

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 12 de septiembre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de MAS IP TI S.L. contra los pliegos que rigen el contrato de “Servicio de Telecomunicaciones” del Ayuntamiento de Colmenar Viejo, número de expediente 5978/2024. este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el 12 de julio de 2024 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende 1.107.453,34 euros y su plazo de duración será de cuatro años.

El órgano de contratación informa que el procedimiento se encuentra suspendido y que no se han presentado ofertas.

Segundo. - El 24 de julio de 2024 se presentó ante el órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de MAS IP TI en el que solicita que se supriman las cláusulas de los pliegos que exigen a los licitadores ser operadores de telecomunicación con red propia. Además, solicita que se suspenda el procedimiento de licitación hasta que se resuelva el presente recurso.

El 31 de julio de 2024 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el recurso, junto con el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), solicitando la desestimación del mismo.

Tercero. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 8 de agosto de 2024, desde el plazo final de presentación de ofertas y hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

Cuarto. - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador al que le impide participar en la licitación las cláusulas impugnadas, y en consecuencia “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos fueron publicados el 15 de julio de 2024, e interpuesto el recurso el 24 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto. - La cláusula duodécima del pliego de cláusulas administrativas relativa a la forma en que deben presentarse las proposiciones dispone:

En el archivo electrónico “UNO” documentación administrativa:

(..)

“Además, en el presente archivo electrónico se deberá acreditar por los licitadores:

- Ser operador de telecomunicaciones con red propia y licencia de operador propia, y estar inscrita en el Registro de Operadores de Comunicaciones Electrónicas de la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia.*
- Estar certificadas en el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) con nivel alto.”*

Estos requisitos se exigen como habilitación especial.

Alega la recurrente infracción del principio de neutralidad tecnológica, de acuerdo con el artículo 1 de la LCSP según el cual los pliegos de contratación no deben favorecer injustificadamente a determinados operadores o tecnologías. La exigencia de ser operador con red propia excluye injustificadamente a aquellos operadores que, no disponiendo de red propia, pueden prestar los servicios requeridos a través de acuerdos con otros operadores cumpliendo así con todas las especificaciones técnicas del contrato.

Esta exigencia de contar con red propia limita la concurrencia de operadores, reduciendo la competencia y potencialmente encareciendo el servicio final para la Administración. Sostiene que muchos operadores de telecomunicaciones, aun disponiendo de red propia, prestan sus servicios a través de las redes de otros operadores cuando no tienen huella en determinadas localizaciones, sin que esto afecte a la calidad del servicio.

El pliego técnico no justifica de manera razonada la necesidad de que el operador disponga de red propia para prestar el servicio de voz y datos. La calidad, continuidad y seguridad de los servicios pueden ser garantizadas mediante acuerdos de acceso y uso de redes de otros operadores, tal como es práctica común en el sector de las telecomunicaciones.

Continúa haciendo referencia a la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que establece que las exigencias técnicas no pueden limitar injustificadamente la competencia, y deben ser proporcionadas u adecuadas a las necesidades del servicio.

Dice que además la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), ya se pronunció en la resolución del expediente CNS/DTSA/808/19/ASTEL

PLIEGOS LICITACIONES sobre las cláusulas de este tipo que impiden el acceso a la licitación pública a aquellos OMVPS que pretendieran ofertar sus servicios móviles, cómo se indica en la página 25 de la citada resolución

...A la vista de lo expuesto a lo largo de este acuerdo, procede tener en cuenta que cada vez es más recurrente que esta Comisión tenga conocimiento por distintas vías⁴⁵ de condiciones fijadas en los pliegos de prescripciones técnicas de los servicios de comunicaciones electrónicas, publicados en las licitaciones de contratos por las Administraciones, entidades y empresas públicas (estatales, autonómica y locales), que podrían limitar, no ya la adjudicación de los servicios, sino la posibilidad de que un operador alternativo pueda presentarse a los concursos públicos, y generar efectos restrictivos sobre la promoción de la competencia efectiva y la concurrencia en la contratación pública.

Se trataría de condiciones como las siguientes:

- la integración de los servicios licitados en un lote único e incluyendo los servicios móviles, lo que impide que los operadores que solo prestan servicios fijos puedan presentarse;*
- la constitución de un lote de varios servicios fijos que solo es asumible por los grandes operadores;*
- el establecimiento de plazos muy cortos de migración de los servicios y no realistas para la entrada de un operador distinto al prestador ya existente;*
- requerir sin justificación técnica o funcional alguna (i) condiciones técnicas injustificadas, como tener red propia en todas las ubicaciones o excluir a los OMV prestadores de servicios, o (ii) soluciones tecnológicas concretas (fibra óptica o 4 y 5G), en contra del principio de neutralidad tecnológica...*

Con base en estas alegaciones, solicita la recurrente que se declaren nulas las cláusulas de los pliegos que exigen a los licitadores ser operadores con red propia.

Al respecto el órgano de contratación informa que se solicita el cumplimiento de ENS Alto “Estar certificadas en el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) con nivel alto”. Este requerimiento es necesario para que el Ayuntamiento de Colmenar Viejo esté certificado en ENS.

En cuanto al “Ser operador de telecomunicaciones y estar inscrito en el Registro de operadores” un operador que se considere tal, debe estar inscrito en el Registro de Operadores y que esta actividad se encuentre dentro del objeto social de los licitadores. En absoluto se está vulnerando el Derecho a la libre competencia ya que, lo que se trata de acreditar es que se tiene el título habilitante, por lo que se ajustaría a derecho.

Sobre el requisito de “Ser operador de telecomunicaciones con red propia” se justifica por la necesidad de garantizar la calidad, fiabilidad y seguridad del servicio ofrecido.

Disponer de red propia permitirá al Ayuntamiento de Colmenar Viejo disponer de un servicio de calidad según los parámetros de calidad de servicio requeridos por el pliego, y surgen dudas de si un proveedor que no tenga red propia y la alquile a un tercero pueda cumplir con estos requisitos por la dependencia de un tercero o la no adaptabilidad entre los SLAs de ese tercero y los requisitos del Ayuntamiento de Colmenar Viejo.

Para posibles evoluciones del servicio y la incorporación de nuevas delegaciones que puedan surgir durante el contrato (por ejemplo, nuevas sedes en zonas que actualmente no tienen despliegue de fibra), se pretende que el proveedor adjudicatario no dependa de despliegues de terceros para la prestación del servicio y pueda realizar un despliegue “ad hoc” para el Ayuntamiento de Colmenar Viejo y dotar la sede de cobertura necesaria.

Sobre el concepto de neutralidad tecnológica se debe analizar a la luz de la doctrina constitucional que se encuentra en la STC 8/2016, de 21 de enero. Para el Tribunal Constitucional, el de neutralidad tecnológica o de regulación tecnológica neutra constituye un principio rector en el ámbito de las telecomunicaciones que supone que la legislación en el sector de las telecomunicaciones debe centrarse en los objetivos que se fijen, sin imponer tecnologías concretas y, como contrapartida, sin discriminar el uso de cualquier tipo de tecnología que sea susceptible y adecuada para conseguir los objetivos fijados.

Se trata de un principio que, sin embargo, puede verse sometido a excepciones basadas, precisamente, en el interés público de los objetivos que se deben conseguir siempre que tales medidas sean proporcionadas, no discriminatorias y necesarias para evitar interferencias perjudiciales, asegurar la calidad técnica del servicio, garantizar un uso eficiente del espectro radioeléctrico o garantizar el logro de un interés general.

La justificación fundamental a la excepción de la aplicación del principio de neutralidad tecnológica radica en garantizar una adecuada calidad técnica del servicio de telecomunicaciones de una Administración Pública, como es el Ayuntamiento de Colmenar Viejo.

En un entorno digital como el actual, donde las diferentes normativas e iniciativas legislativas van encaminadas a la adaptación y transformación digital de la Administración, el servicio de telecomunicaciones es crítico y esencial. La adaptación al nuevo entorno digital por parte de la Administración (en este caso el Ayuntamiento de Colmenar Viejo) no puede ocurrir sin un servicio de telecomunicaciones fiable, ágil y de calidad, siendo el objetivo último contribuir a una correcta prestación de los servicios por parte del Ayuntamiento.

La tenencia de red propia garantiza la correcta prestación del servicio en la medida en que el Ayuntamiento no depende de terceros para solucionar la aparición de incidencias técnicas o ataques contra la ciberseguridad.

Las incidencias técnicas no es cuestión baladí, sino algo al orden del día, que afecta continuamente a las entidades financieras, a las Administraciones Públicas y a los propios ciudadanos. Basta advertir que el propio RD 203/2021, en su artículo 44.4, regula las medidas a tomar por la Administración en caso de incidencia técnica.

Por último, apela a la discrecionalidad técnica que tiene el órgano de contratación para fijar las necesidades del servicio y que se tengan en cuenta estos informes para desarrollar la justificación de la exigencia objeto de controversia.

Vistas las posiciones, la demanda de la recurrente se circunscribe a solicitar que se anule la exigencia de contar el licitador con red propia, al considerarlo discriminatorio.

Sobre esta cuestión es ilustrativo el Acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 24 de septiembre de 2020, citado por la recurrente, sobre una consulta planteada por la Asociación de Empresas Operadoras y Servicios de Telecomunicación (ASTEL) en relación con determinadas cláusulas que se incluyen en los pliegos de contratación refiriéndose expresamente a *“la exigencia de que se disponga de red propia para prestar el servicio”* señala que *“A este respecto, esta Comisión ya se ha pronunciado con anterioridad sobre las condiciones de red propia exigidas en ocasiones para permitir la concurrencia de los operadores a la licitación de contratos de servicios de comunicaciones electrónicas, habiendo mostrado su disconformidad sobre el establecimiento de este tipo de limitaciones.*

En concreto, remitiéndonos a lo indicado en la citada Resolución de la SSR de 7 de marzo de 2019, la CNMC considera que el establecimiento de este tipo de condiciones restringe de forma injustificada el acceso a la licitación a los operadores que son

titulares de sus redes de comunicaciones electrónicas, en detrimento de los operadores alternativos que alquilan la red a terceros para la prestación de sus servicios minoristas. En la práctica, este tipo de condiciones podrían conllevar a la directa exclusión de algunas ofertas técnicas.”

El órgano de contratación expone en resumen que le ofrece mayores garantía y seguridad que el adjudicatario del contrato tenga red propia, las reticencias que alega no tienen ningún fundamento de peso contrastado y siempre en el pliego se pueden incluir tiempo de resolución de incidencias.

A juicio de este Tribunal exigir que el licitador tenga red propia limita la concurrencia y la competitividad respecto de aquellos que no la tienen, conculcando los principios que inspiran la contratación pública por lo que procede anular las cláusulas de los pliegos que exigen a los licitadores ser operadores con red propia y en consecuencia se anulan los pliegos.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero. - Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de MAS IP TI S.L. contra los pliegos que rigen el contrato de “Servicio de Telecomunicaciones” del Ayuntamiento de Colmenar Viejo, número de expediente 5978/2024, y en consecuencia se anulan los pliegos.

Segundo.- 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 multa prevista en

el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Levantar la suspensión del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal el 8 de agosto de 2024.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.