



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSÉ GIMÉNEZ 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 06/03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el 13 de febrero de 2003, se ha adoptado, en el marco del Expediente AJ 2003/0066, el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba el:

INFORME AL MINISTERIO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA SOBRE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES. RELACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS.

I. OBJETO DEL INFORME

El presente informe tiene por objeto analizar la contratación de servicios de telecomunicaciones en España en un marco de libre competencia.

En la demanda de servicios de telecomunicaciones, las Administraciones Públicas constituyen un tipo de cliente corporativo que absorbe un importante volumen de consumo. Esta circunstancia pone de relieve la trascendencia que tiene asegurar que, en este ámbito de la contratación administrativa de los servicios de telecomunicaciones, se garanticen las condiciones de competencia en el mercado.

Puede destacarse, además, que la contratación de los servicios de telecomunicaciones por parte de la Administración está experimentando un cierto impulso, que se traduce en un importante volumen de gasto presupuestado para el consumo de estos servicios, conforme a distintos programas y líneas de actuación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es necesario asegurar que las actuaciones previstas en este ámbito se llevan a cabo respetando las condiciones de competencia en el mercado.

El mencionado impulso es debido, básicamente, a la concurrencia de dos factores: la oportunidad de aprovechar las ventajas que implica la liberalización del sector y el objetivo de dotar a la Administración de las funcionalidades propias de la *Sociedad de la Información*.

- *Impulso motivado por el objetivo de aprovechar las ventajas de la liberalización:*

El nuevo marco regulador de las telecomunicaciones, que se implanta con la aprobación de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y que implica la prestación de estos servicios en un régimen de competencia, lleva a la Administración pública a fijarse como objetivo –a efectos internos- el beneficiarse, en materia de contratación, de las condiciones más ventajosas en cuanto a precio y calidad que la liberalización del sector implica. Este objetivo motiva una serie de actuaciones de diverso tipo (de tipo normativo, presupuestario, de planificación...) encaminadas a mejorar las condiciones de contratación de estos servicios por parte de la Administración.

Tales actuaciones, específicas para telecomunicaciones, coinciden en el tiempo con el objetivo general de la Administración de optimización de las compras públicas. En este sentido, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 1997 aprobó un programa para la ejecución de una política de compras públicas, que, por una parte, perseguía objetivos específicos de eficiencia (obteniendo el máximo rendimiento de los recursos), y, por otra parte, la optimización de las adquisiciones, obteniendo las mejores condiciones en las contrataciones de bienes y servicios.

En línea con estos objetivos de contratación generales, un Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 1999 (hecho público por Resolución de la Subsecretaría de Economía y Hacienda de 17 de enero de 2000) adopta medidas para mejorar las condiciones de contratación, por parte de la Administración General del Estado, en los nuevos mercados liberalizados, refiriéndose específicamente al suministro de electricidad, a los servicios de telecomunicaciones, a los servicios postales y a los combustibles. El objetivo del Acuerdo era “impulsar la modificación en las pautas de contratación pública en los mercados liberalizados, estimulando la utilización de los procedimientos vigentes que permitan acelerar la adaptación de las compras públicas a las condiciones más ventajosas que se pueden obtener en dichos mercados”. Asimismo, se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

persigue “maximizar” (por medio de diversas actuaciones) “el valor que se obtiene como contrapartida de los recursos públicos utilizados”.

En materia de telecomunicaciones, el mencionado Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 1999 regulaba dos cuestiones: la Creación de un Grupo de Estudio de Adquisición de Servicios de Telecomunicaciones (GEAST), y la elaboración, por cada Departamento ministerial, de un plan director de adquisiciones de servicios de telecomunicaciones para el período 2000-2002.

Basándose en los estudios realizados por el GEAST, se aprobó el Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, que establece –dentro del régimen general de la contratación pública- determinadas especialidades de contratación de servicios de telecomunicaciones (se refiere a la adquisición centralizada, a la separación por lotes, a la no exclusión de soluciones tecnológicas...). Este Real Decreto se refiere también a los planes directores de telecomunicaciones, estableciendo que tales planes proyectarían las necesidades globales de servicios de telecomunicación del Departamento correspondiente y sus Organismos por un período de cinco años.

- *Impulso motivado por el objetivo de dotar a la sociedad, y a la Administración en particular, de los servicios de la Sociedad de la Información:*

El Consejo Europeo, reunido en Lisboa en marzo de 2000, aprobó la iniciativa e-Europe, aprobando en junio de ese mismo año el correspondiente Plan de acción para 2002. Esta iniciativa pretende fomentar los servicios de la Sociedad de la Información y, específicamente, disminuir las desigualdades en cuanto a la utilización de las tecnologías de la información.

Respondiendo a los objetivos de la Iniciativa e-Europe, el Estado español aprobó el Plan Acción “Info XXI”. En concreto, este Plan de Acción fue aprobado el 16 de enero de 2001 por la Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías (que había sido creada por el Real Decreto 1289/1999, de 23 de julio).

El Plan de Acción Info XXI, previsto para el período 2001-2003, contempla diferentes líneas de acción:

- El impulso del sector de las telecomunicaciones y las tecnologías de la información.
- La potenciación de la Administración electrónica.
- El acceso generalizado a los servicios de la Sociedad de la Información.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta iniciativa contempla la colaboración con las Comunidades Autónomas y con la Administración Local para el logro de estos objetivos.

Las líneas de acción expuestas se traducen en dos actuaciones que interesa destacar: 1) la modernización de la Administración en cuanto a la utilización de los servicios de telecomunicaciones, y 2) el fomento de los servicios de la Sociedad de la Información en las empresas, particularmente, las pymes. Precisamente, de los cuatro grupos de trabajo que han sido creados para la realización de los objetivos, existe uno específico sobre la Administración (que persigue mejorar los servicios que las Administraciones públicas prestan a los ciudadanos haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones), y existe otro grupo específico sobre servicios, que –entre otras cuestiones- persigue la incorporación de las pymes a la “nueva economía”.

En este marco, se convoca la concesión de contratos que tienen por objeto la prestación de servicios de telecomunicaciones a las Administraciones Públicas, así como a la concesión de subvenciones.

En concreto, la Administración saca a contratación los servicios que requiere (de acuerdo con lo previsto en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), y convoca al otorgamiento de una subvención –subvenciones en régimen de concurrencia competitiva- (de acuerdo con lo previsto en el Reglamento de procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, aprobado por Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre). Con carácter principal, estas subvenciones tienen por destinatarios a asociaciones que, sin ánimo de lucro, tengan por objeto prestar servicios de apoyo a las *pymes*.

En esta línea, el nuevo Plan de eEurope 2005, adoptado este año por la Comisión Europea, persigue como objetivo –entre otros- la modernización de los servicios públicos *on-line*; concretamente, en el ámbito de la Administración electrónica (*e-government*), de la Educación electrónica (*e-learning services*) y de la Sanidad electrónica (*e-health services*).

La realización de todos estos objetivos públicos (la mejora en las condiciones de contratación y el progreso en el concepto de *Administración electrónica*) habrá de producirse con respeto a las condiciones de competencia en el mercado, que constituyen, asimismo, otra cuestión de interés público.

Con el presente informe se pretenden poner de relieve ciertas cuestiones que en el ámbito de la contratación pública de servicios de telecomunicaciones pueden



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

afectar a ese interés público, y aportar una serie recomendaciones o relación de buenas practicas sobre distintos aspectos de la contratación, que tienen utilidad desde la óptica del fomento de la libre competencia.

Se aportan, en primer término, ciertos datos sobre el volumen de gasto público en materia servicios de telecomunicaciones, que tienen por objeto resaltar la importancia que tiene, en relación con el mercado, la Administración, como cliente de estos servicios. A continuación, se exponen ciertos aspectos de la contratación administrativa que se han planteado a la CMT durante el año 2002, indicando el tratamiento que se dio por la CMT a tales aspectos. Finalmente, se hace una sistematización de los diferentes problemas detectados y se ofrecen una serie de recomendaciones con relación a los mismos, con vistas a conseguir la salvaguarda de las condiciones de competencia en el mercado de los servicios de telecomunicaciones.

El presente informe se emite a los efectos previstos en los artículos 1.Dos.2.j) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y 25.3 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

II. IMPORTANCIA DE LAS ADMINISTRACIONES COMO CLIENTES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.

A continuación, se recogen algunas cifras sobre el gasto público en materia de telecomunicaciones, en función de la Administración de que se trate. Estas cifras revelan la importancia de la Administración como cliente de servicios de telecomunicaciones en el mercado nacional.

• **Administración General del Estado:**

Según el Informe REINA 2001¹, referido a la Administración General del Estado, el gasto total en telecomunicaciones de la Administración General del Estado

¹ El informe Reina, elaborado anualmente, se refiere a las tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración General del Estado, incluyendo organismos autónomos y entidades públicas empresariales, así como Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; se excluyen, no obstante, las Universidades, el ente RTVE, RENFE y FEVE. Con relación a la Administración Autónoma y Local se elabora el informe IRIA, con carácter bienal.

Estos informes se elaboran en el ámbito del Consejo Superior de Informática.

Las actividades de actualización en este campo de los sistemas de información y comunicación de las Administraciones Públicas se realizan bajo el impulso de la Comisión Interministerial de adquisición de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ascendió en el 2000 a 31.430 millones de pesetas (unos 189 millones de euros), lo que representaba un incremento del 4,5% respecto al año anterior.

En 2001, los gastos en telecomunicaciones de la Administración General del Estado ascendieron a 226 millones de euros.

El Ministerio del Interior acaparaba el 21% de los gastos, seguido –por este orden– por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Sanidad y Consumo y Fomento.

El 73% de los gastos se destinaron a los servicios de telefonía y el 21% a transmisión de datos.

Distinguiendo Ministerios y servicios, el gasto en el 2001 fue el siguiente²:

Ministerios	Telefonía	Transmisión texto y gráficos	Transmisión datos	Servicios de valor añadido	Total	
					Miles Euros	%
Interior	33.736	816	13.386	724	48.663	21%
Trabajo y AA.SS.	20.244	670	14.320	0	35.234	16%
Sanidad y Consumo	23.514	0	4.001	37	27.551	12%
Fomento	15.874	9	525	6.629	23.037	10%
Hacienda	14.188	15	3.744	1	17.948	8%
Defensa	12.131	482	1.579	931	15.123	7%
Economía	8.469	5	4.711	27	13.213	6%
Justicia	9.155	1	3.373	90	12.620	6%
Ad. Públicas	9.386	0	979	0	10.365	5%
AA. EE.	7.597	140	402	0	8.139	4%
Educ., Cult. y Deporte	4.015	0	0	0	4.015	2%
C. y T.	2.930	61	163	208	3.362	1%
M. Ambiente	2.400	16	479	157	3.053	1%
Presidencia	1.597	37	359	66	2.059	1%
Agricultura, Pesca y Alim.	1.576	6	468	0	2.050	1%
Total (Miles euros)	166.813	2.259	48.490	8.870	226.432	100%

Bienes y Servicios Informáticos (CIABSI) y la Comisión Nacional para la Cooperación entre las Administraciones Públicas en el campo de los Sistemas y Tecnologías de la Información (COAXI).

² Fuente: Informe Reina (*Estadísticas Edición 2002*); Gastos de Telecomunicaciones 2001.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El mayor volumen de gasto corresponde al Ministerio de Interior, que comprende las Direcciones Generales de Policía, de Guardia Civil, Tráfico, Protección Civil e Instituciones Penitenciarias.

- **Comunidades Autónomas y Administración Local:**

El Informe IRIA se refiere al ámbito de las Comunidades Autónomas y Administración Local. Contiene la información sobre gastos en servicios de telecomunicaciones de una forma agregada (bajo el concepto de gastos en “servicios informáticos” contiene la información sobre los gastos relativos al mantenimiento de equipos físicos y lógicos, desarrollo y mantenimiento de aplicaciones, servicios de centro de cálculo, servicios de telecomunicaciones, y otros).

Según el *avance* del Informe IRIA 2002, los gastos efectuados en servicios informáticos en 2001, en el ámbito de la Administración Autonómica ascienden a 479,054 millones de euros. Por Comunidades Autónomas, la mayor en gasto es Andalucía (103,837 millones de euros), seguida –por este orden- por País Vasco, Cataluña y C. Valenciana.

En cuanto a la Administración Local, el total de gastos en 2001 ascendió a 362,942 millones de euros de los que 98.190 miles corresponden a las Diputaciones Provinciales y a los Cabildos y Consejos insulares, 80,204 millones corresponden a municipios entre cien mil y medio millón de habitantes, y 65,360 millones a municipios mayores de medio millón de habitantes. El resto del gasto, hasta alcanzar los 362,942 millones mencionados, se reparte entre los municipios menores de cien mil habitantes.

En el ámbito de las Comunidades Autónomas se están elaborando también planes directores relativos a la Sociedad de la Información, la innovación y al desarrollo tecnológico o, específicamente, relativos a la modernización de la Administración Autonómica³.

Algunos de estos planes prevén la financiación de los proyectos a llevar cabo, y, en particular, el volumen de dicha financiación que corresponderá a gasto público. Se recogen, a continuación, a modo de ejemplo, los planes andaluz, canario, castellano-leonés y navarro.

³ Plan de Promoción de la SI de la Comunidad Foral de Navarra, PDSIC de Canarias, PDIS de Castilla y León, Infodex de Extremadura, PLADIT de Andalucía, Plan Euskadi en la SI, Plan Estratégico para la Sociedad del Conocimiento de La Rioja, PEMAV valenciano, Catalunya en xarxa...



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Andalucía: El PLADIT 2001-2003 (Plan Director de Innovación y Desarrollo Tecnológico para Andalucía) contempla diferentes actuaciones (coordinación entre Administraciones, cooperación empresarial, impulso de la inversión en tecnologías de la información y la comunicación, incorporación de técnicas de gestión de la innovación...). Con relación a estas actuaciones se prevén diferentes sistemas de financiación pública: inversiones directas de la Administración, gastos ocasionados por servicios externos, subvenciones a empresas para inversiones... La previsión financiera del Plan, para el período 2001-2003 asciende a 56.000 millones de ptas.; el Plan no contempla las inversiones de agentes privados ni de las Administraciones Locales, de los que, no obstante, se espera una inversión inducida de más de 300.000 millones de ptas.
- Canarias: El PDSIC (Plan para el Desarrollo de la Sociedad de la Información en Canarias) contempla el período 2000-2006. Con relación a todo este período, para la financiación de los programas relativos a la Administración Pública (implantación de las tecnologías de la información en la Administración, cooperación y coordinación con las Administraciones insulares y municipales, implantación de teleservicios en el sector público...) se prevén 21.405 millones de pesetas. Asimismo se prevé también una inversión pública en programas destinados a los ciudadanos, las *pymes*, relativos a ICTs... La inversión pública en estos programas –período 2000-2006- asciende a 45.762 millones de pesetas, teniendo en cuenta las aportaciones de la Administración Autónoma, General del Estado y Europea.
- Castilla y León: El PDIS II (Plan Director de Infraestructuras y Servicios de Telecomunicación para Castilla y León II) contempla desde 1999 hasta 2002. Recoge diferentes programas (telemática aplicada a los servicios de interés público, telemática para la modernización de la Administración, telemática para la competitividad empresarial...). La financiación prevista alcanza a 44.600 millones de pesetas anuales, involucrando fondos públicos y privados (de operadores de telecomunicaciones y de empresas privadas usuarias de los servicios). Los 44.600 millones de ptas. tienen la siguiente distribución: 38.800 millones corresponderán a la inversión privada de las empresas del sector, 1.000 millones a la inversión privada de las empresas usuarias, 3.800 millones a la aportación de la Junta y los 1.000 millones restantes corresponderán también a fondos públicos, procedentes de otras Administraciones.
- Navarra: Para el trienio 2001-2003, el Plan de Promoción de la Sociedad de la Información en Navarra prevé una financiación de 12.910 millones de pesetas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correspondientes a los presupuestos públicos, para actuaciones para la mejora de gestión interna de la Administración, relación telemática con la Administración, TDT autonómica, dotación de infraestructuras en centros educativos, mejora de la competitividad de las empresas, promoción del acceso a Internet por los ciudadanos...

III. ASPECTOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES QUE SE HAN PLANTEADO A LA CMT

A lo largo del año 2002 se han planteado a la CMT diversos supuestos relativos a la contratación de servicios y equipos de telecomunicaciones por parte de las Administraciones Públicas, en los que han surgido una serie de cuestiones que podían afectar a la salvaguarda de las condiciones de competencia en el mercado.

Tales supuestos han sido examinados por la CMT, en el ejercicio de sus funciones: en unos casos, la CMT ha actuado sobre la base de la competencia que ostenta para contestar las consultas que le formulen los operadores de telecomunicaciones (artículo 29.2 a) del Reglamento de la CMT, aprobado por Real Decreto 1994/1996) o que le formulen las Administraciones Públicas (artículo 1.dos.2 j) de la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones). En otros casos, la actuación de la CMT se ha desarrollado sobre la base de la competencia ejecutiva que ostenta para velar por la libre competencia en el mercado equilibrando situaciones discriminatorias (artículo 1.dos c) de la Ley de Liberalización de las telecomunicaciones), o para vigilar la debida aplicación de tarifas (artículo 1.dos.2 h) de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones).

Se recoge a continuación una relación de algunos de los supuestos examinados;

- En primer lugar, **en la letra A que a continuación figura**, se recogen los casos en los que no se ha planteado concurso alguno. Se trata de casos en los que no se sigue un procedimiento de contratación para la adquisición de estos servicios, sino que se acude directamente a un determinado operador, privando a los operadores alternativos de la oportunidad de presentar sus ofertas (como correspondería a un mercado en competencia).

En particular, se han planteado a la CMT estos supuestos en relación a ciertos intereses públicos cuya atención es un objetivo de importancia para la Administración. Pues bien, para el cumplimiento de estos objetivos -como puede ser el establecimiento de una Intranet educativa- se ha utilizado, en algunas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ocasiones, una red corporativa de titularidad de la Administración, que en su día fue establecida por el operador monopolista, y para cuyo desarrollo, sin embargo, no es admisible que la Administración continúe acudiendo, de forma unívoca, a Telefónica de España, sin convocar el correspondiente concurso. Ahora bien, la existencia de un procedimiento de contratación que permita, *formalmente*, la concurrencia de otros operadores (y que permita tener en cuenta, por lo tanto, otras ofertas aparte de la de Telefónica) no es garantía, por sí solo, de respeto a las condiciones de competencia –aunque sí es uno de los presupuestos necesarios para la misma–.

- Por ello, en segundo lugar, **se recogen en la letra B** los supuestos en los que, aunque se había previsto un procedimiento público, no existió una oportunidad *real* de concurrencia porque las condiciones que regían la adjudicación del contrato (las condiciones del pliego) no permitían a los operadores presentar sus ofertas en igualdad de condiciones.
- Finalmente, **se recogen en la letra C** que a continuación figura, aquellos casos en los que, pese a plantearse un procedimiento público de contratación y pese a respetar las condiciones del pliego las exigencias de concurrencia y la igualdad de oportunidades, se puede producir un resultado contrario a la libre competencia. En estos casos, el problema no deriva de las condiciones técnicas y de prestación del servicio que ha establecido la Administración contratante sino de la oferta que realiza uno de los licitadores.

El tratamiento que se dio a estos supuestos fue el siguiente:

A) EN RELACIÓN AL DESARROLLO DE LAS REDES CORPORATIVAS PROPIEDAD DE LA ADMINISTRACIONES Y LA NECESIDAD DE ACUDIR A PROCEDIMIENTOS PÚBLICOS DE CONTRATACIÓN.

La necesidad de atender intereses públicos lleva a la Administración, en ocasiones, a implantar redes corporativas, que pueden utilizarse como soporte para prestar diferentes servicios. En algunos casos, se contempla la posibilidad de que estas redes abarquen los centros de enseñanza, con vistas a cumplir finalidades públicas relativas a fomentar el uso de tecnologías de la información. Ahora bien, para la implantación de tales redes, para dotar de conexión a Internet a los centros de enseñanza o, en general, para atender las necesidades de servicios de telecomunicaciones que tenga la Administración Pública, ha de tenerse en cuenta la pluralidad de ofertas que hay en el mercado una vez que se ha producido su liberalización; ofertas, a las que la Administración podrá acceder convocando procedimientos públicos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. En relación con lo anterior, el 17 de enero de 2002 el Consejo de la CMT aprobó el “**Informe a la Consejería de la Presidencia y Administración Pública de la Xunta de Galicia sobre la aplicación de la oferta de precios mayoristas ADSL de Telefónica de España, S.A.U. a los servicios ADSL prestados por la Xunta de Galicia en centros públicos que impartirán ciclos de enseñanza obligatoria y en bibliotecas públicas municipales**”.

La Xunta de Galicia presentó a la CMT una consulta sobre los precios aplicables a las ofertas realizadas por Telefónica de España para la prestación de servicios de ADSL a los centros de enseñanza pública de la Comunidad Autónoma.

En esta consulta, la Xunta de Galicia exponía que contaba con una red corporativa propia y que, utilizando esa red, se daba conexión a Internet a más de 1000 centros de enseñanza pública de la Comunidad Autónoma de Galicia. Para ello, la Xunta se servía de los precios aprobados a Telefónica para su oferta *mayorista* de ADSL –denominada servicio *GigADSL*- (para beneficiarse de la cual se ha de tener la condición de *operador autorizado*, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa sobre acceso indirecto al bucle de abonado).

Tras la aprobación de la Orden Ministerial 1555/2001, de 3 de agosto, que regulaba los precios de la oferta *minorista* (esto es, para consumidores) de Telefónica de España relativa a la prestación del servicio de ADSL a centros de enseñanza obligatoria y bibliotecas públicas, la Xunta exponía que los precios de dicha oferta minorista específica para centros de enseñanza eran más favorables que los correspondientes al servicio *GigADSL* y preguntaba si tales precios eran aplicables sólo a los centros de enseñanza en que Telefónica proveía la conexión a Internet de una manera directa, o, por el contrario, también podían aplicarse a los centros en que la conexión se proveía por Telefónica a través de la red corporativa de la Xunta.

El informe aprobado por el Consejo de la CMT expuso que, en realidad, una Administración no debería beneficiarse de una oferta *mayorista* hecha por Telefónica para la prestación del servicio de ADSL, a menos que se tenga la condición de *operador autorizado*; condición que, además, no podría adquirirse por el hecho de explotar una red que fuera -en sentido propio- una red corporativa.

Ahora bien, al hilo de este supuesto, la CMT toma en consideración una práctica, extendida entre ciertas Administraciones y que consistía en contratar servicios ADSL a Telefónica según la oferta mayorista, acogiéndose al hecho de que tales servicios eran prestados a través de la red corporativa de la propia Administración;



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

red, que había sido desplegada con anterioridad al proceso de liberalización de las telecomunicaciones.

Al margen de lo señalado sobre la imposibilidad de aplicarse –de acuerdo con lo dispuesto en la normativa- el precio mayorista a un caso como el descrito, se destaca que, en realidad, la Administración no necesita acudir a redes corporativas propias para atender muchas de estas finalidades, y que puede acudir a las redes y servicios que suministran los distintos operadores del mercado. En cualquier caso, lo que no puede aceptarse es la tendencia, contraria a la normativa de contratación pública, de acudir de forma unívoca a Telefónica para implementar los desarrollos o, en general, solventar las necesidades, que la Administración experimenta con relación a los servicios que soporta esa red. Ante estos supuestos debe convocarse el concurso correspondiente.

Así en el informe aprobado, se manifiesta:

“La situación descrita, de una parte, provoca una ausencia de transparencia en el sector, y de otra, demuestra que, como en el caso de la Xunta, ante un déficit de desarrollo e evolución tecnológica puntual de su red, se acude de manera unívoca a Telefónica para que esta proceda a desarrollar y colaborar en la evolución de su Red corporativa, obviándose que este tipo de necesidades pueden ser suficientemente abordadas por otros operadores, que desearían que a tal efecto fuesen convocados los concursos pertinentes para poder optar, en igualdad de condiciones, a los mismos.

(...)

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.”

Se llega a la conclusión, en definitiva, de que el respeto a las normas que, en el ámbito de la normativa sobre contratación administrativa, garantizan la publicidad y la concurrencia de licitadores, reviste una importancia esencial para el desarrollo del mercado de telecomunicaciones en unas condiciones de competencia, puesto que dan oportunidad a los operadores alternativos de presentar sus ofertas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. En esta misma línea, Telecable planteó a la CMT una consulta, cuyo resultado fue la aprobación el 21 de marzo de 2002, de la **“Resolución relativa a la consulta planteada por Telecable de Oviedo, S.A., Telecable de Gijón, S.A. y Telecable de Avilés, S.A. en relación con la contratación de Telefónica para la conexión de los centros educativos del Principado de Asturias a una Intranet educativa sin mediar concurso publico”**.

Telecable exponía en su consulta que en el marco del concurso convocado para la adjudicación del servicio de telecomunicaciones por cable en las demarcaciones asturianas, Telecable –que resultó adjudicatario- asumió el compromiso de realizar el proyecto “Cableescuela”, consistente en conectar a su red los centros educativos de cada municipio, con el fin de permitir a éstos el acceso a Internet a alta velocidad. Sin embargo, exponía Telecable que había tenido noticias de que la Viceconsejería de Educación del Principado había anunciado la conexión de los centros educativos a una Intranet cuya instalación se llevaría a cabo por Telefónica, con financiación a cargo de la Viceconsejería. Telecable manifestaba que esta designación de Telefónica se había hecho sin respetar las normas relativas al procedimiento de contratación pública, refiriendo la consulta que planteaba a la CMT a la cuestión de si los hechos descritos podían considerarse contrarios a la libre competencia y a la cuestión de cuáles eran las medidas que Telecable podía adoptar con relación a tales hechos.

Dado traslado de la consulta de Telecable a la Administración del Principado, la Consejería de Educación y Cultura de esta Administración manifestó que se estaba llevando a cabo un programa de integración de las nuevas tecnologías en el ámbito educativo y que, como parte de dicho programa, se había previsto el desarrollo de una red telemática educativa del Principado, a modo de Intranet. También se señaló que la implantación de esta red iba a hacerse en el marco del contrato firmado con Telefónica el 1 de octubre de 1998 relativo a la prestación del servicio integrado de voz, datos e imágenes (*“Red Corporativa del Principado de Asturias”*), y que estaba en vigor hasta septiembre de 2003.

De acuerdo con este contrato, con relación a la Intranet educativa, Telefónica prestaría un servicio de transporte de datos y complementaría la red corporativa gestionada por la Administración con tecnología ADSL y otras infraestructuras de acceso.

La CMT afrontó los hechos objeto de consulta desde una doble perspectiva: de una parte, se examinó la normativa aplicable a la contratación pública y se llegó a la conclusión –ya acogida en la contestación de la consulta planteada por la Xunta de Galicia- de que, también en materia de telecomunicaciones, cuando se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pretende celebrar alguno de los contratos previstos en la legislación sobre contratación administrativa, han de respetarse los principios que esta legislación acoge (los principios de publicidad, de concurrencia y de igualdad). De otra parte, se examinó la normativa sectorial de telecomunicaciones, que tiene como objetivo la promoción de las condiciones de competencia en este sector, y concluyó que las Administraciones Públicas, en las diferentes actuaciones que lleven a cabo con relación a los operadores de telecomunicaciones, tienen el deber de respetar el principio de igualdad en el trato dado a los mismos. Así, desde ambas perspectivas, se llegaba a la misma conclusión: que, en la contratación administrativa de servicios de telecomunicaciones, las Administraciones han de dar igualdad de oportunidades a los operadores interesados en prestar sus servicios, lo que exige dar publicidad a la contratación y admitir la concurrencia de ofertas.

Con relación a los principios de la contratación pública, la resolución de la consulta manifestaba:

“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).”

Además, la resolución recuerda que 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 y de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha defendido que la obligación de transparencia y no discriminación que incumbe a la Administración contratante permite abrir a la competencia el mercado de los servicios.

En el mismo sentido, por lo que respecta al ámbito nacional, también el Tribunal de Defensa de la Competencia ha destacado la relación que existe entre las normas que rigen la contratación pública y las finalidades de competencia. Así, en diversas resoluciones, de las que, a propósito de la consulta planteada, se hace eco la CMT en su resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia manifiesta que *“Las normas de la competencia por lo tanto se aplican también a las Administraciones Públicas, no sólo cuando actúen como oferentes de bienes y servicios, sino también cuando actúen como demandantes de tales bienes y servicios”* y que *“en el ámbito de la contratación administrativa, la libre competencia 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”*.

De acuerdo con ello, la contestación a la consulta realizada por Telecable expresa que la obligación impuesta a las Administraciones Pública por parte de las normas de contratación pública, consistente en acudir a procedimientos de contratación que respeten los la transparencia y la igualdad en el acceso, debe considerarse como un presupuesto del fomento de la libre competencia, el cual es un objetivo acogido por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones; al igual que resultan acogidos en dicha Ley el principio de igualdad de oportunidades y el de supresión de los derechos exclusivos o especiales.

Por ello, con relación a los hechos expuestos por Telecable, se concluyó que tanto la normativa europea (en particular el Tratado de Roma –artículos 81 y 82), como la normativa española de contratación pública y la sectorial de telecomunicaciones impiden que el prestador de servicios de telecomunicaciones que en el pasado venía actuando como monopolista continúe, a partir de la entrada en vigor de la Ley General de Telecomunicaciones, prestando a la Administración esos servicios salvo que ello sea consecuencia de un procedimiento público tramitado de acuerdo con el régimen de la contratación pública. Lo que no puede hacerse es perpetuar la situación anterior a la liberalización mediante fórmulas que impidan a los competidores tener entre sus clientes a la Administración.

Se manifiesta, asimismo, que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es la competente para conocer de un supuesto incumplimiento de las normas de la contratación pública; lo que se entiende sin perjuicio de las funciones de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

salvaguardia de la libre competencia en el mercado que la legislación sectorial atribuye a la CMT. Por ello, y con relación al caso expuesto, a la vista de posibles prácticas anticompetitivas, se procedió a la apertura a de un expediente informativo, previo, en su caso, a la apertura de un procedimiento para la salvaguardia de la libre competencia.

Ahora bien, lo dicho en la contestación a la consulta, con relación a la contratación de servicios de telecomunicaciones por parte del Principado, se predica también por parte de la resolución adoptada, respecto a las entidades locales. De este modo, los compromisos asumidos por Telecable en los concursos convocados para la concesión del -entonces- servicio público de telecomunicaciones por cable no pueden implicar que, en el marco normativo vigente, por vía de convenios, y al margen de la normativa de contratación pública, este operador adquiera como cliente a las Administraciones municipales.

B) EN RELACIÓN CON LOS EQUIPOS YA EXISTENTES EN LA ADMINISTRACIÓN, LAS CONDICIONES TÉCNICAS ESTABLECIDAS AL RESPECTO EN LOS PLIEGOS Y LA INFORMACIÓN NECESARIA PARA FORMULAR UNA OFERTA ADECUADA.

Telecable planteó una nueva consulta a la CMT; esta vez referida a las cláusulas administrativas y a las prescripciones técnicas aprobadas por la Universidad de Oviedo con relación a un concurso para la contratación de servicios de telecomunicaciones, y en particular (*lote 1*), para la prestación del servicio de telefonía fija y datos, mediante el establecimiento de una red corporativa multiservicio y multimedia. Por Acuerdo del Consejo de 6 de junio de 2002, la CMT aprobó 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**”.

En su consulta, Telecable exponía que, según el pliego, el licitador tenía la posibilidad de instalar equipos de telecomunicaciones nuevos o utilizar los ya existentes, y que el adjudicatario estaría obligado a realizar el mantenimiento de los equipos nuevos y de equipos ya existentes. En relación a esto último, Telecable manifestó que solicitó a *Ericsson*, fabricante de los equipos objeto de mantenimiento, información sobre los mismos, a lo que éste contestó –según señalaba Telecable- que “el modelo sobre el cual se solicita información es comercializado y mantenido exclusivamente por Telefónica de España, S.A.”. A



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

continuación Telecable solicitó información a la Universidad de Oviedo, quien se la denegó entendiendo que era suficiente la información contenida en el pliego.

Telecable consideró que el pliego del concurso no reunía los requisitos exigidos por la normativa sobre contratación pública y que esta infracción había producido una situación de discriminación que alteraba las condiciones de competencia, ya que Telefónica de España había venido prestando, hasta el momento, los servicios de telecomunicaciones a la Universidad y conocía, por tanto, a diferencia de sus competidores, las características técnicas de los equipos instalados. Por ello, Telecable sometió la situación a consulta de la CMT.

Pues bien, este supuesto implicaba, a diferencia de los examinados anteriormente, la existencia de un concurso; es decir, de un procedimiento para posibilitar la concurrencia de otros operadores a la prestación del servicio a la Administración. Ahora bien, la existencia de ese procedimiento no bastaba para asegurar el respeto a la competencia; es necesario que las distintas condiciones que van a regir en el procedimiento (en concreto, las condiciones establecidas en el pliego) respeten también esos principios.

Así, la contestación dada por la CMT a la consulta planteada por Telecable recuerda que los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que se recogen en la normativa sobre contratación administrativa son de aplicación a los diferentes aspectos del procedimiento contractual -también con relación a la información contenida en el pliego-, aspecto que, asimismo, ha sido destacado por la jurisprudencia europea y española y por las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. Así, se señala, de nuevo, que la violación de estas normas sobre la contratación pública puede resultar contraria a libre competencia.

De acuerdo con esta doctrina sentada por los órganos jurisdiccionales y por los órganos de defensa de la competencia –en particular, la doctrina existente con relación a la concurrencia de cláusulas de exclusividad-, la CMT indica que si un operador no facilita la información relativa a los equipos que suministra, tiene la posibilidad de crear unos clientes cautivos (en este caso, las Administraciones), a los que no podrán acceder los operadores alternativos:

“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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 [Telefónica de España, S.A.U.] 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 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)."

Partiendo de estas consideraciones, se analiza el pliego del concurso al que Telecable se refería y se observa que en dicho pliego no se menciona apenas el destino o uso futuro de la red Ibercom instalada, sobre la que se soportaban los servicios de voz, ni cuáles son las obligaciones que asume el adjudicatario con relación a este servicio Ibercom. Concorre, por tanto, de entrada, una falta de transparencia en la definición del objeto del contrato. Pero, además, concurre una discriminación, ya que el operador que venía prestando servicio a la Universidad se encontraba en una situación de ventaja respecto a los demás, puesto que el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adjudicatario tenía la obligación de actualizar los equipos ya existentes, y el pliego no ofrecía información sobre la versión actualmente existente, información que sí le constaba al operador que, hasta la fecha, venía prestando el servicio.

La resolución de la consulta concluyó que para que el pliego del concurso, en los términos en los que estaba redactado, no resultara discriminatorio en beneficio de Telefónica, era preciso que a todos los licitadores les fueran proporcionadas las versiones exactas del *software* y *hardware* instalado en los equipos propiedad de la Universidad de Oviedo, y que, además, estuviesen comercialmente disponibles las versiones para su actualización, de forma que fuera posible para los operadores cumplir con los requisitos del pliego.

Cabe señalar que impugnado por Telecable el Pliego objeto de la consulta, el Juzgado de lo Contencio-Administrativo nº2 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 22 de noviembre de 2002 –a la que posteriormente se hará referencia-, declarando la nulidad del mismo, por incurrir en vulneración de los principios de transparencia e igualdad.

C) LAS CONDICIONES OFRECIDAS POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA EN UN CONCURSO Y LAS POSIBILIDADES DE REPLICAR LA OFERTA POR PARTE DE LOS COMPETIDORES.

El operador Retevisión solicitó de la CMT la intervención, en el ejercicio de sus funciones, con relación a una oferta que Telefónica de España había presentado a un concurso. Se trataba del concurso convocado para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones destinada al Departamento de Sanitat y Seguritat Social de la Generalitat de Catalunya y a organismos que dependen del mismo. Retevisión exponía que la oferta realizada en ese concurso por parte de Telefónica era inferior en un 52% a la realizada por Retevisión. Consideraba que la oferta presentada por Telefónica era temeraria y estaba, al menos, un 22% por debajo de las tarifas reguladas. Ello, en opinión de Retevisión suponía que los precios ofertados por Telefónica eran anormalmente bajos, y que los precios que este operador ofertaba a sus competidores eran superiores a los que ofertaba a clientes finales.

Con relación a la solicitud de intervención presentada por Retevisión, el 17 de octubre de 2002, el Consejo de la CMT adoptó la **“Resolución con respecto a la oferta de servicios de voz y datos que Telefónica de España, S.A.U. presentó en concurso convocado por la Generalitat de Catalunya para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Catalunya y organismos dependientes”**,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución que vino precedida de unas medidas cautelares, de fecha 28 de febrero de 2002, en orden a asegurar, en tanto se tramitaba el procedimiento, la eficacia de la resolución que pudiera adoptarse al término del mismo.

En esta Resolución se indica, de entrada, que, también en las ofertas que Telefónica realice a las Administraciones Públicas, este operador ha de sujetarse al régimen de precios regulados que le es aplicable, y que, conforme a dicho régimen, no puede prestar a un precio fijo un consumo variable (mediante lo que se conoce como *tarifa plana*) si no tiene aprobado el descuento correspondiente, o, en su defecto, si no procede a regularizar con posterioridad los precios cobrados en función de los consumos realmente producidos. Señalado esto, se analiza la emulabilidad, por los operadores alternativos, de la oferta presentada por TESAU.

La Resolución expresa que en un mercado en el que se ha procedido a la liberalización, resulta esencial asegurar que las ofertas que hace el operador dominante permiten un margen -que posibilite la competencia- entre los precios que dicho operador establece, en los mercados mayoristas, para sus competidores y los precios que este operador cobra, en el mercado minorista, a sus clientes finales. Lo contrario podría suponer un abuso de esa posición de dominio.

Tras analizar los mercados de referencia implicados y comprobar la posición de dominio que en ellos tenía Telefónica (con cuotas de mercado superiores al 75%) se examina si existen o no estos márgenes con relación a la oferta presentada, y se concluye, a la vista de dicho examen, que, objetivamente, no podía emularse la oferta presentada por Telefónica. Por ello, se estableció que Telefónica debería regularizar la facturación ya realizada y ajustar la facturación futura a las cuantías determinadas en su catálogo, de acuerdo con el régimen de regulación de precios.

Con relación a otros supuestos planteados en 2002, ha sido necesario también llevar a cabo este análisis de emulabilidad de la oferta presentada por Telefónica en un concurso, a fin de asegurar que los operadores alternativos puedan concurrir, presentando sus ofertas a la Administración; lo que, en su caso, ha llevado a imponer a Telefónica las condiciones que se estimaban necesarias para respetar las condiciones de competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IV. PROBLEMÁTICA DETECTADA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.

Una vez revisada la doctrina de esta Comisión en la materia, a continuación se sistematizan la problemática detectada en relación a la contratación administrativa de servicios de telecomunicaciones, en función de los diferentes aspectos de la contratación administrativa.

Como punto de partida, ha de señalarse que, aparte de los casos en los que se plantea la sustracción del contrato al régimen de publicidad y concurrencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –en adelante, LCAP- (cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 16 de junio), con carácter general, los problemas que se presentan con relación a la contratación de servicios de telecomunicaciones por las Administraciones Públicas se centran en las dificultades que tienen los operadores para presentar una oferta adecuada, debido a la falta de información precisa en el pliego del contrato acerca de las necesidades de la Administración y acerca de los equipos con los que ésta ya cuenta (y que pretende seguir utilizando en el marco del nuevo contrato).

Una versión más específica de este problema es la de los equipos en los que terceros operadores tienen restringido el acceso a sus características, lo que genera un problema de exclusividad. Se trata de casos en los que un solo operador cuenta con la información necesaria, sobre software y hardware, para adaptar los equipos existentes en la Administración.

1. Problemática en cuanto a su régimen jurídico:

a) Sujeción a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas:

A pesar de que el artículo 172 de la LCAP menciona expresamente la adquisición de equipos y sistema de telecomunicaciones como un caso de **contrato de suministro**, y a pesar de que el artículo 206 de LCAP menciona expresamente a los contratos de telecomunicación como una de las categorías de los **contratos de servicios**, se producen casos en los que la contratación de servicios de telecomunicaciones por parte de las Administraciones Públicas se ha “hurtado” de la normativa sobre contratación, y, en particular, de las exigencias sobre publicidad y concurrencia.

Pueden distinguirse diferentes supuestos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Así, están los casos en que, “por inercia” se contrata con Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) la prestación de servicios de telecomunicaciones, por ser la única entidad que asumía, durante la época del monopolio, la prestación de estos servicios.

El problema se manifiesta no tanto por la celebración *ex novo* de contratos para la prestación de servicios de telecomunicaciones, sino más bien por la prórroga de los contratos ya existentes.

Hay que tener en cuenta, además, que existen acuerdos a los que las Administraciones Públicas han llegado con TESAU antes de la liberalización y que tienen señalado un plazo definido de vigencia, el cual se extiende también a la época en que se ha acordado la liberalización. Esta situación supone la perduración, en la época de la liberalización, de una realidad creada como consecuencia del disfrute, en la época del monopolio, de un derecho exclusivo, situación a la que se oponen los principios de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

En algunos de estos casos las propias Administraciones se muestran favorables a la resolución del contrato vigente con TESAU, considerando los avances de económicos y tecnológicos que la liberalización ha traído con respecto a la situación contemplada en el contrato⁴. En otros casos (contratos más recientes), en cambio, se considera que el plazo convenido con TESAU ha de mantenerse, aludiendo a la necesidad de amortizar los equipos, o a la necesidad de adaptarse a los cambios que supuso la instalación de esos equipos y a la inconveniencia de un nuevo proceso de cambio.

Sorprende encontrar que en algunos casos se justifica una especie de período transitorio (que podría ser –así se ha señalado en algún caso- de un par de años), antes de proceder a licitar los servicios de telecomunicaciones conforme a la normativa de contratos. Este período tendría una doble finalidad: 1) Esperar a que se asiente un mercado en el que, supuestamente, la situación – las ofertas, los operadores- no sería muy estable, y 2) aprovechar esta coyuntura para clarificar, negociando con TESAU, la situación correspondiente al contrato vigente⁵ (en particular, para clarificar la cuestión de la titularidad de

⁴ Hay contratos firmados hace más de diez años cuya vigencia se ha ido prorrogando.

⁵ Como más adelante se detallará, uno de los problemas con los que se enfrenta la Administración para superar la situación de partida, en materia de contratación de servicios de telecomunicaciones, es el de la falta de conocimiento de los aspectos que conciernen a dicha situación de partida. Se trata de casos en los que la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los equipos de telecomunicaciones instalados que se utilizan para la prestación del servicio).

Perduran, por otra parte, casos de sociedades mixtas (Administración – TESAU) constituidas con el objeto de impulsar la modernización de los servicios de telecomunicaciones en un determinado sector.

- En otros casos, han sido operadores diferentes a TESAU (en concreto, concesionarios de servicios de telecomunicaciones ahora liberalizados, o liberalizados salvo en una parte -lo relativo al régimen de la televisión-) los que se han beneficiado de una contratación “automática”. De nuevo, la identificación que se hace de un *operador* con un determinado *servicio*, del que ese operador resultó adjudicatario por haber tenido el servicio la consideración de servicio público –prestado en exclusiva-, motiva esta *inercia* en la contratación⁶.

La contratación, en estos casos, adquiere la forma de un convenio de colaboración -figura que queda fuera del ámbito de la Ley de Contratos-, circunstancia que contraviene lo dispuesto en el artículo 3 de la LCAP, que excluye de su ámbito de aplicación estos convenios de colaboración “*siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley*”. Como ya se ha señalado, entre los contratos contemplados en la Ley figuran los correspondientes a la prestación de servicios de telecomunicaciones.

b) Especificidades de la normativa de contratos con relación a la contratación de servicios de telecomunicaciones:

El Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, -consecuencia, en buena medida, de los estudios realizados por el Grupo de Estudio de Adquisición de Servicios de Telecomunicaciones (GEAST)- establece determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicaciones.

propia Administración ignora los datos correspondientes al servicio que licita, o incluso de casos en los que existe cierta oscuridad respecto a la titularidad jurídica de algunos equipos instalados (si ciertos equipos corresponden a la Administración, o a TESAU -que los instaló-).

⁶ Se trata de supuestos en los que el operador, aun después de la transformación de sus títulos, se presenta como la “sociedad concesionaria del servicio de telecomunicaciones por cable” en esa demarcación, o de casos en los que el servicio se presta en el marco de un acuerdo que adquiere el carácter de instrumento de *necesaria* materialización o concreción de los compromisos asumidos por el operador como consecuencia de la adjudicación del contrato concesional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este Real Decreto, aparte de contener ciertas reglas de particular interés (como la previsión de separación por lotes de los servicios que se licitan), implica una clarificación del régimen aplicable a estos contratos (se señala que el procedimiento y forma de adjudicación son los que se establecen en el artículo 208 de la LCAP). Asimismo, el Real Decreto prevé y regula la elaboración de los planes directores sectoriales de telecomunicaciones, que habrán de llevarse a cabo por cada uno de los distintos departamentos ministeriales que se integran en la Administración General del Estado.

Esta regulación implica, en cierta medida, una mayor seguridad para los operadores, que, con respecto a la Administración General del Estado, cuentan con una serie de previsiones específicas sobre contratación de servicios de telecomunicaciones a las que atenerse.

Ahora bien, el Real Decreto sólo resulta de aplicación a la Administración General del Estado (así como a sus organismos públicos y a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social). Quedan fuera de su ámbito de aplicación las Entidades Locales (los municipios y las provincias) y las Comunidades Autónomas⁷.

En este ámbito de la contratación administrativa, en el que no resulta de aplicación el Real Decreto y en particular su previsión sobre *separación por lotes* (que constituye una de sus principales aportaciones)-, se han planteado casos de licitación conjunta, por parte de la Administración contratante, de los diferentes servicios de telecomunicaciones que eran requeridos (en concreto, se ha llegado a licitar conjuntamente el servicio de telefonía fija y el servicio de telefonía móvil).

c) Problemática con relación a la “Ley de Contratos Excluidos”:

Se ha advertido cierta confusión en la aplicación de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. Esta confusión puede ser debida a lo genérico de su rúbrica, ya que –pese a dicha rúbrica- la Ley 48/1998

⁷ Aunque en algunas Comunidades Autónomas existen disposiciones específicas en materia de contratación de servicios de telecomunicaciones, éstas se limitan, por lo general, a prever la adquisición centralizada de estos servicios o a declarar su uniformidad a efectos de su utilización por parte de los distintos organismos de la Administración correspondiente (lo que se efectúa por medio de concursos de determinación de tipo). Cabe destacar, como singularidad, que en algún caso se ha planteado, en el ámbito autonómico, la aplicación del Real Decreto 541/2001, lo que se habría hecho con base en la remisión genérica que la legislación de contratos de alguna Comunidad Autónoma hace a favor de la “legislación básica” sobre contratos de las Administraciones Públicas (ya por haber realizado una interpretación *finalista* de la remisión, ya por haber considerado –erróneamente- que el Real Decreto en cuestión constituye legislación básica).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(conocida como “Ley de contratos excluidos”) no regula la contratación de servicios de telecomunicaciones que es llevada a cabo por un importante sector de la Administración Pública.

En efecto, esta Ley tiene un ámbito subjetivo de aplicación bastante limitado. No se aplica ni a las Administraciones territoriales (Administración Local, Comunidades Autónomas y Administración General del Estado) ni a los organismos autónomos, que de tales Administraciones territoriales dependen. La Ley se aplica a las restantes Administraciones Públicas (que no sean Administraciones territoriales u organismos autónomos), a las empresas públicas (las empresas sobre las que la Administración ejerce una influencia dominante) y las empresas privadas que gozaran de un derecho especial o exclusivo otorgado en virtud de una disposición normativa, que tuviera como efecto la reserva del ejercicio de alguna de las actividades objeto de la Ley.

No obstante esta previsión, se han dado supuestos en que la Administración contratante -sin estar incluida en el ámbito de la Ley- plantea la aplicación de esta Ley 48/1998.

La relevancia de esta cuestión se pone de manifiesto porque, como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley 48/1998, la regulación que en dicha Ley se contiene es, con carácter general, menos estricta que la de la LCAP (LCAP que “*garantiza obviamente los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación en materia contractual al exigirse con mayor rigor en la esfera estrictamente administrativa*”⁸). Particularmente, la Ley 48/1998 no establece supuestos concretos para la utilización del procedimiento negociado con publicidad, por el que se permite optar libremente a la entidad contratante (a diferencia de lo que establece el artículo 209 de la LCAP, que tasa tres supuestos⁹).

⁸ Párrafo séptimo de la Exposición de Motivos de la Ley 48/1998.

Como se observa, la Exposición de Motivos de la Ley 48/1998 reserva la aplicación estricta (“*con mayor rigor*”) de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación a la esfera “*estrictamente administrativa*” (esto es, a la de las Administraciones por antonomasia: Administraciones territoriales y organismos autónomos, que quedan fuera del ámbito de aplicación de esta Ley 48/1998, sujetándose a la LCAP).

⁹ El artículo 209 de la LCAP sólo deja acudir al procedimiento negociado (con publicidad) en casos excepcionales, o con carácter subsidiario respecto al procedimiento abierto o restringido; en concreto, en los siguientes casos:

- Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos o restringidos sean irregulares o inaceptables. En este caso, además, se podrá acudir al procedimiento negociado “*siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato*” –precisa la Ley-.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Aparte de los supuestos indicados, se ha planteado también algún supuesto más complejo: El caso en que la entidad contratante sea alguna de esas entidades de Derecho Público que caen dentro del objeto de la Ley 48/1998, pero, sin embargo, los servicios de telecomunicaciones contratados vayan a ser utilizados por Administraciones incluidas en el ámbito de la LCAP¹⁰.

2. Problemática sobre el tipo de contrato:

- a) El suministro de equipos de telecomunicación y la prestación de servicios de telecomunicación - Carácter mixto de los contratos (contrato de suministro y contrato de servicio):

Las necesidades que tiene una Administración en materia de telecomunicaciones abarcan la adquisición de equipos y la prestación de servicios.

En ciertos casos, los equipos que van a soportar la prestación del servicio son equipos ya integrados en el patrimonio de la Administración, que incluso pueden haberse adquirido en momentos distintos, con origen en diferentes proveedores. Como ya se ha indicado, hay casos en que la Administración se muestra partidaria de la renovación de su planta, por razón de su obsolescencia. En otras ocasiones, se pretende la amortización de la planta existente.

Tanto en los casos en que la Administración no es titular de los equipos, y el contrato llega a su fin, como en los casos en que la Administración pretende la renovación de su planta, se requiere entonces de la adquisición de equipos además de la prestación del servicio.

-
- Cuando la naturaleza del contrato, particularmente los de carácter intelectual y los de servicios financieros, no permita establecer sus condiciones para adjudicarlo por el procedimiento abierto o restringido.
 - En casos excepcionales, cuando se trate de contratos cuya naturaleza o riesgos no permitan establecer el precio global.

¹⁰ Se trata de supuestos en que una determinada Administración territorial ha creado una entidad de Derecho público, que, sin embargo, sujeta su actividad al Derecho privado (con lo que no tiene naturaleza de organismo autónomo). La función de esta entidad es gestionar las actividades de adquisición e instalación de los equipos que constituyen las redes de telecomunicaciones que se necesitan por la mencionada Administración, así como los organismos y empresas dependientes de ella. Esta actividad la puede prestar en régimen de gestión indirecta (o sea, por medio de un concesionario con el que contrata la adquisición e instalación de las redes). La mencionada entidad de Derecho público facturará a los diferentes organismos de la Administración por los servicios que les presta.

Ahora bien, como esta entidad no es ni Administración territorial ni organismo autónomo, los contratos que celebra para adquirir los equipos e instalar las redes se sujetan a la Ley 48/1998, y no a la LCAP.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, con cierta habitualidad, se contrata conjuntamente el suministro de equipos de telecomunicaciones y la prestación de servicios de esta naturaleza. Se trata de *contratos mixtos*, cuyo régimen jurídico viene determinado por la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico¹¹.

Ahora bien, el suministro de equipos a la Administración puede hacerse en régimen de propiedad (para que, con posterioridad al contrato, esos equipos puedan seguir usándose por la Administración -en el marco de un nuevo contrato de prestación del servicio-) o en alquiler, en cuyo caso, al final del contrato, el suministrador retirará los equipos.

La primera de estas dos soluciones (la adquisición en propiedad) puede plantear algún problema si se toma en consideración el hecho de que algunos operadores trabajan comúnmente con unos equipos determinados, sobre cuyas características pudiera existir en el mercado algún tipo de restricción en materia de información disponible –particularmente, con relación a ciertas actividades de mantenimiento o adaptación-, circunstancia que podría implicar la captura de la entidad contratante para licitaciones futuras del servicio.

Por otra parte, la segunda de estas soluciones (la adquisición en alquiler) plantea el problema de que el nuevo entrante –a diferencia de lo que pasaría si continuara el operador establecido- necesitará de un plazo adecuado para proceder a implantar sus equipos, circunstancia a la que la Administración puede ser reacia.

b) El suministro en particular - Situación jurídica de los equipos que soportan la prestación del servicio:

La licitación a que se ha hecho referencia en el punto anterior de los equipos de telecomunicaciones tiene como presupuesto la existencia de una claridad en cuanto al tema de a quién pertenecen los equipos de telecomunicaciones que ya estaban establecidos y se han venido utilizando para soportar la prestación del servicio de telecomunicaciones de que ha disfrutado esa Administración.

¹¹ Artículo 6 de la LCAP.

Cabe señalar, en cualquier caso, que el régimen de los contratos de suministro presenta ciertas semejanzas con el régimen del contrato de servicio: El concurso es la forma normal de adjudicación de ambos contratos - siempre que no sean de escasa cuantía-; el límite de los contratos menores se cifra, para ambos tipos de contrato, en los 2.000.000 de pesetas, y los supuestos en que se admite el procedimiento negociado (con o sin publicidad) presentan ciertas equivalencias.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, uno de los problemas a los que se enfrentan los operadores alternativos y la propia Administración es el de la oscuridad en cuanto a la titularidad jurídica de algunos de los equipos existentes (esto es, si estos bienes pertenecen a la Administración contratante o son propiedad de TESAU).

Esta cuestión puede generar una cierta cautividad de la Administración contratante, pues -si no da continuidad a la situación establecida-, la Administración se enfrenta a la incertidumbre de perder unos bienes, cuya titularidad le es dudosa.

Se requiere, por tanto, en primer término, de la clarificación de la titularidad de los bienes utilizados, para, una vez aclarado quién es –conforme el contrato y la normativa aplicable al mismo- el titular, la Administración pueda proceder a tomar su decisión.

Existen diferentes casos: supuestos en que la titularidad pertenece a la Administración; supuestos en que pertenece a TESAU (estando los bienes alquilados por la Administración), supuestos en que pertenece a TESAU pero está previsto que, al término del contrato, pase a corresponder a la Administración, y supuestos en que coexisten equipos propiedad de la Administración y equipos alquilados a TESAU, que habrán de delimitarse.

En algunos de los supuestos en que la Administración tiene los equipos en régimen de alquiler, pero sin estar pactado que, al término del contrato, esos equipos se integren en el patrimonio de la Administración, la Administración se ha mostrado favorable a iniciar negociaciones con TESAU en orden a pactar la adquisición de la planta que se ha venido utilizando. Al hilo de estas negociaciones, en las que el operador establecido puede contar con una cierta posición de fuerza, se plantean cuestiones como la conveniencia prorrogar el contrato vigente con TESAU.

Por otra parte, en los supuestos en que la Administración mantiene la planta existente en régimen de propiedad pueden plantearse problemas con relación a la prestación del servicio de mantenimiento (que la Administración tendrá que licitar si no dispone de recursos humanos para asumirlo), si los equipos de que se trata son de esos respecto a los que puede existir algún tipo de restricción en materia de información disponible.

3. Problemática relacionada con el ámbito de la licitación (ámbito material y ámbito geográfico):



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La integración, en una sola licitación, de los diferentes servicios de telecomunicaciones que una Administración puede necesitar (telefonía fija y móvil, datos...), y la integración, en una sola licitación, de las diferentes dependencias o locales de esa Administración que pueden requerir los servicios, presenta, para la Administración contratante, ciertas ventajas, que básicamente se concretan en la comodidad que implica contar con un solo interlocutor (un solo contratista), tanto para los diferentes servicios, como para los diferentes ámbitos geográficos susceptibles de ser considerados.

Esta integración es problemática, en cambio, para los operadores, pues, en lo que se refiere a los servicios que pueden considerarse, son escasos los que pueden presentar una oferta global (estando obligados los restantes a alianzas para poder acudir a la licitación). En lo relativo al ámbito territorial, en algunos casos se ha puesto de relieve la dificultad de competir si la convocatoria de la Administración considera conjuntamente sedes ubicadas en zonas que podrían calificarse como rentables, a efectos del despliegue de red, y otras ubicadas en zonas no rentables. Debe tenerse en cuenta que TESAU ya tiene su infraestructura desplegada, la cual, con carácter general, ya se encuentra amortizada.

a) Separación de servicios por lotes:

El Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, señala que, siempre que sea posible, habrán de establecerse lotes separados de aquellos **servicios** que por sus características lo permitan. En esta línea se reconocen también las ventajas que implica para la Administración contar con una cierta separación en los servicios de telecomunicaciones objeto de contratación, lo que permite conseguir la oferta más ventajosa para cada servicio.

Ahora bien, como ya se ha indicado, el Real Decreto se refiere sólo a la Administración General del Estado. Por otra parte, el Real Decreto prevé que el pliego de cláusulas administrativas pueda admitir la presentación de ofertas integradoras de varios o de todos los lotes; de acuerdo con ello, alguna Administración ha previsto la valoración positiva de las ofertas integradoras, en particular cuando observa la posibilidad de beneficiarse de factores de escala.

Aparte de las reglas mencionadas, el Real Decreto no contiene más previsiones acerca de la separación por lotes.

En este contexto, algunas Administraciones han acogido, como criterio de separación, la enumeración de servicios que el propio Real Decreto efectúa en el artículo 2 del Real Decreto, a efectos de identificar el ámbito objeto de esta norma



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(esto es, los servicios que se consideran servicios de telecomunicaciones a los efectos del Real Decreto). En tal sentido, distinguen entre:

- a) Telefonía fija.
- b) Telefonía móvil.
- c) Alquiler de circuitos.
- d) Servicios de transmisión de datos.
- e) Comunicaciones corporativas.
- f) Servicios de Internet y otros servicios telemáticos e interactivos.
- g) Otros servicios de valor añadido.

Se ha acogido, así, un criterio para efectuar la separación por lotes, que cabe calificar de positivo.

Se plantea, por otra parte, el problema de hasta dónde se ha de llegar con el principio de la separación. Una separación excesiva podría llegar a crear situaciones de dependencia entre operadores, respecto a las ofertas que pueden hacer: Algo semejante es lo que plantea la cuestión del acceso indirecto, solución perfectamente legítima, pero en la que no puede dejar de destacarse que el operador de acceso directo controla, vía precios de interconexión, la oferta económica que el operador entrante puede hacer.

Finalmente, no puede olvidarse que el Real Decreto 541/2001 prevé la separación de aquellos servicios que sus características lo permitan. En este sentido, aunque no tenga la consideración de servicio de telecomunicación, ni aparezca mencionado en la enumeración que se hace en el artículo 2 del Real Decreto, se ha planteado, en algún caso, la conveniencia de licitar, por separado, el servicio de mantenimiento.

En particular, esta solución adquiere valor en aquellos casos en que los equipos de que se sirve de la Administración (y sobre los que se prestará el servicio licitado) pueden tener algún tipo de restricción respecto a su comercialización, restricción que va a operar con relación a los elementos o sistemas correspondientes a tales equipos, y cuya reposición o adaptación será necesaria en el marco de la actividad de *mantenimiento* (en algunos casos, lo que la Administración propone es la digitalización de ciertas centralitas analógicas que implantó TESAÚ y de las que ha devenido titular la Administración, las cuales van a seguir utilizándose en el marco de un nuevo contrato). Separando el servicio de mantenimiento se evitaría que esta restricción alcanzase al servicio de telecomunicaciones objeto de licitación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Adjudicación de lotes a diferentes contratistas:

Se ha planteado la conveniencia de que, de los lotes formados, no se adjudique más de un lote a un mismo operador, lo que evitaría situaciones de dependencia por parte de la Administración contratante respecto a un solo adjudicatario, minimizando los riesgos de posibles incumplimientos.

La cuestión ha sido sometida por el organismo Informática y Comunicaciones de Madrid, de la Comunidad de Madrid, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de esta Comunidad, siendo informado desfavorablemente por esta última¹² (Informe 1/2002, de 19 de abril).

4. Procedimiento y forma de adjudicación:

Con carácter general, el procedimiento de contratación puede ser abierto, restringido o negociado. Tanto para el procedimiento restringido como para el negociado, la forma de adjudicación puede ser la subasta o el concurso.

El artículo 208 de la LCAP señala que la forma normal de adjudicación de los contratos de consultoría y asistencia y de los contratos de servicios es el concurso¹³. En cuanto al procedimiento negociado, los artículos 209 y 210 de la LCAP regulan los supuestos en que este procedimiento puede utilizarse, dependiendo de si es con o sin publicidad. Cabe calificar a tales supuestos tasados como excepcionales.

Por su parte, como se ha apuntado, el artículo 180 de la LCAP prevé que, para el contrato de suministro, la subasta sólo podrá utilizarse en las adquisiciones de escasa cuantía que estén normalizadas (en estos casos se ha celebrado un concurso previo para la adopción del tipo). Por lo demás, como también se señaló, los supuestos en los que la Ley admite el procedimiento negociado para los contratos de suministro presentan ciertas equivalencias con los del contrato de servicios, y, en consecuencia, cabe decir también que son supuestos excepcionales.

¹² La Junta Consultiva concluye su informe indicando que “*la exclusión de licitadores por haber resultado adjudicatarios de otros lotes, causa que no se encuentra entre las establecidas en la LCAP, no se considera conforme a los principios de concurrencia y de igualdad a que ha de sujetarse la actuación de la Administración pública, como dispone el artículo 11.1 de la citada Ley*”.

¹³ La subasta sólo puede utilizarse en contratos de escasa cuantía en los que su objeto esté perfectamente definido técnicamente y no sea posible introducir modificaciones de ninguna clase en el mismo, **quedando el precio como único factor determinante de la adjudicación**.

No puede considerarse que ésta sea la situación normal de los contratos para la prestación de servicios de telecomunicaciones, en los que la *calidad* y el *precio* son los factores determinantes de la adjudicación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, la forma del concurso puede utilizarse en un procedimiento abierto, o en un procedimiento restringido. Como indica el artículo 73.3 de la LCAP en el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos. La LCAP no contiene ninguna cautela frente a la utilización, por parte de la Administración, de este procedimiento, salvo la de exigencia de motivación que figura en el artículo 75.2 (*“En todo caso, deberá justificarse en el expediente la elección del procedimiento y forma utilizados”*).

Se ha observado, en algún caso, el recurso por parte de la Administración al procedimiento restringido, sobre la base de una supuesta falta de madurez del mercado de las telecomunicaciones. En concreto, por medio del procedimiento restringido, se pretendería limitar la presencia de operadores “sin vocación de permanencia”, o restringir las ofertas a operadores con “experiencia contrastada en el sector”.

Resulta evidente, a la luz de la normativa de telecomunicaciones, que razones como las aducidas no sirven para “justificar” (de acuerdo con lo previsto en el artículo 75.2 de la LCAP) el recurso al procedimiento restringido. La apreciación, por la Administración, de la “vocación de permanencia” de un operador no es un criterio objetivo que permita a dicha Administración discriminar (vulnerando los principios de la LGTel) entre los operadores que están habilitados para la prestación del servicio de que se trate.

5. Criterios de valoración de las ofertas:

Partiendo, de conformidad a lo dispuesto en la LCAP, de que la forma *natural* de adjudicación de estos contratos de prestación de servicios de telecomunicaciones es el concurso, son varios los aspectos que pueden ser valorados en la licitación. La virtualidad del concurso es que la competencia entre los licitadores no queda reducida al tema del precio, sino que se valoran los diferentes aspectos que tienen trascendencia para la prestación del servicio.

Es importante la concienciación de que la oferta de los operadores es global, y que incluye tanto precio como condiciones técnicas (distribución de la valoración entre la oferta técnica y la económica).

Qué duda cabe de que en la valoración de las ofertas de los operadores se encuentra el punto clave para la garantía de la competencia entre los mismos. El respeto *material* al principio de igualdad, exige, cuando menos, del respeto a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ciertas garantías *formales*. En particular, es necesario que exista transparencia en los criterios de valoración, lo que exige que estos criterios se encuentren todo lo desagregados posible, para que puedan conocerse cuáles son las pautas a las que va a atenerse la Administración.

En definitiva se trata de desarrollar, todo lo posible el árbol de valoraciones de la Administración.

El artículo 86 de la LCAP señala que *“En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación”*. A continuación, a título ejemplificativo, se identifican como criterios objetivos: el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento... Estos criterios *“se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, y podrán concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo”*.

Ahora bien, la exposición de los criterios de valoración no puede quedar reducida a la mera enunciación de los criterios mencionados (el criterio genérico de la calidad, el criterio genérico de las características funcionales...) y de la valoración que se les asigna, sino que ha de alcanzar a la descripción de en qué consiste ese criterio (cómo se van a valorar los diferentes aspectos susceptibles de ser considerados en relación con el mencionado criterio). Así, se habrían de concretar las cuestiones relacionadas con la calidad que sean objeto de particular interés para la Administración (tiempo de reparación, duración de la avería...) y la valoración que se asigna a cada una de estas cuestiones, la posibilidad de disponer de determinadas soluciones que interesen a la Administración, cómo se valorará la capacidad ofertada, la velocidad... En fin, cuáles son los objetivos específicos de la Administración, o qué juicio va seguir la Administración para apreciar las ofertas que se presenten.

El suministro de esta información se muestra como necesario para asegurar la transparencia del procedimiento, y la igualdad de oportunidades, pues se da la circunstancia de que el operador establecido puede contar con la información de qué aspectos son los de particular interés para la Administración contratante, debido a su relación con la misma en el marco del contrato prestado.

6. Condiciones técnicas:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a) Especificaciones técnicas del contrato:

Con relación a las especificaciones técnicas surge el problema de la referencia a soluciones propietarias.

El artículo 52.2 de la LCAP establece: *“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 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».”*

Esta fórmula (la expresión “o equivalente”) sirve como solución para aquellos supuestos en que la Administración define el equipo que demanda, con relación a una determinada marca o solución -en la que pudieran existir ciertas restricciones para su comercialización-¹⁴.

En otros supuestos, el problema se plantea con relación a los equipos que son propiedad de la Administración, consecuencia de un suministro anterior, y que van a tener que ser utilizados en el marco del nuevo contrato, así como adaptados. En estos casos, el obstáculo a la concurrencia que pueda existir podrá salvarse si la Administración contratante pone a disposición de los licitadores la información concerniente a los equipos correspondientes al servicio que saca a concurso.

Se plantea, en este punto, el problema de las restricciones que pueden existir en el mercado para acceder a las características técnicas de equipos, que son necesarias para llevar a cabo las adaptaciones de los mismos que exige la

¹⁴ Es de destacar el recurso frecuente, por parte de la Administración, al servicio IBERCOM. Según el estudio *“Análisis del uso y alternativas de IBERCOM en las Administraciones”*, realizado en enero de 1997, en el ámbito del Ministerio de Administraciones Públicas, el total de líneas inventariadas del servicio Ibercom, en la Administración General del Estado y en la Administración de las Comunidades Autónomas, era de 81.634. En estos casos, lo que procede es que la referencia al servicio o a los equipos demandados se haga de forma genérica, sin identificar una determinada solución tecnológica -dentro de las posibles-, o una determinada marca (en este caso, de centralita). En último término, lo que exige la normativa, cuando se identifica el servicio por indicación de una marca, patente o tipo, es añadir la expresión “o equivalente”. Cuestión distinta es que la Administración haya de describir -aportando todos los datos necesarios, incluida la marca- los equipos con los que ya cuenta, y que quiere seguir utilizando, para que los licitadores adapten su oferta a los equipos ya existentes. Para salvaguardar en este caso la competencia será necesario que no haya ninguna restricción en cuanto a la información relativa a los equipos que sea necesaria para poder configurar la oferta ni tampoco en cuanto a las posibilidades técnicas de llevar a cabo las adaptaciones de dichos equipos que sean requeridas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

actividad de mantenimiento. Se trata de supuestos en los que pueden existir cláusulas de exclusividad en los contratos suscritos entre el operador dominante y el fabricante de los equipos, o pactos de efecto similar.

No podrá llevarse a cabo una actualización de los equipos ya existentes si no están disponibles en el mercado, salvo para un determinado operador, las versiones de *hardware* y *software* que habrán de instalarse.

Con el suministro de estos equipos a la Administración, el operador dominante puede crear clientes cautivos para futuros contratos. En algunos casos, el problema tiene solución si la Administración contratante adquiere la información necesaria para proceder a la adaptación de los equipos y la pone a disposición de los futuros licitadores.

Se ha puesto de relieve el problema de que, en muchos casos, es la propia Administración la que desconoce o carece de acceso a los datos relevantes para la prestación del servicio licitado.

Vinculado, por tanto, al problema de las restricciones que las especificaciones técnicas pueden plantear está el problema del suministro de información sobre los equipos y servicios objeto de licitación:

b) Información sobre los servicios objeto de licitación:

Para que un operador interesado en la licitación pueda presentar su oferta es necesario que la Administración le suministre las características del servicio objeto de licitación.

Uno de los principales problemas que se han observado es el desconocimiento que, en ocasiones, tiene la Administración de las características relativas al servicio que va a ser objeto de licitación.

En muchos casos esta circunstancia es debida a que la Administración no dispone de un departamento interno que gestione el servicio contratado, y, en consecuencia, desconoce los detalles del mismo, necesarios para preparar el pliego del concurso.

Este conocimiento debe proyectarse tanto sobre los equipos y demás elementos de que se dispone, y de los que va a servirse la Administración para la prestación del servicio, como de las particularidades que tiene el consumo que la Administración hace del servicio licitado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El suministro de información se presenta como requisito indispensable para deshacer la ventaja de que parte el operador establecido, al que le constan, por haber sido hasta entonces el prestador del servicio, los datos que los demás operadores desconocen.

La necesidad de aumentar el volumen de recursos humanos dedicados, en la Administración, a las tareas de gestión que comporta la contratación de estos servicios, el recurso a consultoras que asumen el encargo de elaborar los pliegos de contratación, y la previsión, en algún concurso, de que el adjudicatario habrá de realizar una prestación complementaria consistente en prestar formación al personal de la Administración contratante, son circunstancias que ponen de relieve la trascendencia que tiene este problema del conocimiento por parte de la Administración de los detalles del contrato.

En efecto, algunas Administraciones han puesto de manifiesto la necesidad de contar con recursos humanos suficientes, que conozcan las tecnologías existentes y el mercado, asumiendo la gestión que comporta la contratación de los servicios de telecomunicaciones (apreciando las necesidades de la Administración, valorando las soluciones posibles para el contrato, efectuando el seguimiento del mismo después de la adjudicación...).

En algunos casos, se ha planteado la posibilidad de encargar un estudio al respecto a una consultora, que haría inventario de los bienes de los que dispone la Administración, recabaría la información necesaria y elaboraría las especificaciones técnicas del pliego.

En esta línea, se ha ido extendiendo la práctica de celebrar una licitación previa para determinar la consultora que elaborará los pliegos del concurso que una Administración quiera celebrar en materia de telecomunicaciones. Algunos operadores advierten, no obstante, del riesgo que existe por el hecho de que algunas empresas de consultoría se encuentren vinculadas a ciertos operadores. Se trata de un tema respecto al cual la legislación de contratos ofrece una solución, aunque referida al caso de la empresa que directamente participó en la elaboración de las especificaciones: El artículo 52.3 de la LCAP establece que *“En los contratos sometidos a esta Ley no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas relativas a dichos contratos siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre competencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

También, en algún caso, se ha previsto por el pliego la obligación del adjudicatario de impartir un plan de formación al personal de la Administración contratante encargado de la materia, con relación a las características técnicas de los elementos y equipos instalados y con relación a la gestión de los mismos.

Todos los anteriores son medios que sirven al objetivo del mejor conocimiento, por parte de la Administración, del servicio objeto de licitación.

Lo importante es que, al final, se ponga a disposición de los licitadores las características de los equipos que interesará adquirir a la Administración, las características, funcionalidades y demás detalles de los equipos que ya obran en poder de la Administración, y las necesidades del servicio estimadas por la Administración (histórico de consumos...). Es decir, toda la información necesaria para poder realizar una oferta adecuada.

Es conveniente además que toda esa información necesaria se ponga a disposición de los licitadores en el pliego del concurso. Carecen de justificación, a estos efectos, las manifestaciones que pudiera realizar la Administración contratante de que, concluido el concurso, se suministrará al adjudicatario la información solicitada, si la información en cuestión es necesaria para poder realizar la oferta.

Si bien actuaciones posteriores, previas a la adjudicación, pueden completar la información del pliego -a solicitud de los interesados-, ha de tenerse presente que lo que corresponde, en principio, para asegurar las condiciones de igualdad, es que toda la información necesaria sea suministrada ya en el pliego. Guarda relevancia a este respecto lo expresado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 26 de septiembre de 2000 (Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa)¹⁵:

81 *En el presente caso, si bien la referencia a clasificaciones de organismos profesionales nacionales no supone que sólo puedan tomarse en consideración los certificados expedidos por esos organismos, no es menos cierto que **las especificaciones 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*

¹⁵ Asunto C-225/98. El Tribunal termina condenando a la República Francesa por no haber cumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 59 CE (actual artículo 49) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, relativo a la prohibición de restricciones discriminatorias a la libre prestación de servicios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

naturaleza de aquéllos, facilitándoles la presentación de ofertas conformes con las referencias codificadas que se recogen en los anuncios de licitación.

- 82 *Por el contrario, a 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.*

La relevancia de contar con información sobre el objeto del contrato, y, muy en particular, sobre los equipos de la Administración que han de ser objeto de mantenimiento por parte del adjudicatario, ha sido destacada por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº2 de Oviedo de fecha 22 de noviembre de 2002, relativa a la impugnación, por Telecable Oviedo, Telecable Gijón y Telecable Avilés del pliego de condiciones técnicas para la contratación del servicio de telecomunicaciones en la Universidad de Oviedo. Esta Sentencia, que declara la nulidad del pliego, señala:

“... con razón alega la recurrente, el hecho de que se diera libertad al licitador para que: a) alquile y mantenga los equipos existentes o b) procediera a la adquisición de otros nuevos no disminuye sino que al contrario refuerza la reclamación de aquél en orden a la necesidad de una completa información respecto a los existentes, pues si a la hora de adquirir todos los licitadores se encuentran, en principio, en igualdad de condiciones, a la hora de elegir entre esta opción y la del mantenimiento resulta imprescindible un conocimiento exacto del material que se trata de mantener y actualizar pues solo así se podrá realizar la oferta en igualdad con otros licitadores que, como aquí sucede, ya cuentan con esa información y por ende, en situación de libre competencia.

*Por otro lado, no puede olvidarse que **la descripción del objeto del contrato en relación al Lote cuestionado se lleva a efecto identificando el fabricante y modelo concreto de los equipos, lo que supone infracción a lo establecido en el artículo 52.2 del real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuando señala que...***

7. Régimen de precios del contrato:

Con relación al contrato de servicios, el artículo 67 prevé que el pliego de cláusulas administrativas particulares incluya el sistema de determinación del precio del contrato. Esta previsión se ajusta a lo señalado en el artículo 202.2 de la LCAP: *“En el pliego de cláusulas administrativas particulares se establecerá el sistema de determinación del precio de estos contratos que podrá consistir en precios referidos a componentes de la prestación, unidades de obra, unidades de tiempo o en aplicación de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

honorarios por tarifas, en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición o en una combinación de varias de estas modalidades.”

Los operadores realizarán su oferta económica, de acuerdo con el sistema indicado. Ahora bien, se necesita una referencia adecuada que permita a los operadores la formulación de su oferta. En particular, sirve a ese objeto la indicación de los consumos realizados por la Administración, pudiendo resultar también de utilidad la estimación de los consumos previstos. Será necesario, además que este consumo se presente desagregado en función del tipo de llamadas.

El operador dominante tiene, por la relación que ha mantenido con la Administración para la prestación del servicio, esa información, que habrá de ser puesta a disposición de los licitadores, recogiendo en el pliego, para permitir que estos operadores puedan presentar una oferta adecuada a las necesidades de la Administración. Puede suceder, no obstante, -y es algo que, como se ha dicho, puede plantearse con relación a otras cuestiones-, que la Administración carezca de esa información, la cual sólo obre en poder del operador dominante.

Otro problema relativo a los precios del contrato es la existencia de un régimen específico para el operador dominante, régimen que se refiere a los precios de los servicios que presta al público, así como a los descuentos que puede aplicar sobre esos precios.

La oferta económica que realice TESAU debe ajustarse al régimen de precios que tiene aprobado.

En varias Resoluciones, esta Comisión se ha pronunciado acerca de la aplicación del régimen de regulación de precios de TESAU en relación con la contratación administrativa. Se trata de la Resolución de 10 de octubre de 2002, por la que se contesta la consulta planteada por el *Gobierno de Navarra* sobre las ofertas de TESAU para los servicios de telecomunicaciones objeto de concurso; la Resolución de 17 de octubre de 2002, sobre la oferta de TESAU en el concurso presentado por la *Generalitat de Catalunya*, y la Resolución de 7 de noviembre de 2002, sobre la consulta relativa a la oferta presentada por TESAU en el concurso convocado por el *Ayuntamiento de Pontevedra*.

En estas Resoluciones se han ido sentando las siguientes conclusiones:

- Que el régimen de regulación de precios de TESAU resulta también aplicable para este operador en el supuesto de la contratación administrativa.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que las ofertas que realizadas por TESAU estarán sujetas a variación, una vez adjudicado el contrato, de acuerdo con las eventuales modificaciones que se vayan realizando en el régimen de regulación de precios.
- Que TESAU no puede prestar a un precio fijo un consumo variable (mediante lo que se conoce como *tarifa plana*) si no tiene aprobado el descuento correspondiente (o si no se modifica el régimen de regulación de precios para recoger ese descuento), o, en su defecto, si no se procede a regularizar con posterioridad los consumos realmente producidos (realizando la correspondiente facturación o devolución de cantidades en función de dichos consumos realmente producidos).
En particular, esta cuestión se ha planteado respecto de la presentación de una tarifa plana para llamadas de voz.
- Que TESAU no puede comprometerse a prestar el servicio a un precio determinado en base a previsiones y estimaciones que de no ser correctas, llevarían a un incumplimiento de la regulación de precios.
- Que dada la sumisión de TESAU al régimen de regulación de precios y la obligación de transparencia que está establecida por dicho régimen con relación a los precios que se apliquen¹⁶, este operador ha de informar a sus clientes de que las tarifas que presenta serán susceptibles de modificación de acuerdo con las modificaciones que se realicen del régimen de regulación de precios. Asimismo, ha de informar sobre si las tarifas que ofrece son las vigentes en el momento de su presentación o se trata de estimaciones.

Se plantea, no obstante, el problema de controlar la oferta económica que hace TESAU, pues el régimen de regulación se presenta como una materia excesivamente compleja para la Administración contratante, a los efectos de asegurarse de su respeto con relación de la oferta hecha por TESAU.

8. Duración del contrato:

La duración del contrato ha de ser la suficiente para permitir al adjudicatario amortizar la inversión que ha de llevar a cabo.

En alguna ocasión se ha apreciado que un plazo breve, con licitaciones del servicio cada poco tiempo, es lo más consecuente con un régimen de

¹⁶ El Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 27 de julio de 2000, por el que se establece el nuevo marco regulatorio de precios para los servicios prestados por TESAU (cuya publicación se dispone por Orden de 10 de mayo de 2001), recoge unas "*Condiciones generales aplicables a los precios de los servicios sujetos al marco regulatorio de precios*". Entre tales Condiciones se recoge la obligación de transparencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

competencia, y un medio adecuado para aprovechar las ventajas que resultan del mencionado régimen.

Debe tenerse en cuenta, en cambio, que la fijación de un plazo adecuado a la inversión prevista contribuirá a una mayor concurrencia de ofertas: TESAU parte de una ventaja inicial, ya que, como se ha señalado, dispone de su infraestructura desplegada, que, en buena medida, ya se encuentra amortizada.

Ha de tenerse presente, a este respecto, la reforma realizada, por la Ley 24/2001, con relación al artículo 198 de la LCAP, sobre duración de los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios. Esta reforma ha aumentado el plazo máximo de duración de los contratos para la prestación de servicios de telecomunicaciones.

En efecto, el artículo 198 establece, con carácter general, que los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios tendrán un plazo máximo de duración de dos años, pudiendo prorrogarse sin que la duración total exceda de cuatro años. Ahora bien, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social añade un nuevo apartado al artículo 198, por el cual se establece que los contratos de servicios para la gestión de los sistemas de información y los contratos para la prestación de servicios de telecomunicaciones tendrán un plazo máximo de vigencia de cuatro años, pudiendo prorrogarse sin que la duración total exceda de seis años.

En otro orden cosas, se plantea la cuestión de cuál ha de ser el plazo para iniciar la prestación del servicio. Este plazo deberá ser el adecuado para permitir al adjudicatario la implantación de sus equipos, sin perjuicio de que se tomen las precauciones oportunas para asegurar que las necesidades que tenga la Administración durante ese plazo se vean atendidas, y que se ocasionan los menores perjuicios posibles al funcionamiento y operatividad del servicio. En este sentido, los pliegos de algunos contratos han previsto la realización de un plan de implantación, que serviría de guía para pasar de la situación establecida a la solución adjudicada.

9. Otros aspectos: Portabilidad.

Se han planteado diferentes cuestiones con relación a la portabilidad de los números titularidad de la Administración.

Son varias las pretensiones que la Administración contratante tiene con relación a la conservación de sus números; algunas de las cuales presentan, no obstante,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

algún problema en relación con lo previsto en la normativa aplicable a esta cuestión de la portabilidad.

En este sentido, se ha planteado la posibilidad de incluir como criterio de valoración, a efectos de adjudicación, la oferta de un plazo menor para llevar a cabo la portabilidad de los números; o la conveniencia de que se respeten los números comprometidos por el operador establecido con esa Administración, sobre la base de la reserva de que el operador establecido es titular.

Con relación a la primera de estas cuestiones, ha de tenerse en cuenta que, la determinación del plazo para hacer efectiva la portabilidad no es una cuestión que dependa únicamente del operador adjudicatario. Las especificaciones técnicas de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración prevén que la fecha y hora de la ventana de cambio se determinará por acuerdo entre el operador donante y el operador receptor, a propuesta del operador donante. Por otra parte, el proceso para hacer efectivo el cambio depende también de otros factores externos, como la existencia de un cupo diario de solicitudes con relación al operador donante, correspondiente al tipo de portabilidad solicitada, que es comprobado por una Entidad de Referencia de Portabilidad.

Estas circunstancias ponen de relieve que el control del plazo del cambio no está en manos del operador receptor, por lo que la inclusión en el pliego de un criterio de valoración como el señalado no se considera positivo.

Con relación a la segunda cuestión, puede señalarse algo semejante. En efecto, las asignaciones y reservas de numeración, y, en general, la Gestión del Espacio Público de Numeración corresponde a la CMT, sin que los operadores puedan ofrecer compromisos acerca de cómo la CMT llevará a cabo esta gestión, por lo que no se considera positivo la inclusión de un criterio de valoración semejante en el pliego. No obstante, cabe señalar que, al margen de que no sea una cuestión sobre la que puedan comprometerse los operadores concurrentes a la licitación (al menos, en lo que respecta a la solución que pueda adoptar la CMT), la pretensión de la Administración de que se le faciliten, como abonado, esos números pueda verse atendida.

El Reglamento de procedimiento de asignación y reserva de recursos públicos de numeración (aprobado por Real Decreto 225/1998, de 16 de febrero) regula el control de las reservas, así como su cancelación por diferentes causas (por razones de utilidad pública, interés general, cuando –de acuerdo con lo previsto en el Reglamento- el titular no justifique adecuadamente la necesidad de mantener la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reserva...). Cancelada una reserva, los recursos de numeración quedarían libres para su asignación al operador interesado.

V. RECOMENDACIONES GENERALES.- Relación de “buenas prácticas” en la contratación administrativa de servicios de telecomunicaciones.

Este documento no pretende ser una relación completa de soluciones a las diferentes cuestiones que puede plantear la contratación administrativa con relación a los objetivos públicos de defensa de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

Será el análisis de cada caso el que permita valorar la situación concurrente y el que posibilite dar una respuesta adecuada a los diferentes casos que pueden ir planteándose.

No obstante, se pretende recoger una serie recomendaciones generales desde la óptica del fomento de la libre competencia, con relación a los diferentes problemas que se han expuesto en el apartado anterior de este informe.

Por otra parte, las soluciones que en este documento se contienen, se ofrecen desde el respeto a las finalidades que presiden la normativa de la contratación pública. Como ya se ha indicado, estas finalidades propias de la normativa de contratos se refieren a la obtención de las condiciones más beneficiosas para el interés público -seleccionando como contratista a aquél que pueda ofrecer las mejores condiciones a la Administración-, así como a asegurar la objetividad de la Administración en el trato a los ciudadanos, garantizando la igualdad de éstos en el acceso a la contratación pública.

Como se ha observado, en buena medida, las finalidades propias de la contratación convergen con las de regulación de las telecomunicaciones, en lo que interesa a la salvaguarda de las condiciones de igualdad en el trato dado por la Administración a los operadores a efectos de la contratación de servicios de telecomunicaciones.

No puede olvidarse que el respeto a la normativa de telecomunicaciones es una cuestión objetiva y que no es admisible considerar como un compartimento estanco la normativa de contratos, puesto que la conformidad de una actuación con relación al ordenamiento jurídico se predica con respecto a éste considerado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

como un todo, sin que queda “justificar” una determinada actuación o conducta en la consideración aislada de cierto sector del ordenamiento jurídico (en este caso, la normativa de contratación administrativa).

Sirve lo anterior para concluir que cualquier actuación en esta materia exige, por supuesto, del respeto, debido, a la normativa de contratos, y, asimismo, del respeto, incuestionable también, a la normativa de telecomunicaciones, así como a cualquier otra norma que pudiera resultar de aplicación.

En particular, conforme a lo previsto en la normativa de telecomunicaciones, la CMT podrá intervenir en asuntos concernientes a la contratación administrativa de servicios de telecomunicaciones, en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas (velar por la libre competencia, controlar tarifas...). Ello no supone una injerencia en las competencias propias de otra Administración.

A continuación, se recogen una serie de recomendaciones, o relación de “**buenas prácticas**” en la contratación administrativa. Estas recomendaciones son de carácter general; esto es, no dan una solución para atender casos concretos, pero sí ofrecen unos criterios para la contratación de servicios de telecomunicaciones por parte de la Administración que convendría considerar por ésta para asegurar el respeto a las condiciones de competencia.

➤ Licitación de los servicios:

Los servicios de telecomunicaciones que, en un momento dado, necesite la Administración deberán ser objeto de contratación pública, lo que permitirá recibir ofertas de los distintos operadores del mercado. Se respetarán los principios de igualdad entre operadores y no discriminación, y demás requisitos de la contratación pública señalados anteriormente, sin que pueda influir en ello la circunstancia relativa a que el operador dominante viniera prestando el servicio con anterioridad.

Si las necesidades de la Administración estuvieran atendidas por un contrato celebrado con TESAU antes de la liberalización, resultará oportuno revisar su régimen y proceder a su contratación en condiciones de competencia.

Lo que resulta inadmisibles, a la luz de la normativa de telecomunicaciones vigente, es que se proceda a la prórroga de estos contratos, dejando diferida en el tiempo su licitación en condiciones de competencia.

➤ Régimen de los equipos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La contratación de los equipos de telecomunicación podrá hacerla la Administración en régimen de propiedad o en alquiler. En el supuesto de que los equipos se contraten en propiedad, resultará conveniente que la Administración se asegure de que los equipos que contrata carecen de restricciones en el mercado a los efectos de poder llevar a cabo las operaciones de mantenimiento o adaptación necesarias; en otro caso, resultará necesario que, junto con tales equipos, se adquiera, del adjudicatario, la información o los derechos necesarios para llevar a cabo las labores de mantenimiento. En particular, será necesario que la Administración adquiera el derecho que le permita reclamar del suministrador los elementos necesarios para llevar a cabo el mantenimiento o adaptación de los equipos, y el conocimiento necesario sobre *hardware* y el *software* utilizado.

Esta previsión permitirá la utilización futura de los equipos en poder de la Administración por otros operadores, eventuales adjudicatarios.

En el caso de que los equipos se adquieran en régimen de alquiler, lo que permitirá ir prescindiendo de los mismos en provecho de los avances del mercado, será necesario que la Administración contratante conceda un plazo adecuado, después de la adjudicación del contrato, que permita su instalación.

Durante este plazo, las necesidades de la Administración habrán de estar cubiertas. Para ello, resultará conveniente que el nuevo contrato se convoque con la antelación necesaria al término del anterior, para que en todo momento, las mencionadas necesidades del servicio estén atendidas. Otra posibilidad sería la de prorrogar el contrato anterior hasta que el nuevo adjudicatario esté en condiciones de proceder a la prestación del servicio (una vez implantados los elementos necesarios), siempre que no se haya superado el máximo legal de duración del contrato.

De conformidad con lo dispuesto en la normativa de contratos, la identificación de los equipos a contratar se hará de forma genérica, sin identificar una determinada solución tecnológica, o una determinada marca. En último término, cuando no sea posible otra forma de identificación del equipo, se añadirá la expresión “o equivalente”, que permite que se presenten otros equipos que satisfagan las mismas funciones que las exigidas en el pliego.

En los supuestos de adaptación de equipos existentes, la descripción de estos equipos existentes será todo lo precisa que resulte necesario para la presentación de las ofertas, sin plantear restricción en cuanto a las diferentes soluciones técnicas que permitan conseguir las adaptaciones requeridas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

➤ Separación por lotes:

Aunque el Real Decreto 541/2001 no resulta de aplicación a las Comunidades Autónomas ni a la Administración Local (y en particular, no resulta de aplicación la exigencia de lotes separados contenida en el Real Decreto), la separación por lotes es una posibilidad admitida por la normativa de contratación, con carácter general. En efecto, el artículo 68.3 de la LCAP señala que *“Cuando el objeto admita fraccionamiento, justificándolo debidamente en el expediente, podrá preverse en el mismo la realización independiente de cada una de sus partes, mediante su división en lotes, siempre que éstas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado o así lo exija la naturaleza del objeto”*.

Por su parte, el Reglamento general de la LCAP, en su artículo 67, se refiere, con relación al contrato de suministro y al contrato de servicios, a la posibilidad de *“licitar, en su caso, por la totalidad del objeto del contrato o por los lotes que se establezcan”*¹⁷.

En este contexto, y tomando como referencia los principios y objetivos que presiden la normativa de telecomunicaciones, la separación de los servicios de telecomunicaciones en lotes es una medida conveniente para asegurar la concurrencia de los operadores en términos competitivos.

La enumeración de servicios que se realiza en el artículo 2 del Real Decreto mencionado puede valer como guía adecuada para efectuar la separación:

- a) Telefonía fija.
- b) Telefonía móvil.
- c) Alquiler de circuitos.
- d) Servicios de transmisión de datos.
- e) Comunicaciones corporativas.
- f) Servicios de Internet y otros servicios telemáticos e interactivos.
- g) Otros servicios de valor añadido.

➤ Forma y procedimiento de la adjudicación:

La solución más apropiada para asegurar el respeto a los principios de igualdad y no discriminación consiste en la celebración de un concurso abierto.

¹⁷ Artículo 67.5 a) y artículo 67.7 a) del Reglamento general.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con carácter general, resultará de aplicación, como forma de adjudicación, el concurso (salvo supuestos particulares de contratos de escasa cuantía), y como procedimiento, resultará adecuado el procedimiento abierto (el más consecuente con la libre concurrencia que se prevé para el mercado de las telecomunicaciones).

➤ Criterios de valoración:

Para asegurar la igualdad de oportunidades (y para que la Administración consiga las mejores ofertas posibles, adecuadas a sus pretensiones) se necesita que los pliegos desglosen todo el árbol de valoraciones al que va a atenerse la Administración con relación a las ofertas que le presenten los operadores. La exposición de criterios de valoración no puede quedar reducida a la mera enunciación genérica de cuáles son los criterios de valoración y de la ponderación que se asigna a tales criterios, sino que ha de alcanzar a la descripción precisa de los diferentes aspectos susceptibles de ser considerados en relación con el mencionado criterio.

Por otra parte, en la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, habría que prestar una especial atención en cuanto a la fijación de los criterios de adjudicación se refiere, para que en función de los mismos se pueda apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias. De esta manera, el órgano de contratación podría intervenir en los casos en que se denuncien ofertas anticompetitivas por los otros licitadores, impidiendo que pueda ser cumplida la proposición presentada como consecuencia de ser una oferta desproporcionada o temeraria.

➤ Información en el pliego:

La Administración contratante deberá poner a disposición de los operadores con carácter preferente, **en el pliego**- toda la información necesaria para efectuar una oferta adecuada. Esta información deberá referirse tanto a los equipos a utilizar (las existencias –inventario de equipos- y las características –*hardware*, *software*- de dichos elementos ya existentes y de los distintos elementos requeridos) como a los servicios a prestar (histórico de consumos –desglosado en función del tipo de llamada-, estimación, en su caso, de las necesidades futuras...).

No obstante lo anterior, deberían atenderse las solicitudes de información que, justificadas en la necesidad de adecuar la oferta, efectuasen los licitadores al objeto de poder completar la información suministrada en el pliego. En su caso,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

esta información complementaria debería poder ponerse a disposición de los otros licitadores siguiendo criterios de igualdad de oportunidades.

➤ Duración del contrato:

Resultará conveniente, para fomentar la concurrencia, que la duración del contrato sea, dentro del máximo previsto en la Ley, la adecuada para permitir la amortización de la inversión que exija el contrato.

➤ Régimen de precios de TESAU:

Habrà de tenerse en cuenta que TESAU està sujeto al régimen de regulación de precios y que las ofertas que realice son susceptibles de modificación conforme a las modificaciones que se produzcan en el marco del régimen de regulación de precios.

Los descuentos que oferte TESAU (así, p.e., aquellos que se instrumenten en forma de tarifa plana), en el supuesto en que no estén recogidos en el régimen de regulación de precios, serán admisibles siempre que, con posterioridad, se proceda a la correspondiente regulación (realizando la facturación o devolución de las cantidades que corresponda conforme a los consumos realmente producidos).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.dos.2 h) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, señala que la Comisión *“vigilará la debida aplicación de estas tarifas por los operadores, adoptando al efecto las resoluciones que procedan”*.

En el artículo 1.dos.2 j) se prevé que la CMT puede asesorar al Gobierno y al Ministro de Ciencia y Tecnología, a solicitud de estos o por propia iniciativa, y se prevé que, igualmente, puede asesorar a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales, a petición de los órganos competentes de cada una de ellas.

De acuerdo con esto, si, en un determinado supuesto, existiesen dudas sobre la conformidad a la normativa aprobada de la oferta económica presentada por TESAU, se podrá consultar a la CMT acerca de la misma.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el Artículo 23.2 de la Orden



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Carlos Bustelo García del Real

José Giménez Cervantes



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. Reinaldo Rodríguez Illera, D. José Pascual González Rodríguez y D. Antonio Elías Fuste, en su calidad de Consejeros de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y en relación con

El acuerdo del Consejo por el que se aprueba el:

INFORME AL MINISTERIO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA SOBRE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES. RELACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS (EXP. AJ2003/66).

adoptado en la Sesión nº 06/03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el 13 de febrero de 2003,

consideran necesario emitir el siguiente

VOTO PARTICULAR

Exposición.

En relación con lo establecido en el punto "7. Régimen de precios del contrato" de la pág. 38 y la recomendación correspondiente de la pág. 48, así como la argumentación que sostiene dicha posición, los abajo firmantes se reafirman en lo expuesto en sus votos particulares anteriores emitidos en relación con el expediente MTZ 2001/5774 resuelto mediante medidas cautelares en la sesión 8/02 del 28 de octubre de 2002 y definitivamente en la sesión 36-02 del 17 de octubre del mismo año.

En ese sentido el presente acuerdo confirma, en contra de la opinión de los que suscriben, el principio de la validez de la regulación del Price Cap como instrumento regulador de los precios del mercado de las grandes corporaciones. El informe en la práctica desvirtúa la propia razón de ser de los concursos de las Administraciones o de cualquier organismo público, o más bien de la capacidad de Telefónica de presentarse a dicho concurso. ¿Qué sentido tiene celebrar un concurso si las condiciones del mismo van a ser las regulaciones de precios aprobadas por la CDGAE a las que tiene derecho cualquier usuario?. Ésta es la razón conceptual de nuestro desacuerdo con la resolución objeto de este voto particular, nosotros pensamos que en los concursos públicos la oferta del operador dominante debe analizarse bajo la óptica de la emulabilidad por los otros operadores (defensa de la competencia),



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

admitiendo y estudiando las variables estratégicas de proyección de los precios sobre el período de tiempo para el que se realiza el concurso, no considerando simplemente el ajuste a los precios regulados en el momento de realización del concurso, al fin y al cabo, la regulación de precios sólo es una herramienta más para provocar y defender la competencia pero no la única.

Por contra, los abajo firmantes quieren expresar su posición respecto a que los análisis de emulabilidad de la oferta de Telefónica por parte de otros licitantes debe ser la base de la regulación de precios aplicable a Telefónica en este mercado.

Por último los firmantes consideran que si bien su postura es compatible con la normativa vigente sobre regulación de precios de Telefónica en base a una interpretación de la misma en el marco del desarrollo de un mercado pro competitivo. Si desde un punto de vista más formal se considerase que no cabe dicha interpretación, es de capital importancia instar al Gobierno en general y a la Comisión Delegada del Gobierno en particular para que se tomen las medidas oportunas de modificación de la regulación de precios para que Telefónica pueda participar de forma transparente y con la única limitación de evitar el abusar de su posición dominante en los procesos de licitación de servicios de telecomunicación de las AA. PP.

En conclusión:

Los Consejeros firmantes manifiestan por todo lo anterior, su desacuerdo parcial con el informe adoptado y ruega que así conste a efectos de lo establecido en el art. 22 de la ORDEN de 9 de abril 1997 del Ministro de Fomento por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Madrid, 14 de febrero de 2003

Fdo.: Reinaldo Rodríguez

Antoni Elías

José Pascual González