlace necesarias para construir la Red de Comunicaciones de la Universidad de Zaragoza desde el año 2014 al 2017», contrato de suministros sujeto a regulación armonizada y tramitado mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, y con un valor estimado de 450 773, 55 euros, IVA excluido.

Del anuncio se desprende que el plazo de presentación de ofertas finaliza a las 13:00 horas del día 26 de agosto de 2013.

**SEGUNDO.-** El 2 de julio de 2013 tuvo entrada, en el Registro de la Universidad de Zaragoza, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. José Enrique Villén Villén en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (en adelante TELEFÓNICA) contra el



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que rige la licitación del referido contrato.

El licitador recurrente, anunció el mismo 2 de julio de 2013, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 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).

El recurso alega, en síntesis, y fundamenta a los efectos de esta resolución, lo siguiente:

- a) Mantiene y argumenta que el PCAP es recurrible por la vía del recurso administrativo especial, por entender que se refiere a un contrato de los relacionados en el artículo 40.1.a) TRLCSP, y ser los pliegos uno de los actos impugnables recogidos en el 40.2.a) del mismo TRLCSP. Sostiene la legitimación para interponer recurso de TELEFÓNICA de la que es representante legal, por su condición de interesada, al quedar afectados sus derechos e intereses legítimos ex artículo 43 TRLCSP.
- b) En cuanto al fondo del recurso, manifiesta que los Pliegos no se ajustan a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos consagrados en el artículo 1 TRLCSP. La recurrente alega que no puede presentar una oferta libremente al procedimiento de licitación sin quebrantar sus obligaciones en cuanto a la fijación de precios, que le vienen impuestas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT). Para fundamentar su postura, adjunta, a modo de prueba documental, Resolución



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de la CMT de 7 de diciembre de 2010, en la que para el suministro objeto de contratación (líneas Gigabit Ethernet) consta una cuota mayorista mensual de 1.588,89 €, que multiplicada por 12 meses y por las 12 líneas de enlace que la Universidad pretende instalar (1.588,89 x 12 x 12) arrojaría un coste anual de 228.800,16 €, al que todavía podrían añadirse 2.353,91€ por línea en concepto de alta de servicio. Esta cuantía, calculada según unos baremos que la recurrente considera obligatorios, distaría en gran medida del presupuesto de licitación, que según el PCAP alcanza la cifra 90 000 € anuales, IVA incluido. Así, para el precio objeto de licitación, y atendiendo a su vez a la obligación de no estrechamiento de márgenes (Resolución de la CMT de 23 de julio de 2009) impuesta a TELEFÓNICA; la misma afirma que le es imposible presentar oferta que respete las deberes que le son impuestos por la CMT por tratarse de un operador con posición significativa de mercado en los mercados mayoristas.

Por todo lo alegado, solicita que se estime el recurso y se proceda a la anulación de los Pliegos de la licitación.

En el recurso especial interpuesto no consta solicitud de suspensión del procedimiento de licitación. Así, de acuerdo con el artículo 43 TRLCSP y por no ser objeto de recurso la impugnación de la adjudicación del contrato, no procede la adopción de medidas provisionales.

**TERCERO.-** Con fecha 4 de julio de 2013, la Universidad de Zaragoza remite al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón el recurso especial, copia del expediente de contratación completo, acompañado de dos informes del órgano gestor del mismo (uno a



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

cargo del responsable de la contratación en la Universidad de Zaragoza y otro de la Directora Técnica del Servicio de Informática y Comunicaciones).

**CUARTO.-** El 11 de julio de 2013, el Tribunal acuerda la práctica de prueba documental, en concreto requerir a la Entidad Aragonesa de Servicios Telemáticos (en adelante AST) como entidad especializada en gestionar la Red Aragonesa de Comunicaciones, para que valore si de los documentos presentados por la recurrente y de los Pliegos objeto de recurso, se puede concluir lo siguiente:

*«Si la consideración como mayorista de TELEFÓNICA DE ESPAÑA y la imposición de obligaciones por la CMT (Resoluciones de 23 de Julio de 2009 y de 7 de Diciembre de 2010) suponen el preceptivo respeto por la Sociedad de los alegados precios de referencia al formular sus ofertas, por lo que un presupuesto de licitación inferior al resultante utilizando la oferta mayorista le impediría concurrir, y se vería afectado el derecho de la competencia».*

**QUINTO.-** El 19 de julio de 2013 se recibe el Informe evacuado por AST, en el que manifiesta lo que a continuación se reproduce:

*«(...) En el marco de las competencias descritas anteriormente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones regula la oferta mayorista de referencia de líneas alquiladas de Telefónica de España SAU para operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas (ORLA). En dicha regulación, se establecen las condiciones técnicas y económicas por las cuales Telefónica de España como operador con peso significativo ofrece las líneas alquiladas al por mayor*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*a todos aquellos operadores que tengan la condición de operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas.*

*Las conexiones requeridas en el pliego de la Universidad de Zaragoza, de Gigabit Ethernet, son líneas alquiladas de tipo Ethernet y están reguladas en el ORLA.*

*No obstante lo dispuesto anteriormente, hay que tener en cuenta que este límite no se aplica a los operadores que disponen de red propia; esto significa que a la licitación de referencia pueden concurrir operadores que no necesiten alquilar las líneas de Telefónica y por lo tanto pueden ofrecer los servicios demandados por la Universidad de Zaragoza a unos precios más bajos».*

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se acredita en el expediente la legitimación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, dado que por el objeto de su actividad social y sus pretensiones, puede y tiene interés en presentarse a la licitación, denunciando precisamente que los pliegos impugnados se lo impiden.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra los pliegos de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.2.a) TRLCSP y se ha interpuesto en forma y plazo.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En cuanto al plazo de interposición del recurso, cuando se impugnan pliegos, dispone el artículo 44.2.a) TRLCSP que es de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.

El Acuerdo 19/2011, de 11 de agosto de 2011, de este Tribunal, tiene sentado que cuando el acceso a los pliegos, como ocurre el presente recurso, se facilite por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante, y no conste que se haya hecho notificación expresa a los interesados (en cuyo caso el plazo de 15 días hábiles comenzará a contar desde el día hábil siguiente a este momento), debe entenderse, como considera el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), *«que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores, y ello porque cuando el artículo 314.2, letra a) [artículo 44 TRLCSP] se refiere a la cuestión lo hace mencionando el artículo 142 de la LCSP [artículo 158 TRLCSP], el cual se refiere a la obligación que incumbe a los órganos de contratación de suministrar los pliegos y demás documentación complementaria a quienes lo solicitaran, pero sin hacer mención alguna al supuesto contrario. En concreto el citado precepto establece que «cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas».* La aplicación de este precepto en relación con el 314.2



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*[artículo 44 TRLCSP] nos llevaría a entender que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede coincidir o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones. Precisamente por ello, debe entenderse con respecto a aquellos supuestos en que los pliegos y demás documentación complementaria se haya puesto a disposición de los posibles licitadores a través del perfil de contratante debe aplicarse analógicamente el citado precepto».*

Pues bien, aplicando al caso presente el criterio anterior, debe concluirse que el recurso fue presentado dentro de plazo, toda vez que el mismo se ha interpuesto antes de la conclusión del plazo establecido para presentar las ofertas (26 de agosto de 2013).

**SEGUNDO.-** En relación al fondo del recurso, el motivo de impugnación esgrimido por la recurrente es la restricción de la competencia —y la consiguiente quiebra de los principios de libertad de acceso, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos— derivada de la fijación de un valor estimado del contrato que les impide participar, en atención a su condición de operador con posición significativa en los mercados mayoristas, y a las condiciones económicas fijadas por la CMT en estos supuestos.

Sin embargo, y pese a lo alegado por el recurrente, la cuestión de fondo del recurso es si el precio del contrato es adecuado para el efectivo cumplimiento del mismo, si su estimación ha sido correcta, y atiende al precio general del mercado (artículo 87.1 TRLCSP). Ninguna



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de estas consideraciones se cuestiona por la recurrente, que basa su impugnación en que dicho precio es inferior a los fijados como referencia por la CMT. Cuestión que, en todo caso, deberá TELEFONICA plantear ante dicho organismo regulador, pero no puede pretender que los precios de referencia sean determinaciones materiales de obligado cumplimiento para el órgano de contratación a la hora de establecer el precio del contrato.

En este procedimiento, además, como acredita el informe de la Directora Técnica del Servicio de Informática y Comunicaciones de la Universidad de Zaragoza al recurso, son varias las razones que justifican correcta y razonablemente, el presupuesto de licitación planteado de 90 000 euros/año. Y así, en primer lugar, el importe del contrato licitado en 2009, con una extrapolación del coste de lo ahora demandado (en 2009 fueron 10 las líneas en lugar de las 12 demandadas ahora) QUE arroja para 12 líneas una estimación de 76 218,91 euros/año. En segundo lugar, las consultas realizadas a otras Universidades de sus costes a estos efectos, en las que se concluye un coste medio de 6 000 euros/año por línea Giga Ethernet (lo que supondría en esta licitación 72 000 euros/año). En tercer lugar, la evolución tecnológica de los últimos años, que permite multiplexar las comunicaciones, obteniendo un rendimiento mayor de las instalaciones existentes. Por último, en el entorno aragonés en los últimos años varias empresas han ampliado significativamente sus redes de comunicación lo que ha aumentado la competencia y la posibilidad de realizar precios mas ajustados.

Señala también el informe que se han solicitado los enlaces a 1G dejando como mejora la posibilidad de incrementar la velocidad a 10G, así el margen del valor de la licitación (los 75 000 euros/año que





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

arrojan las estimaciones a los 90 000 euros/año finalmente licitados) permiten la posibilidad de que una empresa mas avanzada tecnológicamente pueda ofrecer una mejor calidad con un incremento de coste asumible.

Y concluye, señalando que junto a los principios de la contratación esgrimidos por la recurrente se sitúa el de eficiente utilización de los recursos públicos, al que también se ha atendido en el diseño de la licitación.

No debe olvidarse tampoco que los precios que fija la CMT lo son de referencia y lo son para terceros, y en nada impiden a la recurrente presentar su oferta. Y en este sentido, como afirma AST en su informe, reproducido en el antecedente Quinto del presente Acuerdo, en la licitación recurrida pueden concurrir operadores que no necesiten alquilar las líneas a TELEFONICA y que por tanto pueden ofrecer los servicios demandados por la Universidad de Zaragoza a unos precios más bajos.

Para concluir, las cuestiones que se susciten en materia derivada de las Resoluciones del organismo regulador del mercado de las telecomunicaciones (CMT) en el ámbito de la competencia no corresponden a este Tribunal, que se limita a garantizar la tutela de los derechos que las Directivas Comunitarias reconocen a los licitadores, y que quedan plasmados en las normas nacionales que las trasponen, en el caso español en el TRLCSP. Y estos son los parámetros en los que deben producirse las resoluciones de este Tribunal, sin que le corresponda pronunciarse sobre aquellos aspectos que excedan de este ámbito.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.2 TRLCSP y los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

### III. ACUERDA

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso especial, presentado por D. José Enrique Villén Villén en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. contra el procedimiento de licitación promovido por la Universidad de Zaragoza, denominado «Suministro de las líneas de enlace necesarias para construir la Red de Comunicaciones de la Universidad de Zaragoza desde el año 2014 al 2017».

**SEGUNDO.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

**TERCERO.-** Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN**

la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.