

Dictamen n^o: **126/11**
Consulta: **Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte
y Portavoz del Gobierno**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **06.04.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad en su sesión de 6 de abril de 2011, en relación con la solicitud formulada por el vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1.f) 2^o de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre revisión de oficio de la Resolución n^o 436/2010, de 26 de julio, del consejero delegado de la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (ICM), de Adjudicación Provisional del Lote II (“*Servicio de transporte IP de prestaciones medias*”) del contrato de servicios denominado “*Servicios de Telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid: Servicios de operador de datos*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El pasado día 4 de marzo de 2011 tuvo entrada en el registro de este órgano solicitud de dictamen preceptivo, firmada por el vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, en el asunto referido en el encabezamiento.

A dicha solicitud se le asignó como número el 99/11, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de

conformidad con el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Por reparto de asuntos, ha correspondido su ponencia a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, ha firmado la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, reunida en sesión ordinaria el día 6 de abril de 2011.

SEGUNDO.- Del expediente remitido –comprensivo de 260 folios– resultan de interés para la emisión del dictamen los siguientes hechos:

1.- Por Resolución de 5 de marzo de 2010, el consejero delegado de la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (en adelante, ICM) hizo público el anuncio de licitación del contrato de servicios denominado “Servicios de Telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid: servicios de operador de datos”, que constaba de 3 lotes, para su adjudicación mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios, por un presupuesto total de licitación de 34.477.869,40 euros, IVA incluido.

2. Efectuada en fecha 25 de junio la apertura de proposiciones económicas de los licitadores admitidos, se identificó que la oferta presentada por A al Lote II podría considerarse desproporcionada, en aplicación de los criterios fijados en el Pliego de Cláusulas Jurídicas. Por ello, en cumplimiento de lo que establece el artículo 136 de la Ley 30/97, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se le dio audiencia a efectos de que justificara por escrito su oferta con precisión de las condiciones de la misma. A la vista del escrito y de los informes emitidos por los servicios técnicos correspondientes, ICM consideró justificada y viable la oferta presentada y que, por tanto, A podría ejecutar satisfactoriamente el contrato en las condiciones ofrecidas.

3.- Mediante Resolución nº 436/2010, de 26 de julio, del consejero delegado de ICM, se adjudicó provisionalmente el contrato de referencia, en su Lote II (“*Servicio de transporte IP de prestaciones medias*”), a la empresa A, de acuerdo con la propuesta formulada por la Mesa de Contratación en fecha 30 de junio de 2010. Dicha adjudicación provisional se publicó en el Perfil de Contratante de la Comunidad de Madrid el 27 de julio de 2010.

4.- Contra esta adjudicación provisional, B (sociedad que explota sus servicios bajo la marca comercial de C), presentó el 6 de agosto de 2010 (fecha de sello de Correos) recurso especial en materia de contratación. Dicho recurso se basaba en las siguientes consideraciones jurídicas –que resumimos-, para fundar la invalidez de la adjudicación provisional realizada por ICM en favor de A:

- La oferta presentada por A relativa al Lote II del contrato de referencia es irreplicable por parte de sus competidores, y resulta, por tanto, contraria a la libre competencia. Así, B razona fundada y prolijamente la causa por la que la oferta de A es contraria a la libre competencia, por cuanto no permite a los operadores alternativos en el mercado, entre ellos a B, que viene prestando actualmente estos servicios a ICM, realizar ofertas tan competitivas como la de A, debido al margen que tiene esta compañía, como operador con posición de dominio en el mercado, para asumir los costes derivados de la prestación de sus servicios y bajar sus precios. Ello conlleva –según se razona en el recurso- que la oferta de A esté incurriendo en una práctica anticompetitiva, y además, esté vulnerando las obligaciones *ex ante* que le han sido impuestas en salvaguarda de la competencia efectiva por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT o “*el Regulador*”), todo lo cual implica, como colofón, que no pueda ser adjudicado a A el Lote II de dicho contrato. En concreto, entre las obligaciones *ex ante* impuestas por la CMT a los operadores con peso significativo en el mercado se encuentran las relativas

al control de precios –tales como obligaciones de orientación de los precios en función de los costes- y contabilidad de costes, para evitar precios excesivos o la compresión de los precios en detrimento de los usuarios finales (artículo 13 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; LGT). Estas obligaciones se encuentran recogidas en las Resoluciones de la CMT de 22 de enero de 2009, y de 23 de julio de 2009. Estas obligaciones establecen, entre otras cuestiones, que los precios fijados por los servicios mayoristas permiten replicar las ofertas minoristas de A y prohíben prácticas calificadas de anticompetitivas, entre las que se encuentran precisamente las reducciones de precios anticompetitivos (estrechamiento de márgenes o precios predatorios) y la discriminación abusiva en términos de precios.

Por lo que se refiere a la contabilidad de costes, y tras un detallado análisis, se llega a la conclusión de que, realizando una estimación de los costes que tendría que soportar un operador alternativo para poder prestar los servicios del Lote II del contrato, se obtienen unos costes que están por encima del importe de licitación ofertado por A, tanto para el periodo de contratación inicial de dos años, como para el supuesto de que éste se viera prorrogado por un plazo adicional de dos años más. En definitiva, se alega que los operadores alternativos, de cobrar los precios ofertados por A, tendrían unos costes que no podrían ser cubiertos, obteniendo una rentabilidad negativa en la prestación de los servicios.

- La oferta realizada por A, según B también se considera irreplicable en relación con los costes, y ello incide directamente en la valoración de las ofertas técnicas. Se razona que A formula una oferta que no puede ser emulable por sus competidores (los operadores alternativos) porque éstos no pueden asumir los costes de prestar los servicios licitados a los ínfimos precios ofertados por A, cuestión que, por otro lado, éste sí puede hacer, abusando de su posición de dominio en el mercado. En consecuencia, esta mayor posibilidad de asunción de costes que tiene A, se traduce en que esta

empresa pueda contemplar en su oferta técnica servicios o productos más allá de los “nominales”, incrementándose así la puntuación que por tal concepto le otorgue el órgano de contratación (lo que, de hecho, ha sucedido en la práctica). Como ejemplo de ello, se cita la oferta de A de mejora de las líneas de fibra y SHDSL para el entorno sanitario, en relación con el incremento de los caudales mínimos. En este elemento de valoración, A obtuvo la máxima puntuación (8 puntos), frente a los 3 puntos que obtuvo B (apartado 1.1.1. del Resumen del Informe Técnico de la Dirección de Producción e Infraestructuras de fecha 8 de mayo de 2010 de valoración de la oferta técnica correspondiente al Lote II).

- Considera B que la oferta presentada por A incluye valores anormales o desproporcionados que hacen imposible su cumplimiento. Según los pliegos (Anexo I, punto 6, “*Criterios de adjudicación*”), teniendo en cuenta el precio, se apreciará que en la proposición existen valores anormales o desproporcionados cuando su porcentaje de baja exceda de 10 unidades porcentuales, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas. Tras los cálculos pertinentes, partiendo del precio total ofertado por A (151.816,15 euros/mes), resulta que la oferta de A presenta un porcentaje de baja que supera un 16,21% el de la media de los porcentajes de baja de las ofertas del resto de licitadores. De ahí, se concluye que la oferta de A incluye valores anormales o desproporcionados que conllevarán la imposibilidad de cumplir con su proposición, dado que al ser irreplicable y constituir una práctica anticompetitiva, cabe su eventual paralización y retirada del mercado.

5.- El recurso especial en materia de contratación fue declarado inadmisibile por extemporáneo, en virtud de la Orden nº 2002/2010, de 16 de septiembre, del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno. Asimismo, se acordaba levantar la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, en aplicación del artículo 37.7 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en

adelante, LCSP), pudiendo procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato.

6.- Mediante Resolución nº 549/2010, de 13 de octubre, del consejero delegado de ICM, se elevó a definitiva la adjudicación provisional del Lote II, adoptada mediante Resolución 436/2010.

7.- En fecha de registro de entrada 28 de octubre de 2010, B interpuso recurso de reposición contra el acuerdo de adjudicación definitiva. Dicho recurso se basaba en las mismas consideraciones jurídicas en que se fundamentaba el recurso especial en materia de contratación, que damos por reproducidas en aras a la brevedad.

En primer “*otrosí*”, y al amparo del artículo 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), B solicita también la suspensión del acuerdo de adjudicación definitiva del contrato en su Lote II a A por considerar que, de continuarse con la ejecución, se irrogarían perjuicios de reparación imposible o difícil al interés público, por una serie de motivos que se pueden resumir en que, en fecha 26 de julio de 2010, B ha interpuesto denuncia ante la CMT, solicitando la incoación de expediente a los efectos de determinar la existencia de práctica anticompetitiva en la oferta presentada por A y la vulneración de las obligaciones *ex ante* impuestas por el Regulador. En el seno de este expediente, se ha emitido informe por parte de los servicios de la CMT en fecha 22 de octubre de 2010, en el que se concluye que “(...) *se adopte una resolución en virtud de la cual se requiera a A, para que de manera inmediata cese en la prestación del servicio que pueda venir prestando a la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid en relación con el Lote II (“Servicio de transporte IP de prestaciones medias”)*”. De ello, B colige que “*es razonable concluir que el Consejo de la CMT adoptará una resolución en los términos que se proponen y ello a*

muy corto plazo”. Ante esta circunstancia –que A cese en la prestación de sus servicios a ICM-, como es lógico, ICM deberá resolver el contrato e iniciar un nuevo procedimiento de licitación para la adjudicación de los servicios objeto del mismo.

En segundo “*otrosí*”, y de forma subsidiaria, para el caso de no acogerse la pretensión de suspender cautelarmente la adjudicación definitiva del contrato, se solicitaba, por las mismas razones, que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 203 de la LCSP, se acuerde la suspensión del contrato.

8.- Mediante Resolución del consejero delegado de ICM de 25 de noviembre de 2010 se acordó desestimar el recurso de reposición interpuesto por B frente a resolución anterior de 13 de octubre de 2010 de adjudicación definitiva del contrato de servicios de referencia en su Lote II, así como denegar la medida cautelar de suspensión solicitada.

En esta Resolución, se vuelven a reiterar los argumentos de fondo esgrimidos al dictarse la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto frente al acuerdo de adjudicación provisional, y así, se concluye que la adjudicación provisional (y por ende, la definitiva) del contrato, se ha realizado con pleno sometimiento a la normativa vigente, y en particular, a los artículos 135.2 y 136.4 de la LCSP, salvaguardando la libre competencia y respetando los principios que han de regir todo procedimiento de contratación, promoviendo la libre concurrencia entre los operadores económicos y la máxima competencia posible, sin imponer condiciones restrictivas que dificulten o imposibiliten dicho acceso y permitiendo a los licitadores la posibilidad de ofrecer los servicios a través de las tecnologías o infraestructuras que estimen más convenientes sin imponer una tecnología concreta.

Con respecto a la solicitud de suspensión del acto objeto de recurso, se desestima en mérito a la consideración, en primer término, de que no se

aprecia causa de nulidad de pleno derecho en la resolución impugnada que sea “*manifiesta*” como viene exigiendo la jurisprudencia (p. ej. la STS de 20 de mayo de 2009, citada). En segundo término, se argumenta que no se puede acceder a la suspensión cautelar sobre la base de la mera alegación de hipotéticos perjuicios, debiendo el solicitante justificar su existencia. A este respecto, después de citar extractadas varias sentencias interpretando el requisito del «*periculum in mora*» exigido por la ley para proceder a la suspensión cautelar del acto administrativo, señala que “*la medida que, en su caso, adopte la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la resolución del mencionado procedimiento tendrá como único destinatario a A, que es quien ha de someterse a la normativa de telecomunicaciones electrónicas y quien ha de responder, en su caso, de sus actos frente a terceras personas que puedan verse afectadas por su actuación*”. Asimismo, y por las mismas razones, se desestima la petición subsidiaria de suspensión del contrato.

TERCERO.- Paralelamente a la tramitación del procedimiento de contratación, B interpuso denuncia ante la CMT de los hechos a que se acaban de hacer mención. En dicha denuncia, presentada el 26 de julio de 2010, se solicitaba del Regulador la apertura de expediente al objeto de analizar la existencia de la práctica restrictiva de la competencia en que habría incurrido A al presentar su oferta en el concurso convocado por ICM para la adjudicación del contrato de servicios mencionado, en su Lote II, así como si dicha práctica es contraria a las obligaciones *ex ante* impuestas en las Resoluciones citadas *supra* de la CMT; que se notificase a la Mesa de Contratación de ICM la apertura del citado expediente, a los efectos oportunos en el proceso de adjudicación, informándole de las consecuencias que se derivan en caso de que, tras el correspondiente análisis, se concluya que efectivamente la oferta presentada es contraria a las resoluciones de la Comisión; y que, tras los trámites que correspondan,

se declarase el efecto anticompetitivo de la oferta de A y se le ordenase la paralización y retirada de dicha oferta.

Admitida dicha denuncia, se procedió por parte de la CMT a acordar la apertura de procedimiento con referencia aaa.

En el seno de este procedimiento, y sobre la base del informe emitido por los servicios de la CMT en 22 de octubre de 2010, el Regulador en su sesión número 37/2010, del Consejo, celebrada el día 25 de noviembre de 2010, adoptó el acuerdo siguiente (que transcribimos literalmente):

“PRIMERO.- En relación con el concurso convocado por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid para la adjudicación del contrato de servicios denominado “Servicios de telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid: servicios de operador de datos’ (expediente de contratación bbb), A ha incurrido en una práctica de estrechamiento de márgenes contraria a las obligaciones que tiene contraídas en virtud de la Resolución de 23 de julio de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor y la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor.

SEGUNDO.- En relación con el Lote II (“servicio de transporte IP de prestaciones medias”) del expediente de contratación ccc, si A se hallare prestando el servicio a la Agencia de Informática y Comunicaciones según las condiciones que están recogidas en la oferta objeto del presente expediente, deberá cesar de manera inmediata en la prestación del mismo.

TERCERO.- En caso de que dicha prestación se hubiera iniciado y se produzca cualquier modificación por parte de A en las condiciones en que viniera prestando el servicio a la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, la misma deberá ser consistente con lo establecido en la presente Resolución y habrá de ser comunicada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el momento de su presentación a la Agencia de Informática y Comunicaciones”.

CUARTO.- Con fecha de registro de entrada en ICM de 3 de diciembre de 2010, se presenta por parte de B solicitud de declaración de nulidad de la resolución de adjudicación provisional del contrato de continua referencia en su Lote II a A.

En el hecho segundo de su escrito, sostiene B que el 25 de noviembre de 2010 el Consejo de la CMT ha dictado Resolución relativa a la denuncia interpuesta por B contra A en relación con la oferta presentada por este último operador en el concurso convocado por ICM. En dicha Resolución, concluye la Comisión que la oferta presentada por A al Lote II del aludido contrato ha incurrido en una práctica de estrechamiento de márgenes contraria a las obligaciones que tiene contraídas en virtud de la Resolución de 23 de julio de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, y la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructuras de red (incluido el acceso compartido completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (apartado primero de la parte dispositiva). En otros términos, según B, *“la CMT declara que la oferta presentada por A al Lote II del concurso convocado por ICM es contraria al ordenamiento jurídico”*. Coherentemente con dicha declaración, el apartado segundo de la parte dispositiva, declara que *“si A*

se hallare prestando el servicio a la Agencia de Informática y Comunicaciones según las condiciones recogidas en la oferta objeto del presente expediente, deberá cesar de manera inmediata en la prestación del mismo”.

De ello deduce B que la ilegalidad de la oferta de A declarada por la CMT conlleva, como lógica consecuencia, la ilegalidad de la adjudicación provisional (y, por consiguiente, la definitiva) de dicho Lote II realizada a favor de A. Dicha declaración de ilegalidad trae consigo la necesidad de retroacción del procedimiento de contratación al momento inmediatamente anterior a aquél en el que se admitió la oferta presentada por A, *“al objeto de que, conservando todas las actuaciones que hubieran permanecido igual aun en el caso de no haberse cometido la infracción del ordenamiento jurídico (artículo 66 de la Ley 30/1992) se proceda a una nueva adjudicación, que necesariamente habrá de recaer en la oferta presentada por (B), la cual obtuvo el segundo lugar en el orden de puntuación de las ofertas presentadas al Lote II”.*

Las vías jurídicas que considera posibles para ello B son, en primer lugar, la revisión de oficio del acto de adjudicación provisional a favor de A (cuya anulación conllevará lógicamente la de la adjudicación definitiva), de conformidad con los artículos 34.1 de la LCSP y 102 de la Ley 30/1992. En concreto –señala–, el acto de adjudicación provisional es nulo de pleno derecho, conforme a los artículos 32.a) de la LCSP y 62.1.f) de la Ley 30/1992, ya que, en su virtud, A adquirió facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para tal adquisición.

Subsidiariamente, para el caso de no atenderse a la pretensión de revisión de oficio, se solicita se declare, al amparo del artículo 103 de la Ley 30/1992, la lesividad de la Resolución por la que se procedió a la adjudicación provisional del contrato a A del Lote II (también la

Resolución de adjudicación definitiva), y se impugnen ambas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, solicitando su anulación.

Simultáneamente a ambas peticiones, se solicita se acuerde la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a aquél en el que tuvo lugar la indebida admisión de la oferta presentada por A y, con conservación de las actuaciones que hubieran permanecido en todo caso igual, se acuerde la adjudicación del Lote II a favor de la oferta presentada por B.

En último lugar, se pide, al amparo del artículo 104 de la Ley 30/1992, la suspensión cautelar, durante la tramitación del procedimiento encaminado a la adopción de las decisiones pretendidas, de la Resolución de adjudicación provisional (y consiguientemente, de la definitiva) del Lote II realizada a favor de A, y se encomiende la prestación del servicio correspondiente a B. Dicha petición de suspensión cautelar aparece, según se argumenta en el escrito presentado, plenamente justificada con la finalidad de evitar perjuicios de imposible o difícil reparación, puesto que, como declara la CMT en la Resolución de 25 de noviembre de 2010, *“dada la fragilidad de la estructura competitiva de los mercados afectados, resulta necesaria una intervención inmediata (...) que asegure el restablecimiento de las condiciones competitivas en que han de desarrollarse los mercados de comunicaciones electrónicas”*, y ello al efecto de evitar *“los efectos perniciosos derivados de la práctica anticompetitiva detectada”*, particularmente significativos en *“casos como el presente, dado el limitado número de demandantes potenciales de este tipo de servicios – Administraciones públicas-, y la larga duración de la relación contractual entre ICM y A”*. De estas expresiones, deduce B la negativa e irreversible afectación a la estructura de los mercados en términos competitivos que se produciría en caso de no acordarse la suspensión solicitada.

A renglón seguido, entiende B que, de accederse a tal suspensión cautelar, debería encomendarse la prestación del servicio a ella misma –que es quien actualmente se encuentra prestándolo–, pudiendo ampararse jurídicamente esta decisión, bien en la fórmula de la prórroga del contrato que B tenía concertado con ICM con anterioridad a la resolución del expediente de contratación, bien en la inmediata adjudicación del Lote II *“condicionando resolutoriamente la eficacia de dicha adjudicación a la eventual confirmación de la adjudicación realizada a favor de A”*.

QUINTO.- De la solicitud de revisión, se da traslado a ICM, que emite informe al respecto en fecha 3 de enero de 2011. En dicho informe, ICM se opone a la revisión de oficio instada por B de la resolución de adjudicación provisional del contrato en su Lote II a A, por considerar que dicha adjudicación no adolece de ningún vicio de nulidad radical o de pleno derecho: para argumentarlo, sostiene que durante la tramitación del expediente de contratación se han observado los principios recogidos en la LCSP de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos e igualdad de trato de los candidatos, así como la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. En el procedimiento, se ha promovido la libre concurrencia entre los operadores económicos, y la máxima competencia posible, sin imponer condiciones restrictivas que dificulten o imposibiliten dicho acceso y permitiendo a los licitadores la posibilidad de ofrecer los servicios a través de tecnologías o infraestructuras que estimen más convenientes, sin imponer una tecnología concreta, de conformidad con lo establecido en el apartado segundo del artículo 101 de la LCSP. El procedimiento, así, derivó en la adjudicación provisional del contrato a la oferta, en conjunto, económicamente más ventajosa, tal y como exige el artículo 135 de la LCSP, y no se dio ninguna circunstancia que impidiera la elevación a definitiva de la adjudicación provisional acordada.

Respecto de la Resolución dictada por la CMT en fecha 25 de noviembre de 2010, señala que nos encontramos ante un supuesto de competencias concurrentes entre distintas Administraciones, donde un mismo hecho o una misma relación jurídica se proyecta la actuación de diversos órganos administrativos con competencias propias, atribuidas por el ordenamiento jurídico a cada uno de ellos en garantía de los intereses públicos que están obligados a salvaguardar. En cualquier caso, añade, *“no corresponde a la CMT enjuiciar la conformidad a derecho de los actos de otras Administraciones Públicas, materia sobre la que, en su caso, habrán de pronunciarse los Tribunales. A la CMT le corresponde exclusivamente enjuiciar aquellas cuestiones sobre las que incida la normativa de comunicaciones electrónicas, que es el ámbito material esencial en el que esa institución despliega sus competencias de derecho público”*.

En relación con la suspensión solicitada, con cita de la jurisprudencia que interpreta el artículo 111 de la LRJAP-PAC, y el artículo 104 de la misma ley, según el cual, iniciado el procedimiento de revisión de oficio, el órgano competente para resolver podrá suspender la ejecución del acto cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, sostiene que no basta la mera alegación de hipotéticos perjuicios para proceder a la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos, sino que, por el contrario, el solicitante debe justificar su existencia. De ahí razona que B no ha acreditado en ningún momento que la ejecución inmediata del acto cause un daño irreparable, en el sentido de que la posterior anulación de ese acto no impedirá restituir esa situación a su estado anterior, limitándose a recoger meras conjeturas.

SEXTO.- En relación con la solicitud de revisión de oficio, emite también informe el Servicio Jurídico en la Vicepresidencia, Consejería de Cultura y Deporte y Portavocía del Gobierno. En este informe, que abunda en los mismos argumentos recogidos en el informe de ICM, se concluye que no procede declarar la inadmisión a trámite de la revisión de oficio

planteada por B, sin perjuicio de que del examen de la misma, pueda resultar la desestimación de las pretensiones planteadas por el interesado; así como que no concurren los requisitos necesarios para acordar la suspensión solicitada; y que no corresponde a ese Servicio Jurídico valorar el contenido de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 de la CMT, habida cuenta el marco competencial de la Comisión.

SÉPTIMO.- A la vista de los informes anteriores, por Orden nº 69/2011, de 21 de enero, del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, se resuelve acerca de la solicitud de suspensión incluida en la revisión de oficio formulada por B. La pretensión de suspensión cautelar es desestimada, en mérito a la razón fundamental de que la simple mención de hipotéticos perjuicios derivados de la ejecutividad de la Resolución de adjudicación del contrato, sin comprobación objetiva de los mismos o justificación de su existencia, no pueden conducir a la adopción de la medida cautelar de suspensión, que, en todo caso, es excepcional. Basándose en el informe emitido por ICM el 3 de enero de 2011, se razona que B no ha acreditado en ningún momento que la ejecución inmediata del acto cause un daño irreparable, en el sentido de que la posterior anulación de ese acto no impedirá restituir esa situación a su estado anterior, limitándose a recoger meras conjeturas.

Esta Orden se ha notificado al instante de la revisión de oficio el 26 de enero de 2011, según consta en el acuse de recibo de Correos y Telégrafos.

OCTAVO.- En el seno del expediente de revisión de oficio, se otorga trámite de audiencia en calidad de interesado a A, quien, tras haber solicitado ampliación del plazo para presentar alegaciones, evacua el trámite otorgado mediante escrito presentado el 28 de enero de 2011 (en la Consejería de Economía y Hacienda), y con sello de entrada en la Vicepresidencia, Consejería de Cultura y Deporte y Portavocía del Gobierno el 2 de febrero de 2011.

En dicho escrito, A desgrana los siguientes argumentos, que sintetizamos:

- La adjudicación del contrato a A es perfectamente lícita y el procedimiento ha sido jurídicamente impecable. A este respecto, sostiene que la Resolución de la CMT que invoca B en ningún punto sugiere o contempla lo que esta última pretende, respecto de una supuesta nulidad o anulabilidad del acto de adjudicación.

- La solicitud de B carece de los requisitos establecidos en los artículos 102 y 62.1 de la LRJAP-PAC. La causa invocada para la revisión de oficio –la señalada en el artículo 62.1.f)- no es de aplicación, pues la misma sólo se admite en los casos en que se carezca de los requisitos que sean efectivamente esenciales para adquirir el derecho o facultad, ya que *“de lo contrario, se correría el riesgo de desvirtuar el carácter excepcional de las causas de nulidad de pleno derecho, frente a la regla general de la anulabilidad en el ordenamiento jurídico-administrativo español, con la consiguiente merma de la debida seguridad jurídica por la falta de plazo para revisar actos nulos (sic)”*. Dicha restricción, según A, debe interpretarse como que el requisito incumplido constituya un *“presupuesto inherente a la estructura definitoria del acto”*, de forma que *“se produzca una colisión cualitativa, una infracción nuclear, un choque cualificado, una discrepancia sustancial, una vulneración flagrante del ordenamiento. Sólo cuando la conculcación del ordenamiento revista una especial gravedad, cabrá declarar la nulidad de pleno derecho, al amparo del artículo 62.1.f)”*. Partiendo de estas consideraciones, se concluye que nada hace pensar que nos hallemos ante una infracción de estas características, y ello en mérito a que la Resolución de la CMT invocada por B para reclamar la nulidad del acuerdo de adjudicación: i) no supone incumplimiento respecto del acto de adjudicación por cuanto el mismo se tomó de conformidad con los criterios establecidos en la ley a este respecto; ii) procede de una tercera Administración, ajena a la contratante y sin

capacidad para revisar el acto de adjudicación; y iii) en ningún punto cuestiona la licitud del procedimiento de adjudicación.

- Por último, se considera improcedente la declaración de lesividad del acto de adjudicación, en aplicación de los artículos 103 y 63.1 de la LRJAP-PAC (aparte de que se trata éste de un procedimiento que sólo se puede iniciar de oficio por la propia Administración). Señala A a este respecto que la adjudicación del contrato en su favor no ha lesionado los intereses de la Administración, la cual, siguiendo los procedimientos establecidos en la LCSP, ha seleccionado la mejor oferta –técnica y económica-. Antes al contrario, argumenta, *“la solución planteada por B sí que sería lesiva para los intereses de la Administración (...) por cuanto supone no hacer partícipe a ICM de las mejoras de eficiencia e infraestructuras, soluciones y precios que se han implantado en el mercado desde que se resolviera la antigua adjudicación a B...”*.

NOVENO.- En fecha 7 de febrero de 2011, se formula propuesta de resolución en relación con la solicitud de revisión de oficio planteada por B. Tras citar los antecedentes de hecho de los que se ha dejado constancia más arriba, se propone la desestimación de la solicitud de revisión de oficio. En síntesis, y haciendo suyos los fundamentos del informe de ICM de 3 de enero de 2011, se considera que el acto cuya nulidad se pretende no está incurso en la causa de nulidad radical contemplada en el artículo 62.1.f) de la LRJAP-PAC. Así, sostiene que la Resolución de la CMT no advierte ninguna actuación ilegal en el procedimiento de contratación del expediente tramitado por ICM, sino que tan sólo analiza la oferta presentada por una empresa privada, A. Con absoluto respeto a los principios que rigen la contratación pública, ICM propuso primero la adjudicación provisional, y la definitiva, después, del contrato a A, tras un análisis de las ofertas presentadas, y siendo la de esta última la más ventajosa desde el punto de vista técnico y económico. Cada trámite del procedimiento se ha llevado a cabo conforme a derecho, por lo que no

procede la revisión del acto por el que se adjudicó provisionalmente el contrato de servicios examinado.

En cuanto a los efectos jurídicos de la Resolución de la CMT de continua referencia, citando la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, del Mercado de las Telecomunicaciones (LMT), y el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, la Comisión tendrá por objeto salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector.

Señala la propuesta de resolución, que *“en dicho ámbito competencial no puede interferir la actuación de la Comunidad de Madrid, como tampoco la Comisión puede valorar la actividad administrativa de contratación”*.

En suma, se considera que la medida adoptada por el Consejo de la CMT tiene como único destinatario a A, medida derivada de una particular y exclusiva relación entre estas dos entidades, y que no debe afectar a terceros, es decir, *“no incumbe a la Administración de la Comunidad de Madrid ni a su sector público”*.

A los hechos anteriores les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo a solicitud del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, en virtud del artículo 14.3 de la citada Ley, en relación con el

artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno recaba el dictamen del Consejo Consultivo al amparo del artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de creación del referido órgano consultivo autonómico, donde se establece que: “*1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid (...) sobre (...) 2.º Revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes*”.

En el caso que nos ocupa, en que se solicita la revisión de oficio de un acuerdo de adjudicación provisional de un contrato de servicios sometido a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LSCP), hay que estar a lo que sobre la revisión de oficio se dispone en este texto legal, en concreto, a lo dispuesto en el artículo 34 de la LCSP – incluido sistemáticamente en el Capítulo V del Título I del Libro I, que lleva por rúbrica “*Régimen de invalidez*”. El artículo 34.1 señala que “*La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación provisional y definitiva de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos de regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*”.

El artículo 32 de la LCSP, que trata de las causas de nulidad de derecho administrativo, menciona en el apartado a) “*Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*”.

Por remisión, el artículo 102.1 de la LRJAP-PAC, establece que: “*Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo*

hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1”.

De este último precepto legal se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter vinculante. La referencia que el artículo 102.1 de la LRJAP-PAC hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, creado por la citada Ley 6/2007.

En cuanto a la competencia para resolver acerca de la solicitud de revisión de oficio, dispone el artículo 34.2 de la LCSP que “*Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad de estos actos (los mencionados en el artículo 34.1) o declarar su lesividad el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública*”.

El acto cuya revisión se pretende emana de la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (ICM), Ente Público de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, adscrito a la Vicepresidencia, Consejería de Cultura y Deporte y Portavocía del Gobierno, como resulta del artículo 3.4 del Decreto 78/2009, de 27 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que establece la estructura orgánica de aquélla. Como Ente Público que forma parte de la Administración

Institucional de la Comunidad de Madrid, se rige por la Ley madrileña 1/1984, de 19 de enero.

Según el artículo 53.3 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, *“Las resoluciones dictadas por los Entes de Derecho Público en el ejercicio de potestades administrativas agotan la vía administrativa, salvo que su Ley de creación establezca otra cosa”*.

De otro lado, según el artículo 53.4.c) de la Ley autonómica 1/1983, *“Serán competentes para resolver los procedimientos de revisión de oficio de los actos administrativos nulos, declarar la lesividad de los anulables y revocar los de gravamen o desfavorables: (...) c) Los Consejeros, respecto de los actos dictados por los Consejos de Administración de los Organismos Autónomos y Entes de Derecho Público, salvo que su ley de creación disponga otra cosa”*.

De la regulación anterior, se sigue que corresponde al vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno resolver acerca de la solicitud de revisión de oficio instada por B.

SEGUNDA.- Después de haber justificado la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo, así como la competencia para pronunciarse sobre la revisión de oficio, debemos centrarnos en los trámites del procedimiento seguido al efecto.

En el procedimiento de revisión de oficio, como establece con carácter general el artículo 84 de la LRJAP-PAC, en relación con su artículo 31, se ha dado trámite de audiencia a la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (ICM), en calidad de interesada en el procedimiento, en cuanto que poder adjudicador cuyo acto es objeto de revisión. Este Ente Público ha evacuado informe cuyas

consideraciones han sido adecuadamente tenidas en cuenta en la propuesta de resolución.

El mismo trámite se ha conferido a A, empresa que ha resultado adjudicataria del Lote II (“*Servicio de transporte IP de prestaciones medias*”) del contrato de servicios convocado por ICM, y cuyo interés resulta directamente afectado por la resolución del procedimiento de revisión de oficio. A ha hecho uso, asimismo, de su derecho al mencionado trámite formulando en tiempo y forma escrito de alegaciones.

Por otra parte, y de acuerdo con el artículo 4.1.e) de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, se ha emitido en fecha 12 de enero de 2011 informe por parte de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, en que se concluye que no procede declarar la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio, así como que no concurren los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar de suspensión de la resolución cuya revisión se pretende; y que no corresponde al Servicio Jurídico valorar el contenido de la Resolución de 25 de noviembre de 2010 de la CMT, habida cuenta el marco competencial.

Ningún otro trámite resulta preceptivo en virtud de la LRJAP-PAC, por lo que se concluye que la tramitación del procedimiento ha sido completa, y que todos los interesados han tenido oportunidad de conocer el expediente y combatir los argumentos por los que B insta la revisión de oficio de la adjudicación provisional del Lote II del contrato a A, sin que por este motivo se haya causado indefensión a ninguno de ellos.

TERCERA.- Una vez examinadas las cuestiones formales que plantea este expediente de revisión de oficio, debemos centrarnos en los aspectos sustantivos, siendo el primero de ellos el concerniente a la naturaleza de la resolución cuya revisión se postula. El acto a revisar es la Resolución nº 436/2010, de 26 de julio, del consejero delegado de ICM, por la que se

adjudica provisionalmente el contrato de referencia, en su Lote II (“*Servicio de transporte IP de prestaciones medias*”), a la empresa A, de acuerdo con la propuesta formulada por la Mesa de Contratación en fecha 30 de junio de 2010.

Ya hemos visto que, formalmente, el acto anterior pone fin a la vía administrativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.3 de la Ley autonómica 1/1983. Desde este punto de vista, es susceptible de ser atacado por la vía excepcional de la revisión de oficio, *ex* artículo 102.1 de la LRJAP-PAC.

De otro lado, además, desde una perspectiva material, al tratarse el acto a revisar del acuerdo de adjudicación provisional de un contrato, la posibilidad de instar su revisión de oficio está expresamente contemplada en el artículo 34.1 de la LSCP, en previsión que constituye una novedad, como inmediatamente veremos, respecto de la regulación anterior contenida en el Real Decreto Legislativo 2/2000, que aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La adjudicación provisional y definitiva de los contratos se encontraba regulada en el artículo 135 de la LCSP, en su versión inicial.

Este precepto, no obstante, ha sido profundamente modificado en virtud de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que modifica sustancialmente las Directivas 89/665/CEE, de 21 de diciembre, y 92/13/CEE, de 25 de febrero, que regulaban los recursos en materia de contratación tanto con referencia a los contratos del sector público, como con respecto de los que celebren las entidades contratantes en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

En consonancia con la nueva regulación contenida en la Directiva comunitaria, se da nueva redacción al artículo 135, acabando con las dos

fases de adjudicación provisional y definitiva del contrato. Asimismo, esta reforma ha supuesto la modificación íntegra de la regulación de los recursos en materia de contratación, introduciendo un nuevo Libro VI que lleva por rúbrica *“Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos”* (artículos 310 a 320).

Como afirma en relación con el aspecto estudiado el Preámbulo de la Ley, *“ha sido necesario dar solución a la contradicción aparente que podía suponer para el carácter universal del recurso el hecho de que los actos producidos entre la adjudicación provisional y la definitiva quedaran fuera del ámbito de aplicación del mismo, pues, si bien se trata de actos de cumplimiento prácticamente mecánico en los que la controversia jurídica es apenas imaginable, conceptualmente deben ser susceptibles de recurso también para dar plena satisfacción a la configuración que del mismo hace la nueva Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre. Esta circunstancia ha llevado a la necesidad de refundir en uno solo los actos de adjudicación provisional y definitiva haciendo coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso”*.

La solicitud de revisión de oficio que nos ocupa se refiere a la adjudicación provisional del Lote II del contrato –realizada en virtud de Resolución nº 436/10, fecha 26 de julio de 2010– y, por ende, a la adjudicación definitiva –que tuvo lugar en virtud de Resolución nº 549/2010, de 13 de octubre–. De la interpretación sistemática de la disposición transitoria tercera y de la disposición final tercera de la Ley 34/2010, se desprende que, al tratarse de un solicitud de revisión de oficio interpuesta respecto de un expediente iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma (el 10 de agosto de 2010), y en cuanto a un acto (la adjudicación provisional) de fecha anterior (26 de julio de 2010), la

resolución del presente expediente deberá someterse a la normativa contenida en la redacción inicial de la Ley del 2007. Nos ceñiremos, pues, a esta última de ahora en adelante.

La LCSP, después de establecer que las ofertas presentadas por los licitadores se clasificarán en orden decreciente, se establece en el apartado 3 del artículo 135 que *“La adjudicación provisional se acordará por el órgano de contratación en resolución motivada que deberá notificarse a los candidatos o licitadores y publicarse en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 137 en cuanto a la información que debe facilitarse a aquéllos aunque el plazo para su remisión será de cinco días hábiles. En los procedimientos negociados y de diálogo competitivo, la adjudicación provisional concretará y fijará los términos definitivos del contrato”*.

Añade el artículo 135.4 que *“La elevación a definitiva de la adjudicación provisional no podrá producirse antes de que transcurran quince días hábiles contados desde el siguiente a aquél en que se publique aquélla en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación. Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor, sin exceder el de un mes. Durante este plazo, el adjudicatario deberá presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y cualesquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar o de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 53.2 que le reclame el órgano de contratación, así como constituir la garantía que, en su caso, sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos. La adjudicación provisional deberá elevarse a definitiva dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que expire el plazo señalado en el*

párrafo primero de este apartado, siempre que el adjudicatario haya presentado la documentación señalada y constituido la garantía definitiva, en caso de ser exigible, y sin perjuicio de la eventual revisión de aquélla en vía de recurso especial, conforme a lo dispuesto en el artículo 37. Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de un mes”.

Esta regulación constituye una relevante novedad en nuestro sistema de contratación pública, al introducir un trámite preceptivo dentro del procedimiento (la adjudicación provisional). A su vez, la distinción entre adjudicación provisional y definitiva tiene su origen en la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a los procedimientos en materia de adjudicación de contratos públicos de suministro y obras –comúnmente denominada “*Directiva de recursos*”–, a cuya trasposición obedece parte del articulado de la LCSP de 2007, que pretendió instituir un sistema de recursos rápido y eficaz frente a las decisiones de los órganos de contratación que infringieran el Derecho Comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales dictadas a su trasposición.

De acuerdo con ello, el artículo 37.2 de la LCSP contempla la posibilidad de que, entre otros actos, pueda ser objeto de recurso especial en materia de contratación el acuerdo de adjudicación provisional –en los supuestos previstos en el artículo 37.1–, pudiendo ser impugnado en el plazo de los diez días hábiles siguientes a su publicación en diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación (artículo 37.6). La presentación del recurso dará lugar a la suspensión del procedimiento, con prohibición de proceder a la adjudicación definitiva, en los términos del artículo 37.7.

En el caso que nos ocupa, B hizo uso, en primer término, para combatir la adjudicación provisional realizada por el órgano de contratación a favor de A del recurso especial en materia de contratación, el cual fue inadmitido por extemporáneo (por haber sido presentado más allá del mencionado plazo de diez días que marca la ley). En dicho recurso esgrimió los mismos argumentos de fondo que enarbó después al interponer recurso de reposición frente a la adjudicación definitiva.

Con buen criterio, la Resolución del consejero delegado de ICM desestimando el recurso de reposición, se remitía a las razones dadas en su resolución anterior de inadmisión a trámite del recurso especial en materia de contratación, en la cual, aun a pesar de inadmitirlo por transcurso del plazo perentorio de diez días hábiles que marcaba la ley, sí se pronunciaba sobre las razones sustantivas dadas por B, considerando que el recurso no podía tampoco prosperar aun si se entrase en el fondo del asunto.

Se razonaba en dicha resolución que *“entre la adjudicación provisional y la definitiva de un contrato no existe ningún acto administrativo propiamente dicho, sino el mero transcurso de un plazo que no tiene más finalidad que permitir la presentación de documentación complementaria (cfr. artículo 135.4 de la LCSP), y que resuelve sobre las incidencias que se hayan podido producir en la presentación de dicha documentación, y, en tal sentido, es susceptible de recurso de alzada o de reposición”*. Por lo que hace al caso examinado, se decía en la resolución que no se había dado ninguna circunstancia que impidiera la elevación a definitiva de la adjudicación provisional realizada en virtud de Resolución nº 436/2010, por lo que la adjudicación definitiva se ha producido al amparo del artículo 135 de la LCSP con pleno sometimiento a la normativa que resulta de aplicación.

Respecto de la adjudicación definitiva, cabe afirmar –con el informe 3/2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de

Cataluña, citado en la mencionada resolución- que no es susceptible de impugnación autónoma respecto de aquellos aspectos que sean reproducción de los contenidos en la adjudicación provisional definitiva y firme, o consentida por no haber sido recurrida en tiempo y forma.

En suma, pues, cabe afirmar que el acuerdo de adjudicación provisional del Lote II (*“Servicio de transporte IP de prestaciones medias”*) del contrato de servicios *“Servicios de Telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid”* es susceptible de ser objeto del presente procedimiento de revisión de oficio.

CUARTA.- Hechas estas consideraciones iniciales, se impone entrar a examinar el motivo de fondo hecho valer por B en su solicitud de revisión de oficio: el acuerdo de adjudicación provisional del Lote II del contrato estaría incurso en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.f) de la LRJAP-PAC, referente a los *“actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquirieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”*.

Antes de entrar en el concreto análisis de la causa de nulidad invocada, debemos partir de la razón fundamental en que se apoya esta pretensión de nulidad, y es que la CMT, acogiendo la denuncia interpuesta en su día ante el Regulador por B frente a A en este mismo expediente de contratación, dictó Resolución el 25 de noviembre de 2010, con las conclusiones recogidas en el antecedente de hecho tercero de este dictamen. En dicha Resolución, estimando que en la oferta presentada por A al Lote II en el concurso convocado por ICM, aquella empresa había incurrido en una práctica restrictiva de la libre competencia, en concreto, en un estrechamiento de márgenes –conducta contraria a las obligaciones contraídas *ex ante* con el Regulador, en virtud de sus Resoluciones de 23 de julio de 2009 y de 22 de enero de 2009-, se conminaba a A, en caso de

hallarse prestando el servicio a ICM, *“según las condiciones que están recogidas en la oferta objeto del presente expediente”*, a que cesara de manera inmediata en la prestación del servicio. Asimismo, en el apartado tercero de las conclusiones, se disponía que si la prestación ya se hubiera iniciado y se produjera cualquier modificación por parte de A en las condiciones en que viniera prestando el servicio a ICM, *“(la prestación) deberá ser consistente con lo establecido en la presente Resolución y habrá de ser comunicada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el momento de su presentación a la Agencia de Informática y Comunicaciones”*.

Del examen de dicha Resolución de la CMT y de sus conclusiones, no se vislumbra –ya se adelanta– que se considere que la adjudicación provisional realizada a favor de A sea nula de pleno derecho, pues la resolución no contiene pronunciamiento alguno a este respecto, y sí sólo consideraciones que afectan a su ámbito estricto de competencias definido por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGT).

En concreto, el artículo 3 de la LGT establece en su apartado a) que uno de los objetivos de la misma es *“a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación”*.

Por su parte, el artículo 48.2 de la LGT señala que *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto en su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre*

los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”.

Entre las funciones de la Comisión está, según el artículo 48.3.e), la de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios (...)”*.

Por su parte, el artículo 48.3.g) establece que, en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la CMT ejercerá, entre otras, la siguiente función: *“g) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley”*.

La Resolución de la CMT que ampararía, según B, su pretensión de declaración de nulidad de la adjudicación provisional realizada a favor de A, sobre la base de la ilegalidad de su oferta declarada por el Regulador, se ha dictado en el ámbito estricto de las competencias de este organismo, y de la normativa sectorial a que se acaba de hacer mención, y así es como debe entenderse. Sin perjuicio, claro está, de que la Comunidad de Madrid no pueda tampoco ignorar la existencia de dicha resolución, según la cual el licitador seleccionado para el lote controvertido ha incumplido sus obligaciones específicas y ha resultado adjudicatario precisamente mediante la utilización de prácticas prohibidas por restringir la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y entrañar un abuso de posición dominante. Tampoco podrá ignorarse el hecho de que A vendrá obligado a dejar de prestar el servicio, si la decisión de la CMT no es declarada nula por la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el caso examinado, la Resolución de la CMT continuamente aludida llega a la conclusión –tras un detallado análisis, en cuyos pormenores

técnicos no podemos entrar- de que A, al presentar su oferta para el Lote II, ha realizado una compresión o estrechamiento de márgenes, práctica prohibida y contraria a las obligaciones *ex ante* impuestas por el Regulador a A en sus Resoluciones de los mercados 4-5 y 6.

En uso de la habilitación competencial derivada de los artículos de la LGT citados *supra*, con fecha 23 de julio de 2009 se adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor (MTZ 2008/1944). En la citada Resolución, se llega a la conclusión de que el mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor no es realmente competitivo, imponiéndose a A en tanto operador declarado con poder significativo de mercado una serie de obligaciones regulatorias. Así, entre otras, la citada Resolución señala que:

“[D]ada la posición de A y su grupo empresarial en el mercado de referencia, esta CMT asegurará que, en su conjunto, las condiciones mayoristas, tanto técnicas como económicas, sean suficientes para evitar la comercialización de ofertas minoristas que impliquen una extensión de su posición y, por tanto, riesgos para la libre competencia en el mercado minorista. En particular, A no podrá realizar las siguientes prácticas:

- Reducciones de precios anticompetitivos (estrechamiento de márgenes o precios predatorios);*
- Empaquetamiento abusivo o injustificado (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete, no replicabilidad a partir de elementos mayoristas...);*
- Discriminación abusiva en términos de precios;*
- Cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo...)”.*

La misma Resolución señala que las líneas alquiladas mayoristas terminales con interfaces a Ethernet *“estarán sometidos a la obligación de control de precios mediante el mecanismo de retail minus de forma que, en ningún caso, los precios ofrecidos a terceros por A podrán ser excesivos ni comportar una compresión de márgenes operativos del operador solicitante que impida la entrada de un operador eficiente tanto en los mercados minoristas conexos como en los mayoristas descendentes al de referencia”*.

Igualmente, con fecha 22 de enero de 2009 se adoptó la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (MTZ 2008/626). En la citada Resolución, se llega a la conclusión de que el mercado de referencia no es realmente competitivo, imponiéndose a A, en tanto operador declarado con poder significativo en el mercado, una serie de obligaciones regulatorias. Así, entre otras, la citada Resolución señala que:

“[D]ada la posición de A y su grupo empresarial tanto en el mercado de referencia como en el mercado conexo de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija (mercado 4 de la Recomendación de mercados), se le prohíben las siguientes prácticas:

- *Reducciones de precios anticompetitivos (estrechamiento de márgenes o precios predatorios);*
- *Empaquetamiento abusivo o injustificado (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete, no replicabilidad a partir de elementos mayoristas,..*
- *Discriminación abusiva en términos de precios;*

- *Cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo...)*”.

Partiendo de las obligaciones impuestas a A en virtud de ambas Resoluciones, se analiza por parte de la CMT si en el caso concreto de la oferta realizada para la adjudicación del Lote II, se incurrió en alguna práctica prohibida, llegándose a la conclusión que así había sido.

Al respecto de la posición que deba adoptarse en el procedimiento de revisión de oficio que nos ocupa, no podemos dejar de mencionar el hecho de que, en la propia Resolución de la CMT de 25 de noviembre de 2010, se apunta a que *“En particular, debe recordarse que este expediente trae causa del procedimiento de contratación convocado por el organismo público ICM de la Comunidad de Madrid, al que tanto A como C han concurrido. En este contexto, no corresponde a esta Comisión enjuiciar la conformidad a derecho de los actos de otras Administraciones Públicas, materia sobre la que, en su caso, habrán de pronunciarse los Tribunales. Corresponde a la CMT exclusivamente enjuiciar aquellas cuestiones sobre las que incida la normativa de comunicaciones electrónicas, que es el ámbito material esencial en el que esta institución despliega sus competencias de derecho público. Englobándose dentro de estas funciones la de velar por la debida aplicación del marco regulatorio vigente, incluyendo aquellas Resoluciones en virtud de las cuales la CMT procede a regular de manera preventiva, mediante la imposición de las correspondientes obligaciones, aquellos mercados que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva”*.

Estos párrafos son igualmente reproducidos en el informe de ICM de 12 de enero de 2011 a este expediente de revisión de oficio, así como en la propuesta de resolución que se nos ha trasladado, a los efectos de deslindar el objeto de ambos procedimientos, y de las competencias ejercidas por ambas Administraciones Públicas. Se trata de un supuesto de competencias

concurrentes, en que sobre un mismo hecho o sobre una misma relación jurídica se proyecta la actuación de diversos órganos administrativos con competencias propias, atribuidas por el ordenamiento jurídico a cada uno de ellos en garantía de los intereses públicos que están llamados a salvaguardar.

QUINTA.- Partiendo de estas premisas, debemos ceñirnos al ámbito específico de lo aquí solicitado, y es que este órgano consultivo se pronuncie acerca de la existencia de una concreta causa que viciaría de nulidad el acuerdo de adjudicación provisional que se combate.

Como señalábamos en nuestros dictámenes nº 390/09 y 437/10, *“El artículo 102 de la LRJAP-PAC tiene por objeto facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos, pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia”*.

Citábamos allí el dictamen del Consejo de Estado núm. 984/2007, de 24 de mayo de 2007, según el cual *“Conviene reiterar que la circunstancia de revisar de oficio es una medida que implica una potestad tan exorbitante que debe aplicarse con mucho tiento, habiendo señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto en relación con la anterior Ley de 17 de julio de 1958 (Sentencia de 24 de abril de 1993) que «La jurisprudencia, siempre restrictiva en la interpretación tanto de los supuestos de nulidad del artículo 47 de la Ley de Procedimiento como de su revisión por la vía del 109, señala que éste es un cauce impugnatorio para el que se recomienda la máxima prudencia... habida cuenta que la no sujeción a plazo para efectuarlo... entraña un riesgo evidente para la estabilidad o seguridad jurídica»”*.

Hechas estas consideraciones iniciales, estamos ya en condiciones de analizar la causa de nulidad que se esgrime, que es la contenida en el artículo 62.1.f) de la LRJAP-PAC, que sanciona con nulidad de pleno derecho “(los actos) contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquirieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”. La irregularidad a que se refiere dicho artículo debe limitarse a los casos de carencia absoluta de los “requisitos esenciales” para la adquisición de un derecho, reduciéndose con ello considerablemente los casos en que la falta de un requisito establecido constituya causa de nulidad radical o de pleno derecho.

Como ya viene sosteniendo este Consejo Consultivo, siendo de interpretación restrictiva la actuación revisora por las razones expuestas, con mayor razón debe ser de aplicación limitada a la causa prevista en el artículo 62.1.f) de la LRJAP-PAC. Respecto de esta causa, no sólo no se ha de producir la vulneración por el acto revisado de alguna norma del ordenamiento jurídico aplicable al caso de que se trate, sino que la violación ha de suponer la obtención por una persona de una facultad o derecho y el incumplimiento por el beneficiario de los requisitos absolutamente esenciales que tal norma exige para su obtención; siquiera sea para distinguir efectivamente este supuesto de nulidad radical, del de anulabilidad por mera vulneración de normas.

En el caso examinado, el acuerdo de adjudicación provisional a A se ha ajustado formalmente al procedimiento de contratación legalmente establecido, pues de hecho, no se denuncia ni una indebida interpretación de los pliegos por parte de la Mesa de Contratación, ni una asignación de puntuación excesiva a la oferta presentada por A en sus dos aspectos técnico y económico, ni si una oferta es mejor que otra, o si la oferta de A incluye valores anormales o desproporcionados (la Mesa ya tuvo ocasión de examinar esta cuestión, interrogando al respecto a A y concluyó que no).

Sobre estos aspectos, la Mesa de Contratación sería soberana, y su decisión estaría sometida al único control, en su caso, de los Tribunales.

No puede olvidarse que el artículo 134 de la LCSP obliga al órgano de contratación, a la hora de la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa atender a criterios directamente vinculados con el objeto del contrato, señalando *ad exemplum* algunos de ellos. Y, desde este punto de vista, la oferta de A era la que reunía las características idóneas para ganar el concurso, extremo éste no discutido por sus competidores.

De hecho, B parte de la premisa de que la oferta de A es objetivamente mejor que la suya, basando su discrepancia con respecto a la adjudicación a favor de aquélla, en que dicha oferta es irreplicable para los operadores alternativos en el mercado por haberse realizado recurriendo a prácticas prohibidas (estrechamiento de márgenes), que le han llevado no sólo a mejorar el precio final ofertado, sino a ampliar considerablemente las prestaciones incluidas en la oferta técnica. Dicha oferta, en definitiva, sostiene B es ilegal –y la adjudicación realizada sobre la base de la misma es consiguientemente nula–, por haberse presentado por A habiendo abusado de su posición de dominio en el mercado.

Por atinadas y razonables que puedan resultar estas consideraciones, no existe causa suficiente para entender que A carece de los llamados “*requisitos esenciales*” para la adquisición del derecho a resultar adjudicatario del Lote II del contrato. En efecto, la adjudicación se ha llevado a cabo formalmente con arreglo a las normas procedimentales a que han de ajustar su actuación los órganos de contratación (y los poderes adjudicadores), y no puede ser tildada de nula de pleno derecho, por el hecho de que para la presentación de la oferta se haya incurrido por parte de uno de los licitadores en una práctica previa y ajena al procedimiento de contratación propiamente dicho, y prohibida por la normativa sectorial

correspondiente. En definitiva, A reúne, sí, los requisitos esenciales para la adquisición del derecho, y desde este punto de vista exclusivamente el acuerdo de adjudicación no es susceptible de revisión de oficio.

Este Consejo Consultivo es de la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la revisión de oficio de la Resolución nº 436/2010, de 26 de julio, del consejero delegado de ICM, por la que se adjudicó provisionalmente el contrato de servicios denominado “*Servicios de Telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid: Servicios de operador de datos*”, en su Lote II (“*Servicio de transporte IP de prestaciones medias*”), a la empresa A.

El presente dictamen es vinculante.

Madrid, 6 de abril de 2011