



**Recurso nº 1479/2022 C.A. del Principado de Asturias 72/2022**

**Resolución nº 1649/2022**

**Sección 2ª**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 29 de diciembre de 2022

**VISTO** el recurso interpuesto por D. C. B. M. , SAU, en representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra la adjudicación del lote 5 del procedimiento “*Servicios de telecomunicaciones del Sector Público del Principado de Asturias.*”, expediente 2021000608, convocado por la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana. el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** Por Resolución de 10 de agosto de 2021 se inició el expediente para la contratación de los servicios de telecomunicaciones del Sector Público del Principado de Asturias a adjudicar por procedimiento abierto.

El objeto del presente contrato es la prestación de los servicios de telecomunicaciones que requiere la Administración del Principado de Asturias (Consejerías), así como los organismos, empresas, entidades y entes públicos detallados en dicho procedimiento.

El objeto del contrato se dividió en los siguientes Lotes, cuyo objeto específico se detalló en el apartado 1 de los Anexos I a X del pliego de cláusulas administrativas:

- Lote 1. Red de datos multiservicio
- Lote 2. Red de datos de respaldo
- Lote 3. Servicios de acceso a Internet



- Lote 4. Servicios de telefonía fija
- Lote 5. Servicios de telefonía móvil y comunicaciones en movilidad
- Lote 6. Servicios de valor añadido de telefonía
- Lote 7. Servicio de videoconferencia
- Lote 8. Laboratorio 5G
- Lote 9. Centro de Gestión Personalizado (CGP)
- Lote 10. Oficina Técnica

**Segundo.** Por Resoluciones de fecha 11 de noviembre de 2021 se aprobaron los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares que han de regir la contratación de referencia. La adjudicación del presente contrato se efectuó por tramitación ordinaria y procedimiento abierto, determinándose la oferta económicamente más ventajosa conforme varios criterios de adjudicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

**Tercero.** El Consejo de Gobierno del Principado de Asturias en su reunión de fecha 12 de noviembre de 2021 autorizó la citada contratación y el gasto preciso para su financiación

Por Resolución de fecha 15 de noviembre de 2021 se aprobó el expediente de contratación y se dispuso la apertura del procedimiento de adjudicación por procedimiento abierto.

Publicado el anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, así como en el perfil del contratante de la Administración del Principado de Asturias, transcurrido el plazo de presentación de proposiciones se constituye la Mesa de Contratación de esta Consejería con fecha 18 de enero de 2022, para proceder a la apertura del sobre que contiene la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y la documentación relativa a los criterios no valorables en cifras o porcentajes presentadas en plazo, para participar en el procedimiento de contratación de referencia.



Abierto el acto, de conformidad con lo dispuesto legalmente, se recontaron las proposiciones presentadas y obrantes en la Mesa, resultando que presentaron oferta para el Lote 5 las siguientes empresas: ORANGE ESPAGNE S.A.U. y VODAFONE ESPAÑA S.A.

**Cuarto.** Con fecha 16 de junio de 2022 se reúne de nuevo la Mesa de Contratación. En dicho acto se procedió a la exposición de los informes técnicos de valoración de las ofertas presentadas a cada uno de los lotes objeto del contrato elaborado por el Servicio de Infraestructuras TIC de la Dirección General de Seguridad y Estrategia Digital.

Tras un estudio de los informes técnicos emitidos, la Mesa de Contratación asumió su contenido. La puntuación de las ofertas presentadas por las empresas admitidas en relación a los criterios no valorables en cifras o porcentajes fue la siguiente:

Licitador	Puntuación oferta técnica
ORANGE ESPAGNE SAU	23,58
VODAFONE ESPAÑA SA	28,72

A continuación, se procedió a la apertura y lectura del “sobre 3” de las empresas admitidas a la licitación resultando dichas ofertas las que se incorporaron como Anexos al acta de la sesión de la Mesa de Contratación de fecha 16 de junio de 2022.

Abiertas las ofertas la Mesa de contratación acordó suspender la sesión para poder proceder a la comprobación del listado de precios y mejoras ofertados y la asignación de puntos a cada empresa.

Los mencionados informes técnicos de valoración de ofertas, junto con el acta de la reunión de la Mesa de Contratación de fecha 16 de junio de 2022, fueron publicados en esa misma fecha en el perfil del contratante del órgano de contratación y en la plataforma electrónica de contratación pública del Principado de Asturias.



**Quinto.** Con fecha 19 de julio de 2022 se reunió de nuevo la Mesa de Contratación y se procedió en dicho acto a la exposición de los informes de puntuaciones finales de las ofertas presentadas a cada uno de los lotes objeto del contrato elaborados por el Servicio de Infraestructuras TIC de la Dirección General de Seguridad y Estrategia Digital.

Tras un estudio de los informes emitidos, la Mesa de Contratación asumió su contenido. La puntuación final obtenida por las empresas admitidas fue la siguiente:

Licitador	Puntuación oferta técnica	Puntuación criterios evaluables en cifras o porcentajes	Total puntuaciones
ORANGE ESPAGNE SAU	23,58	54,58	78,16
VODAFONE ESPAÑA SA	28,72	46,69	75,41

Se procedió a continuación al cálculo para determinar si las ofertas presentan valores anormales o desproporcionados conforme a los criterios fijados en el pliego, resultando negativo

**Sexto.** A la vista de lo expuesto, la Mesa acordó formular propuesta de adjudicación del Lote 5 del contrato de servicios de telecomunicaciones del Sector Público del Principado de Asturias a favor de la empresa ORANGE ESPAGNE, S.A.U. con NIF A82009812.

Los mencionados informes de puntuaciones finales de las ofertas, junto con el acta de la reunión de la Mesa de Contratación de fecha 19 de julio de 2022, fueron publicados en el perfil del contratante del órgano de contratación y en la plataforma electrónica de contratación pública del Principado de Asturias con fecha 21 de julio de 2022.

Con fecha 12 de septiembre de 2022 se reunió la Mesa de Contratación para proceder al examen de la documentación presentada por la empresa ORANGE ESPAGNE, S.A.U. propuesta como adjudicataria del lote 5 del contrato, resultando dicha documentación correcta a juicio de los miembros de la Mesa y por tanto debidamente acreditadas las condiciones establecidas en el pliego de cláusulas administrativas para que la empresa ORANGE ESPAGNE S.A.U. fuese adjudicataria del lote 5 del contrato.



Por Resolución de 11 de octubre de 2022 de la Consejería de Presidencia, se adjudica a la empresa ORANGE ESPAGNE S.A.U. el lote 5 del contrato de servicios de telecomunicaciones del Sector Público del Principado de Asturias. Dicha Resolución se notificó a los interesados mediante comparecencia electrónica y fue publicada en el perfil del contratante del órgano de contratación el 14 de octubre de 2022.

**Séptimo.** En fecha de 7 de noviembre de 2022 el recurrente interpuso el presente recurso especial en materia de contratación ante el TACRC.

**Octavo.** En fecha de 14 de noviembre de 2022 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha de 21 de noviembre de 2022 se presentan alegaciones por la entidad ORANGE ESPAÑA S.A.U.

**Noveno.** El recurrente ha solicitado el recibimiento del procedimiento a prueba, que versa sobre la identidad de los conceptos “*bono de datos*” valorados en el Criterio 2 (Oferta económica) y los de “*Mantenimiento mensual (precio/mes) bono de datos móviles*” valorados en el Criterio 4 (Catálogo de servicios) se refieren a los mismos productos, aportando a tal efecto un informe pericial. El Tribunal ha acordado la admisión de la prueba propuesta, que ha sido notificada al órgano de contratación junto con el recurso especial en materia de contratación, y tenida en cuenta para la resolución del presente recurso con arreglo a lo dispuesto por el artículo 348 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

**Décimo.** Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 17 de noviembre de 2022 acordando mantener la suspensión del lote 1 del procedimiento de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El presente Tribunal es competente para conocer este recurso de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 46.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector



Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP); el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC) y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 8 de octubre de 2021 (BOE del 29 de octubre).

**Segundo.** Se trata de un acto objeto de recurso especial en materia de contratación, al tratarse de un contrato de servicios que supera el umbral cuantitativo señalado en el artículo 44.1.a) de la LCSP.

Igualmente se trata de un acto recurrible al tratarse de la impugnación de la adjudicación del contrato, con arreglo al artículo 44.2.c) LCSP.

**Tercero.** La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legalmente establecido de conformidad con el artículo 50 LCSP.

**Cuarto.** El recurrente está legitimado para la interposición del presente recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP. En efecto, la eventual estimación del recurso le situaría en disposición de alzarse con el contrato.

**Quinto.** La parte recurrente basa su recurso en dos alegaciones. En primer lugar, en un error manifiesto en la valoración, ya que, a su juicio, por incoherente e inviable no se debió haber tenido en cuenta los precios a “0” que ofreció ORANGE en el criterio 4, para los mismos servicios en los que ofreció precios distintos a “0” en el criterio 2.

Señala el recurrente que ORANGE ofreció distintos precios para un mismo servicio, el de bono de datos, en el Criterio 2 que en el Criterio 4 “*mantenimiento mensual bono de datos*”.

El recurrente considera que, siendo el mismo servicio, en el Criterio 4 sólo podía haber por coherencia y viabilidad de la Oferta económica (que claramente no puede ser “0” en todos



esos ítems), el que para los servicios de bonos de datos “300 Mb”, “5Gb”, “10 Gb” e “ilimitado”, que son los coincidentes en el Criterio 2 y el Criterio 4, se diera el mismo precio, y no ofrecer un precio en el Criterio 2. “Oferta económica” (que es lo que sí o sí va a cobrar ORANGE) y “0” precio en el Criterio 4 “Precio de Catálogo”.

Entienden que el precio indicado en el Criterio 2 “Oferta Económica”, es el correcto, y consideran que no puede ser “0” para todos esos ítems, porque no sería viable la oferta y tendría que ser ORANGE excluida.

Por lo tanto, manifiestan que la única forma lógica de interpretar la incoherencia es considerar que al mismo servicio el error está en el Criterio 4 que indica “0”, cuando para el mismo servicio debería haber indicado el mismo precio que en el Criterio 2, como hizo VODAFONE.

El recurrente señala que ORANGE debía haber sido excluida si consideramos que el precio de “0” es el correcto porque su Oferta económica no sería viable en relación al Criterio 2, o en su caso, ORANGE debía haber sido valorada de forma coherente tomando en consideración en el Criterio 4 los precios ofrecidos por ORANGE en el Criterio 2 para los mismos servicios de bonos de datos “300 Mb”, “5Gb”, “10 Gb” e “ilimitado”.

Añade la recurrente que, si ello hubiera sido así, la valoración de ORANGE en relación al Criterio 4, no habría sido de 18,15 puntos, y la de VODAFONE de 5,69 puntos (destacar que en relación con los 4 servicios en discusión a VODAFONE se le otorgaron “0” puntos), y la diferencia de menos de 3 puntos en la Valoración total de todos los Criterios de valoración que dio la adjudicación a ORANGE obviamente habría sido salvada por la puntuación obtenida por VODAFONE en el Criterio 4.

El recurrente recoge en esta alegación una simulación del cálculo de las puntuaciones según el criterio que defiende, de la que indica que ella resultaría adjudicataria por aplicación del mismo.

En un segundo apartado de esta primera alegación el recurrente insiste en que los servicios de bonos de datos “300 Mb”, “5Gb”, “10 Gb” e “ilimitado” indicados en el criterio 2 “oferta



*económica*” son los mismos servicios que los denominados en el criterio 4 *“mantenimiento mensual bono de datos”* para *“300 Mb”, “5Gb”, “10 Gb” e “ilimitado”*.

Para tratar de acreditar esta afirmación el recurrente aporta Informe Pericial como Documento nº 3 que hace un análisis de dicha cuestión e indica que realiza un análisis tanto del contenido de los Pliegos como del mercado, para concluir que no existe diferencia entre las mencionadas denominaciones de servicio.

En concreto el recurrente se refiere a apartados concretos del Informe Pericial y en particular señalan el apartado 6 del Informe Pericial que acompañan con el presente recurso. Continúa el recurrente señalando que igualmente, destaca el Informe Pericial en el mismo apartado 6, que en el PPT, en su apartado 5.5.4.9 se hace una descripción del servicio de *“bono de datos”* sin que haya ni rastro de definición del Servicio de *“mantenimiento de bono de datos”*.

El Informe Pericial resalta que *“prestar el servicio”* de *“bono de datos”*, y *“mantenimiento”* del mismo en el tiempo no tiene sentido que sean cuestiones distintas, pues estamos ante un servicio de tracto sucesivo.

En definitiva, el recurrente se basa en el informe del Perito que llega a la conclusión de que estamos ante un mismo servicio lo cual entienden les sirve de apoyo de la nulidad de la resolución impugnada.

Como segunda alegación sostiene el recurrente que hay un error manifiesto en la valoración ya que, a su juicio, no cabría otorgar puntuación alguna a ORANGE en relación a los ítems del Criterio 4 en los que referenció precio *“0”* porque conforme a la fórmula que debía utilizarse no era posible establecer un resultado numérico si como precio utilizamos *“0”*. El total de puntuación de los ítems de dicho Criterio 4 debería haber sido otorgado a VODAFONE, y en cambio ORANGE debió obtener *“0”* puntos en dichos ítems.

El recurrente basa esta segunda alegación en el informe pericial. En concreto señala, que según indica el perito la utilización en la fórmula fijada en el Criterio 4 para realizar la valoración de un precio *“0”*, supondría como resultado *“indeterminación”*, no *“0”*. Matemáticamente, no podía de ninguna manera resultar ningún número. Siendo así, no





pudiendo ser el resultado de la operación matemática que establece la fórmula un número, no cabía dar puntuación alguna a ORANGE porque su oferta a “0” no podía servir de comparativa para el otorgamiento de puntuación.

Por lo tanto, según la recurrente toda la puntuación del Criterio 4 debía ser otorgada en su totalidad a VODAFONE en relación a dichos 4 ítems indicados a precio “0”, y por el contrario, ORANGE debió recibir “0” puntos en dichos ítems, quedando VODAFONE claramente adjudicataria (recordemos que en la puntuación total separaban a ambas licitadoras menos de 3 puntos), aplicando las mismas fórmulas que las que indica el recurrente en el cuadro que recogen en su recurso en el apartado 1.1 de la alegación Primera.

Así, si ORANGE recibiera “0” puntos en esos cuatro ítems, ya se superarían los casi tres puntos que VODAFONE necesitaría para resultar adjudicataria.

Finaliza el recurrente que según el Informe Pericial aportado la oferta a precio cero de Orange en el Criterio 4, que se correspondería con ofertar “*bonos de datos*” de forma gratuita, no resulta coherente para los subapartados 4.5 (300 Mb), 4.6 (5Gb), 4.7 (10Gb) y 4.10 (ilimitado) con la ofertada en el Criterio 2 para los mismos conceptos, habiéndose incluido dos precios diferentes para la misma prestación. Ello se traduce en que estos ítems a precio cero no representan una verdadera ventaja para la Administración, al no entrar nunca este precio de servicio adicional en juego, porque en caso de requerirse una nueva unidad de uno de estos bonos de datos se incluiría dentro de la cuota variable de servicios ordinarios, al precio que se estableció en el Criterio 2 (oferta económica).

**Sexto.** Por su parte, el órgano de contratación, en primer lugar, defiende la denegación que se hizo al recurrente de exhibición del expediente.

En segundo lugar, señala que los criterios 2 y 4 son el mismo concepto, y ambos conceptos prestan los mismos servicios, pero la distinción entre uno y otro viene de su metodología y del momento de aplicación de los mismos a los precios.

Los ítems incluidos en la oferta económica total del contrato, continúa explicando el órgano de contratación, se valoran de forma global en el criterio 2, mientras que los incluidos en los precios de catálogo se valoran de forma específica en el criterio 4.

Esta distinción resulta de que es especialmente interesante para el órgano de contratación valorar adicionalmente ciertos ítems que le resultan relevantes de forma específica y separada de la valoración global de la oferta. Para entender esta argumentación es preciso acudir a como está prevista la forma de pago del contrato. En esta cláusula de pliego rector del contrato se establece para el lote 5:

*“Periodo de implantación Cuota fija*

*Suma de precios unitarios ofertados para la implantación, se hayan producido o no altas o bajas o modificaciones de los productos o servicios requeridos contemplados en el contrato. Salvo el documento de estimación de implantación que se abonará de acuerdo a lo ya descrito. Este importe se restará del precio unitario de servicios comunes.*

*Periodo de explotación Cuota fija*

*En el caso de que no se hayan producido ni altas ni bajas ni modificaciones de los productos o servicios requeridos contemplados en el contrato, se abonará el importe de explotación ofertado proporcional al trimestre de ejecución.*

*En el caso de que se hayan producido altas y/o bajas y/o modificaciones de los productos o servicios requeridos contemplados en el contrato, se abonará el importe de lo siguiente:*

*o Los costes trimestrales de la oferta original del contrato para el periodo de explotación*

*o La suma o resta de los costes unitarios de cada trimestre facturado, aplicando los precios del catálogo”.*

*Cuota variable*

*Se pagará trimestralmente en función de los precios unitarios ofertados de la cuota variable*

De esta cláusula se desprende, a juicio del órgano de contratación, que durante el periodo de explotación, la facturación del contrato será siempre la misma (el importe de explotación que es *per se*, la oferta global fija y variable, siempre que en esta última no variasen los consumos, es decir si por ejemplo en las llamadas se consumen más segundos que los estimados, esta cuota variaría por los segundos consumidos), si no se produjera ningún alta o baja o modificación de los productos o servicios requeridos, pero que en el caso de producirse altas o bajas o modificaciones de los mismos, es cuando entran a operar los precios de catálogo aumentando o disminuyendo la cuota fija y no afectando a la variable, que por tanto resulta de interés para la ejecución del contrato enfatizar su relevancia a la hora de la variación en los posibles pagos del servicio.

Adicionalmente indica que, si el pliego hubiera querido que los precios por dichos conceptos fueran los mismos, no habría hecho falta hacer ninguna distinción entre ellos, es decir no hubiera sido preciso valorarlos de forma separada, ya que bastaría simplemente su valoración como parte integrante de la oferta global. En este marco, sostiene que, si la recurrente considerase que estos precios no podrían ser distintos, lo que debería haber hecho es haber recurrido el pliego de cláusulas administrativas rector del contrato en el momento que tuvo oportunidad para ello, ya que el mismo pliego dejó abierta la posibilidad de ofertar precios no iguales para los ítems en cuestión.

Es este sentido también destaca que la recurrente tuvo ocasión de solicitar aclaraciones a estas cuestiones durante el plazo de presentación de ofertas, derecho que no ejercitó.

Como tesis que apoya el argumento anterior, alega que la propia recurrente también ha ofertado precios distintos para el mismo ítem, incluido en un caso en el criterio 2 y en otro en el 4. Es el caso del ítem "*Bono de datos 10Gb*" para el cual la recurrente oferto un precio de 10 € en la oferta global y un precio de 9 € en los precios de catálogo. Es decir, ha efectuado su oferta aplicando los mismos criterios que ahora recurre de la oferta de otro licitador lo que en resumen demuestra por un lado que la recurrente era conocedora de la posibilidad de ofertar precios distintos para esos ítems (tal y como ha hecho) y por otro que

los argumentos que esgrime para recurrir la oferta de otro licitados sean exactamente los mismos que la recurrente ha aplicado en su oferta.

Respecto de la viabilidad de la oferta considera que ésta ya ha sido evaluada por la Mesa de Contratación, no habiendo determinado que la oferta incurra en valores anómalos o desproporcionados, de acuerdo a los pliegos de esta contratación.

Por otra parte, los precios más ventajosos que se pudieran conseguir por los conceptos referidos por la recurrente no pondrían en riesgo la ejecución de la prestación, ya que aún en el supuesto de ser 0 €, podrían ser asumidos por el adjudicatario como parte de su estrategia empresarial.

En tercer lugar, y en lo referido a la segunda alegación, manifiesta que no es incierto que, si un licitador determinado oferta 0 euros, el resultado de la fórmula sería una indeterminación matemática, pero no es menos cierto que el sentido funcional de la fórmula es otorgar la máxima puntuación a la mejor oferta, es decir la más próxima a cero o cero. Así, puede observarse que la fórmula otorga más puntuación a las ofertas que siguen una tendencia a la baja, es decir según se van aproximando a cero, la puntuación de la oferta sería mayor, por lo que carecería de sentido no otorgar la máxima puntuación a la oferta que más tienda a cero o bien sea el cero mismo.

Varios argumentos, sostiene, apoyan esta interpretación:

En primer lugar, la propia recurrente ha entendido perfectamente el sentido de la fórmula, ya que ella misma ha ofertado el valor de 0 euros, en los siguientes ítems que son objeto de valoración con esta fórmula.

En segundo lugar, lo mencionado en el argumento anterior, esto es que la propia recurrente haya ofertado cero para ciertos ítems, indica que ella misma ha entendido perfectamente el sentido de la fórmula, que no es otro que otorgar la máxima puntuación a la oferta más baja, sino hubiera sido así, carecería de sentido que la recurrente hubiera ofertado un valor de cero euros, ya que conforme a sus argumentos ese valor ofertado entendería que le hubiera otorgado una puntuación de cero puntos.



En tercer lugar, la recurrente indica que la oferta que recurre debería haber obtenido una puntuación cero puntos, pero al mismo tiempo indica que la fórmula establecida no permite otorgar un valor numérico. Pues bien, la recurrente no puede pretender que se otorgue el valor numérico de 0 puntos si conforme a su argumento no se puede otorgar un valor numérico. En definitiva, esto apoya lo mencionado en los puntos anteriores, que no es otra cosa que otorgar la mejor puntuación a la oferta más baja, tal y como se ha hecho con todas las ofertas.

Como cuarto y último argumento, hay que mencionar que si la recurrente hubiera entendido que la fórmula no era adecuada para efectuar la valoración, debería haber recurrido el pliego de rector del contrato, y no haber esperado a ver los resultados de valoración efectuada conforme a la fórmula citada.

Concluye señalando como cuestión común en respuesta a las alegaciones formuladas, que los Tribunales de recursos contractuales están adoptando la decisión de inadmitir o desestimar por extemporáneo un recurso especial interpuesto contra un acto de adjudicación, pero en el que se alegan regulaciones ilegales del pliego de cláusulas administrativas. Los Tribunales de recursos consideran que la participación del recurrente en la licitación supuso la aceptación incondicionada de dichos pliegos y por tanto, el recurso contra ellos debió interponerse en el plazo de 15 días hábiles desde que se recibieron o fueron conocidos y ya no es posible recurrirlos cuando se notifica el acto de adjudicación por haber transcurrido el plazo para hacerlo y tratarse de un acto consentido y firme.

Si el recurrente consideraba, finaliza, que algún aspecto del pliego era contrario a derecho, debería haber impugnado el pliego de cláusulas en su momento, en vez de esperar a hacerlo más tarde, una vez abiertas las ofertas cuando el pliego ya tenía plena validez.

**Séptimo.** Por su parte, ORANGE comienza estableciendo que el recurso interpuesto por VODAFONE debe ser desestimado toda vez que se basa en una interpretación torticera de la oferta de ORANGE y de los pliegos que rigen la licitación del contrato de los servicios de telecomunicaciones del sector público del Principado de Asturias.

Señala que VODAFONE no aporta la prueba de que el referido informe técnico y la valoración efectuada incurre en un error *“material, manifiesto e inequívoco”*, por lo que la

doctrina de discrecionalidad técnica de la administración es del todo aplicable al presente caso.

La supuesta *“incoherencia”* entre los precios ofertados por ORANGE en el criterio 2 (oferta global) y en el criterio 4 (precios de catálogo) para el servicio de bono de datos solo responde a valoraciones subjetivas que carecen de cualquier tipo de fundamento pues nada exigen los pliegos sobre que deba existir una mínima correspondencia, en términos de precios, entre ambos criterios que, además, valoran aspectos distintos de la oferta. Tampoco prohíben los pliegos, pudiendo haberlo hecho, fijar precios a *“0”* euros. Así pues, lo único relevante es que la oferta presentada resulte seria y viable en todos los elementos que la componen para ejecutar satisfactoriamente el contrato en las condiciones ofrecidas, conforme con lo exigido en pliegos (artículo 139 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público – en adelante, *“LCSP”*).

A su vez, la puntuación, por parte del órgano de contratación, de los ítems del criterio 4 en los que ORANGE referenció precio *“0”*, conforme a la fórmula establecida en los pliegos, es del todo procedente. La oferta de datos adicionales a precio cero imputando los costes correspondientes a otro producto o servicio, es una práctica extendida y habitual en el sector de las telecomunicaciones que es comúnmente aceptada y conocida. A este respecto, se ha efectuado una valoración de la oferta en aplicación de las fórmulas matemáticas, como consta en el informe técnico, lo que pone de manifiesto que, a diferencia de lo que afirma la recurrente, la oferta de ORANGE es de posible realización, viable y perfectamente valorable. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que, tal y como consta en el expediente, la propia recurrente ha incluido en su oferta valores a *“0”*. Es más, VODAFONE no ha impugnado los pliegos y, por lo tanto, no ha discutido la fórmula elegida por el órgano de contratación para valorar el criterio 4, lo que determina su plena aceptación y le prohíbe cuestionarla ahora en su recurso. Por estos motivos, no existen indicios de que el órgano de contratación haya actuado de forma arbitraria en la adjudicación a ORANGE del Lote 5, sino con respeto a la normativa aplicable y a los pliegos. Lo que confirma, asimismo, la necesaria desestimación del recurso interpuesto de contrario.



De manera que, a efectos de valoración económica, los pliegos distinguen claramente entre la oferta considerada en su globalidad, esto es, el precio ofertado para el conjunto de servicios requeridos con el fin de cubrir las necesidades definidas en el Lote 5, y el catálogo. El cómo el licitador distribuye los precios solo responde a su estrategia comercial, esto es, a su estrategia legítima de oferta dentro de los límites establecidos en los pliegos. En particular, no carece de lógica que pueda hacerse una oferta más baja en una de las prestaciones o servicios del contrato que pueda compensarse con la realizada en otra partida o componente del mismo. Tal y como se ha señalado, el ofrecer a precio “0” datos adicionales o, en su caso, datos ilimitados a los clientes en función del volumen de servicios contratados es una práctica extendida y habitual en el sector de las telecomunicaciones, que es comúnmente aceptada y conocida.

Por ello, si los pliegos no contienen indicaciones directas y específicas sobre la distribución de precios, se debe reconocer a los licitadores el margen de libertad correspondiente para formular las condiciones de sus propuestas en aplicación de los principios de concurrencia y libre competencia. Es lo que resulta por ejemplo de la Resolución 40/2020 dictada por este Tribunal el 16 de enero en la que se discute, entre otros aspectos, el carácter gratuito de un contrato que incluye un ítem a 0 euros, y que se remite a la Resolución 1187/2018.

En el caso que nos ocupa, ORANGE cobra los servicios de datos y refleja en su oferta económica los precios correspondientes (criterio 2) pero no cobra el servicio de mantenimiento mensual (criterio 4), retribuyéndose en este punto con cargo al precio general del contrato que no es de “0” euros, esto es, del conjunto integral de prestaciones requeridas por los pliegos.

Asimismo, si los pliegos no prohíben realizar ofertas de precio “0” por la ejecución de alguna prestación evaluable automáticamente en los criterios de adjudicación, no se puede excluir la oferta de quien la presenta en estos términos, pues está efectuada conforme a las reglas establecidas en las bases. A este respecto, invoca la Resolución 1249/2020, dictada por este Tribunal el 20 de noviembre de 2020.

En cuanto a las críticas de la recurrente sobre la fórmula de cálculo que, sin embargo, aceptó sin reserva al presentar oferta, son absolutamente infundadas, toda vez que sí



permite otorgar puntuaciones a los licitadores que ofertan ítems a “0” euros. Prueba de ello es que el informe técnico ha podido efectuar una valoración de las ofertas en aplicación de la referida fórmula y no solo de la oferta de ORANGE sino también de la oferta de la recurrente que incluye ítems a “0”. Lo que pone de manifiesto que la oferta de ORANGE que ha resultado adjudicataria es perfectamente viable y valorable.

**Octavo.** Expuestos los términos del debate, nos corresponde abordar el primero de los motivos invocados por el recurrente.

Como hemos señalado anteriormente, el recurrente entiende que, siendo los servicios cuyos precios eran valorados en los criterios de valoración 2 (Oferta económica) y 4 (Precio de catálogo) la oferta del adjudicatario debiera haber sido la misma en ambos apartados. En tanto la oferta del adjudicatario recoge valores diversos para los dos criterios (concretamente, en el criterio 4, ofrece precio 0 para todos los bonos de datos) entiende el recurrente que la oferta debiera haber sido excluida por inviable o, en su caso, valorada conforme a los valores ofertados en el criterio 2.

La compleja argumentación desplegada por el recurrente puede reconducirse, teniendo en cuenta que alega reiteradamente que, debido a la composición de la oferta de la adjudicataria, esta ha logrado la máxima puntuación en el criterio 4, eliminando de facto la proporcionalidad contemplada en el diseño que del criterio hace el PCAP para convertirlo en binario, a que la oferta de la adjudicataria ha sido formulada en fraude de ley. En efecto, la presentación de ofertas de precios diferentes por un mismo servicio habría determinado, siempre según el recurrente, la alteración del criterio número 4, de forma que el adjudicatario obtuvo todos los puntos posibles en ese criterio, y el recurrente ninguno, siendo esta diferencia, en último extremo, la que ha determinado la adjudicación del contrato al primero.

Concretada la pretensión del recurrente en estos términos, procede en primer lugar dejar sentado que los servicios valorados en el criterio 2 y en el criterio 4 son los mismos (bonos de datos), con la única diferencia que el precio valorado en el criterio 2 corresponde a los bonos que deben incorporarse a dispositivos ya existentes, mientras el precio valorado en el criterio 4 se aplicará a las altas de nuevos bonos que, durante la duración del contrato,



demande el órgano de contratación. A esta conclusión llega el informe pericial aportado por el recurrente y no es negada (muy al contrario, la reconoce en su informe) por el órgano de contratación.

Sentada la base fáctica sobre la que debemos centrar el análisis, procede a continuación exponer la doctrina de este Tribunal en relación con las ofertas formuladas en fraude de ley. Dijimos en nuestra Resolución 1249/2020 de 20 de noviembre,

*“(…) la admisibilidad o no de precios cero o casi cero depende, en cada caso, de que se trate realmente de precios diferenciados de prestaciones distintas del contrato licitado o de componentes o costes de un único precio de una sola prestación objeto del contrato. En este último caso, salvo que lo prohíba el PCAP, se viene admitiendo, salvo excepción en función de las circunstancias del caso, la formulación en la oferta de uno o varios componentes o costes diferenciados de la prestación única a importe cero o casi cero, pues, en definitiva, van a determinar un precio único real y efectivo, y solo son costes del precio único. No ocurre lo mismo cuando el objeto del contrato licitado se integra por prestaciones distintas a cada una de las cuales, por determinación del PCAP, se ha de ofertar un precio que es objeto de valoración y asignación de puntos diferenciadas de los otros, supuestos en los que las ofertas de los distintos precios se presta a maniobras contrarias a la buena fe, concurrencia e igualdad entre licitadores en el procedimiento, y pueden dirigirse a finalidades en fraude de ley, distorsionando el sistema de valoración de las ofertas y la correcta aplicación de los criterios objetivos dirigidos a determinar la oferta económicamente más ventajosa, en cuanto que, en los casos de precio cero o casi cero o irrisorios, podrían valorarse las ofertas mediante el criterio mejor precio respecto de unos precios ficticios vaciados de contenido, no porque no existan costes en la ejecución de la prestación, sino porque los costes correspondientes se han trasladado a la oferta de precio de otra u otras prestaciones en la que compensa, a efectos de valoración, obtener menos puntos al ser mayor la diferencia a su favor por los que se obtienen de más indebidamente en la oferta de la prestación con precios cero o irrisorios o ficticios.*



Con cita de la Resolución trascrita, en nuestra Resolución 25/2022 de 14 de enero, concluimos que, como normal general, el fraude de ley no se da en contratos cuyo objeto esté constituido por una sola prestación. En estos casos, ciertamente, el licitador aprovecha una debilidad en la configuración de los criterios de adjudicación, pero no lo hace presentando una oferta irreal. Esta posibilidad únicamente puede darse cuando existen varias prestaciones y el licitador aprovecha la conformación de los criterios de valoración para, mediante la traslación de costes de una prestación a otra u otras de las que conforman el objeto del contrato, convertir uno o varios de tales criterios, en principio definidos como de valoración proporcional, en sustancialmente binarios.

De lo dicho cabe concluir que la eventual concurrencia de ofertas en fraude de ley exige, como presupuesto previo, la pluralidad de prestaciones y la existencia de criterios de adjudicación que las valoren por separado.

Estaremos ante prestaciones diferentes cuando requieran una aportación específica de factores para producirse. La oferta realizada en fraude de ley toma el coste de esos factores, en su totalidad o en una proporción sustancial, y los traslada a otra de las prestaciones, con el único objeto de alterar la lógica de la licitación, trastocando la finalidad de uno o varios criterios de adjudicación (que, no se olvide, pretenden la contratación del licitador que ofrezca la mejor oferta, en su conjunto, y en términos de calidad-precio).

Descendiendo ya al caso que nos ocupa, no podemos sino desestimar el motivo. Existe acuerdo entre las partes de que los bonos valorados en los criterios 2 y 4 son la misma prestación. No se da, por lo tanto, el presupuesto de hecho que según hemos razonado anteriormente, exige la existencia de fraude de ley en la licitación.

**Noveno.** En lo relativo a la fórmula, es cierto que, en aquellos elementos del catálogo en los que la adjudicataria ha ofrecido un valor 0, el resultado de la valoración es una indeterminación, pero al no haber sido dicha fórmula impugnada, habrá de interpretarla de la manera más acorde para la posible evaluación de ofertas y celebración del contrato, y esto es, aplicando el número más cercano a cero que otorgaría un valor máximo de la puntuación, tal y como hizo el órgano de contratación.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por D. C. B. M. , SAU, en representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., contra la adjudicación del lote 5 del procedimiento “*Servicios de telecomunicaciones del Sector Público del Principado de Asturias.*”, expediente 2021000608, convocado por la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana.

**Segundo.** Levantar la suspensión del lote 5 del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso- administrativo ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1. letra k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.