



El OBSERVATORIO DE CONTRATACION PÚBLICA www.obcp.es publica la siguiente entrada de Alexis de los Reyes Darias: **Contratación de servicios de telecomunicaciones: errores comunes y malentendidos**

Los servicios de telecomunicaciones han experimentado un gran dinamismo en la última década, constituyéndose en un instrumento imprescindible para la mejora de la actividad pública.

Con ocasión de la reciente publicación de la nueva Ley General de Telecomunicaciones, es buen momento para revisar el proceso de contratación de estos servicios desde una perspectiva crítica pero útil, especialmente porque muchas de las consideraciones que haremos se pueden hacer extensivas a otras especialidades de la contratación pública.

España no se ha caracterizado precisamente por el desarrollo, mucho menos la implementación, de estrategias para la profesionalización de la contratación pública.

La Comisión Europea, a través de la Dirección General de Mercado Interior, Industria, Emprendimiento y PYMES, publicó en 2017 una biblioteca de buenas prácticas y herramientas para la profesionalización de la contratación pública¹ con objeto de “aumentar la profesionalidad global de las autoridades/entidades de contratación”. La biblioteca consiste en un catálogo de ejemplos de buenas prácticas de los Estados miembros, además de herramientas y apoyo de la CE o de organizaciones internacionales. De los 87 casos expuestos, únicamente un caso, el número 83, corresponde a España y se refiere a una iniciativa que se remonta a los años 60: la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Por su parte, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, dedica dos breves consideraciones a la profesionalización en el marco del artículo 334 en materia de estrategia nacional de contratación.

No debe extrañar, por tanto, que la práctica contractual en nuestro país en general adolezca de un enfoque estratégico e integral –que exigiría la convergencia de conocimiento y capacidades en las siguientes tres áreas: (1) área técnica o de gestión de proyectos, (2) área jurídico-administrativa o de gestión de contratos públicos y (3) área económica o de auditoría de costes–, motivo por el que se producen numerosos errores y malentendidos a la hora de llevar a cabo los procedimientos de licitación y celebrar los contratos.

Sirva de ejemplo el caso de la contratación de servicios de telecomunicaciones, sobre la que reflexionaremos en este artículo a fin de exponer algunos de esos errores y malentendidos, sin

pretensión de ser exhaustivos aunque sí demostrativos pues muchas de las consideraciones que haremos se pueden hacer extensivas a otras especialidades de la contratación pública.

Pero antes de entrar en materia de contratación propiamente dicha, resulta pertinente acotar el concepto inventario de servicios de telecomunicaciones.

El Vocabulario Común de Contratos Públicos CPV de la Unión Europea identifica los servicios de telecomunicaciones con el código 64200000-8.

Cada operador de telecomunicaciones usa su propia nomenclatura de servicios adaptada a su catálogo comercial. Para abstraernos de las particularidades de cada operador, tradicionalmente se han considerado los servicios de telecomunicaciones integrados por las siguientes categorías de prestaciones:

- a. Telefonía fija.
- b. Telefonía móvil.
- c. Alquiler de circuitos.
- d. Servicios de transmisión de datos.
- e. Comunicaciones corporativas.
- f. Servicios de Internet y otros servicios telemáticos e interactivos.
- g. Otros servicios de valor añadido.
- h. Los contratos conexos como mantenimientos, suministros de equipos y terminales, así como adaptaciones necesarias (cableados, canalizaciones y otras análogas).

Esta clasificación emana del RD 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecían determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicaciones.

Pasadas dos décadas desde la publicación de aquel Real Decreto, los servicios de telecomunicaciones han experimentado un gran dinamismo, evolucionado hasta el actual escenario convergente y multiservicio de gestión extremo-a-extremo, de modo que la taxonomía clásica ha perdido vigencia.

La reciente Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su Preámbulo I, califica las telecomunicaciones *“como palanca de la transformación digital y ecológica y como motor del desarrollo sostenible y el bienestar social”*, un instrumento esencial para la mejora de la actividad pública durante los próximos años.

La citada LGTel se refiere a **comunicaciones electrónicas** como un cajón de sastre que acoge e integra todo lo anterior. En el Anexo II.70 de la LGTel encontramos la definición del término «Servicio de comunicaciones electrónicas», que incluye: "a) el **servicio de acceso a internet**, b) el **servicio de comunicaciones interpersonales**, y c) servicios consistentes, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales, como son los **servicios de transmisión** utilizados para la prestación de servicios máquina a máquina y para la radiodifusión.”

La convergencia tecnológica promueve el paso desde una taxonomía basada en servicios aislados a otra convergente que se abstrae de la red de transporte, lo que provoca dos tipos de cambios: por un lado, servicios individuales tradicionalmente diferenciados, como telefonía fija y móvil, pasan a integrarse y adquieren la misma consideración, (74) servicios de

comunicaciones vocales, una variedad de (72) servicio de comunicaciones electrónicas basado en numeración; por otro lado, surgen nuevas soluciones multiservicio, como los (75) Servicios de conversación total.

Es decir, la nueva LGTel refleja la instantánea de un mercado que hace ya tiempo que se manifiesta, pero **la contratación pública de servicios de telecomunicaciones continúa sine die estructurándose exclusivamente en base al inventario tradicional.**

Pensemos en las implicaciones de esa anacronía, no solo sobre aspectos contractuales concretos, como la incoherente separación en lotes de telefonía fija y móvil, sino sobre otros aspectos de mayor calado como **partir de una determinación obsoleta del objeto del contrato**, que normalmente tendrá vigencia plurianual pero que difícilmente permitirá satisfacer las necesidades actuales y futuras de la entidad contratante.

Retomando el proceso de contratación y su adolescencia de enfoque estratégico e integral, la consecuencia es una práctica contractual voluntarista en la que se aprecian sesgos de enfoque, a saber:

- **Sesgos jurídico-administrativos**, que tienen lugar, por ejemplo, cuando se imponen ciertas preferencias administrativas sin la debida reflexión sobre su aplicación al objeto del contrato;
- **Sesgos técnicos**, que se dan, por ejemplo, cuando la prescripción técnica no tiene en cuenta la normativa que garantiza los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad;
- **Sesgos económicos**, que tienen lugar, por ejemplo, cuando los límites y condicionantes presupuestarios se establecen de antemano sin tener en cuenta la tecnología prescrita y los niveles y normas especificados en los pliegos.

Comprender estos sesgos es de enorme interés para los responsables de la cosa pública.

Por ejemplo, la distinción/separación entre Pliego de Cláusulas Administrativas y Pliego de Prescripciones Técnicas es propia de la cultura jurídica española, pues el artículo 2.1.13 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE se refiere al Pliego de Contratación sin hacer salvedad.

Si bien hay aspectos contractuales en el Pliego de Cláusulas Administrativas que son estándar (vías de recurso jurídicas, daños y perjuicios, etc.), la linde entre aspectos jurídico-administrativos y técnicos de la contratación no es siempre nítida, y en el caso de España se ha complicado sobremanera. Veamos cómo:

La regulación del Pliego de Cláusulas Administrativas se encuentra en los artículos 121 y 122 de la LCSP, mientras que la del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) se haya contenida en los artículos 123 a 130 de la LCSP.

El artículo 124 define el PPT como el documento que recoge las especificaciones y características técnicas de la prestación objeto del contrato, mientras el artículo 125 define qué se entiende por prescripción técnica. Concretamente, el apartado 125.1.b define el concepto «prescripción o especificación técnica de contratos de suministro o servicio» realizando una transcripción prácticamente literal² del artículo 67 de la Directiva 24/2014/UE:

“b) cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, aquella especificación que figure en un documento en la que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio, como, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas) y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la utilización del producto, su seguridad, o sus dimensiones; asimismo, los requisitos aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso, los procesos y métodos de producción en cualquier fase del ciclo de vida del suministro o servicio, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad”.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró el contenido del Art. 125.1 no conforme al orden constitucional de competencias, en los términos del fundamento jurídico 7A)e) recogido en la Sentencia del TC 68/2021, de 18 de marzo, [Ref. BOE-A-2021-6614](#). A consecuencia de ello, la definición anterior solo es aplicable a la Administración General de Estado, no siendo aplicable a los contratos suscritos por las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras.

La línea argumental del alto tribunal consiste básicamente en negar el carácter básico de la definición contenida en el Art. 125.1 por minuciosidad formalista, excesivo detalle en opinión del tribunal, el mismo argumento que sirve para declarar el artículo 122.2 de la LCSP, relativo al contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), no conforme al orden constitucional de competencias (fundamento jurídico 7A)d) de la citada Sentencia del TC).

Lo interesante del caso es que la claridad y precisión son atributos no ya deseables sino necesarios para que la definición resulte útil, y negar el carácter básico y preliminar de la definición de «especificación técnica» es descabellado. El calificativo puede sonar grueso pero la lectura de la Directiva 24/2014/UE, tan pronto como su considerando 2, es concluyente: *“Asimismo, es preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública”*.

En cualquier caso, la superioridad argumental no se extrae de la primacía del ordenamiento de la Unión, sino del afán por armonizar la regulación, para lo que fue necesario contrastar y objetivar entre las distintas regulaciones nacionales a fin de edificar una arquitectura de la contratación pública consistente, que aportase unas reglas de juego básicas de aplicación universal.

¿Acaso tiene sentido que una Administración pueda elaborar su particular definición de «especificación técnica»?

Sirva el caso del alto tribunal para subrayar la necesidad de abordar las cuestiones de contratación pública bajo un enfoque holístico, lo que evitaría caer en rigorismos y perder de vista el propósito de la regulación sobre contratación.

En el centro de la regulación sobre contratación se deben situar las prescripciones técnicas, que cumplen dos funciones: que los licitadores puedan determinar el objeto del contrato y que los poderes adjudicadores puedan adjudicar los contratos, al exponer los requisitos que servirán para evaluar las ofertas.

Desde la perspectiva de los licitadores, *"las prescripciones técnicas (...) proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia"* (art. 126.1 LCSP que transpone el art. 42.2 de la Directiva 2014/24/UE).

Es decir, el sector público, además de garantizar la eficiencia en el gasto público, tiene la exigencia añadida de garantizar una competencia leal en el mercado.

El prescriptor debe comprender los criterios subyacentes de la legislación sobre contratación para garantizar los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad evitando caer, por ejemplo, en parcialidad prescriptiva, falta de proporcionalidad, omisiones de información o justificación incompetente.

Los ejemplos de ocasiones en las que esto no se cumple son demasiado extensos, algunos tan flagrantes como los ejemplos que figuran en la guía práctica³ de la Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude (OLAF), tipificados como "banderas rojas" indicativas de una posible situación de conflicto de intereses. Entre esos ejemplos se citan situaciones en las que se usan especificaciones únicas, no normalizadas, excesivamente detalladas o que parecen describir los productos de un licitador determinado, situaciones que dan lugar a rechazos por motivos de escasa importancia (características innecesarias para la correcta ejecución de las prestaciones, requisitos superfluos, etc.) o cuando concurre un único licitador y el precio de adjudicación resulta justo por debajo del presupuesto limitativo.

Los ejemplos señalados no son siempre indicativos de fraude, pero sí de voluntarismo, torpeza, inexperiencia o sesgo técnico. No obstante, muy a menudo los criterios de adjudicación se toman por preferencias administrativas y no en base a los requisitos plasmados en el PPT, tratándose entonces de casos de sesgo jurídico-administrativo.

Los contratos públicos deben adjudicarse en base a la mejor relación calidad-precio, considerando tanto criterios económicos como otros criterios distintos del coste que maximicen el valor de la compra (el Value for Money).

El criterio relacionado con el coste puede ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad (relación coste-eficacia), como el cálculo del Coste del ciclo de vida, dado que el precio más bajo no siempre determina la mejor oferta, especialmente en el caso de contratos de ámbito técnico como las telecomunicaciones.

El Coste del ciclo de vida es una metodología de valoración económica que permite incorporar los costes y ahorros que se derivan de la implementación de la solución hasta su desmantelamiento. Es especialmente útil en el caso de los contratos de servicios de telecomunicaciones por cuanto estos contratos suelen incluir suministros de equipos y terminales que los operadores comercializan bajo fórmulas de arrendamiento o pago por uso.

En coherencia con la normativa europea, la preferencia entre comprar o alquilar debe tomarse en base al Coste del ciclo de vida. Esta es la razón por la que los contratos de arrendamiento de equipos y terminales de telecomunicaciones tienen la consideración de contratos de suministro (Art. 16.3.b LCSP) pero, a pesar de que la Comisión Europea ha desarrollado a modo de guía herramientas para el cálculo del Coste del ciclo de vida de ciertos bienes y que esas herramientas se encuentran disponibles en el portal web de la CE, rara vez se implementa en la práctica contractual española, lo que constituye un ejemplo de sesgo económico.

Otro caso de sesgo es la preferencia administrativa hacia una evaluación exclusivamente automática porque el modus operandi es simple, lo que facilita la toma de decisiones, aunque sea reduccionista y contravenga flagrantemente la naturaleza de los requisitos plasmados en el PPT, pues los servicios de telecomunicaciones no son commodities y su valoración requiere considerar necesariamente aspectos no numéricos, como los que desarrollan en qué consiste la solución, cómo se implementará o qué ventajas ofrece la innovación incorporada, por citar algunos ejemplos.

Por otro lado, los criterios de adjudicación deben ser significativos, en el sentido de que deben permitir establecer diferencias relevantes entre las ofertas, algo para lo que la evaluación exclusivamente automática se revela limitada por lo que, en la práctica, los procesos competitivos devienen en subastas, precisamente lo que se pretendía evitar con el uso del Value for Money y la mejor relación calidad-precio.

No nos debe extrañar la confusión entre cantidad y calidad de los gestores de contratos públicos pues en gran medida confirma la perspectiva del legislador. Veamos esto con detenimiento:

Ya hemos dicho que para evaluar las ofertas en base a la mejor relación calidad-precio se precisan criterios distintos del coste, pues con las compras públicas se deben satisfacer ciertos objetivos de calidad y políticas públicas, como son las de tipo social, medioambiental, etc., que influirán en el precio definitivo.

Por esta razón se han de realizar dos tipos de evaluaciones, una relativa al coste, para obtener la mejor relación coste/eficacia, y otra relativa a aspectos de valor, que permitirá obtener la mejor relación calidad/precio.

La LCSP introduce los «criterios cualitativos» con objeto de obtener la mejor relación calidad/precio. Pero al contrario de lo que sucedía con la definición de prescripción técnica, la transposición al ordenamiento español de la normativa europea relativa a los criterios cualitativos es creativa.

La LCSP establece que los criterios cualitativos pueden ser tanto criterios sujetos a juicio de valor como de evaluación automática, a pesar de que, por definición, un criterio cualitativo no puede ser de evaluación automática, pues lo cualitativo está asociado al dato no numérico. Entonces, hablar de criterios cualitativos de evaluación automática es una contradicción en sus términos, un oxímoron que cambia y redefine otro concepto básico de la regulación sobre contratación, los «criterios cualitativos», lo que contribuye a que se pierda de vista el propósito de la evaluación cualitativa.

La confusión no se puede achacar a la Directiva 24/2014/UE pues su art. 67.2 fue redactado como sigue:

*“2. La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste... y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de **criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales...**, por ejemplo:*

- a. *la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;*

- b. *la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, o*
- c. *el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución.”*

De la estructura lógica se desprende que los criterios en base a la calidad (cualitativos, que figuran en la categoría a) y las condiciones de entrega como la fecha de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución (automáticos, que figuran en la categoría c) son distintos en tanto integran categorías distintas al mismo nivel jerárquico.

Es decir, si bien hay criterios automáticos no relacionados con el coste que contribuyen al Value for Money (como es el caso de la fecha de entrega o el plazo de entrega o ejecución), eso no los convierte en cualitativos.

El artículo 145 de la LCSP transpone el contenido del artículo 67 de la Directiva 24/2014/UE. Sin embargo, el apartado 2.3º del artículo 145 menciona como ejemplo de criterio cualitativo automático la fecha de entrega o el plazo de entrega o ejecución. La confusión revelada no pasaría a mayores si no fuera porque, consecuencia de la redacción del artículo 145, en la práctica contractual española criterios relativos al coste, es decir, criterios económicos, a menudo integran los criterios cualitativos, lo que no puede ser.

Además de transponer el contenido del artículo 67 de la Directiva 24/2014/UE, el apartado 2.1º del artículo 145 incorpora dentro de los criterios relativos a la calidad (cualitativos, los que figuraban en la categoría a del art. 67.2 de la Directiva) los dos párrafos siguientes:

*“Las **características medioambientales** podrán referirse, entre otras, a la reducción del **nivel de emisión** de gases de efecto invernadero; al empleo de **medidas** de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.*

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.”

Nótese que el legislador español incluye en su aportación términos como **nivel de emisión** o **medidas** que se refieren a variables cuantitativas que deben integrar el cálculo del Coste del ciclo de vida que, como su propio nombre indica, es un criterio económico, nunca cualitativo.

No se trata de una crítica al rigor terminológico, sino a la confusión que provoca que se pierda de vista el propósito de la evaluación cualitativa, que persigue sacar la competición del terreno del coste para adentrarse en el del valor. Claro que ello exige que el comité de evaluación tenga los conocimientos técnicos necesarios para evaluar las ofertas, o se asesore convenientemente, lo que nos devuelve a la necesidad de mayor profesionalización para reducir el voluntarismo presente en la contratación pública española.

La exposición de malentendidos podría seguir, pues son múltiples los aspectos singulares que no hemos tocado en este artículo, lo que abre la posibilidad de dar continuidad al relato en futuros artículos si hubiese interés.

¹Building an architecture for the professionalisation of public procurement. [DocsRoom - European Commission \(europa.eu\)](#).

²La referencia a la accesibilidad de personas con discapacidad de la DA 24/2014/UE se sustituye en la LCSP por accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas.

³“Detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de las acciones estructurales. Guía práctica para los responsables de la gestión”. OLAF. [Microsoft Word - OLAF-2013-550-0-0-ES-TRA-0.DOC \(europa.eu\)](#).