



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

D. JOSE JIMENEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### **CERTIFICA**

Que en la Sesión Nº 20/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 6 de junio de 2002, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la

**RESOLUCIÓN DE LA CONSULTA PLANTEADA POR TELECABLE DE OVIEDO S.A, TELECABLE DE GIJÓN, S.A Y TELECABLE DE AVILÉS, S.A SOBRE LA ADECUACIÓN DEL PLIEGO DEL CONCURSO PARA LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO A LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA NORMATIVA REGULADORA DEL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES.**

### **I. ANTECEDENTES**

Con fecha de 6 de febrero de 2002 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito presentado por D. Roberto Paraja Tuero, en nombre y representación de Telecable de Oviedo, S.A, Telecable de Gijón S.A y Telecable de Avilés, S.A (en adelante Telecable), en el que efectúa una consulta relativa a los Pliego de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas aprobados por Resolución de la Universidad de Oviedo para la contratación del servicio de Telecomunicaciones de la Universidad de Oviedo, mediante procedimiento de licitación abierto y forma de adjudicación por concurso, hecho público en el B.O.E con fecha 24 de noviembre de 2001.

Dicho procedimiento se dividía en dos Lotes diferentes, estando Telecable interesada en el Lote 1 consistente en la prestación del servicio de telefonía fija y datos, mediante el establecimiento de una red corporativa multiservicio y multimedia para la Universidad de Oviedo

En relación con esto Telecable afirma literalmente que:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*"Sexto.- Del Pliego del Concurso y de comunicaciones posteriores con la Universidad de Oviedo se desprende que el licitador tenía la posibilidad de, o bien instalar equipos de telecomunicaciones nuevos, o utilizar los ya existentes para la prestación del servicio*

*Séptimo.- Que en el Pliego de Prescripciones Técnicas se establece en el punto 6.1 y en cuanto al lote 1, la obligación del adjudicatario de realizar la gestión operador y mantenimiento de la fibra óptica y de los equipos Sonet/SDH ADM, tanto nuevos como ya existentes.*

*Octavo.- Que se entiende que un licitador que hiciera uso de los equipos ya existentes podría hacer una mejor oferta al concurso, ya que no tendría que hacer frente al desembolso que supone instalar todos los equipos nuevos."*

*De acuerdo con lo anterior, "Telecable, estando interesada en dicho concurso y en el aprovechamiento de los equipos ya existentes, con el objetivo de realizar una mejor oferta, vio necesario obtener información adicional sobre las características de los equipos ya instalados, para poder hacer frente a la obligación de mantenimiento de los mismos, por entender que el Pliego de Prescripciones Técnicas no ofrecía suficientes datos al respecto".*

*En consecuencia, Telecable manifiesta que "solicitó al fabricante de los equipos de Telefonía Ericsson -equipos de los que actualmente dispone la Universidad y sobre los cuales habría que hacer un mantenimiento o sustitución- la oportuna valoración técnica de los mismos a fin de poder cumplir con las exigencias por parte del Pliego". De acuerdo con Telecable Ericsson contestó diciendo que "el modelo sobre el cual se solicitaba información es comercializado y mantenido exclusivamente por Telefónica de España S.A."*

*A continuación Telecable, mediante escrito de fecha 29 de noviembre de 2001 solicitó del Vicerrector de Campus e Infraestructuras de la Universidad de Oviedo "que facilitara el consentimiento expreso de Telefónica de España, S.A. a proporcionar los datos precisos para poder presentar una oferta determinada y concreta o que suprimieran del Pliego de Prescripciones Técnicas todas las obligaciones del licitador en relación con el mantenimiento, adecuación o ampliación de los equipos y software referidos".*

*Finalmente, mediante escrito de 4 de diciembre se solicitó al Vicerrector de Campus e Infraestructuras de la Universidad de Oviedo "conocer información de los sistemas de telecomunicaciones que fueran propiedad de la Universidad de Oviedo y cuya gestión y mantenimiento serían encomendados al operador adjudicatario del concurso convocado" dado que "sin esa información se hacía imposible realizar una planificación de los equipos a instalar, y, en definitiva,*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*realizar una oferta concreta y precisa a la mesa de contratación.*" Esta solicitud fue desestimada el 10 de diciembre por considerar que la información contenida en el Pliego del Concurso era suficiente. Contra esta decisión Telecable interpuso Recurso de Reposición ante el Vicerrectorado de Campus e Infraestructuras de la Universidad, mediante el que solicitaba la declaración de nulidad de pliego y la elaboración de uno nuevo en el que se modificase lo relativo a los equipos ya instalados, o bien se proporcionaran más datos para realizar la oferta del concurso. El 18 de diciembre se dictó resolución desestimatoria del mismo.

Junto a los hechos anteriores Telecable manifiesta que en los contratos de compra de equipos de telecomunicaciones normalmente el propietario no tiene acceso a todas las características técnicas que le permiten realizar por sí mismo ampliaciones o modificaciones de dichos equipos e interconexiones de los mismos con otros, salvo que tuviera personal técnico cualificado expresamente en la tecnología en que se basan dichos equipos. (Cualificación que normalmente requiere la certificación del fabricante de los equipos.) Además, normalmente no se transfiere al comprador la tecnología en que se basan, de forma que el comprador no puede por sí solo modificar, ampliar o interconectar dichos equipos con otros de diferentes fabricantes. Por último, en estos contratos el fabricante suele incluir cláusulas por las que la manipulación de dichos equipos por técnicos no homologados por su firma le eximen de responsabilidad del mal funcionamiento de los mismos.

Por todo lo expuesto, Telecable entiende que el Pliego del concurso no reúne los requisitos que exige la normativa sobre contratación pública en lo que afecta a la contratación de servicios de telecomunicaciones y que como consecuencia directa de esta infracción se ha producido una situación de discriminación que altera la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones motivo por el cual solicita la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en ejercicio de la competencias a ella otorgadas en materia de resolución de consultas y de medidas de salvaguarda de la competencia en la Ley 12/1997, 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (artículo 1. Dos.1 y artículo 1. Dos 2. Letras c y f) y en el Reglamento aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (art. 4, 19.1 y 29.2 a)). Además de acuerdo con el artículo 3 a) de la Ley General de Telecomunicaciones uno de los objetivos de esta Ley es el de *"promover, adoptando las medidas oportunas, las condiciones de competencia entre los operadores de servicios, con respeto al principio de igualdad de oportunidades, mediante la supresión de los derechos exclusivos o especiales"*.

La normativa vulnerada según Telecable serían los artículos 5 y 6 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo y los artículos 11.1, 52.2. 68.1 y 86.1 del Real Decreto Ley 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), puesto que la Universidad de Oviedo no ha suministrado, ni en el Pliego ni en posteriores solicitudes, la información necesaria para poder realizar una oferta adecuada. Esto, afirma Telecable, favorece a Telefónica de España S.A.U por ser quien hasta el momento ha prestado servicios a la Universidad y ser la única que conocía las características técnicas de los equipos y que, por lo tanto, sitúa a cualquier otro operador en situación de desventaja.

En atención a lo expuesto solicita Telecable a esta Comisión que resuelva la consulta planteada y se pronuncie sobre la adecuación o no del Pliego del Concurso al que se ha venido haciendo mención a los principios inspiradores de la normativa reguladora del sector de las Telecomunicaciones y, en su caso, adopte las medidas necesarias para la salvaguarda de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones.

Telecable no aporta más documentación que el escrito inicial y la referencia de publicación de los Pliegos controvertidos

A la vista de lo anterior, con fecha 5 de abril de 2002 se puso en conocimiento de la Universidad de Oviedo, la consulta formulada por Telecable y se le emplazó para que presentase cuantas alegaciones y documentos estimase pertinentes para la resolución de la misma y se le requirió concretamente determinada información.

Con fecha 29 de abril de 2002 se recibió escrito de la Universidad de Oviedo en el cual ponía de manifiesto lo siguiente:

*"1º En cuanto a la documentación que se nos requiere:*

*1. Contratos con los suministradores de los equipos*

- *SONET/SDH ADM: Alcatel 1651 SM/1661 SM C: Estos equipos son propiedad de la Universidad de Oviedo si bien su gestión, operación y mantenimiento corresponden al operador de la Red Corporativa de la Universidad. Estos equipos fueron suministrados por el operador que instaló el anillo SDH corporativo y que, hasta este concurso, realizaba las anteriores funciones, no siendo necesario para la Universidad de Oviedo el disponer de los contratos de suministro hasta que ese operador haya dejado de serlo.*
- *Equipos de red interna de la Universidad: Cisco Catalyst 5000, Cisco Catalyst 5505 y Cisco LightStream 1010: Estos equipos son propiedad de la Universidad de Oviedo y su gestión, operación y*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*mantenimiento lo realiza personal de la propia Universidad no siendo objeto de este concurso. Estos equipos provienen de diferentes concursos y de varios proveedores.*

2. *El anillo de fibra óptica amplía y complementa la solución técnica actual. La voz se integrará dentro del anillo de transporte. Este transporte es independiente del tipo de centralita que se encuentre instalado. La Universidad de Oviedo dispone en la actualidad de un gran número de centralitas Ericsson MD110 dentro de su red Ibercom. Evidentemente, aunque se admiten soluciones que complementen la actual, no hay inconveniente alguno en sustituir tales equipamientos, concretamente, en una reunión mantenida con responsables de la empresa Telecable, ya a preguntas de éstos acerca de la posibilidad de sustituir este equipamiento, se les manifestó que por parte de la Universidad no habría ningún inconveniente siempre que los nuevos equipos cubriesen las necesidades de la Universidad y no superasen el presupuesto máximo de licitación del concurso. Se adjuntan como Anexo los documentos contractuales por los que la Universidad adquiere la propiedad de los equipos existentes.*

*2º. En relación con la consulta planteada por la empresa Telecable, interesa dejar de manifiesto lo siguiente:*

1. *En las conversaciones mantenidas con dicha empresa (a instancias de ésta), antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas en el concurso, quedó de manifiesto que la Universidad no ponía inconveniente alguno en aceptar la sustitución de los actuales equipos (en las condiciones señaladas en el apartado anterior) y, asimismo, se les informó de que la Universidad, si ganaban el concurso, pondría a su disposición toda la información y documentación necesaria para que pudiesen realizar su trabajo. En esas conversaciones, quedó patente que la empresa Telecable no estaba en disposición de proporcionar acceso al Campus de Mieres (de inminente inauguración) en las fechas pedidas en el concurso.*
2. *Pese a esta postura flexible de la Universidad, la empresa decidió no presentar oferta alguna para participar en el concurso.*
3. *La empresa, pese a no haber participado en el concurso y no haber presentado recurso alguno contra la propuesta de adjudicación del mismo (realizada el pasado mes de enero), ha interpuesto recurso contencioso administrativo contra el Pliego de prescripciones técnicas. Este recurso se está tramitando ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Oviedo (Procedimiento Ordinario 49/2002).*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*La empresa solicitó además al Juzgado la medida cautelar de suspensión del procedimiento, solicitud denegada por el Juez mediante Auto de 12 de marzo."*

### II. COMPETENCIA DE LA COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, otorga en su artículo 29.2 a), a esta Comisión, la competencia de "Resolver las consultas que puedan formularle los operadores de redes y servicios de telecomunicación y las asociaciones de consumidores y usuarios de estos servicios."

Con carácter general, ha de entenderse que las consultas que regula el artículo transcrito pueden versar, principalmente, sobre los siguientes ámbitos: 1) los actos y disposiciones dictadas por esta Comisión, 2) las normas que han de ser aplicadas por esta Comisión y 3) las situaciones y relaciones jurídicas sobre las cuales ha de ejercer sus competencias la Comisión.

La consulta que plantea Telecable se formula al amparo del artículo 29.2 a) del Real Decreto 1994/1996, refiriéndose las cuestiones que son objeto de dicha consulta a actuaciones que pueden afectar a las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones cuya salvaguardia ha sido atribuida a la CMT por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones.

### III. OBJETO DEL INFORME

El presente informe tiene por objeto dar respuesta a las cuestiones planteadas por Telecable en relación con los hechos expuestos en el escrito de remitido a esta Comisión y en concreto si de los hechos descritos en la presente consulta y a la vista de la documentación presentada es posible concluir, como afirma Telecable que la supuesta infracción de los artículos 11.1, 68.1 y 86.1 del Real Decreto Ley 2/2000, de 16 de junio ha colocado a Telecable en una situación de discriminación que altera la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones.

Esta vulneración, se concretaría en la negativa de suministro por parte de la Universidad de Oviedo, tanto en el Pliego del Concurso como en alegados requerimientos posteriores, de la información solicitada para poder realizar una oferta adecuada para llevar a cabo la prestación del servicio de telefonía fija y datos, mediante el establecimiento de una red multiservicio y multimedia, siendo Telefónica de España quien hasta el momento veía prestando en





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

exclusiva los servicios de telecomunicaciones de dicha Universidad y quien conocía en exclusiva las características técnicas de los equipos de telecomunicaciones ya instalados.

### IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

#### **1.- Consideraciones previas: una infracción de la normativa de contratación pública puede influir negativamente en las condiciones de competencia en el mercado.**

##### **a) Normativa aplicable al Pliego de Referencia**

La actuación convencional de la Universidad de Oviedo se rige, como el propio Pliego de Cláusulas Administrativas manifiesta, por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que aprueba El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y demás legislación vigente en el momento de su publicación. Curiosamente, aunque no tenga la consideración de legislación básica, el Pliego declara además aplicable a este contrato el Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación.

En consecuencia, la actividad convencional de la Universidad de Oviedo en materia de servicios y equipos de telecomunicaciones en cuanto que contratos administrativos se somete a lo establecido en cuanto a su preparación, adjudicación efectos y extinción por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo, lo que implica el respeto a los principios de publicidad y concurrencia, igualdad y no discriminación. Estos principios que presiden la contratación administrativa tienen un doble fundamento: Por una parte, obtener las condiciones más beneficiosas para el interés público, seleccionando como contratista a aquél que pueda ofrecer las mejores condiciones (económicas o de otro tipo) a la Administración y, por otra parte, asegurar la objetividad de la Administración en el trato a los ciudadanos, garantizando la igualdad de éstos en el acceso a la contratación pública.

La jurisprudencia subraya la relevancia que tienen estos principios en la actividad contractual de la Administración, señalando que su observancia no sólo se traduce en la existencia de los trámites procedimentales que implica el acto de licitación sino también en los demás aspectos que supone la contratación, como la redacción del pliego, que no puede contener como características técnicas exigibles a los licitadores, soluciones que se concreten en las prestaciones que uno de ellos ofrece. Así lo expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2000 (RJ 2000\7976):



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“QUINTO.- En efecto, entre los principios esenciales que rigen la contratación administrativa, está la igualdad de acceso entre las distintas empresas dedicadas a la contratación pública y el procedimiento de contratación, como ya reconoció la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1976, tiende a garantizar el interés público, mediante la articulación de tres principios cardinales de la licitación, que en la cuestión examinada aparecen vulnerados por la cláusula impugnada: el principio de publicidad, el principio de libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades.*

*(...)*

*Sobre este punto, es de tener en cuenta que el procedimiento de selección de contratistas ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre competencia, basada en el presupuesto de la publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos.*

*En la cuestión examinada, dichos principios rectores aparecen vulnerados en la cláusula anulada, al consagrarse, en nuestro sistema jurídico, el principio de libre competencia, potenciado con la integración del Estado español en la Unión Europea, por lo que procede desestimar el motivo de casación, pues toda restricción participativa contraria a dichos principios, es buena muestra de la vulneración legal aducida por la sentencia recurrida, lo que justificó la tesis estimatoria de la sentencia impugnada, que asegura la libertad de competencia y que implica una aplicación particularizada a las relaciones derivadas de los contratos administrativos del principio de igualdad ante la ley, cuya manifestación más genuina es la publicidad en la contratación y su incidencia en los distintos sistemas de selección del contratista que, en el caso examinado, originaban una transgresión real de dichos principios, contenidos en la Constitución Española, en la regulación de contratos del Estado, y en la normativa de Derecho Comunitario Europeo, sirviendo de ejemplo respecto de este último, las previsiones contenidas en las Directivas Comunitarias números 88/295 CEE, 89/440 CEE y 92/50 CEE de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, cuya publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas se efectuó el 24 de julio del año 1992, núm. L-208.*

*SEXTO.- También el Acuerdo sobre contratación pública de la Organización Mundial de Comercio (artículo 12, apartado h), en aras al reconocimiento del principio de rentabilidad y las previsiones contenidas*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*en el artículo 26.1 b) de la Directiva Comunitaria 23/36 CEE sobre contratos de suministro y el artículo 36.1 a) de la Directiva 92/50/CEE sobre contratos de servicio, señalan los distintos criterios que han de utilizarse en función de la adjudicación y aunque se otorgue en esta cuestión un criterio prevalente a la calidad, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, es necesario conciliar esos principios con los de publicidad y transparencia propias de la contratación administrativa, evitando que se haga imposible la actuación del órgano de contratación por medio de una automática resolución del concurso, lo que entrañaría, como sucede en la cuestión examinada, una clara vulneración legal y justifica la conclusión a la que llega la sentencia impugnada, cuyos razonamientos procede confirmar.*

*Además, en la cuestión examinada, también resultan vulnerados los principios que inspiran la jurisprudencia del TJCE: a) el principio de igualdad (STJCE de 12 de junio de 1997, 26 de octubre de 1999 y 11 de enero de 2000), b) el principio de seguridad jurídica (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de febrero de 1998) y el de proporcionalidad (sentencia de 5 de mayo de 1998) y los principios que inspiran la contratación del Estado que, básicamente, son los de publicidad y concurrencia, máxime cuando las referencias técnicas exigibles a los licitadores se concretan, esencialmente, en la empresa matriz extranjera, aunque en este tipo de contratos deba darse un margen de discrecionalidad al órgano de contratación que permita una mayor flexibilidad en el procedimiento contractual como ya fue admitido en el Decreto 3637/1965 y en el artículo 239 d) del RCE, teniendo en cuenta las previsiones de los artículos 14, 17 y 36 de la LCE y 244 del RGCE, siendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en reciente sentencia de 27 de junio de 2000, quien ha reconocido el otorgamiento a los jueces de la capacidad para apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, lo que ha sucedido en la cuestión examinada.”*

Como pone de relieve la Sentencia, las exigencias de publicidad y concurrencia, como garantías del principio de igualdad, han resultado reforzadas en el ordenamiento español por acción de la normativa comunitaria. En efecto, existen varias Directivas relativas a la contratación pública, que se refieren a distintos tipos de contrato, a la contratación en determinados sectores, e, incluso, a los recursos por motivo de la adjudicación de los contratos.

Además, como en lo que se refiere a la contratación de servicios de telecomunicaciones, la garantía de la igualdad de trato entre los operadores de telecomunicaciones, no sólo viene impuesta por la normativa de la contratación pública, sino que, asimismo, es una exigencia que impone la normativa de telecomunicaciones. El principio de igualdad de trato y no discriminación entre



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores se enuncia, con carácter general, en el artículo 3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGTel), reiterándose, en artículos posteriores, la obligación de respetar dicho principio. La efectividad práctica del principio de igualdad de oportunidades resulta fundamental para instaurar y preservar las condiciones de competencia en el sector de las telecomunicaciones, como se explicará en el apartado siguiente.

La legislación de contratos de las Administraciones Públicas prevé que el principio de igualdad y no discriminación habrá de respetarse en todo caso. El cauce propio para dar realización a dicho principio es el de la libre concurrencia de las empresas que quieran contratar con la Administración, lo que tiene por presupuesto la publicidad de la contratación a efectuar. Los supuestos en los que la legislación de contratos permite prescindir de tales principios tienen carácter excepcional.

No obstante la excepción que admiten tales principios de publicidad y concurrencia, la observancia de los principios de igualdad y no discriminación viene imperada en todo caso. Así lo prescribe el artículo 11.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, precepto que está encuadrado en el Capítulo sobre *“Disposiciones comunes a los contratos de las Administraciones públicas”*. En el mencionado artículo se dispone lo siguiente:

*“Los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación.”*

En realidad, lo anterior es una exigencia del principio constitucional de igualdad (artículo 14). Asimismo, puesto que la contratación constituye un supuesto de actuación administrativa, es una exigencia del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española (a este respecto, vid Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2000 (RJ 2000\7976).

### **b) La violación de la normas de contratación publica puede resultar contraria a la libre competencia**

Como ya declaró esta Comisión en su Resolución de 21 de marzo de 2001, la violación de las normas de contratación pública, puede resultar además contraria a la libre competencia.

La sujeción de todas las administraciones públicas a las normas de contratación pública en el área de la contratación de servicios de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

telecomunicaciones reviste especial transcendencia por cuanto se trata de un mercado recientemente liberalizado, donde el grado de competencia en el mercado está especialmente debilitado por la presencia de un operador dominante tradicionalmente monopolista. Las administraciones públicas actúan en este mercado como operadores económicos en cuanto que grandes clientes de servicios de telecomunicaciones y su actuación puede tener una gran influencia en la configuración del mercado. El respeto a los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación juegan un papel esencial en este caso, no ya únicamente para asegurar las condiciones más beneficiosas para el interés público y la objetividad de la actuación de los poderes públicos sino también para evitar los efectos anticompetitivos que la falta de cumplimiento de esos principios elementales de contratación pública pudieran tener sobre el mercado.

Por este motivo, en línea con la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2000 que establece que *"los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el presupuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos"*, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el marco de su objeto de salvaguarda de la libre competencia, viene insistiendo en la trascendencia que tiene el hecho de que el principio de igualdad sea respetado, en particular por parte de las Administraciones Públicas, en su trato a los operadores de telecomunicaciones, constituyendo un aspecto necesario para posibilitar la libre concurrencia. Así, el Acuerdo de 8 de febrero de 2001, por el que se aprueba el informe al Ayuntamiento de Alaquàs (Valencia) sobre la propuesta de Metrored, S.A. de constituir una empresa de economía mixta para la creación de infraestructura de canalización de redes de telecomunicaciones, señala que:

*"(...)Este principio de igualdad se encuentra recogido en la legislación de telecomunicaciones como corolario del régimen de competencia que en dicha legislación se establece, y tiene su reflejo concreto en varios preceptos.*

*También el artículo 6 de la LGTel se refiere a esta igualdad entre los operadores, concretada en los principios de objetividad y no discriminación en el trato a los mismos por parte de los poderes públicos.."*

La salvaguarda de la libre competencia en el mercado se constituye así como un interés público protegido por los principios y procedimientos de contratación pública y debe ser igualmente promovido y respetado por las administraciones públicas en su actividad convencional.

En este sentido debe interpretarse el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 17 de enero de 2002, por el que



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se aprueba el Informe a la Consejería de la Presidencia y Administración Pública de la Xunta de Galicia sobre aplicación de la oferta de precios mayoristas ADSL de Telefónica de España a los servicios prestados por esta Administración en centros públicos que impartan ciclos de enseñanza obligatoria y en bibliotecas públicas municipales, que en relación a este aspecto señala lo siguiente:

*"(..) gracias al considerable grado de liberalización de las telecomunicaciones conseguido en este segmento, existe un amplio abanico de ofertas en el mercado para la prestación de estos servicios por parte de los operadores alternativos, a los que puede acudir las distintas A.A.P.P. interesadas convocando al efecto los concursos a que haya lugar, y colaborando en el esfuerzo por abrir el mercado de la prestación de este tipo de servicios a otros operadores.*

*En este punto es preciso resaltar ahora la relevancia que en el desarrollo del mercado de telecomunicaciones tiene la escrupulosa observancia por parte de las A.A.P.P. de los principios de publicidad y concurrencia en la contratación, principios éstos orientados precisamente a garantizar la igualdad de oportunidades entre los agentes del mercado cuando de la obtención de muy importantes clientes se trata. La adjudicación directa y sin publicidad de los contratos, además de su tratamiento a la luz de la legislación de contratos de las A.A.P.P., genera gravísimas distorsiones de la competencia que requieren de corrección con arreglo a la legislación sectorial de telecomunicaciones.*

También el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 7 de diciembre de 2000, cuestión prejudicial C-324/98 ha defendido firmemente que la finalidad de la obligación de transparencia y no discriminación que incumbe a la administración pública contratante tiene por finalidad la apertura a la libre competencia del mercado. Así se dice que el principio de no discriminación (en este contexto por razón de la nacionalidad) implica una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que dicho principio es respetado. Esta obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad en los procedimientos de adjudicación.

Por su parte, la Comisión Europea en *Comunicación interpretativa sobre concesiones en derecho comunitario de contratos públicos* (DOCE de 29 de abril de 2000) recuerda que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia el principio de igualdad de trato implica que todos los adjudicatarios potenciales ("concesionarios" en la Comunicación pues su ámbito de aplicación se



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

circunscribe a éstos) deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. Así mantiene que *"De la jurisprudencia del Tribunal, en particular de la Sentencia Raulin de 26 de febrero de 1992, Asunto C-357/89 así como de la Sentencia Parlamento/Consejo de 7 de julio de 1992 en el asunto C-295/90 se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad."* y afirma *"La Comisión considera que de esta jurisprudencia se desprende la obligación de cumplir el principio de apertura a la competencia"*. Asimismo la Comisión recuerda que el TJCE ha resaltado la relación existente entre el principio de transparencia y de igualdad de trato, ya que el primero garantiza el efecto útil de éste último procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia, y cita en ese sentido la sentencia de 25 de abril de 1996.

A su vez, en nuestro ámbito nacional, el Tribunal de Defensa de la Competencia se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre la relación entre las normas que rigen la contratación pública y su finalidad concurrencial. Así, por ejemplo en su Resolución de 25 de octubre de 2000 llega a afirmar que:

*"El Derecho de la competencia, además, ha ido progresivamente alcanzando*

*mayores cotas de importancia para el mejor desarrollo económico y riqueza de las naciones ampliando el ámbito de influencia de dichas normas desde su original aplicación exclusiva a las empresas privadas hasta que también los distintos entes y empresas públicas, así como las Administraciones Públicas en muchas ocasiones, son los destinatarios de dicho Derecho. Todo ello es consecuencia lógica de la constitucionalización del principio de libre competencia y leal concurrencia.*

*El artículo 90 del Tratado de Roma (ahora 86), por ejemplo, contiene un mecanismo que permite supervisar las actuaciones públicas cuando conceden derechos preferentes a determinadas empresas que les sitúan en ventajas competitivas. Por otra parte, el hecho de que una de las políticas de la Unión Europea consista en el establecimiento de un régimen que asegure que la competencia no sea falseada en el mercado común y que el artículo 5 obligue a todos los Estados a adoptar las medidas para el cumplimiento de estos fines permite que la actividad de los Estados, incluso la normativa, esté sometida a la supervisión de las instituciones europeas para comprobar si responden o no al principio de la libre competencia. Las normas de la competencia por lo tanto se aplican también a las Administraciones Públicas, no sólo cuando actúen*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*como oferentes de bienes y servicios, sino también cuando actúen como demandantes de tales bienes y servicios. Los preceptos contenidos en la LCAP y en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro tienen relación directa con las normas de la competencia. Las normas que contribuyen a asegurar la transparencia y la igualdad de concurrencia en la contratación pública tienen varios objetivos, pero no puede descartarse que entre estos objetivos se encuentre la finalidad concurrencial. En la medida en la que se trata de conseguir que la totalidad de oferentes puedan presentarse a la contratación pública en igualdad de condiciones y sin privilegios, la finalidad de tales normas de regular la actividad concurrencial aparece evidente. "*

Asimismo, el Informe del TDC de fecha 20 de enero de 1998, que también recoge la Resolución de 25 de octubre de 2000, expresa los siguientes criterios:

*"El Tribunal considera, en principio, que, en el ámbito de la contratación administrativa, la libre concurrencia entre los operadores económicos tiene como finalidad tanto la protección de los intereses económicos de la administración promoviendo la máxima competencia posible, como garantizar la igualdad de los que reúnen los requisitos necesarios para acceder a aquélla. Las normas reguladoras de la contratación administrativa y, en particular, las relativas a los procedimientos de adjudicación de los contratos tratan de garantizar dicha finalidad... "*

De lo anterior, cabe deducir dos conclusiones básicas: en primer lugar, que la obligación impuesta a las Administraciones Públicas por las normas de contratación pública de acudir a procedimientos de contratación que respeten la transparencia y la igualdad en el acceso debe concebirse como un presupuesto de fomento de la libre competencia.

En segundo lugar, que los procedimientos de contratación deben acogerse a criterios objetivos y no discriminatorios. Esta obligación viene impuesta tanto por la legislación sobre contratación pública y la legislación sectorial de telecomunicaciones como por las normas de libre competencia.

Como ya se dijo en las Resoluciones de esta Comisión de 21 de marzo de 2001 y de 8 de mayo de 2002, en la observancia de dichos principios es esencial la implicación de las administraciones públicas procurando en especial su cumplimiento cuando de sectores recientemente abiertos a la competencia se trata.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las telecomunicaciones han sido un sector de la actividad económica que en una buena parte ha estado sujeto a un régimen de monopolio hasta el año 1998. Con la Ley 11/1998, de 24 de abril, se puede decir que concluyen casi todos los residuos que en la normativa pudieran quedar contrarios a la apertura a la competencia de las telecomunicaciones, con lo que no caben excusas o razones para justificar situaciones o prácticas de monopolio heredadas del pasado.

Tradicionalmente las Administraciones Públicas han contratado buena parte de sus servicios de telecomunicaciones con el operador en monopolio si bien, después de las leyes de liberalización no existen razones que justifiquen el hurtar del régimen de contratación pública este tipo de servicios, en este caso a las condiciones de contratación descritas en los Pliegos.

En caso contrario cabría estimar:

- a) Que el derecho de la competencia, esencial para un mejor desarrollo económico de los países y de las empresas, no sería de aplicación a las Administraciones Públicas cuando actúan como operadores económicos en el mercado, afirmación que en ningún caso puede sostenerse, no ya por no contar con sustento en ningún precepto del derecho de la competencia, sino por resultar contraria a principios básicos de nuestro sistema constitucional, como los contenidos en los artículos 9 de la Constitución (sometimiento a ella de los ciudadanos y las Administraciones Públicas) o el artículo 38 (reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado).
- b) Que las Administraciones Públicas están habilitadas para conceder derechos preferentes o exclusivos a determinadas empresas que les sitúan en ventajas competitivas respecto de otros operadores en el mismo mercado impidiendo la aplicación de las normas que rigen la libre competencia en el mercado, sin que ello esté justificado en función una misión de interés general.

En la Ley 11/1998 este principio que proscribe conceder derechos preferentes a empresas antaño en monopolio está reconocido de manera explícita e implícita en varios preceptos.

De manera explícita, el artículo 2 de la Ley nos dice que las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia y, el artículo 3 señala en su apartado a) como objetivo de esa misma Ley el “promover, adoptando las medidas oportunas, las condiciones de competencia entre los operadores de servicios, con respeto al principio de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

igualdad de oportunidades, mediante la supresión de los derechos exclusivos o especiales.

De manera implícita, la disposición transitoria primera, punto 6 de la misma Ley señala al regular la transformación de los títulos habilitantes procedentes del régimen de monopolio que “la resolución transformadora (de dichos títulos al nuevo régimen en competencia) podrá otorgar la prórroga de determinados derechos hasta más allá del 1 de agosto de 1999, siempre que ello no suponga el mantenimiento de derechos especiales o exclusivos.

La prohibición de mantener derechos especiales o exclusivos no puede interpretarse como un impedimento para que las Administraciones Públicas continúen utilizando como prestador de servicios al operador que en el pasado lo venía haciendo como monopolista. Ahora bien, si desea continuar con ese operador deberá hacerlo en el régimen de contratación pública, permitiendo a sus competidores licitar y, en su caso, ser finalmente adjudicatarios de los contratos de acuerdo con los principios que presiden la contratación pública.

La prácticas realizadas en contravención de estas normas, además de incumplimientos de la Ley de Contratos pueden entrar de lleno tanto en las prohibiciones de la Ley 11/1998 como en las del artículo 81, 82 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea, que prohíben los acuerdos colusorios y los abusos de posición de dominio, incluso cuando los mismos se amparen en la actuación de una administración pública.

Concretamente, un contrato entre dos agentes económicos (pudiendo ser uno de ellos una Administración) podría calificarse como anticompetitivo si una vez analizadas sus cláusulas y efectos en el mercado definido, quedara acreditado, por ejemplo, que concurrieran cláusulas de exclusividad en que la exclusividad pactada, por su duración prolongada o por otros motivos, pudiera tener por efecto impedir la entrada en un mercado en el que ya es difícil entrar por las propias condiciones del mercado, sea porque forme parte de una red de acuerdos similares o porque la empresa a las que impone el compromiso de compra exclusiva tenga posición de dominio en el mercado o por otros motivos. (Sentencias del TJCE *Brasserie de Haecht SA v. Wilkin* de 12 de diciembre de 1967 y *Delimitis*, de 28 de Febrero de 1991 y *BPB Industries plc y British Gypsum Ltd contra Comisión* de 6 de abril de 1995).

Por otra parte, dada la posición de dominio de TESAU en servicios de voz, datos e infraestructuras de telecomunicaciones, por sí misma o a través de las filiales del Grupo a que pertenece, derivada de su condición de antiguo monopolista sería posible, dándose las circunstancias adecuadas, examinar las cláusulas de exclusividad que le ligan con determinados fabricantes de equipos y con sus clientes y que tuvieran por efecto reservarse para sí la prestación de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

determinados servicios. Para una empresa que ocupa una posición dominante, el hecho de vincular directa o indirectamente a sus clientes mediante una obligación de suministro exclusivo constituye un abuso en la medida en que priva al cliente de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento y limita el acceso al mercado de los otros productos STPI de 6 de octubre de 1994 luego confirmada por el TJCE.

Este sería el caso, si con la venta a la Universidad de Oviedo o a otras Administraciones públicas de determinados equipos de telecomunicaciones (en este caso, centralitas) sin facilitar la información precisa sobre las versiones del software y hardware utilizado, TESAU tiene la posibilidad de asegurarse que únicamente ella puede prestar los servicios de mantenimiento de las mismas y, con ello, prestar también los servicios de telecomunicaciones a estos clientes, si por razón de la forma en que se ha instrumentado la contratación pública, como es habitual, se contratan conjuntamente el suministro de equipos y la prestación de servicios de telecomunicaciones, creando de esta forma clientes cautivos para sucesivos contratos. En este mismo contexto podría considerarse abusiva una negativa por parte de TESAU a suministrar determinada información necesaria para que terceros puedan prestar este servicio. (Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1991 en el asunto T-30/89 Hilti AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas, luego confirmada por el Tribunal de Justicia el 2 de marzo de 1994).

### **2. - Presupuestos que deben reunir los Pliegos de Condiciones de un Concurso**

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben contener en primer lugar los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación del concurso. El artículo 86 del TRLCAP cita como criterios el precio, la fórmula de revisión, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características funcionales, la posibilidad de repuesto, la asistencia técnica, etc.

En cuando a la descripción de las condiciones técnicas, que es concretamente el caso que nos ocupa, el TRLCAP parte de la base de que es preciso asegurar en la medida de lo posible la neutralidad tecnológica.

Así, de acuerdo con el artículo 52.1 del TRLCAP " (...) *las prescripciones técnicas serán definidas por referencia a normas nacionales que transpongan normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos o especificaciones técnicas comunes, fijándose reglamentariamente los casos en que pueden prescindirse de los mismos. A falta de los anteriores, las*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*prescripciones técnicas podrán definirse por referencia a normas nacionales que transpongan normas internacionales, a normas nacionales o a otras normas".*

El Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo ya recogía los supuestos en que podría excepcionarse este artículo 52.1 (entonces 53 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas), luego previstos en el Real Decreto 1098/2001 por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos, que añade que la descripción de los servicios a contratar se realizará teniendo en cuenta las funcionalidades a obtener y las necesidades cuantificadas que se pretendan satisfacer, sin establecer, salvo casos excepcionales, debidamente justificados, referencias específicas a soluciones tecnológicas concretas que limiten o impidan la concurrencia. (Este último reglamento no es de aplicación al pliego controvertido puesto que entró en vigor con posterioridad a su publicación).

Por su parte el apartado 3 del citado artículo 52 establece la prohibición expresa de concurrir a las licitaciones a las empresas que hayan participado en la elaboración de las especificaciones técnicas relativas a dichos contratos, siempre que su participación pueda provocar restricciones a la libre competencia o suponer un trato privilegiado con respecto a las otras empresas licitadoras.

De mayor relevancia al caso que nos ocupa es la obligación contenida en el art. 52.2 del mismo TRLCAP que, en relación con los pliegos de prescripciones técnicas establece que, *"Salvo que esté justificado por el objeto del contrato, no podrán incluirse en el pliego, especificaciones técnicas que mencionen productos de una fabricación o procedencia determinada o procedimientos especiales que tengan por efecto favorecer o eliminar determinadas empresas o determinados productos. Especialmente, no se indicarán marcas, patentes o tipos, ni se aludirá a un origen o producción determinado. Sin embargo, cuando no exista la posibilidad de definir el objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles, se admitirá tal indicación si se acompañan las palabras "o equivalente".*

Las Directivas Comunitarias de Contratación Pública formulaban ya esta obligación que nuestra legislación de contratos vendría a recoger. Concretamente la Directiva 93/36 /CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DOCE n L 199 de 9 de 8 de 1993 p.1-53) dispone en su artículo 8 que los Estados miembros prohibirán la introducción de especificaciones técnicas que mencionen productos de una fabricación o de una procedencia determinada, o procedimientos especiales que tengan por efecto favorecer o eliminar a determinadas empresas o determinados productos en las cláusulas





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

propias de un contrato determinado, salvo que tales especificaciones estén justificadas por el objeto del contrato. Estará prohibida, en particular, la indicación de marcas, patentes o tipos, o la de un origen o producción determinada. Sin embargo, si tal indicación está acompañada de la mención "o equivalente", estará autorizada cuando los poderes adjudicadores no tengan la posibilidad de dar una descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los interesados.

Asimismo de acuerdo con los artículos 11.5 y 12.2 de la misma Directiva los poderes adjudicadores proporcionarán, siempre que haya sido solicitada a su debido tiempo, información complementaria relativa a los pliegos de condiciones, a más tardar, seis días (o cuatro en caso de urgencia) antes de la fecha límite establecida para la recepción de ofertas.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha mantenido en su sentencia de 28 de octubre de 1999 C-328/96 Comisión contra República de Austria, que esta obligación (en relación con idéntica prescripción de la Directiva de los contratos de obras) resultaba vulnerada al contemplarse en la licitación una especificación determinada relativa al sistema operativo destinado al centro de control de edificios que tuvo por efecto favorecer terminados productos.

Por otra parte, en su la Sentencia del TJCE de 26 de septiembre de 2000 C-225/98 Comisión contra la República francesa, mantiene que las referencias en los lotes a clasificaciones de organismos profesionales nacionales cuyo uso hace que las empresas nacionales francesas dispongan de más información sobre la naturaleza de aquéllos, facilitándoles la presentación de ofertas en el breve plazo concedido resultan contrarias al principio de no discriminación consagrado en el artículo 59 del tratado. En este caso se entendía que *“las especificación técnicas establecidas son tan particulares y abstractas, que en principio, sólo los candidatos franceses pueden advertir inmediatamente su importancia, por consiguiente, el uso de estas referencias para describir los lotes hace que las empresas francesas dispongan de más información sobre la naturaleza de aquellos, facilitándoles la presentación de ofertas conforme a las referencias codificadas que se recogen en los anuncios de licitación, Por el contrario los licitadores de los demás Estados miembros les es más difícil presentar ofertas en el breve plazo concedido, pues deben acudir primero a los órganos de contratación de que se trata para informarse del objeto y contenido de dichas referencias”*. Por lo tanto, la descripción de los lotes mediante referencia a clasificación de organismos profesionales nacionales, en la medida que puede tener un efecto disuasorio para los licitadores no nacionales constituye una discriminación indirecta.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resulta pues patente que entre los bienes jurídicos que se quieren proteger con la garantía de la neutralidad tecnológica se encuentra precisamente el principio de igualdad y de no discriminación entre los participantes en el concurso.

Este mismo objetivo que salvaguardan las normas de contratación relativas a los pliegos es destacado por el ya citado informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 20 de enero de 1998:

*"En relación a los pliegos de cláusulas administrativas el Tribunal estimó en su informe "La competencia en España: balance y nuevas propuestas" (1995) como principio general que "los citados pliegos deben asegurar a los operadores económicos el libre acceso a la prestación del servicio", añadiendo que "la Administración (...), al elaborar los correspondientes pliegos, debe evitar imponer condiciones restrictivas que dificulten al libre acceso e imposibiliten la efectividad del principio mencionado".*

*En efecto, las propuestas anteriores resultarían totalmente estériles si, pese a ser asumidas por la Administración, a través de los pliegos (...) se establecen requisitos que operen como barreras de entrada, tales como el reservar la prestación del servicio a los empresarios de un determinado sector (...) excluyendo al resto, o el exigir al operador que cuente con los recursos necesarios para atender toda la demanda (...), impidiendo que dicha demanda pueda ser satisfecha por varios empresarios con menores medios. No hay que olvidar a este respecto que la verdadera competencia no reside exclusivamente en el hecho de la existencia de muchos competidores, sino también en que no haya barreras que impidan la entrada de nuevos operadores en cualquier momento (contestabilidad del mercado). Sólo de esta manera se conseguirá mantener la competencia (...)"*

*Todo ello, sin perjuicio de considerar que, aún cuando los pliegos de condiciones administrativas garanticen la competencia entre operadores económicos, pueden producirse en un momento posterior conductas por parte de éstos que constituyan prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, en cuyo caso, deberán ser denunciados ante los órganos competentes".*

En el caso que nos ocupa, tanto el operador de telecomunicaciones como la Administración compradora deben ajustar su actuación a las normas de la libre competencia de modo que no puede incurrir en acuerdos anticompetitivos ni en abusos de posición de dominio.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **3.- Aplicación de los criterios descritos a los Pliegos publicados por la Universidad de Oviedo**

Aparentemente, en una primera aproximación, los criterios de adjudicación del concurso recogidos en los pliegos publicados por la Universidad de Oviedo guardan la debida objetividad exigida por el artículo 86 del TRLCAP, con la excepción de la inclusión del criterio de disfrutar de una experiencia dilatada y contrastada en el sector que, evidentemente, favorece al antiguo monopolio en este entorno recientemente liberalizado. Sorprendentemente, Telecable en su consulta no ha presentado ninguna objeción respecto de este criterio de adjudicación.

En cuanto a la aportación de la relación de personal certificado propio/ajeno a la solución técnica propuesta, en principio no presentaría problema, excepto en el caso en que la solución técnica propuesta, de alguna manera, pudiera limitar el acceso de personal de operadores diferentes, por ejemplo, porque existiesen cláusulas de exclusividad en los contratos suscritos entre el operador dominante de telecomunicaciones y el fabricante de los equipos, o pactos con un efecto similar, por las que sólo el personal del operador dominante está habilitado para manipular los equipos. Este dato se desconoce en el momento de elaboración del presente informe.

También, tras una lectura atenta del Pliego se deduce que podría resultar cuestionable la licitud del primer criterio de adjudicación del pliego cual es la adecuación de las ofertas al modelo de solución propuesto por el pliego. Ello es así porque mal pueden adecuarse las ofertas al modelo propuesto si este modelo no se explica con la debida claridad. La conformidad de este criterio con las normas que rigen la contratación pública y el libre mercado depende en gran medida de que la descripción de la citada solución guarde la necesaria claridad y transparencia, lo cual como se verá más adelante, debe ponerse en duda. Es en este contexto en que deben ser evaluadas, además, las alegaciones de discriminación de Telecable.

En lo que a esta consulta interesa, la estructura del Pliego guarda el siguiente orden: la descripción del objeto del contrato en relación con el lote 1, "*servicio de telefonía fija y datos mediante el establecimiento de una red corporativa multiservicio y multimedia*" se realiza en el apartado 1 del Pliego. En el apartado 4 se amplía esta descripción del objeto mediante el detalle de la situación actual de los servicios de voz y datos en la Universidad de Oviedo y, al efecto, se mencionan los equipos propiedad de la Universidad de Oviedo, con indicación de su fabricante y modelo concreto, de su ubicación y de su funcionalidad. En el apartado 5 se describe la solución técnica que se pretende contratar mediante el concurso de referencia para este Lote 1. Por último, en el



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

apartado "6 Generalidades" se describen los requisitos generales que el adjudicatario está obligado a cumplir, distinguiendo entre datos y telefonía fija.

Pues bien, tras el estudio de las condiciones del Pliego, las conclusiones a que ha llegado esta Comisión son distintas para el caso de los servicios de datos que para los de voz, como veremos a continuación.

### Consideraciones respecto de los servicios de Datos

Por lo que se refiere a los datos, esta Comisión no percibe que se produzca falta de transparencia en el contenido de los Pliegos ni que se produzca discriminación como consecuencia del mismo.

Así, en el punto 6 del Pliego se describe con claridad las obligaciones que asume el adjudicatario respecto de los equipos y los servicios prestados. Concretamente, en el punto 6.1.1 del Pliego se dice que el adjudicatario deberá *"garantizar que el anillo de fibra óptica monomodo redundante de 2,5 Gbps de velocidad con tecnología SDH que soporta la red corporativa deberá incorporar todos los equipos SONET/SDH ADM y los equipos de la red interna de la Universidad de Oviedo existentes en la actualidad que son los siguientes: (equipos SONET/SDH ADM: Alcatel 1651 SM/1661 SM/C; equipos de red interna de la Universidad Cisco Catalyst 5000, Cisco Catalyst 5505 y Cisco LightStream 1010). El adjudicatario deberá además responsabilizarse del servicio y realizar la gestión, operación y mantenimiento de la fibra óptica y de los equipos tanto nuevos como ya existentes."*

Por otra parte, ninguno de estos equipos, que son propiedad de la Universidad de Oviedo, presenta problemas en cuanto a su utilización por todo tipo de operadores, al menos aparentemente, puesto que son de libre comercialización, de lo que se deduce que no existe en principio un trato discriminatorio.

La misma Universidad de Oviedo al serle requerida información sobre estos equipos sostiene que los equipos SONET/SDH ADM: Alcatel 1651 SM/1661 SM C, son propiedad de la Universidad de Oviedo si bien su gestión, operación y mantenimiento corresponden al operador de la Red Corporativa de la Universidad. Estos equipos fueron suministrados por el operador que instaló el anillo SDH corporativo y que, hasta este concurso, realizaba las anteriores funciones. Por su parte, los equipos de red interna de la Universidad: Cisco Catalyst 5000, Cisco Catalyst 5505 y Cisco LightStream 1010, son propiedad de la Universidad de Oviedo y su gestión, operación y mantenimiento lo realiza personal de la propia Universidad no siendo objeto de este concurso. Estos equipos provienen de diferentes concursos y de varios proveedores.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, en relación con los servicios de datos, no es posible deducir a la vista de la información de que se dispone, la existencia de una falta de transparencia en el Pliego ni de una discriminación contraria a la libre competencia puesto que todos los operadores podían disponer de la información necesaria para presentarse al concurso y podían igualmente realizar la gestión, operación y mantenimiento de los equipos.

Ahora bien, la conclusión sería distinta en lo que se refiere a servicios de voz.

### Consideraciones respecto a los servicios de voz: Red Ibercom

#### *Falta de transparencia en cuanto a la definición del objeto del contrato*

En la descripción realizada en el apartado 4 del Pliego (esto es, la situación actual), se describe un entorno de red Ibercom para las comunicaciones de voz que está constituido por "*dos redes Ibercom una para Oviedo y otra para Gijón. En ambas se integran los edificios de la Universidad de Oviedo mediante un módulo LIM. Las centralitas pertenecientes a este entorno Ibercom en ambas ciudades son Ericsson modelo MD-110 y todas son propiedad de la Universidad de Oviedo.*"

En el punto 4.1.1.1.5 se describen los servicios de red prestados, el campo de numeración actual y se dice que la red acceso de Oviedo cuenta con el software y el hardware adecuado para

- "*acceder a ella mediante una aplicación de gestión que permite conocer su configuración actual y modificarla*
- *suministrar registros de llamada con la información necesaria para poder ser tratada con aplicaciones de tarificación*
- *Integrar el servicio de mensajería vocal*
- *proporcionar la facilidad de música en espera*
- *programa de gestión de la red de acceso (ibercom manager)*
- *Programa de tarificación (Gastel)*
- *Programa de gestión de mensajería vocal (Manager Vox) "*

Hasta aquí la descripción de la situación actual, la cual en principio parece suficientemente transparente.

Ahora bien, cuando en el punto 5 del Pliego se detalla la solución técnica que se pretende alcanzar mediante la contratación objeto del concurso, únicamente se hace referencia al anillo de fibra óptica SDH con el cual se pretenden conectar los distintos campus mediante instalación de equipos Sonet/SDH ADM y no se menciona apenas el destino o uso futuro del actual entorno Ibercom, ni las obligaciones que asume el adjudicatario en relación con este servicio.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las únicas referencias en el apartado 5 al actual entorno Ibercom se limitan a las siguientes:

- Apartado 5.1.1.: donde se dice que se instalará el equipo Sonet/SDH ADM (para datos) en las mismas dependencias donde ahora se encuentra el módulo central GS de la red de acceso Ibercom (Viesques, Gijón).
- Apartado 5.2 : donde bajo el epígrafe *"constitución de una red privada de voz"* en el gráfico *"situación prevista"* se contemplan las conexiones LIM (terminología del entorno Ibercom).
- Apartado 5.2.1: se dice que la integración de los servicios de comunicaciones de voz en la red corporativa debe contemplar entre otros aspectos *"1. Tanto la red de acceso de Oviedo como la de Gijón se integrarán en la red corporativa mencionada en el punto 3.1 excepto el módulo LIM 3 de Gijón que se mantendrá con el enlace de 2Mb/s hasta su traslado al campus de Viesques previsto en 2003-4."*
- En el punto 5.2.2 se dice que *"simultáneamente a las actuaciones del 5.2.1, se procederá a la actualización a la última versión del software de todas las centralitas que formen la red privada de voz y la migración de enlaces digitales de 30 canales a enlaces primarios RDSI. El cambio de modalidad de acceso digital de 30 canales a Primario RDSI no afectará en ningún caso a la numeración actual."*

Por su parte en el apartado 6.2 "Generalidades", que especifica los requisitos que el adjudicatario está obligado a cumplir, lo único que se dice respecto de telefonía fija es que el adjudicatario deberá programar la salida por la conexión mediante trama de 2Mb/s de Gijón como salida alternativa para las llamadas a móviles desde Oviedo cuanto la trama de 2Mb/s Oviedo esté saturado o sufra una avería, propia o de la operadora y viceversa en caso de las llamadas generadas en Gijón.

En conclusión, en relación con los servicios de voz, no se concreta si el adjudicatario debe responsabilizarse del servicio, ni de realizar la gestión, operación y mantenimiento de los equipos existentes. En definitiva, se guarda total silencio respecto del futuro servicio y mantenimiento de las actuales redes Ibercom, excepto en lo relativo a la necesidad de proceder a la actualización a la última versión del software de todas las centralitas que formen la red privada de voz y la migración de enlaces a enlaces primarios RDSI.

A este respecto, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones entiende que en este punto el pliego carece de la debida transparencia que exige la legislación de contratos de las administraciones públicas.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### *Discriminación*

Junto con esta falta de transparencia general respecto del objeto del contrato en relación con la prestación de los servicios de telefonía fija y datos, que no beneficia más que al operador que hasta el momento venía prestando estos servicios, el pliego incurre en una falta de transparencia susceptible no sólo de dificultar sino también de excluir la participación de licitadores distintos de TESAU en el concurso, como se explicará a continuación.

Un Pliego es susceptible de discriminar de forma contraria a la libre competencia si los operadores de telecomunicaciones interesados en la licitación no tienen a su alcance los medios, incluida la información necesaria, para poder competir en la prestación de estos servicios, bien utilizando los equipos de la propia universidad bien aportando sus propios equipos. Esta situación puede presentarse concretamente, cuando, como es el caso, se introducen referencias específicas a determinadas tecnologías en un Pliego, a menos que esté justificado por el objeto del contrato.

Por ello la primera aproximación al problema de la posible discriminación entre licitadores como consecuencia de la introducción específica de determinadas tecnologías en un Pliego, consiste en analizar si es posible en el estado actual del mercado, llegar a ofertar un servicio que puede ser considerado equivalente del prestado por TESAU mediante Ibercom tal y como se describe en el Pliego puesto que, en caso contrario, con la inclusión del mismo en el pliego en el que se contratan además otros servicios de telecomunicaciones, se estaría excluyendo a todos los demás licitadores.

Esta lógica deriva de la normativa analizada en el apartado IV.2 de la presente consulta en relación con la descripción de las condiciones técnicas en los Pliegos, donde, como se ha visto, debe prevalecer la neutralidad tecnológica y ser eliminadas referencias específicas a soluciones tecnológicas concretas que limiten o impidan la concurrencia, entendiéndose por tales las especificaciones técnicas que mencionen productos de una fabricación o procedencia determinada, especialmente las marcas, patentes, o tipos, origen o producción determinado a menos que se incluya la especificación "*o equivalente*", salvo que estas especificaciones estén justificadas por el objeto del contrato.

Pues bien, salvando la cuestión de que en el presente Pliego no se ha incluido la preceptiva especificación de "*o equivalente*" (entre otras cosas porque, como ya se ha dicho, el Pliego menciona el entorno Ibercom únicamente para detallar la situación actual, pero no hace apenas referencia a los servicios futuros para cuya contratación se instrumenta el concurso), en principio, en este Pliego concreto de condiciones técnicas de la Universidad de Oviedo sí parece posible, en el estado actual de la técnica, ofrecer un servicio de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestaciones equivalentes a las que se obtienen con el actual entorno Ibercom. Así lo ha admitido la propia Universidad, quien requerida por la Comisión ha facilitado a la CMT la siguiente información: *"El anillo de fibra óptica amplía y complementa la solución técnica actual. La voz se integrará dentro del anillo de transporte. Este transporte es independiente del tipo de centralita que se encuentre instalado. La Universidad de Oviedo dispone en la actualidad de un gran número de centralitas Ericsson MD110 dentro de su red Ibercom. Evidentemente, aunque se admiten soluciones que complementen la actual, no hay inconveniente alguno en sustituir tales equipamientos, concretamente, en una reunión mantenida con responsables de la empresa Telecable, ya a preguntas de éstos acerca de la posibilidad de sustituir este equipamiento, se les manifestó que por parte de la Universidad no habría ningún inconveniente siempre que los nuevos equipos cubriesen las necesidades de la Universidad y no superasen el presupuesto máximo de licitación del concurso. (el presupuesto máximo por los servicios de voz y datos "*

De lo anterior puede deducirse que el presente pliego no generaría, en principio, una discriminación entre licitadores siempre que otros operadores distintos de TESAU puedan prestar estos mismos servicios porque estén disponibles en el mercado los equipos y el software necesarios para prestar los servicios sustitutivos a los obtenidos mediante el sistema Ibercom.

En relación con el presupuesto máximo de licitación del concurso hay que destacar que el apartado 3.1.1 del Pliego referente al presupuesto del servicio de telefonía fija dispone que *"el importe anual del servicio de telefonía fija se establece en € 650.000 (108.150.900.-pesetas), correspondiendo la cantidad de € 290.000 (48.251.940 pesetas) a cuotas de conexión, alquiler y mantenimiento de líneas y equipos, mantenimiento de centralitas y las adquisiciones de los equipos y software necesarios para actualizar y mejorar la infraestructura de comunicaciones de voz de acuerdo con lo prescrito en el pliego (.....) Todos los equipamientos que se realicen pasarán a ser propiedad de la Universidad de Oviedo."* Estos € 290.000 anuales por un periodo de dos años (duración del contrato), son el precio máximo que puede cobrar el operador, lo que habrá de tener en cuenta si el operador de telecomunicaciones se ve obligado a renovar las centralitas, (según cálculos aproximados este gasto podría acercarse a los € 468.789\_ 78.000.000.- pesetas). Esto supone que un contrato cuyo precio total es de € 1.300.000 pesetas, se ve reducido para un operador alternativo a TESAU a € 830.305. Esto es, el coste de renovación de las centralitas podría constituir previsiblemente en este contrato un 36,2 % del precio, lo que dependiendo del resto de los costes en que debe incurrir, puede suponer una barrera de entrada a un mercado si esta misma situación se reproduce en el resto de las administraciones públicas con la que intenta contratar. Esta barrera no la tiene TESAU puesto que ella sí puede utilizar los equipos propiedad de la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Universidad de Oviedo sin coste adicional para ella dado que en su día ya se los vendió a Universidad.

Esto plantea una segunda problemática relacionada con el entorno Ibercom en el presente concurso, ya que siendo los equipos propiedad de la Universidad de Oviedo, constituiría una discriminación en favor de TESAU impedir, de cualquier forma, el uso por parte de otros licitadores de los equipos propiedad de la Universidad a través de los cuales se está prestando este servicio, puesto que esto les colocaría en evidente desigualdad de condiciones.

**Pero es más, de la lectura del 5.2.2 del Pliego resulta que se obliga al adjudicatario expresamente a una actualización a la última versión del software de todas las centralitas que formen la red privada de voz, mientras que el mismo Pliego no ofrece dato alguno sobre las versiones actualmente utilizadas.**

No hay pues únicamente una posible barrera económica (cuya existencia habría que determinar), sino que además, para que fuera posible competir, y dado que en este Pliego en concreto se les exige expresamente la actualización de los equipos ya existentes, los licitadores han de tener la posibilidad de conocer las versiones exactas del software y del hardware instalado, pues de lo contrario, con este requisito, se les impide la participación en la licitación. Además, debe estar comercialmente disponible para ellos la última versión que ha de instalarse, lo cual no es posible si los desarrollos de software se realizan con carácter exclusivo por el fabricante para un operador de telecomunicaciones.

Por ello, en lo que a esta consulta se refiere, debemos concluir que tal y como está redactado el pliego, a menos que les fueran proporcionadas las versiones exactas del hardware y software instalado en las centralitas propiedad de la Universidad de Oviedo, y las versiones actualizadas cuya instalación pretende la Universidad, no es posible para los operadores interesados en la licitación participar en el concurso.

En conclusión, dado que los equipos actuales son propiedad de la Universidad de Oviedo, debería ser posible para los licitadores distintos de TESAU realizar el mantenimiento y actualización de las versiones del software instaladas de los equipos, para lo cual es preciso que la Universidad de Oviedo les suministre tal información. Sólo en éstas circunstancias, teniendo acceso a la versión del software instalado y estando comercialmente disponibles versiones de software que permitan ofrecer un servicio equivalente al servicio Ibercom, no cabría hablar de discriminación.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### VI. CONCLUSIONES.

**Primera.-** La prestación de un servicio de telefonía fija y datos mediante el establecimiento de una red corporativa multiservicio y multimedia objeto de contratación por la Universidad de Oviedo está sometida a las normas generales de contratación pública y, muy particularmente, a aquellas destinadas a salvaguardar concretamente los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad y no discriminación.

**Segunda.-** La legislación de contratos de las administraciones públicas entre otros objetivos persigue una finalidad concurrencial. En este sentido una contratación que no respete los principios de transparencia, publicidad y no discriminación en los términos consagrados en la legislación de contratos es también contraria a la libre competencia.

**Tercera.-** El Pliego objeto de consulta carece de la debida transparencia en cuanto a las obligaciones que deben asumir los operadores en relación con los servicios de telefonía fija.

**Cuarto.-** Para que el Pliego del Concurso, en los términos en los que está redactado, no resulte discriminatorio en beneficio de TESAU, es preciso que a todos los licitadores les sean proporcionadas las versiones exactas del software y hardware instalado en los equipos propiedad de la Universidad de Oviedo y que estén comercialmente disponibles las versiones para su actualización, de forma que sea posible para los operadores cumplir con los requisitos del Pliego.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José María Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes