

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 523/2015

Recurso nº431/2015 C.A. Galicia 60/2015

Resolución nº 523/2015

En Madrid, a 5 de junio de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.P.A., en representación de R. CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de servicios de telefonía fija, móvil y datos de la red interadministrativa provincial de la Diputación Provincial de Lugo (EXP. EXP0005SE15-ABO), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Diputación Provincial de Lugo anunció la licitación pública, por procedimiento abierto, del contrato de servicios de telefonía fija, móvil y datos de la red interadministrativa provincial, mediante anuncio publicado en el DOUE el 10 de octubre de 2014, en el Perfil del Contratante el 14 de octubre de 2014, en el Boletín Oficial de la Provincia de Lugo el 21 de octubre de 2014, y en el BOE el 28 de octubre de 2014. El valor estimado del contrato era de 578.512,40 euros.

Segundo. Contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas la entidad recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación en el que solicitaba la anulación de los Pliegos de cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas de la licitación y que se ordenase retrotraer el procedimiento al momento anterior a su redacción de manera que se publicasen unos nuevos pliegos ajustados a la legalidad.

Tercero. Con fecha de 18 de diciembre de 2014, este Tribunal, en su Resolución 927/14, acordó estimar parcialmente el recurso presentado por R. CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato, anulando el procedimiento de contratación y retrotrayendo el expediente para que se justificase adecuadamente por el órgano de contratación, en la forma indicada en el fundamento jurídico sexto de la Resolución, su decisión de

no fraccionar en lotes si considera que así debe permanecer el objeto del contrato, desestimando en lo demás el recurso.

Cuarto. En cumplimiento de la citada Resolución, se procedió a publicar un nuevo anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea el 9 de abril de 2015; en el Perfil del Contratante el 10 de abril de 2015; en el Boletín de la Provincia de Lugo el 18 de abril de 2015; y en el Boletín Oficial del Estado el 28 de abril de 2015.

Quinto. Contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de la presente licitación la entidad recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado en el registro del órgano de contratación el 28 de abril de 2015. Consta la presentación de anuncio previo ante el registro del órgano de contratación.

En su recurso solicita la entidad recurrente que se anulen los Pliegos de cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas de la licitación y que se ordene retrotraer el procedimiento al momento anterior a su redacción de manera que se publiquen unos nuevos pliegos que se ajusten a la legalidad.

Sexto. Con fecha 18 de mayo de 2015, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los demás interesados el 22 de mayo de 2015, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. Ha presentado alegaciones la entidad TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. Octavo. En fecha 18 de mayo de 2015 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSPP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Galicia, el 7 de noviembre de 2013, y publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. La entidad R. CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. ostenta legitimación activa para interponer el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 TRLCSPP, al tratarse de un potencial licitador.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto contra actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 TRLCSPP.

Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2) TRLCSPP, l no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de publicación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Quinto. Los motivos del recurso son los siguientes:

- a) Nulidad de los pliegos por vulneración de los principios de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre candidatos. Licitación en lote único de prestaciones que deben ser licitadas por separado.
- b) Nulidad de los pliegos por vulneración de los principios de publicidad y transparencia y no discriminación e igualdad de trato. Exigencia de red propia.
- c) Nulidad de los pliegos por vulneración de los principios de publicidad y transparencia y no discriminación e igualdad de trato. Exigencia de disponer de recursos humanos y materiales en el terreno geográfico de la Provincia de Lugo.

Sexto. Vamos a examinar a continuación el primer motivo del recurso, es decir, la nulidad de los pliegos por vulneración de los principios de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre candidatos: Licitación en lote único de prestaciones que deben ser licitadas por separado.

Ajuicio de la entidad recurrente, los pliegos son nulos de pleno derecho pues en ellos no se separa en distintos lotes los distintos servicios que son objeto de licitación y que se establecen como prestaciones independientes y con distintos requerimientos técnicos. La unificación en un solo lote afecta a la libre concurrencia, puesto que impide que los operadores de telecomunicaciones puedan presentarse a servicios independientes con una oferta competitiva, ya que obliga a que se presente una oferta a todos los servicios sin que ello esté justificado.

Con la licitación en un lote único de servicios tan dispares y tan diferenciados, señala la recurrente, se está favoreciendo al actual adjudicatario de todos los servicios y se está perjudicando a empresas que podrían ser más competitivas y presentar ofertas óptimas en determinados servicios, pero que al obligarse a presentar oferta a todos los servicios quedan en inferioridad de condiciones respecto al actual prestador de los mismos. El mercado de las Telecomunicaciones no refleja la unificación de servicios pretendida en el concurso, sino que las Telecomunicaciones comprenden servicios diferenciados que permiten una prestación independiente por diferentes operadores y la unificación en una licitación puede afectar a la libre concurrencia.

Según su parecer, la justificación de la licitación de los servicios objeto del contrato de comunicaciones de la Diputación de Lugo se basa en la homogeneidad de los servicios, cuestión esta que es completamente falsa ya que todos los servicios licitados pueden darse mediante la confluencia de varias empresas sin pérdida de funcionalidad. Es precisamente en el entorno de las tecnologías de la información, estima la recurrente, donde la posibilidad de interconectar sistemas y servicios se hace de forma más natural y simple como demuestra el hecho de que en cualquier ámbito, privado o público, nacional o internacional, se trabaje con sistemas de diferentes fabricantes internacionales que se integran gracias a las funcionalidades que implementan en sus equipamientos y que permiten su interconexión.

Considera que las supuestas desventajas de la división en lotes de la licitación no existen.

Así:

1.- el “óptimo encaminamiento de tráfico” es perfectamente construible a partir de las soluciones de las operadoras si el pliego lo solicita no siendo en absoluto un limitante;

2.- la “posibilidad de dar tarifas planas para tráfico corporativo conjunto” carece de todo sentido, las tarifas planas pueden ofrecerse y se ofrecen desde hace años independientemente del número de lotes.

3.- y sobre todo la sorprendente “solución de Backup conjunto” carece de sentido alguno ya que es bastante evidente que el Backup es mucho más robusto si está gestionado por empresas diversas con redes disjuntas.

Por todo lo anteriormente expuesto, entiende la recurrente que los Pliegos del concurso son nulos de pleno derecho puesto que la justificación incluida en el mismo no cumple los requisitos mínimos exigidos para eludir la obligación de separación en lotes exigida para la contratación de servicios de tecnologías de la información y comunicación.

Por su parte, el órgano de contratación, en relación con este motivo del recurso, recuerda que la resolución 927/2014 del TACRC estima parcialmente el recurso interpuesto por la entidad recurrente únicamente en la parte que se refiere a la necesidad de que la licitación en un único lote se motive suficientemente por el órgano de contratación en nuevos pliegos si es que desea mantener el procedimiento en un único lote.

Considera que, dado que el objeto de la licitación es la prestación de los servicios de telefonía fija, móvil y datos de la red interadministrativa provincial de la Diputación provincial de Lugo, en los términos contenidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en los de prescripciones técnicas, y que estos servicios implican la realización de diferentes actuaciones, es posible que haya empresas que por sí solas no sean capaz de prestarlas. Por este motivo, los pliegos de cláusulas administrativas particulares contemplan la posibilidad de recurrir a la subcontratación así como también a la concurrencia a la licitación en Unión Temporal con otras empresas, circunstancia prevista en el propio TRLCSP, precisamente para poder facilitar la concurrencia al mayor número de empresas y Uniones Temporales de Empresas.

A su juicio, la evolución tecnológica en el ámbito de las telecomunicaciones ha propiciado la implantación de redes IP multiservicio, hacia la que convergen los servicios tradicionales de red de datos y red de telefonía. Los servicios que forman parte de la red de telecomunicaciones corporativa de la Diputación de Lugo constituyen una unidad de servicio global integrada, y del mismo modo han de funcionar. La red multiservicio de la Diputación de Lugo está integrada por los servicios de comunicaciones de voz fija, telefonía móvil y red de datos, los cuales se especifican a lo largo del pliego de prescripciones técnicas. Aunque se solicita la descripción por separado de los distintos servicios, no existe separación de lotes y, por tanto, se exige la interoperabilidad de los distintos servicios propuestos derivados de la convergencia técnica y funcional que se está produciendo actualmente en los servicios de telecomunicaciones. Esta convergencia de servicios finales, tecnologías y redes hace que la Diputación de Lugo plantee este concurso de comunicaciones desde la visión de una solución global única.

Considera que, dada la complejidad de la red y con objeto de facilitar la exposición, se ha optado por dividir el servicio en grupos. Los servicios demandados en cada uno de los grupos incluidos en la red resultante están totalmente integrados entre sí, no contemplándose la posibilidad de servicios sin integración a nivel técnico.

Por otro lado, el órgano de contratación se detiene en tres ventajas derivadas de la unificación de los servicios en un solo lote: el “óptimo encaminamiento de tráfico”; la “posibilidad de dar tarifas planas para tráfico corporativo conjunto”; y la “solución de backup conjunto”. Así, señala:

1- ÓPTIMO ENCAMINAMIENTO DEL TRÁFICO:

No se plantea en ningún momento que sea un limitante, tal y como manifiesta el recurrente (“el “óptimo encaminamiento de tráfico” es perfectamente construible a partir de las soluciones operadoras si el pliego lo solicita no siendo en absoluto un limitante”), simplemente se menciona en el pliego de prescripciones técnicas que la convergencia de la red multiservicio de la Diputación de Lugo “facilita soluciones de encaminamiento de tráfico muy importantes”, así como “la realización de encaminamientos más óptimos”. Las redes convergentes mejoran de manera ostensible la eficiencia y la escalabilidad, y optimizan el encaminamiento de tráfico teniendo tiempos de recuperación menores en caso de fallos, así como una mejor capacidad de reacción, lo que redundaría en una menor pérdida de tráfico. Por lo tanto, la unificación propuesta comporta ventajas para el funcionamiento de los servicios de la administración, que es lo que ha de procurar en todo caso el órgano de contratación

2.- POSIBILIDAD DE DAR TARIFAS PLANAS PARA TRÁFICO CORPORATIVO

CONJUNTO:

Es obvio que los operadores ofrecen tarifas planas desde hace años. Pero también es evidente que las tarifas planas de telefonía móvil/telefonía fija y/o datos se prestan de manera integrada y conjunta en servicios de comunicaciones convergentes. De no ser así, tendríamos una tarifa plana por cada servicio de manera independiente, con el aumento de coste económico que ello supondría. La Administración ha de aplicar el principio de economía en los procedimientos de contratación tal y como ordena el Art. 1 del TRLCSP al señalar que la contratación del sector público deberá “asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios...”

3.- SOLUCIÓN DE BACKUP CONJUNTO:

Respecto al juicio de valor emitido por el recurrente al describir como “(...) sorprendente “solución de backup conjunto” (...)” y hacer mención a que “(...) carece de sentido alguno ya que es bastante evidente que el Backup es mucho más robusto si está gestionado por empresas diversas con redes disjuntas”, decir que dichas afirmaciones no son acertadas para una infraestructura como la que dispone la Diputación de Lugo, reafirmando la convergencia de servicios de comunicaciones, donde, como se ha explicado, los servicios de telefonía son soportados por la red de datos. Por otra parte, que un backup o respaldo esté gestionado por

empresas diferentes no quiere decir que éste sea más robusto, ni mucho menos, para que una solución de backup sea robusta es necesario que esté bien implementada (que las comunicaciones principales y de respaldo vayan por rutas diferentes, totalmente independientes y por centrales distintas, de manera que un fallo en una ruta no afecte a la ruta alternativa).

La solución requerida pretende disponer de un backup conjunto de las comunicaciones, con rutas distribuidas y diversificadas, esto es, rutas diferentes, por caminos totalmente diferentes e independientes (tal y como se detalla en el pliego de prescripciones técnicas). De cara a la gestión de soluciones de respaldo es más eficiente la opción conjunta debido a la introducción de un menor número de puntos de fallo en la red. Así mismo, es evidente también que la existencia de varias empresas gestionando cada una su solución de backup independiente no es eficaz ya que a juicio de experiencias en esa misma situación, los lidiadores tienden a no asumir errores en su infraestructura y a culpar a las otras empresas que gestionen otro de las soluciones de backup. Esta circunstancia redundará en tiempos de indisponibilidad mayores, así como un más que probable incumplimiento de los acuerdos de nivel de servicio y una más que probable elusión de responsabilidades por parte de las empresas gestoras de los sistemas de backup debido, en ocasiones, a la falta de entendimiento entre diferentes licitadores. Las características y criticidad de la red multiservicio de la Diputación de Lugo provocan que ésta no pueda permitirse la exposición a estos riesgos, razón por la cual se opta por la referida solución conjunta de backup, más segura y eficiente.

De acuerdo con las consideraciones expresadas anteriormente, la administración contratante entiende que los Pliegos de cláusulas administrativas impugnados no son nulos de pleno derecho en este punto, ya que se ha procedido a dar cumplimiento exacto a lo establecido en la Resolución nº 927/2014 del TACRC, motivando la decisión de no fraccionar en lotes el objeto del contrato mediante la interrelación de las prestaciones recogidas en el mismo de modo exhaustivo, esto es, analizando la relación entre ellas y explicando por qué se considera que su licitación debe ser unificada.

Al respecto de la cuestión planteada, como ya dijimos en la Resolución 927/14:

« debemos recordar que el artículo 86 TRLCSP dispone sobre el objeto del contrato lo siguiente:

- “1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.
2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.
3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia

que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos

14.2, 15.2 y 16.2.”

El artículo 86 del TRLCSP parte de la regla general de no división del objeto del contrato, si bien en su apartado 3, cuando el objeto admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

De otro lado, habrá que estar, asimismo, a lo dispuesto en el artículo 1 del TRLCSP, el cual además de proclamar, entre otros, el principio de concurrencia-que podría colisionar con la regla general de no división del objeto del contrato-, se refiere también a la eficiente utilización de los fondos públicos, en los términos siguientes: “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salva guarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Del precepto transcrito se desprende, como ha señalado este Tribunal en la resolución 247/2012, que es principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia-“eficiente utilización de los fondos públicos”, en palabras de dicho precepto legal-, principio que, en relación con la opción que asiste al órgano de contratación dentro de los límites del artículo 86.3 del TRLCSP entre la integración de las diversas prestaciones en un solo contrato sin división de lotes o el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente: 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y 4) la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes. Ahora bien, el artículo 1 del TRLCSP sanciona también, como principios básicos y rectores de la contratación del sector público, la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y, en fin, la salvaguarda de la libre competencia.

Por lo tanto, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios-eficacia y eficiencia de la contratación pública, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte-lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes.

Por otro lado, en numerosas Resoluciones de este Tribunal (como las Resoluciones 138/2012, 143/2012, 187/2012, 210/2012, 220/2012, o 227/2012), éste ha respetado la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se cubrían, configurando el fraccionamiento del objeto del contrato mediante su división en lotes como un derecho potestativo que asiste al órgano de contratación. Como consecuencia de ello, no se han acogido pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo pretendido por el recurrente, pues ello sería contrario a tal libertad configuradora del órgano de contratación derivada del artículo 86 del TRLCSP ya citado.

Ahora bien, teniendo por objeto el presente contrato tecnologías de la información y comunicación, es forzoso remitirnos al análisis de la división en lotes de estos contratos que hicimos en la reciente Resolución 52/2013. En ella dijimos lo siguiente:

El recurrente invoca que el Real Decreto 541/2001 exige, de acuerdo a su artículo 5 lotes separados: “El objeto del contrato definirá las necesidades que se quieran satisfacer mediante la celebración del contrato, realizando una descripción detallada de las mismas, estableciendo, siempre que sea posible, lotes separados de aquellos servicios que por sus características lo permitan. En este caso se podrá prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de presentar también ofertas integradoras de varios o de todos los lotes licitados” Sin embargo, tal Real Decreto no resulta de aplicación a la Administración Local conforme a su artículo 2.1., sino a la Administración General del Estado, sus organismos públicos sujetos al TRLCSP, y Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. No obstante ello, se trata de un referente normativo que puede ser tenido en cuenta para resolver el conflicto a que ha hecho referencia entre los principios recogidos en el artículo 1 TRLCSP y el artículo 86 TRLCSP en relación a otras administraciones públicas. También debe tomarse como referente en relación a las características del mercado provisor la resolución de 29 de abril de 2010, que cita el recurrente, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuyo valor, a los efectos que nos ocupan radica en el compendio de criterios expresados por el regulador que contiene. En dicha resolución, a modo de recopilación en lo que a la división en lotes se refiere, se dice: “Puede por tanto concluirse que, en sus distintas Resoluciones adoptadas al respecto, esta Comisión ha señalado — de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de la actuación administrativa — la importancia de asegurar que, en la medida de lo posible, las Administraciones públicas procedan a la separación por lotes de los servicios de comunicaciones electrónicas que desean contratar. Sin que por otra parte sea posible establecer una regla absoluta que niegue cualquier tipo de flexibilidad en la convocatoria y contratación de estos servicios, más aún en un entorno como el actual donde se está procediendo a la paulatina convergencia entre redes y servicios que propiciará la prestación de distintos servicios a través de una única red, con las consiguientes eficiencias que dicha evolución tecnológica propiciará” Ambos referentes alcanzan una misma conclusión y

es que, cuando el objeto de la contratación administrativa son las tecnologías de la información y comunicación (TIC) la separación en lotes resulta conveniente-obligatoria en el caso de la Administración General del Estado-, siempre que sea posible o que resulte justificada la no división en lotes.

Séptimo. Pues bien, este Tribunal Administrativo comparte el alcance general de dicha formulación, esto es, que los contratos administrativos que tienen por objeto las tecnologías de la información y comunicación (TIC) deben separar en lotes las prestaciones siempre que sea posible y no exista una razón justificada para su tratamiento unitario. Ello se debe a que bajo la denominación TIC se comprenden servicios diferenciados que permiten una prestación independiente por diferentes operadores y empresarios, y que la unificación en su licitación puede afectar a la libre concurrencia al requerir a los potenciales licitadores estar en disposición de prestar todos los servicios cuando, en realidad, el mercado de las TIC no refleja esta unificación. Así mismo, el Tribunal considera que la previsión del artículo 5.2, último inciso del R.D. 541/2001: "(..) En este caso se podrá prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de presentar también ofertas integradoras de varios o de todos los lotes licitados" constituye una medida adecuada para no discriminar o perjudicar a aquéllas empresas u operadores cuya actividad permite cubrir un mayor ámbito de prestaciones de TIC.

De acuerdo con estas consideraciones, debemos examinar los servicios que constituyen el objeto del contrato a fin de determinar si la no división en lotes se encuentra suficientemente justificada. De acuerdo con la cláusula 2 del PPT, los servicios que constituyen el objeto del contrato son los siguientes:

- Servicio de telefonía fija
- Servicio de telefonía móvil
- Servicios de acceso a Internet e interconexión de la Diputación de Lugo, centros asociados, sedes remotas y ayuntamientos de la provincia de Lugo (Red interadministrativa provincial).

Esta enumeración pone de manifiesto que el contrato comprende servicios claramente diferenciados, y, como indicamos en la Resolución 52/2013 ya citada, es la Administración contratante la que ha decidido incluir en un único lote esa variedad de servicios, decisión que en sí misma no añade cohesión al grupo o interdependencia a los servicios. »

La justificación de la no división en lotes del contrato se encuentra en la cláusula 1 del PPT con el siguiente tenor literal:

«Justificación de la licitación de los servicios objeto del presente contrato en un lote único

Esta licitación unificará por primera vez los contratos anteriormente mencionados en uno solo para:

- Mejorar las condiciones de prestación del servicio.
- Obtener una gestión más eficiente para obtener un desarrollo óptimo de las actuaciones objeto del presente contrato.

- La aplicación del principio de economía y eficiencia en la gestión de los recursos públicos, y la potestad de auto-organización de la Administración.

Cabe señalar, así mismo, que los servicios objeto unificación en el presente contrato gozan de homogeneidad y entre ellos existe unidad funcional u operativa, y que, a pesar de la licitación en un único lote, nada impide a los licitadores concurrir con otros operadores a través de UTE's o subcontratar prestaciones del contrato.

En los últimos años hemos asistido a una convergencia de dispositivos, redes y servicios que hacen difícil trazar líneas claras entre las diferentes tecnologías. El fenómeno de la convergencia se puede definir como "la capacidad de diferentes plataformas de red de transportar tipos de servicios esencialmente similares". En definitiva, se trata de que en el área de las tecnologías de la información y las comunicaciones se esté generando un entorno convergente que afecte todas las tecnologías y los servicios de uso habitual:

- La tecnología fija y móvil de voz y datos.
- La telefonía, los datos y el video por un mismo medio.
- Los servicios de datos integrados a los demás.
- El desarrollo de aplicaciones y servicios en línea para todos los medios.

Este cambio de planteamiento no solo está soportado en el cambio de visión de las necesidades de usuario, que necesitan el acceso a las mismas aplicaciones y/o sistemas independientemente de la ubicación, lugar, accesibilidad, etc. (hace que todos los elementos de una red deben de estar perfectamente integrados), sino que también se apoya en el avance de la tecnología en general y de las redes que los operadores están desplegando (NGN/IMS) donde ya no existe diferencia ni separación de los accesos ni tecnologías (Voz, datos y Móviles).

Cada vez es más frecuente que los usuarios demanden un acceso a la mensajería única independiente del acceso (buzón fijo o móvil único) esto implica que las comunicaciones de Voz fija y móvil deben de coincidir.

Igualmente la utilización de terminales duales (Fijo/WIFI y Móviles/GSM) hace necesaria una perfecta interrelación de los servicios hasta ahora separados.

En la actualidad, los servicios de voz y datos se ofrecen sobre una infraestructura heterogénea tanto en tecnologías como en gestión. La Diputación de Lugo, mediante este procedimiento de contratación, homogeneizará las tecnologías subyacentes y la gestión de los servicios, requiriendo a los licitadores un servicio de telecomunicaciones integral basado en las necesidades de los usuarios de la Diputación de Lugo. Los licitadores deberán ofertar, para ello, una solución convergente de conexión de datos entre redes, una plataforma de telefonía sobre IP (T0IP) y una Red Privada de Voz móvil integradas.

Por otro lado, con la utilización de TOIP en la Diputación de Lugo la separación del mundo LAN, WAN y Telefonía ya no es posible, de modo que surge la red multiservicio única que se detalla en el presente pliego como forma y con la finalidad de garantizar los acuerdos de nivel de servicio extremo a extremo necesarios.

En los accesos a la red corporativa de datos se utilizan las tecnologías disponibles en los ayuntamientos, sedes y centros de la Diputación de Lugo, esto es: fibra óptica, cobre, ADSL, UMTS, HSDPA, etc... formando una única red (Red Interadministrativa Provincial), con una gestión unificada, una responsabilidad única y con los mismos servicios.

Todos los usuarios, independientemente de la ubicación, deberán disponer de las mismas funcionalidades. Con adjudicaciones diferentes se pueden ocasionar importantes diferencias entre los servicios disponibles.

La convergencia fijo-móvil-datos que pretende la Diputación de Lugo facilita soluciones de encaminamiento de tráfico muy importantes, la posibilidad de tarifas planas para tráfico corporativo conjunto, la realización de encaminamientos más óptimos, alternativas y soluciones de backup conjuntas, etc...

Esta convergencia de servicios finales, tecnologías y redes hace que la visión de las redes de comunicaciones se traten de forma única, demandando una serie de funcionalidades y sin demandar una red específica que soporte dichos servicios, dejando a los proveedores la responsabilidad de definir dicha red y limitándose solo a exigir las capacidades y acuerdos de nivel de servicio específicos.

La Diputación de Lugo desea beneficiarse de la evolución tecnológica para poder ofrecer un servicio de comunicaciones de voz y datos, fijas y móviles, a sus usuarios, para hacer transparente al usuario final, verdadero protagonista del servicio, las tecnologías subyacentes en las soluciones objeto de este concurso.

De este modo, existen servicios y soluciones que ya no se encuadran en voz o en datos exclusivamente. Esto implica que las comunicaciones de voz fija deben estar integradas. La utilización de la TOIP implica que la separación del mundo de datos y de telefonía ya no existe y hablamos de una única red multiservicio. Éste, por tanto, es un contrato de provisión de servicios de comunicaciones basados en una red multiservicio única (voz y datos) que los lidiadores deberán diseñar e implantar de forma tal que se garanticen los acuerdos de nivel de servicio necesarios en las infraestructuras y en los propios servicios prestados sobre ellas.

La complejidad de la gestión y la interrelación entre los servicios exige tener un conocimiento de extremo a extremo de todos y cada uno de los componentes de la solución y el acceso inmediato a su gestión.

Aunque en el presente pliego se solicita la descripción por separado de los distintos servicios, no existe separación de lotes y, por tanto, se pide la interoperabilidad de los distintos servicios propuestos derivados de la convergencia técnica y funcional que se está produciendo actualmente en los servicios de telecomunicaciones, y que se ha detallado en este punto. Esta convergencia de servicios finales, tecnologías y redes hace que la Diputación de Lugo plantee este contrato de comunicaciones desde la visión de una solución global única. Para la prestación de los servicios solicitados no se establecen lotes diferenciados. Sin

embargo, con el fin de que se puedan distinguir los servicios que se requieren se seguirá la siguiente clasificación:

- SERVICIOS DE ACCESO A INTERNET E INTERCONEXIÓN DE CENTROS ASOCIADOS, SEDES Y AYUNTAMIENTOS DE LA PROVINCIA DE LUGO (RED INTERADMINISTRATIVA PROVINCIAL).
- SERVICIO DE RED PRIVADA VIRTUAL CORPORATIVA.
- SERVICIO DE TELEFONÍA FIJA.
- SERVICIO DE TELEFONÍA MÓVIL.

Por todo lo anteriormente expuesto, se considera adecuado englobar todos estos servicios en un lote único, dado que las distintas prestaciones recogidas en el objeto de este contrato están directamente interrelacionadas entre sí, tal y como se ha referido en los apartados anteriores. La finalidad de esta unificación es poder obtener una red multiservicio convergente de servicios gestionados (Red Inter administrativa Provincial de la Diputación de Lugo), que permita el uso de múltiples dispositivos, homogeneizando la experiencia del usuario independientemente de la ubicación, orientada totalmente a satisfacer la demanda de la Diputación y con la utilización de los recursos necesarios para cada necesidad, sin separar entornos, y que la responsabilidad de los mismos corresponda a un único adjudicatario (sea empresa, o unión de empresarios). Entendiendo que, actualmente, existen en el mercado servicios mayoristas que facilitan a cualquiera la prestación de estos servicios, por lo que la Diputación debe buscar una eficiencia económica y técnica en un contexto cada vez de mayor integración en la prestación de los servicios TIC.

Todo lo expuesto anteriormente consolida la aplicación del principio de economía y eficiencia en la gestión y la potestad de auto-organización reconocida en las entidades locales.»

Partiendo de lo anterior, estima este Tribunal que los pliegos y el informe posterior del órgano de contratación contienen una justificación razonada de los criterios técnicos y económicos que justifican la licitación en un sólo lote de los servicios que constituyen el objeto del presente contrato, así como los inconvenientes derivados de la división en lotes del contrato.

En efecto, tanto los pliegos como el informe exponen la necesidad de unificar los servicios de telefonía fija, móvil y datos de la red interadministrativa provincial de la Diputación de Lugo. Según señala el pliego, la convergencia fijo-móvil-datos proyectada facilitará soluciones de encaminamiento de tráfico muy importantes, la posibilidad de tarifas planas para tráfico corporativo conjunto, la realización de encaminamientos más óptimos, alternativas y soluciones de backup conjuntas, etc...

La finalidad de esta unificación es, según el pliego, poder obtener una red multiservicio convergente de servicios gestionados (Red Inter administrativa Provincial de la Diputación de Lugo), que permita el uso de múltiples dispositivos, homogeneizando la experiencia del usuario independientemente de la ubicación, orientada totalmente a satisfacer la demanda de la Diputación y con la utilización de los recursos necesarios

para cada necesidad, sin separar entornos, y que la responsabilidad de los mismos corresponda a un único adjudicatario (sea empresa, o unión de empresarios).

Así las cosas, estima este Tribunal que el pliego justifica suficientemente la necesidad de homogeneizar la gestión de los servicios que se pretende contratar y las tecnologías subyacentes a través de un servicio de telecomunicaciones integral. Por lo tanto, procede la desestimación de este motivo del recurso.

Séptimo. Alega la entidad recurrente, en segundo lugar, que los pliegos son nulos por vulneración de los principios de publicidad y transparencia y no discriminación e igualdad de trato debido a la exigencia de red propia por parte de los licitadores.

En relación con esta alegación, y con la formulada por la entidad recurrente en tercer lugar (nulidad derivada de la exigencia de disponer de recursos humanos y materiales en la provincia de Lugo), debe tenerse en cuenta que los pliegos de esta licitación ya fueron recurridos por la misma empresa (recurso nº 893/14), y, en su momento, no alegó en el recurso estos motivos de nulidad, por lo que, al menos en lo que se refiere a las cláusulas impugnadas, deberían entenderse consentidos y firmes.

En este sentido, este Tribunal tanto en su resolución 448/2013, como en la resolución 179/2013, consideró: “Pero sobre todo, se debe tener en cuenta que este supuesto defecto ahora denunciado, además de no afectar en nada, ni al anuncio del contrato ni a sus Pliegos, no fue en su día alegado por la asociación recurrente cuando impugnó el anuncio y los pliegos contractuales y de prescripciones técnicas del contrato pudiendo perfectamente haberlo hecho, por lo que debe considerarse que, en lo referente a la alegación ahora efectuada, tanto el anuncio como los pliegos quedaron en su día confirmados por su falta de impugnación, por lo que, al tratarse en este caso de un mera reproducción de los anteriores pliegos firmes y consentidos, alcanzaron a su vez firmeza, sin que puedan ahora ser impugnados en la presente vía administrativa, tal como, respecto de los recursos jurisdiccionales, establece el artículo 28 de la Ley 29/1998 que declara inadmisibles el recurso “respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma”

Ahora bien, conviene recordar que si las cláusulas del pliego impugnadas incurren en nulidad de pleno derecho podrá revisarse su adecuación al ordenamiento jurídico en cualquier momento, de ahí que a continuación se examine el fondo de estas cuestiones.

A este respecto, los pliegos establecen que se valorará la prestación de los servicios objeto de la presente licitación mediante red propia. Considera la entidad recurrente que ello vulnera el principio de libre competencia previsto en el artículo 1 del TRLCSP y determina la nulidad de los pliegos.

El órgano de contratación argumenta que los pliegos no exigen, sólo valoran, el hecho de que los licitadores dispongan de una infraestructura propia, y que la razón para ello es eliminar la dependencia de terceros en la prestación del servicio y así garantizar unos acuerdos de nivel de servicio adecuados a la importancia y criticidad de la red multiservicio de la Diputación de Lugo.

En efecto, se puede constatar que el Pliego de Prescripciones Técnicas establece que en el caso del servicio de acceso a Internet e interconexión de centros asociados, sedes y ayuntamientos de la provincia de Lugo se valorará que la red a implantar y mantener se preste con medios propios (apartado 3.3); y en el caso de red privada virtual corporativa, telefonía fija, telefonía móvil y cobertura de telefonía móvil, se valorará el hecho de prestar el servicio con red y medios propios, de modo que no se dependa de terceros, garantizando así los acuerdos de nivel de servicio y disponer de un servicio más eficiente (apartados 4.2.1., 4.2.2.2., 4.2.3.2. y 4.2.3.2.6).

En relación con este motivo de impugnación, debe traerse a colación lo señalado por este Tribunal en su reciente Resolución 291/2015, en la que razonábamos que:

“Ciertamente, el sector de las telecomunicaciones en el que se sitúa el objeto del contrato, ha sido objeto de una profunda liberalización desde la hoy derogada Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, la cual tuvo como consecuencia la eliminación de lo que su propia exposición de motivos calificaba como ejemplo clásico de monopolio natural en el sector de las telecomunicaciones, para lo cual entre otras medidas obligatorias dispuso obligaciones de servicio público, para los explotadores de redes públicas y prestadores de servicios de telecomunicaciones disponibles para el público, garantizando así la protección del interés general en un mercado liberalizado, tales como la exigencia de la utilización compartida de las infraestructuras, para reducir al mínimo el impacto urbanístico o medioambiental derivado del establecimiento incontrolado de redes de telecomunicaciones, o la obligación de interconexión y acceso de las redes de telecomunicaciones entre todos los operadores.

En consecuencia, el establecimiento de criterios de valoración que primen condiciones propias o exclusivas del operador de telecomunicaciones dominante de una zona, como es la propiedad de unas determinadas infraestructuras cuyo uso debe ser compartido por otros prestadores del servicio, es contrario al principio de libre competencia y se encuentra proscrito por el art. 1 del TRLCSP.”

En el presente caso, este Tribunal debe ratificar el criterio expresado en la Resolución 291/15 al entender que las previsiones establecidas en los pliegos sobre la disponibilidad por los licitadores de red y medios propios para la prestación de los servicios objeto de esta licitación como elemento que se tendrá en cuenta para adjudicar el contrato es contrario al principio de libre competencia establecido en el artículo 1 del TRLCSP, lo cual determina la estimación de este motivo del recurso.

Octavo. Alega la entidad recurrente, en tercer lugar, que los pliegos son nulos por vulneración de los principios de publicidad y transparencia y no discriminación e igualdad de trato debido a la exigencia de disponer de recursos humanos y materiales en la provincia de Lugo.

Según dispone el apartado 6 del PPT (Mantenimiento, acuerdos de nivel de servicio (SLAS), gestión y calidad de prestación del servicio): “Serán tenidas en cuenta las implicaciones que, desde el punto de vista de mantenimiento, la solución implica para la Diputación de Lugo. Se valorará que el servicio sea sencillo de gestionar y de mantener, e que la resolución de averías sea lo más simple posible desde el punto de vista de

los usuarios de la Diputación de Lugo. Los licitadores deberán detallar en sus ofertas el funcionamiento y procedimiento del mantenimiento ofertado.

Adicionalmente, y con el fin de aportar información previa de la capacidad del licitador para cumplir con estos compromisos, los ofertantes deberán facilitar información acerca de los recursos humanos y materiales disponibles en el terreno geográfico de la provincia de Lugo “.

Considera la entidad recurrente que esta exigencia es contraria a lo establecido en los artículos 1, 139 y 150 del TRLCSP y, por tanto, los Pliegos deben ser anulados o, en su defecto, deberá eliminarse esa exigencia de los mismos.

En relación a este extremo, el órgano de contratación se refiere al compromiso de la Diputación de Lugo con sus “clientes” (véase ayuntamientos y ciudadanos de la provincia de Lugo) en el ámbito de las telecomunicaciones, lo que trae consigo que ésta quiera, ante cualquier incidencia, petición de servicio, solicitud, etc... que pudiera surgir, garantizar el desplazamiento de los/as técnicos/as a cualquier localización geográfica donde se encuentren equipos/instalaciones objeto de este contrato en tiempos coherentes y asumibles en función de la tipología de la incidencia/solicitud petición de servicio..., a tratar.

Este Tribunal, en diversas ocasiones ha tenido la oportunidad de expresar su criterio contrario a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como criterio de solvencia de los licitadores o como criterio de adjudicación en los contratos del sector público. Así, por ejemplo, en la resolución 526/2013, de 15 de noviembre, 217/2012, de 3 de octubre, así como en las 138/2011 y 139/2011, ambas de 11 de mayo, hemos señalado que “tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como la Jurisprudencia se han pronunciado acerca de la proscripción de previsiones en los Pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial”, “siendo nulas las previsiones de los pliegos fundadas únicamente en razones de arraigo territorial que pudieran impedir la participación en las licitaciones”.

En este mismo sentido, la Resolución 101/2013, de 6 de marzo, con cita de la Resolución 29/20 1 1, de 9 de febrero y del Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, indicaba que “el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público” De igual modo la “Guía sobre contratación pública y competencia” de la Comisión Nacional de la Competencia recoge la prohibición de exigir como criterio de solvencia la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en el que se tenga que ejecutar el contrato, por ser una previsión contraria a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato.

La citada doctrina ha venido a tener plasmación positiva en el artículo 18.2.a) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, en el que se afirma que serán consideradas “actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libre circulación” los “requisitos discriminatorios (...) para la adjudicación de contratos públicos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o

establecimiento del operador” y, en particular, “que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en territorio de la autoridad competente o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio”.

Sobre la base de las tales consideraciones, este Tribunal ha manifestado un criterio contrario a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como criterios de adjudicación de los contratos administrativos (Resolución 29/20 1 1, de 9 de febrero). En definitiva, y tal y como se concluye en el informe de la JCCA 9/09, antes citado, “el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público”, circunstancias que “igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración”

En el presente supuesto, la cláusula 6 del PPT establece que con el fin de aportar información previa de la capacidad del licitador para cumplir con estos compromisos (se refiere al plan de mantenimiento ofertado), los ofertantes deberán facilitar información acerca de los recursos humanos y materiales disponibles en el terreno geográfico de la provincia de Lugo. De acuerdo con el apartado duodécimo del PCAP, para la adjudicación del contrato se tendrá en cuenta, entre otros elementos, la calidad del plan de mantenimiento. Por lo tanto, la disponibilidad de recursos humanos y materiales en la provincia de Lugo es, de acuerdo con los pliegos, un aspecto a tener en cuenta para la valoración de las ofertas de los licitadores.

Pues bien, como hemos señalado en la Resolución 291/15, las cláusulas que contengan criterios de valoración que impliquen una discriminación de las ofertas por razón de la existencia de medios personales ubicados en el lugar de prestación de servicios, lo que a priori implica una ventaja de los licitadores que ya se encuentren afincados en dicho lugar y, por tanto, un cierto límite a la libre competencia en la prestación de servicios, requieren para su admisibilidad que objetivamente estén directamente vinculados con el objeto del contrato y su concurrencia implique un beneficio significativo en la ejecución de la prestación.

Ahora bien, en la cláusula analizada del PPT no se justifica ninguna razón por la que la presencia en la Provincia de Lugo de recursos humanos y materiales de los licitadores conlleve una mejora en la prestación del servicio de mantenimiento de la infraestructura de red y de los terminales contratados. Por lo tanto, se incluye en los pliegos un criterio de discriminación lesivo de la igualdad de trato en materia de contratación administrativa y, por ende, lesivo del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 14 de la Constitución, por lo que este Tribunal aprecia la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno Derecho, estimando el recurso en relación con el apartado examinado de la cláusula 6 del PPT.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso presentado por D. A.P.A., en representación de R. CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de servicios de telefonía fija, móvil y datos de la red interadministrativa provincial de la Diputación Provincial de Lugo, anulando los pliegos de cláusulas administrativas particulares

y de prescripciones técnicas para que sean, en su caso, sustituidos por otros pliegos en los que la disponibilidad de red propia y de recursos humanos y materiales en la provincia de Lugo por parte de los licitadores no se tengan en cuenta como criterios de adjudicación, desestimando en lo demás el recurso.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación según lo establecido 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 imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.