



Roj: **STSJ AR 753/2016 - ECLI: ES:TSJAR:2016:753**

Id Cendoj: **50297330012016100212**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **06/05/2016**

Nº de Recurso: **200/2013**

Nº de Resolución: **228/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUAN CARLOS ZAPATA HIJAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

SECCIÓN PRIMERA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

RECURSO N° 200/2013

SENTENCIA NÚMERO:228/2016

SENTENCIA: 00228/2016

En Zaragoza a 6 de mayo de 2016, habiendo visto los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, constituida por los Ilmos. Sres:

Presidente.

D. Juan Carlos Zapata Híjar, ponente de esta resolución.

Magistrados.

D. Jesús María Arias Juana

D^a. Isabel Zarzuela Ballester

D. Juan José Carbonero Redondo.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO: Partes del recurso

Recurrente "Telefónica de España, S.A.U." representada por la Procuradora D^a. Lucía del Río Artal y defendido por el Letrado D. José Enrique Villén Villén.

Demandados la Universidad de Zaragoza representada por la Procuradora D^a. Emilia Bosch Iribarren y defendida por el Letrado D. Jesús Solchaga Loitegui y Vodafone Ono, S.A. Sociedad Unipersonal representado por el Procurador D. Luis Ignacio Ortega Alcubierre y defendida por la Letrado D^a. Rosa María Jordi Romeo.

SEGUNDO: Actuación recurrida.

Acuerdo 40/2013 de 1 de agosto de 2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón por el que se se desestima el recurso especial interpuesto por la actora frente al procedimiento de licitación denominado "Suministro de las líneas de enlace necesarias para construir la Red de Comunicaciones de la Universidad de Zaragoza desde el año 2104 al 2017, promovido por la Universidad de Zaragoza.

Resolución de la Universidad de Zaragoza de 9 de octubre de 2013 por la que se adjudica el contrato nº 23/2013 objeto del recurso a Cableuropa, S.A.U. (posteriormente Vodafone)

**TERCERO: Procedimiento.**

Interposición del recurso el 1 de octubre de 2013.

Demanda el 16 de enero de 2014.

Contestación a la demanda el 21 de febrero y 25 de marzo de 2014.

No se practicó prueba

Conclusiones de la parte actora el 14 de mayo de 2014.

Conclusiones el 30 de mayo de 2014.

Se señaló para votación y fallo el día 20 de abril de 2016 tras el cual quedaron los autos conclusos y vistos para Sentencia.

CUARTO: Cuantía.

450.773,55 euros.

QUINTO: Pretensiones de la parte recurrente.

Estimación de la demanda y Nulidad de los dos Acuerdos recurridos así como el Pliego de licitación, por vulnerar los principios rectores del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y el art. 38 de la Constitución .

Resumen de los motivos de impugnación del acto recurrido.

1) Se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación para la adjudicación del Suministro de líneas de enlace necesarias para constituir la Red de Comunicaciones de la Universidad de Zaragoza para los años 2014 a 2017, contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto y con un valor estimado de 450.773,55 euros. Se recurrió por la actora el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el recurso especial ante el TACPA. Fundamentalmente sostiene que el pliego no se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos pues no puede presentar una oferta en cuanto al precio competitiva y de conformidad a la establecida en el Pliego sin quebrantar las obligaciones en cuanto al precio impuesta por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. Aportó una Resolución de la CMT de 7 de diciembre de 2010 en la que para el suministro objeto de contratación que son líneas Gigabit Ethernet consta una cuota mensual de 1.588,89 euros que multiplicada por 12 meses y 12 líneas daría un coste anual de 228.800,16 euros, más 2.359,91 euros por alta de servicio, cuantía que distaría mucho del Presupuesto de licitación que son 9.000 euros anuales. Dice que dado que es un operador con posición significativa de mercado no puede presentar un precio competitivo, sin vulnerar los requerimientos de la CMT, y su obligación de no estrechamiento de márgenes.

2) La Resolución desestima la petición razonando que lo que se recurre es el precio del contrato que según el art. 87.1 del TRLCSP, debe atender al precio general del mercado y que no puede pretender la recurrente que el precio de adjudicación lo fije la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, que esta cuestión la debe plantear ante ella, la actora. En atención a ello el Tribunal de Contratos solicitó informe a la Directora Técnica del Servicio de Informática y Comunicaciones de la Universidad y confirmó que el precio era correcto, razonando que es un coste proporcionado y extrapolado del precio del anterior contrato el de 2009. La consulta a otras Universidades, con un coste medio de 6.000 euros/año línea. La evolución tecnológica que permite multiplexar las comunicaciones con mejor eficacia. En Aragón varias empresas han ampliado las redes de comunicación lo que permite rebajar el precio, por la competencia habida. Que cabe presentar como mejora los enlaces a 10 lo que determinaría un mayor precio. En cualquier caso los precios son de referencia y para terceros lo que no impide presentar su oferta. Además pueden concurrir operadores que no necesiten alquilar la Red a Telefónica y por tanto con precios más bajos. Que el Tribunal no tiene competencia para modificar las Resoluciones de la CMT y que pueden presentar ofertas otras compañías con red propia, no sujetas a estas obligaciones.

3) Reitera en demanda que la fijación de ese precio a quién es operador con posición significativa de mercado y por tanto con unas obligaciones en cuanto a la fijación de precios establecida en la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica (MTZ 2009/2042), modificada por el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de 7 de diciembre de 2010, supera al precio del pliego, es contraria al principio de libre competencia y al principio de libertad de empresa.

SEXO: Pretensiones de la Administración demandada y del codemandado.

Desestimación de la demanda y confirmación del acto recurrido.



Resumen de los motivos de oposición al recurso.

- 1) Para los demandados el precio es correcto, pues se atiende a los precios de mercado. En cualquier caso no se ha acreditado que no lo fuera.
- 2) La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones puede imponer condiciones en cuanto a la fijación del precio en aquellos supuestos en los que un operador tenga un poder significativo en un mercado de referencia (art. 10 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones), lo que para la Universidad no tiene relación con prestar un servicio como el que es objeto del contrato, de ahí que sostenga que pudo participar. Que tenga que prestar en alquiler las líneas a un determinado precio o con unas condiciones para que el mercado sea competitivo, no puede significar que no pueda presentarse al concurso. Además carece de sentido que se anule el precio, cuando otros operadores con red propia puede ofertar precio conforme con la licitación al no venir obligados por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones al no tener un poder significativo en el mercado de referencia.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO: La corrección del precio del objeto del contrato.

Como bien se dice en la Resolución recurrida, lo que se impugna en este proceso es el precio del contrato. Y éste está regulado en el art. 87.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que dice:

1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

A la vista de este precepto, claro es que el precio puede ser objeto de anulación siempre que no cumpla con este precepto, que no sea cierto o que no sea el precio general del mercado. Pero en este caso no se ha acreditado que se incumpla el indicado precepto. A la vista del informe que hizo hacer llegar al expediente el Tribunal Especial de contratos de la Directora Técnica del Servicio de Informática y Comunicaciones de la Universidad se concluyó que el precio era correcto, pues como ya hemos resumido con anterioridad, es un coste proporcionado y extrapolado del precio del anterior contrato el de 2009. Precio que no es disparatado si tenemos en cuenta que tras la consulta a otras Universidades, el coste medio es de 6.000 euros/año línea. Que la evolución tecnológica permite multiplexar las comunicaciones con mejor eficacia. Que en Aragón varias empresas han ampliado las redes de comunicación lo que permite rebajar el precio, por la competencia habida. Y por último que cabe presentar como mejora los enlaces a 10 lo que determinaría un mayor precio.

Y frente a estas conclusiones que no se han rebatido en este proceso, se alza la actora reiterando -como ya hizo ante el Tribunal de contratos- que hay una vulneración del principio de igualdad, de la libre competencia y de la libertad de empresa, al establecer un precio, que impide hacer una oferta a Telefónica so pena de incumplir las resoluciones de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones que establece un precio mínimo para el alquiler de líneas muy superior al precio de licitación. En este caso y según la Resolución de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de 7 de diciembre de 2010, que aporta y dado que se trata de una línea de velocidad Gigabit Ethernet en zona 1 de 0 a 2 KM la cuota mensual de la Oferta de Referencia de las líneas alquiladas terminales de Telefónica (ORLA) es de 1.588,89, (la decisión final está en el folio 52) lo que siendo 12 líneas debería señalarse un precio de al menos debería establecer un precio de 228.800,16 euros, más 2.359,91 euros por alta de servicio.

Como bien se explica en la contestación a la demanda la ORLA es una medida impuesta por la Comisión en base a lo dispuesto en el art. 10 de la Ley General de Telecomunicaciones . En este precepto se indica que La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, teniendo en cuenta las Directrices de la Comisión Europea para el análisis de mercados y determinación de operadores con peso significativo en el mercado, así como la Recomendación de Mercados Relevantes, definirá, mediante resolución publicada en el "Boletín Oficial del Estado", los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas. En base a esta competencia realiza informe de los mercados con la finalidad de determinar si los distintos mercados de referencia se desarrollan en un entorno de competencia efectiva. En caso contrario, la Comisión



del Mercado de las Telecomunicaciones identificará y hará públicos el operador u operadores que poseen un poder significativo en cada mercado considerado.

Telefónica según las Resoluciones que se aportan tiene un poder significativo en el mercado de segmentos troncales de líneas alquiladas al por mayor, del conjunto mínimo de líneas arrendadas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, por eso la Comisión le impuso en Resolución de 2 y 23 de julio de 2009 la obligación de publicar una ORLA y tiene según el Reglamento de mercados la competencia para modificarla que es lo que realizó en la Resolución ya citada de 2010. En lo que aquí interesa el establecimiento de un precio de la línea alquilada se hace precisamente para salvaguardar la competencia, que sería desigual de no establecerlo dada la posición en el mercado de Telefónica. Medidas específicas que se imponen sólo a los operadores con poder significativo y que se alzan como dice la norma cuando se constate la existencia de competencia efectiva. Para fijar estos precios la Comisión ha realizado una comparativa europea de precios. De hecho en la resolución de 2010, se constata una reducción en los precios nominales respecto de los fijados en el año 2007.

Pues bien hemos de indicar, confirmando todos los razonamientos de la resolución impugnada como motivo principal para desestimar el recurso que la Universidad de Zaragoza, no tiene porqué sentirse vinculada a los precios establecidos en la ORLA, para fijar el que sirve de base a la licitación objeto del recurso. Es claro que -como hemos reiterado- solo cabría anular el precio si no fuera el general de mercado y que por los motivos que sean, -que desde luego como dice la Resolución son ajenos a este proceso- si el general de mercado no coincide con la ORLA, habrá que hacer llegar este alegato a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, pero en ningún caso puede vincular la decisión de esta Comisión a un órgano de contratación. Lo que sería contrario a derecho y al art. 87 del Texto Refundido es lo que se pide en demanda. Fijar un precio fuera de mercado, contrario además con evidencia a lo dispuesto en los arts. 31.2 y 103.1 de la Constitución que obliga a las Administraciones públicas a actuar con eficiencia, economía y eficacia por el sólo hecho de que una decisión que precisamente intenta hacer efectiva la competencia, imponga a una operadora un precio mínimo de alquiler de líneas.

Debe por tanto desestimarse el presente recurso.

SEGUNDO: De conformidad a lo dispuesto en el art. 139 de la LRJCA , debe hacerse expresa imposición de las costas causadas a la demandada y codemandada a la entidad recurrente con el límite de 1.500 euros por todo concepto y para cada una de las partes demandadas.

III. FALLO.

DESESTIMAR EL PRESENTE RECURSO Nº 200/2013, Y EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: DECLARAR SER CONFORME A DERECHO EL ACTO RECURRIDO.

SEGUNDO: HACER EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS DEL PRESENTE RECURSO CON LOS LÍMITES ALUDIDOS.

Contra esta Sentencia, los que hayan sido parte en el recurso, pueden interponer recurso ordinario de casación (art. 86 de la Ley 29/98 RJCA), en el plazo de diez días contados desde el siguiente a la notificación de la Sentencia, preparándolo mediante la presentación de escrito ante esta Sala, que deberá reunir los requisitos establecidos en el art. 89 de la Ley 29/98 RJCA).

Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, incorpórese al Libro de Sentencias de esta Sección y llévase testimonio a los autos principales.

Una vez firme, COMUNÍQUESE ESTA SENTENCIA en el plazo de DIEZ DÍAS al órgano que realizó la actividad objeto del recurso, para que el citado órgano:

1. Acuse recibo de la comunicación, en idéntico plazo de DIEZ DÍAS desde su recepción, indicando a este Tribunal, el órgano responsable del cumplimiento del fallo de la Sentencia.
2. Lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento del fallo de la Sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos Sres. Magistrados D. Juan Carlos Zapata Híjar, D. Jesús María Arias Juana, D^a. Isabel Zarzuela Ballester y D. Juan José Carbonero Redondo de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.