

**RECURSO 88/2018
RESOLUCIÓN 92/2018**

Resolución 92/2018, de 27 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Telefónica Móviles de España, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Rectorado de la Universidad de León de 2 de agosto de 2018, por el que se adjudica el contrato de servicio de provisión de los servicios de telefonía y transporte de datos de la Universidad de León.

Primero.- Por Resolución del Rector de la Universidad de León, de 2 de marzo de 2018, se aprueban el expediente de contratación, el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (PPT), que han de regir el contrato de servicio de provisión de los servicios de telefonía y transporte de datos de la Universidad de León.

El valor estimado del contrato es de 1.650.000 euros.

El 10 de marzo de 2018 se publica el anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 12 de marzo de 2018 en el Boletín Oficial del Estado y en el perfil de contratante.

La recurrente se encuentra entre los licitadores que presentaron proposición.

Segundo.- Mediante Resolución del Rectorado de la Universidad de León, de 2 de agosto de 2018, se adjudica el contrato de servicio de provisión de los servicios de telefonía y transporte de datos de la Universidad de León a la empresa Vodafone España, S.A.U (en adelante Vodafone).

Tercero- El 22 de agosto Dña. yyyy, en nombre y representación de Telefónica Móviles de España, S.A.U. y de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante ambas sociedades denominadas Telefónica) presenta en el Tribunal

Administrativo de Recursos Contractuales recurso especial en materia de contratación contra la citada Resolución.

Se alega en el recurso que no se ha adjudicado el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, con posible vulneración del principio de utilización eficiente de los recursos. La adjudicataria presentó una oferta de 0 euros en el criterio de valoración automático relativo a la telefonía fija, móvil y bonos de datos, lo que no posibilita que, en el caso de ser el consumo inferior al previsto, se lleve a cabo la regularización contemplada en los pliegos, con la devolución del correspondiente importe a la Universidad.

Considera por ello que deberían descontarse los 17 puntos asignados a Vodafone y ser asignados a Telefónica (sólo han concurrido a la licitación ambas), y retrotraerse las actuaciones adjudicando el contrato a Telefónica, por un total 93,40 puntos. Subsidiariamente solicita que se declare nula de pleno derecho la adjudicación del contrato a favor de Vodafone, en virtud del artículo 47. 1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Cuarto.- El 27 de agosto tiene entrada en el registro de este Tribunal el expediente de contratación y demás documentación exigida legalmente. El informe del órgano de contratación manifiesta la conformidad con la adjudicación efectuada.

Quinto.- Concedido trámite de audiencia a los restantes licitadores, a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes a su derecho, la empresa adjudicataria hace uso de este trámite y el 10 de septiembre presenta alegaciones, en las que solicita la desestimación del recurso.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de

Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y con arreglo al procedimiento regulado en dicho texto normativo. Así resulta de la disposición transitoria primera, apartado 4, párrafo segundo, de la LCSP, al haberse interpuesto el recurso contra un acto susceptible de ser impugnado en esta vía y que se ha dictado con posterioridad a su entrada en vigor. Igualmente, la competencia de este Tribunal viene determinada por el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- El procedimiento del recurso especial se ha tramitado conforme a lo previsto en el capítulo V, título I, libro primero (artículos 44 y siguientes) de la LCSP.

3º.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

4º.- El recurso se ha presentado en el plazo previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

5º.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente considera en su escrito que el fundamento del recurso "lo constituye, dicho en estrictos términos de defensa, el hecho de que es muy probable que el concurso no se haya adjudicado al licitador que vaya a conseguir que la Universidad de León, durante los 4 años de vigencia, optimice su gasto en los servicios de telecomunicaciones, objeto de la licitación (...).

»(...) el objetivo de la LCSP no es otro que la consecución del ahorro por parte del Sector Público, y el hecho es que mis representadas tienen motivos fundados para prever que en la licitación que nos ocupa, la Universidad de León no va a conseguir la optimización del gasto que se propugna en su Pliego, mediante la adjudicación de la misma a favor de Vodafone España, SAU, (abreviadamente, Vodafone), y por este motivo interponen el presente Recurso especial en materia de contratación".

Alega que la adjudicación no se ha realizado a favor de la oferta económica más ventajosa. El pliego contempla una regularización anual de

consumos estimados para adaptarlos a los costes de consumos reales y la adjudicataria presenta una oferta que no es susceptible de regularización; por tanto, no posibilita que en el caso de ser el consumo inferior al previsto se lleve a cabo el ahorro por la devolución del correspondiente importe a la Universidad.

La oferta de la adjudicataria prevé un precio por tipo de tráfico de voz fija de 0 euros, al igual que el precio por tipo de tráfico de voz móvil, y el precio de los bonos de datos móviles nacionales, también por 0 euros. Si bien se desconocen los consumos que va a tener la Universidad en los cuatro años de vigencia del contrato, solicita una prueba a fin de que se acredite por aquélla los consumos realizados y las cantidades devueltas por Telefónica, anterior adjudicataria, cantidades totales muy elevadas, que con la oferta de la actual adjudicataria se dejarían de ingresar.

Con la oferta realizada por Telefónica se podrían devolver hasta 130.743,35 euros, cuando con la oferta de la adjudicataria la cantidad a devolver sería de 0 euros. La oferta de la adjudicataria no optimizaría el gasto, pues de forma indirecta se ha convertido un gasto variable en uno fijo.

Por ello, señala la recurrente que "Se desconoce si la oferta de Vodafone es la más ventajosa de las presentadas. Y decimos que se desconoce porque en su oferta no se recogen los importes finales de los tráficos que se devolverían en caso de que el consumo real anual de la ULE fuera inferior a los costes previamente abonados calculados con la estimación del consumo de 2017.

»Una vez practicada la prueba solicitada en la Alegación Segunda se acreditará (i) que en el Concurso anterior, el consumo real de la ULE fue inferior al estimado, por lo que Telefónica devolvió cantidades importantes a la Universidad, (ii) se acreditará asimismo que, de comportarse el consumo durante la vigencia del presente concurso, de la misma manera que lo hizo durante la anterior, el resultado sería una regularización a favor de la ULE, y que con la oferta de Vodafone no se va a poder producir, por lo que de ser así, se terminaría acreditando (iii) que la oferta de Vodafone no sería la económicamente más ventajosa, con la consiguiente (iv) vulneración del principio de optimización del gasto, deviniendo por todo ello la Resolución de

adjudicación nula de pleno derecho, en virtud del artículo 47. 1 e) de la LPAC, al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

»(...) mis representadas consideran que se deberían descontar los 17 puntos asignados a Vodafone (6, 3 y 8 puntos en relación con la telefonía fija, móvil y datos, respectivamente), y ser asignados a Telefónica, de tal forma que sumaría un total de 93,40 puntos (oferta económica: 59,28 + oferta técnica; 34,12) frente a los 80.36 puntos que obtendría Vodafone oferta económica: 42,78 + oferta técnica; 37,58).

»O subsidiariamente, se debería declarar nula de pleno derecho la adjudicación a favor de Vodafone, en virtud del artículo 47. 1 e) de la LPAC, al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

La cláusula 19.2 del cuadro resumen de características del PCAP, relativo a “Criterios evaluables de forma automática o mediante fórmulas (Sobre C)”, dispone lo siguiente:

“Proposición Económica. Hasta 60 puntos.

»19.2. 1 Se le asignarán:

- | | |
|---|---------------|
| »Importe de licitación | 40,00 puntos. |
| »Importe final tráfico Telefonía Fija con datos 2017 | 6,00 puntos. |
| »Importe final tráfico Telefonía Móvil con datos 2017 | 3,00 puntos. |
| »Importe final bonos de datos nacional + UE | 8,00 puntos. |
| »Valoración bonos de datos en roaming | 1,00 puntos. |
| »Importe final plataforma SMS+SMS solicitados | 2,00 puntos”. |

Por otro lado, en el Anexo I, relativo al modelo de proposición económica del PCAP, consta lo siguiente:

“(…) III. Que, en relación con el objeto del presente contrato, propongo su realización en el plazo de Cuatro Años y por la cifra total que abajo se indica (debe expresarse en número y letra), según detalle, precio en el cual deben entenderse incluidos todos los conceptos, así como impuestos, gastos, tasas y arbitrios de cualquier esfera fiscal, al igual que el IVA. y el beneficio industrial del contratista.

»1.- Proposición Económica (en letra y número).

»Con carácter anual, se regularizarán los consumos de acuerdo a las tablas de costes unitarios para adaptarlos a los gastos reales realizados por la Universidad.

»Entrarán en este proceso de regulación los siguientes costes:

»● Tráfico de voz realizado desde la plataforma de telefonía fija.

»● Tráfico de voz realizado desde los terminales móviles corporativos.

»● Bonos de datos consumidos por los terminales móviles corporativos.

»● Costes fijos asociados a líneas RTB.

»● Servicios adicionales solicitados a los terminales móviles y que llevan coste asociado, como son líneas duales, líneas multisim, petición IP fija a línea móvil, etc.

»● Mensajes SMS enviados por la plataforma de mensajería de envío de SMS.

»La Universidad abonará los costes repercutidos a los consumos en exceso realizados frente a las previsiones estimadas en el presente pliego, mientras que el licitador se compromete a la devolución de los costes abonados si el consumo ha sido menor que el previsto”.

A continuación constan los cuadros para la formulación de la oferta económica global y la tarificación de los costes unitarios susceptibles de regulación.

Asimismo, el PPT -cláusulas 5.4, y 7.4- contiene diversas previsiones relativas al tráfico telefónico originado en la plataforma de telefonía fija y móvil.

La cláusula 13.2 del PPT tiene por objeto la “Descripción del plan económico (a incluir en el sobre de oferta económica, sobre C)”, en la que se establece que “los precios serán unitarios (...)”, y la cláusula 13.3 se ocupa del “Proceso de regularización”, del mismo modo y con el mismo contenido que el Anexo I del modelo de oferta económica del PCAP.

6º.- El informe del órgano de contratación señala que la oferta de la adjudicataria reúne las condiciones de presentación de la oferta recogidas en los pliegos, que no fueron recurridos, y que “en ninguna parte del pliego de condiciones se prohíbe esta modalidad de oferta (advírtase que no es que el precio de adjudicación ofertado sea de cero euros, sino que solamente lo es alguno de los apartados de la oferta).

»(...) La recurrente simplemente pone el foco de atención en qué ocurriría si el consumo es menor pero nada dice acerca de qué ocurre si el consumo es mayor. En ese caso, con la oferta de la recurrente, obviamente, así como la disminución del consumo conllevaría un ahorro, el incremento del mismo supondría un aumento del gasto (...). Igualmente pone de manifiesto la desproporción y temeridad argumental de la recurrente.

La posibilidad de ofertar un precio de cero euros por alguna de las prestaciones objeto del contrato ya ha sido analizada por este Tribunal. En la Resolución 98/2015, de 17 de diciembre, se indicaba que “Los tribunales de recursos contractuales admiten un concepto amplio de onerosidad y han

reconocido la posibilidad de ofertar cero euros por alguna de las prestaciones que integran el contrato, al entender que el coste de los servicios ofertados a cero euros podía considerarse incluido en el precio general del contrato. Así, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en las Resoluciones 661/2014 y 1045/2015 y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en sus Acuerdos 61/2014 y 13/2015”.

Por otra parte, al resolver el recurso se hace preciso tener en cuenta que este Tribunal está vinculado al principio de congruencia, tal y como prevé el artículo 57.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. El Tribunal ha de resolver, bajo el principio de congruencia, sobre las pretensiones concretas de las partes y no puede realizar de oficio una revisión general de cada aspecto de los pliegos o de las actuaciones realizadas en el procedimiento por el órgano de contratación o por terceros, ya que está limitado por los hechos y pretensiones deducidas por la empresa recurrente. El recurso especial en materia de contratación no está dirigido a conseguir una revisión general y abstracta de una decisión de un órgano de contratación, por el mero hecho de ser perjudicial para un licitador.

En el presente caso conviene precisar que el objeto del recurso es, de conformidad con la recurrente, tal y como se ha recogido con anterioridad, únicamente “el hecho de que es muy probable que el Concurso no se haya adjudicado al licitador que vaya a conseguir que la Universidad de León, durante los 4 años de vigencia, optimice su gasto en los servicios de telecomunicaciones, objeto de la licitación”.

El recurso se fundamenta por tanto -muy escuetamente- desde un punto de vista meramente económico, en una eventual optimización del gasto, al poner de relieve que si el consumo real es inferior al estimado, la oferta de la adjudicataria no resultaría la más ventajosa.

Al respecto, el informe del órgano de contratación señala que “No se entiende lo pretendido por la recurrente. De su recurso, parece pretenderse la curiosa teoría de que debiéramos observar los consumos de los años precedentes para valorar si debiéramos realizar o no previsibles regularizaciones y verificar en ese escenario cuál sería el resultado económico. Ello es algo inviable jurídicamente”.

En este sentido, figuran en el pliego los datos de tráfico del año 2017 de que dispone la Universidad, sin que quepa esperar necesariamente la tendencia a la reducción permanente del consumo por todos los conceptos, alegada en el recurso.

La recurrente viene a señalar, de un modo excesivamente genérico, que la oferta formulada por la adjudicataria no resultaría la más ventajosa económicamente para la Administración, al entender que de comportarse el consumo real como lo hizo durante la ejecución del contrato anterior, la oferta de la adjudicataria no resultaría la más económica, con la vulneración del principio de optimización del gasto, al no producirse la devolución de los costes abonados para el caso de que el consumo real sea inferior al previsto.

La recurrente es la anterior adjudicataria del servicio y, en su recurso, manifiesta que las regularizaciones llevadas a cabo en el anterior concurso representaron un ahorro muy importante, procediendo a la devolución de cantidades muy elevadas.

En relación con los criterios de adjudicación evaluables de forma automática o mediante fórmulas previstos en la cláusula 19.2, es preciso tener en cuenta que no han sido recurridos en el momento oportuno, alegando que podrían conducir a consecuencias de las que no se obtendría la oferta económicamente más ventajosa de conformidad con la finalidad perseguida.

Los criterios de adjudicación evaluables automáticamente mediante la aplicación de fórmulas deben ir dirigidos a determinar la oferta más ventajosa para la Administración respecto del concreto aspecto objeto de valoración, y estar redactados de tal manera que sus reglas de ponderación sean precisas, y no permitan en su aplicación la existencia de arbitrariedad o discrecionalidad, sin que quepa la realización de una interpretación sobre el alcance de los criterios, procediendo exclusivamente la mera aplicación de la correspondiente fórmula prevista en los pliegos.

La cláusula controvertida prevé el otorgamiento de hasta 40 puntos por el importe de licitación, en el cual deben entenderse incluidos todos los conceptos. Asimismo contiene, dentro de los criterios de valoración automáticos,

la asignación de puntuación, entre otros, por el importe final de tráfico de telefonía fija con datos de 2017, el otorgamiento de hasta 6 puntos, por el importe final de tráfico de telefonía móvil con datos de 2017, hasta 3 puntos, y hasta 8 puntos por el importe final de bonos de datos nacional + UE.

Estos criterios de valoración vienen a suponer que, en cuanto al importe final de tráfico de telefonía fija, móvil, o bonos de datos, cuanto menor sea el importe final ofertado por tales conceptos, mayor puntuación se obtendrá en dichos apartados previstos en la cláusula 19.2.

Ahora bien, en este supuesto se produce la paradoja de que, regularizados los consumos de acuerdo con las tablas de costes unitarios para adaptarlos a los costes reales, si el consumo real es menor que el previsto, resultaría más ventajosa económicamente a la Administración, desde el punto de vista de la optimización del gasto, la proposición de la licitadora que hubiera ofertado un precio más alto (ya que la cantidad a devolver a la Administración sería mayor). Sin embargo tal proposición habría sido menos valorada que las de sus oponentes. Esto es, la oferta con un importe más alto en relación con el tráfico de telefonía fija, móvil o bonos de datos, obtendría menos puntuación por tales conceptos, pero la cuantía total de la devolución en caso de que el consumo real sea inferior al estimado sería obviamente superior (lógicamente, en el caso de que el consumo real fuese superior al estimado, la Administración debería abonar un importe superior).

Es preciso tener en cuenta que el licitador, anterior adjudicatario, conocía perfectamente los criterios evaluables de forma automática o mediante fórmulas previstos en el apartado 19.2 del cuadro resumen de características del PCAP, y no ha recurrido los pliegos, sin que esté justificado que tuviera que esperar al posterior acto de valoración de las ofertas para realizar alegaciones en orden a la optimización del gasto en el caso de que el consumo real sea inferior al estimado, y su incidencia en relación con la valoración de las ofertas en orden a conseguir la oferta económicamente más ventajosa.

No hay, por tanto, un ajuste exacto de la oferta de la empresa adjudicataria a las previsiones de los pliegos –que no prevén expresamente la posibilidad de proponer una tarifa plana- No obstante, en el recurso interpuesto nada se dice sobre este asunto; no se pone en cuestión ni la

legalidad de los pliegos, si la oferta del adjudicatario se ajusta a estos o sobre la correcta aplicación de los criterios de valoración establecidos, sino que el recurso únicamente se fundamenta en que previsiblemente la oferta de la adjudicataria no va a conseguir la optimización del gasto que prevé la Universidad de León -sin ni siquiera afirmarlo categóricamente-, lo que no es más que una mera posibilidad que podría acaecer en fase de ejecución del contrato, dado que los consumos pueden cambiar tras esta nueva licitación como consecuencia de la tarifa plana.

En virtud de todo lo expuesto y partiendo del hecho de que este Tribunal debe pronunciarse sobre los concretos motivos de impugnación formulados en el recurso, no resulta procedente aceptar los fundamentos contenidos en él, en consecuencia se considera que el recurso debe desestimarse.

Por último, este Tribunal deniega también la prueba propuesta por la recurrente, en orden a la emisión de un certificado que contenga los consumos reales obtenidos durante la vigencia del concurso anterior y las cantidades que fueron devueltas, y ello porque dicha prueba se considera improcedente, ya que tales datos pudieron ser perfectamente aportados y alegados por la recurrente en su correspondiente recurso (al ser la anterior adjudicataria) y porque tales datos se consideran innecesarios a la hora de resolver el recurso, dado que, con las nuevas condiciones planteadas por la adjudicataria, los consumos no tienen por qué ser iguales o similares a los realizados al amparo del anterior contrato.

Por todo ello, y al amparo de lo establecido en los artículos 59 LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Telefónica Móviles de España, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de 2 de agosto de 2018, del Rectorado de la

Universidad de León, por el que se adjudica el contrato de servicio de provisión de los servicios de telefonía y transporte de datos de la Universidad de León.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento producida de acuerdo con el artículo 53 de la LCSP.

TERCERO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

CUARTO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta Resolución.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k de la LJCA).