

Rosa Ana Prada Queipo, secretaria do Concello de Ames (A Coruña)

Certifico: Que a Xunta de Goberno Local, na súa sesión ordinaria celebrada o día 19 de febreiro de 2015, adoptou, entre outros, o acordo que copiado é do teor literal seguinte:

“PUNTO DÉCIMO TERCEIRO.- DESISTIMENTO DO EXPEDIENTE DE LICITACIÓN DO SERVIZO DE TELECOMUNICACIÓNS DE VOZ (FIXA E MOBIL), ACCESO A INTERNET DE BANDA ANCHA E TRANSMISIÓN DE DATOS PARA O CONCELLO DE AMES APROBADO EN XUNTA DE GOBERNO LOCAL DE 5 DE FEBREIRO DE 2015.-

En Xunta de Goberno Local de 5 de febreiro de 2015 prestouse aprobación ao expediente de contratación mediante procedemento aberto, oferta económica mais vantaxosa, varios criterios de adjudicación e tramitación ordinaria suxeito a regulación harmonizada do servizo de telecomunicacións de voz (fixa e móbil), acceso a internet de banda ancha e transmisión de datos para o Concello de Ames, convocando a súa licitación. No mesmo acordo autorízase o gasto e préstase aprobación aos pregos de cláusulas administrativas particulares e de prescricións técnicas que han de rexer a licitación.

Con posterioridade á aprobación do expediente, o departamento de Contratación do Concello de Ames ten coñecemento de diferentes resolucións que afectan directamente ao expediente de contratación.

Con data 18 de febreiro de 2015 emítese informe de Secretaría Xeral, que é do teor seguinte:

“Informe de Secretaría.

Asunto: Desistimento do expediente de licitación do servizo de telecomunicacións de voz (fixa e móbil), acceso a Internet de banda ancha e transmisión de datos para o Concello de Ames, aprobado en Xunta de Goberno Local de 5 de febreiro de 2015.

Antecedentes

*A Xunta de Goberno Local en sesión do día 5 de febreiro de 2015, acordou aprobar o expediente de licitación do concurso con procedemento aberto para adjudicación do **servizo de telecomunicacións de voz (fixa e móbil), acceso a Internet de banda ancha e transmisión de datos para o Concello de Ames.***

O referido expediente de licitación, dadas as súas características está suxeito a regulación harmonizada e polo tanto, de acordo co establecido no artigo 40 do TRLCSP, é susceptible da presentación do recurso especial en materia de contratación. Este tipo de recurso pode interpoñerse non só contra os acordos de adjudicación, senón tamén contra os anuncios de licitación, os pregos e os documentos contractuais que establezan as condicións que deben rexer a contratación.

O concurso con procedemento aberto iniciou a súa licitación coa publicación no perfil do contratante o día 5 de febreiro de 2015 do correspondente anuncio de información pública da licitación así como a publicación dos pregos de cláusulas administrativas particulares e prescricións técnicas. Posteriormente no DOUE do día 10 de febreiro 2015 insertouse tamén o correspondente anuncio de convocatoria da licitación, rematando o prazo de presentación de proposicións o día 30 de marzo de 2015.

Unha vez convocado o procedemento de licitación, presentase neste Concello persoal dos servizos xurídicos da empresa R. Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A., que manteñen unha entrevista con persoal do departamento de contratación e informática deste Concello e na cal manifestan basicamente o seu desacordo con unha cuestión relativa ao devandito concurso e que en síntese é a seguinte: A licitación dos servizos de voz (fixa e móbil), acceso a Internet de banda ancha e transmisión de datos como un único contrato. Manifestan que existen Resolucións moi recentes do Tribunal Administrativo Central de recursos contractuais, en casos practicamente

C.I.F.: P – 1500200 – I

Documento 1 de 1 Firmado por: PRADA QUEIPEO, ROSA ANA (FIRMA). Emisor del certificado: AC DNIE 003. Número de serie del certificado firmante: 1.169.834.487. Fecha de emisión de la firma: 23/02/15 14:37
Código de integridad (alg. SHA-256): 10b24aeecbf891d637e9e8499d671d0722e933849f75aa0c74b2ea5cb9334d7
Página 1 de un total de 7 página(s). Versión imprimible con información de firma.

idénticos, nos que se conclúe a necesidade de licitar por lotes. Concretamente aportan dúas resolucións do Tribunal Administrativo Central de recursos contractuais (Recurso nº 893/2014 C.A. Galicia 111/2014 Resolución nº 927/2014 e Recurso número 020/2013 C.A. Murcia 001/2013 Resolución nº 052/2013).

Lexislación aplicable:

Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público (TRLCSP).

Directiva 2002/21/CE.

Lei 9/2014 de 9 de maio, xeral de telecomunicacións.

Resolución RO 2009/1469 da Comisión do Mercado das Telecomunicacións.

Resolucións 927/2014 e 52/2013, do Tribunal Administrativo Central de recursos contractuais.

Fundamentos de Dereito

Primeiro.- O artigo 155 do TRLCSP, regula o desistimento dun expediente de licitación no seu punto 4. O desistimento do procedemento deberá estar fundado nunha infracción non subsanable das normas de preparación do contrato ou das reguladoras do procedemento de adjudicación, debendo xustificarse no expediente a concorrencia da causa. O desistimento non impedirá a iniciación inmediata dun novo procedemento de licitación.

No presente expediente de licitación, os pregos contemplan como obxecto do contrato os servizos de voz (fixa e móbil), acceso a Internet de banda ancha e transmisión de datos, de forma conxunta, sen a súa división en lotes.

Esta non división, tal e como está recollida nos pregos, podería facer prosperar un recurso especial en materia de contratación contra os pregos, por supoñer unha vulneración dos principios de libre competencia, tal e como resulta de Resolucións recentes do Tribunal Administrativo Central de recursos contractuais.

Segundo.- A Resolución 927/2014, do recurso nº 893/2014 do Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales, ten por obxecto un recurso interposto por R. CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A., contra os Pregos de Cláusulas Administrativas Particulares e de Prescricións Técnicas do contrato de "Servizos de telefonía fixa, móbil e datos da rede interadministrativa provincial da Deputación Provincial de Lugo (EXP. 0025SE14-ABO bis), que contén, entre outros, os seguintes razoamentos:

(.....)

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.

A juicio de la entidad recurrente, el hecho de que se unifique en un solo concurso todos los servicios sin separación de lotes y que se obligue a licitar todos ellos vulnera lo establecido en el artículo 1 del TRLCSP que establece el principio de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y la obligación de la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Según señala, la unificación en una sola licitación 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.

Sostiene la recurrente que la unificación en un lote único de todos los servicios de telecomunicaciones favorece al actual prestador de los servicios objeto de concurso, por lo tanto, se está vulnerando el principio de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos establecido en el artículo 1 del TRLCSP.

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 aquellas 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, esos servicios 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 contrato 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. Según señala, "Esta licitación unificará por primera vez los contratos anteriormente mencionados en un solo, mejorando de este modo las condiciones de prestación del servicio y consiguiendo una gestión más eficiente para obtener un desarrollo óptimo de las actuaciones objeto del presente contrato."

Por su parte, el informe del órgano de contratación al recurso, al que se ha hecho referencia anteriormente, señala que la unificación de los servicios se debe a la aplicación del principio de economía y eficiencia en la gestión de los recursos públicos, y a la potestad de auto-organización de la Administración. A su juicio, nada impide a los licitadores concurrir con otros operadores a través de las uniones temporales de empresas o subcontratar prestaciones del contrato. Finalmente indica que los servicios licitados gozan de homogeneidad y entre ellos existe unidad funcional u operativa. Como señalamos en la Resolución 52/2013, "La motivación requerida debe interrelacionar las distintas prestaciones recogidas en el objeto del contrato de modo conclusivo, es decir, analizando la relación entre ellas y por qué razón o razones entiende la administración contratante que su licitación debe ser unificada."

Ahora bien, en el presente supuesto la motivación es genérica y no justifica de forma real y concreta la solución adoptada. Ello determina la estimación del recurso en este punto, debiendo la Administración contratante justificar adecuadamente en nuevos pliegos en la forma indicada su decisión de no fraccionar en lotes si considera que así debe permanecer el objeto del contrato.

Terceiro.- Ademais dos pronunciamentos sinalados, do Tribunal Administrativo Central de recursos contractuais, deber terse en conta tamén a Resolución RO 2009/1469, da Comisión do Mercado de Telecomunicacións, pola que se da contestación á consulta formulada pola entidade France

Telecom España, S.A. sobre supostas irregularidades nos concursos públicos convocados por Administraciones para a prestación de servizos de comunicacións electrónicas, na que se di:

(.....) en el momento actual la contratación de servicios de comunicaciones electrónicas por parte de las administraciones públicas está experimentando un fuerte impulso. Esta circunstancia pone de relieve la trascendencia que tiene asegurar que, en este ámbito de la contratación administrativa, se garantice la libre concurrencia entre los operadores económicos, promoviendo la máxima competencia posible, así como al igualdad de los que reúnen los requisitos necesarios para acceder a aquella.

En este sentido, los pliegos de clausulas administrativas deben asegurar a los operadores económicos el libre acceso a la prestación del servicio, por lo que la administración, al elaborar los mismos, debe evitar imponer condiciones restrictivas que dificulten o imposibiliten este acceso.

En este contexto, la comisión del mercado de las telecomunicaciones ha aprobado ya, mediante Resolución de fecha 13 de febrero de 2003, un informe al Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre la contratación administrativa de servicios de Telecomunicaciones en el cual se destacaba la importancia de las administraciones publicas como clientes de comunicaciones electrónicas y se ponía de relieve el hecho de que las finalidades propias de la normativa de contratación convergían con la de regulación de las telecomunicaciones (en lo que interesa a la salvaguarda de la igualdad en el trato dado por la administración a los operadores).

El informe incluía una serie de recomendaciones generales para que los procedimientos de contratación no perjudicaran la competencia en el mercado, señalándose entre otros aspectos, la obligación de las administraciones convocantes de los procedimientos contractuales de actuar de forma transparente, respetando ciertas garantías formales que permitieran la realización de los principios de igualdad y no discriminación entre operadores, presupuestos necesarios para la apertura del mercado a la competencia.

En este sentido esta comisión ya ha señalado que, para garantizar el fomento y la salvaguarda de la libre competencia entre operadores resulta de suma importancia el respecto- real y efectivo-, por parte de las administraciones, de los principios que rigen la contratación administrativa, entre los que se encuentran los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, así como la salvaguarda de la libre competencia.

Cuarto.- Da lectura das Resolucions referidas nos fundamentos anteriores, resulta que en materia de tecnoloxías da información e comunicación (TIC), as prestacións deben separarse en lotes, sempre que sexa posible, e non exista razón xustificada para o seu tratamento unitario.

A xustificación ultima da regra xeral da división en lotes, está no principio de neutralidade tecnolóxica recollido na Directiva 2002/21/CE. O principio de neutralidade tecnolóxica foi trasposto na lexislación nacional pola Lei 9/2014 de 9 de maio, xeral de telecomunicacións.

A aplicación concreta deste principio, no marco da contratación administrativa, se traduce en que os pregos de cláusulas administrativas aseguren aos operadores económicos o libre acceso a prestación do servizo, de tal modo que a administración a elaborar os mesmos, debe evitar impoñer condicións restritivas, como pode ser o uso de determinadas tecnoloxías, que dificulten o libre acceso e imposibiliten a efectividade do principio mencionado.

Nesta liña, as Resolucions do Tribunal Administrativo Central de recursos contractuais, 927/2014 e 52/2013, establecen como regra xeral, que tendo por obxecto o contrato tecnoloxías da información e comunicación, o principio debe ser a división en lotes, salvo que a administración contratante xustifique adecuadamente a súa decisión de non fraccionar en lotes.

Nos pregos de licitación aprobados en Xunta de Goberno Local do Concello de Ames de 5 de febreiro de 2015, o obxecto de licitación non foi fraccionado en lotes, sen que os pregos conteñen unha xustificación adecuada da decisión de non fraccionar, polo que debe procederse a recoller unha división en 3 lotes ou ben unha xustificación adecuada da decisión de non fraccionar.

De conformidade coa lexislación aplicable e cos antecedentes expostos formúlase a seguinte **Proposta de Resolución:**

Primeiro: Ao abeiro do previsto no artigo 155 do TRLCSP, desistir do expediente de licitación mediante procedemento aberto do servizo de telecomunicacións de voz (fixa e móbil), acceso a Internet de banda ancha e transmisión de datos para o Concello de Ames, aprobado en Xunta de Goberno Local de 5 de febreiro de 2015, xa que os pregos da licitación non recollen a división en lotes dos servizos ou a xustificación da imposibilidade de fraccionar en lotes, en concordancia cos fundamentos de dereito expostos.

Segundo: Publicar o correspondente anuncio informativo no perfil do contratante do Concello de Ames e no Diario Oficial da Unión Europea ao haberse publicado no mesmo a convocatoria da licitación.

Terceiro: Iniciar os trámites precisos polos departamentos de contratación e informática, para proceder a unha nova licitación, incluíndo a división en tres lotes dos servizos de voz (fixa e móbil) e acceso a Internet de banda ancha e transmisión de datos, ou a xustificación da imposibilidade de fraccionar en 3 lotes, en concordancia cos fundamentos de dereito expostos.”

Á vista do exposto e do informe de Secretaría obrante no expediente, a Xunta de Goberno Local, por unanimidade dos seus membros presentes, adopta os seguintes acordos:

Primeiro.- Ao abeiro do previsto no artigo 155 do TRLCSP, desistir do expediente de licitación mediante procedemento aberto do servizo de telecomunicacións de voz (fixa e móbil), acceso a Internet de banda ancha e transmisión de datos para o Concello de Ames, aprobado en Xunta de Goberno Local de 5 de febreiro de 2015, polos argumentos contidos no informe de Secretaría transcrito no corpo deste acordo.

Segundo.- Publicar o correspondente anuncio informativo do desistimento no perfil do contratante do Concello de Ames e no Diario Oficial da Unión Europea ao haberse publicado no mesmo a convocatoria da licitación.

Terceiro.- Iniciar os trámites precisos polos departamentos de contratación e informática, para proceder a unha nova licitación do servizo de telecomunicacións de voz (fixa e móbil), acceso a Internet de banda ancha e transmisión de datos para o Concello de Ames, incluíndo a división en tres lotes dos servizos de voz (fixa e móbil) e acceso a Internet de banda ancha e transmisión de datos, ou a xustificación da imposibilidade de fraccionar en 3 lotes, en concordancia co informe de Secretaría transcrito no corpo deste acordo.

Cuarto.- Facultar ao alcalde do Concello de Ames para cantas actuacións de trámite sexan precisas para a mellor execución do acordado.”

E para que conste, aos efectos oportunos, expido a presente co visto e prace do señor alcalde en Ames, a 19 de febreiro de 2015, e coa advertencia de que non foi aprobada aínda a acta da sesión correspondente.

Vº e prace
O alcalde

A secretaria

Santiago V. Amor Barreiro