

Recurso 167/2020

Resolución 278/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 6 de agosto de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SMS 91. S.L.** contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación del “Acuerdo Marco de Homologación de Servicios Postales con destino a la Administración de la Junta de Andalucía y sus Entidades Instrumentales” (Expte. CONTR 2020/195104), convocado por la Consejería de Hacienda, Industria y Energía, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de junio de 2020 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía así como en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento, y los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas.

El valor estimado del presente acuerdo marco asciende a la cantidad de 98.714.302,40 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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 (en adelante LCSP).

Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Con fecha 9 de julio de 2020, se presenta en el Registro electrónico de este Tribunal por la entidad SMS 91, S.L. (en adelante SMS), escrito de recurso especial contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) del citado acuerdo marco. En el escrito de recurso, la recurrente solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 10 de julio de 2020, se dio traslado al órgano de contratación del recurso y se le requirió el preceptivo informe sobre el mismo, el expediente de contratación y el listado de las entidades licitadoras participantes en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificación. La documentación solicitada, menos el listado de licitadores, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal con fecha 15 de julio de 2020.

QUINTO. Por resolución de este Tribunal, de 21 de julio de 2020, se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la entidad recurrente.

SEXTO. Solicitado al órgano de contratación el listado de entidades licitadoras, se informa que no se han presentado ofertas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.



SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

En este sentido, el artículo 48 de la LCSP establece que «*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*».

En el supuesto examinado, los motivos del recurso ponen de manifiesto que las bases de la licitación han impedido a la recurrente participar en la misma, razón por la que combate el contenido de los pliegos que le perjudica. De este modo, queda acreditada su legitimación para recurrir pues, a través del eventual dictado de una resolución estimatoria de sus pretensiones, pretende remediar el perjuicio invocado.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un acuerdo marco que tiene por objeto la celebración de contratos de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso son los pliegos, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.b) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, dispone que: «*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando



no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante».

En el supuesto examinado, los pliegos se publicaron el 18 de junio de 2020 en el perfil de contratante en la plataforma de contratación de la Junta de Andalucía, poniéndose ese día a disposición de las entidades interesadas el contenido del mismo y demás documentos contractuales, por lo que al haber tenido entrada el recurso en el Registro electrónico de este Tribunal el 9 de julio de 2020, se interpuso dentro del plazo legalmente establecido.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede exponer los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en los siguientes fundamentos de derecho.

El recurso considera que los criterios de valoración técnica son discriminatorios de la libre concurrencia al favorecer a la SOCIEDAD ANÓNIMA ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., S.M.E (en adelante CORREOS), con vulneración de la prohibición de arraigo territorial. Denuncia que los criterios de adjudicación recogidos son claramente discriminatorios para los operadores postales privados en favor de un licitador, CORREOS, que tiene una posición dominante como operador postal universal.

Centra su impugnación en la cláusula 10.2.2. del PCAP, apartado relativo a los criterios cualitativos relacionados con la implantación y estructura para la prestación del servicio, puesta en relación con la cláusula 2 del PPT, considerando que son nulas por la prohibición de previsiones en los pliegos que impidan la concurrencia por razones de arraigo territorial. Alega que existe numerosa doctrina tanto del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g. Resoluciones 644/2015, de 9 de julio y 1026/2015, de 6 de noviembre), como de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y la Jurisprudencia nacional y europea que se han pronunciado acerca de la prohibición de previsiones en los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial, siendo nulas tales previsiones. Añade que CORREOS es titular de la mayor red postal de España, con cobertura en todo el territorio nacional y con unos medios mucho más significativos y difícilmente igualables, puesto que los operadores privados no tienen las economías de escala suficientes para hacer frente al despliegue de una red propia similar; y que de los datos oficiales extractados de la web corporativa de CORREOS se deriva la primacía en cobertura postal, y en medios, por lo que obtendrá la máxima



puntuación en detrimento del resto de operadores postales. Asimismo, según la información tomada de la citada web, dispone de horarios que le otorgarían la máxima puntuación. Cita a continuación la Resolución 25/2020, de 6 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SMS 91, S.L. frente a los pliegos que han de regir la contratación de los servicios postales, telegráficos y notificaciones del Ayuntamiento de Palencia, así como la Resolución 220/2012, de 3 de octubre de 2012, y la Resolución 187/2012, de 6 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Señala que las cláusulas del PCAP referenciadas (criterios de valoración oficinas) vulneran la vigente Ley 20/2013, de 9 de junio, de Garantía de Unidad de Mercado (en adelante LGUM), por cuanto han establecido de manera premeditada unas barreras anticompetitivas, que causan como efecto la remonopolización de una parte sustancial del mercado, en el ámbito territorial objeto de licitación, por lo que se vulnera el artículo 5 de esta Ley. Añade que las cláusulas del PCAP referenciadas en el escrito (no división por lotes, criterios de valoración) recurridas vulneran este artículo, por cuanto en la interpretación que se hace se evidencia el establecimiento de barreras contrarias a la concurrencia, incumpliendo la necesidad de salvaguardar alguna razón imperiosa de interés general, y que además esta interpretación sea proporcional a la razón de imperiosa necesidad, citando la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Sentencia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-220/2006, y concluyendo que en los términos establecidos por el PCAP se produce como efecto, la limitación de la concurrencia a CORREOS, con afectación del interés general determinado por las directivas postales, que no es otro que la liberalización del mercado postal en Europa.

Por todo ello solicita que se estime el recurso y se acuerde la nulidad de los pliegos, al no ser conformes a Derecho.

El órgano de contratación en su informe al recurso justifica la celebración del acuerdo marco en la necesaria adaptación del Convenio de Colaboración de la Junta de Andalucía suscrito entre la Consejería competente en materia de Presidencia con la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. para la prestación de servicios postales y telegráficos, de 1 de marzo de 2007, a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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 (en adelante LCSP), y a la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de las directivas europeas liberalizadoras del servicio postal.

En cuanto al recurso se opone al mismo señalando que con el acuerdo marco se pretende la mayor concurrencia posible tanto en la licitación del mismo como para los contratos basados, no limitándose a un único adjudicatario, sino dando la posibilidad de que sean adjudicatarios todos aquellos licitadores que puedan prestar los servicios postales con unos mínimos de calidad y a precios competitivos, que favorezcan la concurrencia y competencia a través de nuevas licitaciones en los contratos basados.

Tras poner de relieve la importancia que tiene la proximidad de las oficinas de admisión de envíos tanto para la Administración como para los destinatarios, señala que el disponer de un número mínimo de oficinas en determinados lugares, en la medida que se trata de un compromiso de adscripción de medios exigible solamente al/los licitador/es propuesto/s como adjudicatario/s para poder dar el servicio de admisión y que es proporcional al objeto del contrato y no limitativo de la concurrencia, es conforme a derecho al no suponer una vulneración de los principios fundamentales de la contratación. Por ello, añade, el órgano de contratación que establece como criterios de adjudicación los medios materiales que excedan de la red mínima exigida; por ello literalmente no se exige en ningún momento, como condición para poder acceder a la licitación, que las empresas dispongan efectivamente, en el momento de presentación de las ofertas, de dichas oficinas, sino las condiciones que debe cumplir el contratista en el momento de la ejecución de la prestación del servicio (apartado 2.1 del PPT).

Añade que las únicas limitaciones legales que se establecen son:

- Disponer de la autorización administrativa singular para la prestación de servicios postales incluidos en el ámbito del Servicio Postal Universal prevista en el artículo 42 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre.
- Aquellas entidades licitadoras que no sean el operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal deben tener suscrito un contrato de acceso a la red postal con el operador designado para la prestación del servicio postal universal.

Y que esta última condición se establece obligatoria precisamente para garantizar que todos los licitadores cuentan con, al menos, las oficinas y la capilaridad del operador designado para la prestación del servicio



postal universal, en este caso CORREOS, según la disposición adicional primera de la Ley 43/2010, y no introducir discriminación por la diferencia de infraestructura para la prestación del servicio entre CORREOS y las demás empresas licitadoras.

Por lo tanto, sostiene el órgano de contratación, resulta difícil de entender y carece de sentido que se pretenda recurrir los pliegos del acuerdo marco, basándose en una supuesta cláusula de discriminación por "arraigo territorial" establecida en beneficio del operador designado para la prestación del servicio postal universal cuando, por el mero hecho de participar, todos los licitadores ya cuentan con la infraestructura de la red postal de CORREOS y, consecuentemente, tendrán mayores medios que dicha empresa al añadir los propios del licitador.

En definitiva, considera el órgano de contratación que no sólo no se obstaculiza la presentación de ofertas por cualquier operador postal, sino que se favorece al resto de licitadores frente a CORREOS, ya que no se valoran los medios cuya adscripción a la ejecución del contrato se considera indispensable, sino precisamente los que exceden de ello y se entiende que aportan calidad a la prestación de estos servicios tan fundamentales para el funcionamiento de la Administración.

A continuación, y relacionado con la división de los lotes, reproduce el apartado de la memoria justificativa de dicha división, señalando que para buscar la mayor concurrencia posible, se ha realizado una separación por aquellos lotes que permiten la concurrencia en ellos de empresas especializadas para que puedan licitar sin necesidad de tener que prestar aquellos servicios que le son ajenos a su propia actividad.

A continuación el informe al recurso se centra en los dos motivos que se desarrollan en el recurso, alegando en cuanto al primero de ellos, los criterios relacionados con la implantación y estructura para la prestación del servicio, que la recurrente omite deliberadamente con un (...) varios párrafos anteriores sacando de contexto la disposición de oficinas como condición mínima, entre ellos el inmediatamente anterior en el PPT, que se refiere a: *"En el caso de no ser el operador del Servicio Postal Universal designado por la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, disponer de un contrato en vigor de acceso a la red postal pública con dicho operador encargado de la prestación del Servicio Postal Universal ."*



Ello confiere la garantía de que todos los licitadores cuentan con, al menos, las oficinas y la capilaridad del operador designado para la prestación del servicio postal universal, eliminando por si misma la discriminación frente a CORREOS, y no presentando por tanto ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, y mucho menos si estas circunstancias se fundan únicamente en razones supuestamente de "arraigo territorial".

Añade que esta cláusula establecida en los pliegos (y omitida deliberadamente por la recurrente sacando de contexto frases que avalen su argumentación), anula completamente las consideraciones de agravios comparativos a favor de CORREOS como la de exigir un número de oficinas determinado. Así mismo, con el siguiente (...) omite el resto del párrafo donde, en ningún momento se exige que la titularidad o las condiciones que deban de cumplir dichas oficinas, deban existir antes de la fase de ejecución en la prestación de los servicios, es decir, antes incluso de la ejecución de los correspondientes contratos basados.

Alega a mayor abundamiento, que el modelo de presentación (anexo XV), detalla claramente que se trata de una declaración, no de una exigencia previa en el momento de presentación de las ofertas.

Ahondando aún más en la intencionalidad de la recurrente, y respecto a la Resolución 25/2020, de 6 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SMS frente a los pliegos que han de regir la contratación de los servicios postales, telegráficos y notificaciones del Ayuntamiento de Palencia (expediente n.º 202/2018), señala que dicha Resolución establece que: *"(...) Por ello, a pesar de que el criterio de adjudicación transcrito guarda relación con la calidad del servicio y está vinculado con el objeto del contrato, no resulta admisible, al considerar que la titularidad o la disposición efectiva de las oficinas ha de concurrir en el momento de presentación de ofertas, lo que supone una cláusula de "arraigo territorial".*

Es decir, dicho Tribunal admite el criterio de valoración ya que guarda relación con la calidad del servicio y está vinculado con el objeto del contrato y únicamente estima el recurso ante la exigencia de que dichas oficinas deben existir en el momento de presentación de ofertas, lo que no es el caso del presente acuerdo marco.



En este mismo sentido, alega que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 27 de octubre de 2005 (Asunto C- 234/03), señaló que, si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentar las ofertas era manifiestamente desproporcionada, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición a cumplir durante la ejecución del contrato, requiriéndose en fase de adjudicación únicamente el compromiso de tenerla (cuestión última que recogen los pliegos que rigen el acuerdo marco). A continuación cita el fundamento de derecho sexto de la Resolución 53/2019, de 27 de febrero, de este Tribunal donde se indica *“(..). Resulta evidente, por tanto, que los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta ni como requisitos de solvencia ni como criterios de adjudicación, pues, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas que los permitan, salvo que los mismos estén justificadas por razones de interés general.”*

Entiende que nos encontramos ante razones de interés general sobradamente justificadas, en cuanto que el ámbito subjetivo de aplicación del acuerdo marco es de tal alcance que implicaría una grave perjuicio para los intereses generales de toda la Junta de Andalucía.

En cuanto al segundo motivo del recurso, la vulneración de la LGUM, señala el informe que ha quedado sobradamente demostrado que se han establecido cláusulas específicas para evitar la mencionada remonopolización, añadiendo que no se produce discriminación sino que, por el contrario, se valora la aportación adicional como calidad en la prestación del servicio, no limitando la concurrencia exclusivamente a CORREOS. Asimismo, considera que no se puede aludir a una no división por lotes, cuando precisamente se han dividido en varios lotes para dar cabida a distintas empresas de sectores de actividad particularizados y aumentar aún más la concurrencia lo que abunda aún más en la incongruencia de sus alegaciones.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del recurso.

Inicialmente, y los efectos de delimitar los términos del debate, debemos señalar que si bien en el escrito de recurso se alude, parece que de pasada, a la división en lotes, no obstante no puede considerarse impugnada dicha cuestión, que se refleja en el Anexo II del PACP. En el escrito de recurso, al exponer la supuesta infracción de la LGUM, se dice que *“Las cláusulas del PCAP referenciadas en este escrito (No división por lotes, Criterios de valoración) recurridas vulnera este artículo, (...).”* Pues bien, en el escrito



anteriormente no se ha hecho referencia a la cláusula de la división en lotes, sino que simplemente se alude a ellas al reproducir la cláusula 2 del PPT pero a los efectos de la exigencia de la titularidad de las oficinas, sin citar en ningún momento el Anexo II, a lo que ha de añadirse que ningún contenido impugnatorio se contiene sobre la división en lotes. Es decir, la simple cita de la cláusula del PPT que refleja la división en lotes en relación con el número mínimo de oficinas para la admisión de envíos no puede implicar una impugnación de la división en lotes que se contiene en el PCAP, ya que de un lado no se ha impugnado el Anexo II del mismo y de otro lado el recurso carece de la fundamentación necesaria sobre esta cuestión para provocar un pronunciamiento del Tribunal sobre dicha cuestión.

Descartado pues que se haya impugnado la división en lotes, el objeto del recurso, y en consecuencia, de nuestro análisis y pronunciamiento queda delimitado a la parte de la cláusula 10.2.2.1 del PCAP relativa a los criterios cualitativos relacionados con la implantación y la estructura de la prestación del servicio y la cláusula 2 del PPT, que la recurrente considera nulas por la prohibición de que los pliegos impidan la concurrencia por razones de arraigo territorial. Son dos pues las cláusulas que se cuestionan: en el PCAP el establecimiento de criterios de adjudicación cualitativos relacionados con la implantación y estructura para la prestación del servicio; y en el PPT la exigencia de ser titular de las oficinas en la Comunidad Autónoma de Andalucía y de un número mínimo de oficinas para la admisión de envíos para los tres lotes.

La cuestión es si, como sostiene la recurrente, estas cláusulas están incorporando criterios de arraigo territorial.

Comenzando por la primera de las cláusulas impugnadas, conviene antes que nada reproducir aquellos aspectos que interesan. La cláusula 10.2.2.1 forma parte de la cláusula 10, *Presentación de las proposiciones*, apartado 2, *Forma de presentación y contenido*, y establece:

“10.2.2. Sobre electrónico nº 2: “Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas.”.

(...)

10.2.2.1. Criterios de adjudicación y baremos de valoración.

(...)

-Criterios Cualitativos relacionados con la implantación y estructura para la prestación del servicio:

1. Nº de localidades con oficinas en todo el territorio nacional fuera de Andalucía. Se indicará mediante la



declaración conforme al modelo establecido en el anexo XV.

2. N° de localidades de Andalucía con oficinas. Se indicarán mediante la declaración conforme al modelo establecido en el anexo XV.

3. N° de oficinas con poblaciones de Andalucía superiores a los 50.000 habitantes. Se indicarán mediante la declaración conforme al modelo establecido en el anexo XV.

4. Horario de oficina para admisión de envíos. Se indicarán mediante la declaración conforme al modelo establecido en el anexo XV.

Los datos indicados en el anexo XV, en caso de solicitarse, se acreditará mediante la aportación de escrituras, fotografía del local o coordenadas gps para localización en aplicaciones tipo Google Maps o similares.”.

Esta cláusula hay que completarla con lo dispuesto en el Anexo XV, al que se remite, que determina la forma de presentar las proposiciones:

“ANEXO XV

*SOBRE ELECTRÓNICO N°2.- DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN
IMPLANTACIÓN Y ESTRUCTURA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO*

(...)

DECLARA bajo su responsabilidad, que los datos sobre las oficinas de titularidad de la persona licitadora son ciertos y, caso de ser requeridos por el órgano de contratación responsable del Acuerdo Marco de Homologación de Servicios Postales con destino a la Administración de la Junta de Andalucía y sus Entidades Instrumentales, se presentará la documentación acreditativa de la misma, en el formato que así lo solicite.

-Número de localidades con oficinas en todo el territorio nacional fuera de Andalucía

-Datos para las localidades de la comunidad autónoma de Andalucía: (...).”.

Es decir, lo que se valora es la titularidad de las oficinas.

El órgano de contratación sostiene en su informe al recurso que el criterio de adjudicación se refiere a los medios materiales que excedan de la red mínima exigida, de forma que esas oficinas que son objeto de valoración son las propias de los licitadores, distintas a las propias de CORREOS, ya que el PCAP establece la necesidad de tener suscrito contrato de acceso a la red postal con el operador designado para la



prestación del servicio postal universal. De esta manera, el propio órgano viene a sostener que no basta con tener un derecho de uso de la oficina, sino que hay que ser titular de la misma.

Pues bien tiene razón el órgano de contratación sobre que el PCAP exige tener suscrito un contrato de acceso a la red postal con el operador designado para la prestación del servicio postal universal.

Así lo dispone la cláusula 7 del PCAP, *7. Capacidad y solvencia de la persona licitadora para contratar*, cuando establece:

“Asimismo, deberán contar con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del acuerdo marco. En concreto:

- Las personas licitadoras deberán disponer de la autorización administrativa singular para la prestación de Servicios postales incluidos en el ámbito del Servicio Postal Universal prevista en el artículo 42 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre.

-Asimismo, las personas licitadoras que no sean el operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal, deberán haber suscrito contrato de acceso a la red postal con el operador designado para la prestación del servicio postal universal. Dicho contrato ha de encontrarse en vigor a la fecha de presentación de la oferta, y mantenerse vigente durante todo el periodo de duración del acuerdo marco.”

Por su parte, la cláusula 12 del PCAP *12. Propuesta de adjudicación del acuerdo marco*, en su apartado 2 establece:

“12.2 La documentación a presentar será la siguiente:

(...)

12.2.a.5. Habilitación empresarial.

Las personas licitadoras deberán contar con la habilitación empresarial o profesional que resulte exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del acuerdo marco de homologación, según lo dispuesto en el art 65.2 de la LCSP, “Condiciones de aptitud”, y de acuerdo con lo establecido en la cláusula 7.1 del presente pliego en lo relativo a la habilitación empresarial.

En particular, en su caso, las personas licitadoras deberán presentar:

- Copia electrónica, sea auténtica o no, de la inscripción en el Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Postales.



-Copia electrónica, sea auténtica o no, de la autorización administrativa singular para la prestación de Servicios postales incluidos en el tipo o sección correspondiente al lote al cual licite, a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas en el ámbito del Servicio Postal Universal prevista en el artículo 42 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre.

- Las personas licitadoras que no sean el operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal, deberán aportar copia electrónica, sea auténtica o no, del contrato de acceso a la red postal pública con el operador designado para la prestación del servicio postal universal. Dicho contrato ha de encontrarse en vigor a la fecha de presentación de la oferta, y mantenerse vigente durante todo el periodo de duración del acuerdo marco.

En este mismo sentido, el anuncio de licitación, dentro del apartado relativo a la habilitación para ejercer la actividad profesional, recoge el requisito de tener suscrito contrato de acceso a la red postal pública, y en el Anexo V, *Sobre electrónico n.º 1 Requisitos mínimos para la presentación de ofertas*, los licitadores han de declarar si disponen de un contrato en vigor de acceso a la red postal pública con el operador encargado de la prestación del Servicio Postal Universal.

En definitiva, la disposición de la red de oficinas de CORREOS se configura en el PCAP como un requisito de habilitación empresarial para poder presentar ofertas y prestar el servicio, de forma que todos los licitadores (ya que se exige en el momento de presentar la oferta) han de tener suscrito dicho contrato.

No obstante habremos de analizar a continuación si, como manifiesta la recurrente, al ser objeto de valoración la titularidad de las oficinas (cláusula 10.2.2.1 en relación con el Anexo XV), este criterio beneficia a CORREOS ya que dispone de la mayor red postal del país.

Hay que comenzar señalando que el hecho de que todos los posibles licitadores puedan utilizar la red postal pública en virtud del citado contrato no implica necesariamente, dados los términos en que está redactado el pliego, que no pueda valorarse la titularidad de las oficinas de CORREOS.

En efecto, en el PCAP se establece como criterio cualitativo la valoración de la implantación y estructura para la prestación del servicio en los términos que hemos expuesto.



Si, como señala el órgano de contratación, no es objeto de valoración disponer de la red pública postal, ya que todos los licitadores obtendrían la misma puntuación, si podría serlo, conforme al PCAP, la titularidad de las oficinas, que es el criterio que se recoge. A este respecto cabe señalar que teniendo en cuenta que los pliegos son ley del contrato, la redacción de la cláusula 10.2.2 junto con el Anexo XV, en los que nada se señala respecto al sentido que le da el órgano de contratación en su informe, permitiría a CORREOS presentar en su oferta y ser valorada la titularidad de sus oficinas, sin perjuicio de que las mismas podrían ser usadas por otras adjudicatarias en virtud del contrato de acceso a la red postal pública, introduciendo una cláusula de arraigo territorial y situándola en una posición de privilegio de cara a la libre concurrencia. Si la intención del órgano de contratación era que sólo se valorara la titularidad de las oficinas distintas de las que formen parte de la red pública postal, lo cierto es que no se ha reflejado adecuadamente en el PCAP, sin que, por otro lado, en el expediente remitido, y de forma especial, en la memoria justificativa, se encuentre ninguna adecuada justificación sobre el cuestionado criterio de adjudicación, como ordena el artículo 116.4, que permitiera sostener la interpretación que se hace en el informe al recurso.

Por otro lado, y con arreglo al PCAP, a los efectos de aplicar el criterio de adjudicación, los licitadores han de disponer de las oficinas en el momento de formular su oferta, y no en el de la ejecución del contrato.

En efecto, recordemos que, como hemos indicado anteriormente la forma de presentar las proposiciones en relación con el controvertido criterio de adjudicación viene determinada en el Anexo XV, que, en la parte que interesa, establece:

“ANEXO XV

*SOBRE ELECTRÓNICO N°2.- DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN
IMPLANTACIÓN Y ESTRUCTURA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO*

(...)

DECLARA bajo su responsabilidad, que los datos sobre las oficinas de titularidad de la persona licitadora son ciertos y, caso de ser requeridos por el órgano de contratación responsable del Acuerdo Marco de Homologación de Servicios Postales con destino a la Administración de la Junta de Andalucía y sus Entidades Instrumentales, se presentará la documentación acreditativa de la misma, en el formato que así lo solicite.

-Número de localidades con oficinas en todo el territorio nacional fuera de Andalucía

-Datos para las localidades de la comunidad autónoma de Andalucía: (...).”



Es decir, se habla de oficinas de titularidad de la persona licitadora, titularidad que ha de ser actual y no futura. Según el Anexo XV, y a los efectos de formular la oferta en este aspecto, basta con suscribir una declaración, pero la misma es solamente una forma de acreditar la titularidad, la cual va referida al momento en el que se realiza la oferta, pudiéndose solicitar que se presente la documentación acreditativa de la misma en el formato que así se considere. Pese a esta previsión general en cuanto a la forma de acreditación, hay que tener en cuenta que conforme establece la cláusula 10.2.2. “*Los datos indicados en el anexo XV, en caso de solicitarse, se acreditarán mediante la aportación de escrituras, fotografía del local o coordenadas gps para localización en aplicaciones tipo Google Maps o similares.*”. Estas formas de acreditación evidencian la necesidad de que se sea titular de la oficina en el momento de formular la oferta.

Pues bien, partiendo pues de que se ha de ser titular de las oficinas en el momento de presentar la oferta, no parece discutible que el establecimiento como criterio de adjudicación de la valoración de la implantación y estructura para la prestación del servicio, al margen de cual haya sido la intención de dicha cláusula (beneficiar a CORREOS como sostiene la recurrente o beneficiar al resto de licitadores como defiende el órgano de contratación) es una cláusula de arraigo territorial, que se encuentra proscrita con carácter general.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en anteriores ocasiones sobre los denominados criterios de arraigo territorial en relación con los criterios de adjudicación. Precisamente la actual recurrente interpuso un recurso contra el pliego que regía el contrato para la prestación de los servicios postales del Ayuntamiento de Algeciras en el que denunciaba que los criterios de adjudicación de la cláusula décima del PCAP, entre los que se encontraban las oficinas de recogida y atención al público y los centros de admisión y tratamiento de envíos postales, eran discriminatorios para los operadores postales privados y conculcaban la libre concurrencia en favor de CORREOS que, como operador postal universal, tiene una posición dominante en el mercado y obtendría la máxima puntuación con arreglo a los mismos por similares motivos que fue resuelto por este Tribunal en su Resolución 53/2019, de 27 de febrero. Como decíamos en esa Resolución :

“(…) es abundante la doctrina de este Tribunal (por todas, la Resolución 83/2017, de 2 de mayo) y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales (v.g. Resolución 405/2018, de 23 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y Acuerdo 91/2018, de 11 de



septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, entre otras muchas) así como la Jurisprudencia nacional y europea acerca de la prohibición de previsiones en los pliegos que pudieran impedir la participación en la licitación o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial.

En tal sentido, resultan ilustrativas las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005 (asuntos C-158/03 y C-234/03) que trataron un supuesto en que la exigencia de una oficina abierta al público se configuraba como un requisito de admisión y un criterio de valoración de la oferta. En estas sentencias, el TJUE expuso las condiciones para apreciar si la medida adoptada por el Estado vulneraba los principios del Tratado. Así, en el asunto C-234/03 el TJUE dispuso que *“De las consideraciones anteriores se desprende que el artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.”*

Resulta evidente, por tanto, que los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta ni como requisitos de solvencia ni como criterios de adjudicación, pues, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas que los permitan, salvo que los mismos estén justificadas por razones de interés general.

(...)

Así las cosas, siendo indudable la importancia de la accesibilidad y proximidad del servicio postal a los usuarios y el hecho de que se garantice su prestación de la manera más ágil y eficaz, ello no implica que, en todo caso, tales objetivos solo puedan conseguirse a través de operadores que dispongan, en



el momento de licitar, de la amplia red de cobertura diseñada en los criterios de adjudicación impugnados. Al respecto, aun cuando CORREOS en sus alegaciones sostiene que la red de oficinas valorada no hay que tenerla en el momento de licitar, lo cierto es que los criterios de adjudicación evalúan la circunstancia de “disponer”, sin que baste el compromiso de adquirir o tener esas oficinas y centros por cualquier título jurídico para el caso de resultar adjudicatario del contrato.

Así redactados los criterios controvertidos, la restricción de la concurrencia es evidente resultando paradójico que, teóricamente, se promueva la competencia a través de un procedimiento abierto, para acto seguido conculcarla por la vía de fijación de unos criterios que solo pueden cumplir unos pocos licitadores o incluso solo uno -tal y como alega la entidad recurrente y reconocen implícitamente el resto de las partes-.

En definitiva, pues, si la red prevista para la cobertura del servicio postal fuera absolutamente necesaria a juicio del órgano de contratación para la adecuada prestación del servicio, y tal extremo se justificase adecuadamente en el expediente de contratación o en los pliegos, aquella siempre podría exigirse como condición de ejecución al adjudicatario del contrato, sin tener que acudir a circunstancias de arraigo territorial de los potenciales licitadores en el momento de presentación de las ofertas.

En el mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 262/2018, de 16 de marzo, con ocasión de la impugnación de unos pliegos relativos al servicio postal de un Ayuntamiento. En la misma se señala que *“De dicha previsión resulta, como es evidente, la exigencia con carácter actual y no meramente prospectivo o potencial de al menos una oficina en la ciudad de Cuenca y la valoración como criterio de adjudicación de cualesquiera oficinas adicionales, que igualmente habrán de existir en el momento de realizar la oferta, tal y como así se infiere de la precisa necesidad de expresar su “dirección, horario de apertura, teléfono y correo electrónico, además de una fotografía de la fachada del local”, así como de la referencia a la eventual realización de “comprobaciones” por el órgano de contratación. Sentado este extremo, no cabe sino concluir, a la vista de la doctrina que se acaba de transcribir, que dicha previsión es contraria a derecho y contraviene los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación. Debe por ello también estimarse el segundo de los motivos de recurso”*.

En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia, en su Resolución 73/2019, de 1 de abril.



Aplicando esta doctrina al presente supuesto resulta que, como se ha señalado, y con independencia de cual haya sido la intención del órgano de contratación, el PCAP establece como criterio de adjudicación la valoración de la implantación y estructura para la prestación del servicio, debiéndose acreditar la titularidad de las oficinas en el momento de presentar la oferta mediante una declaración, sin perjuicio de que pueda comprobarse la misma mediante la aportación de escrituras, fotografía del local o coordenadas gps para localización en aplicaciones tipo Google Maps o similares.

En el expediente, y de forma particular en la memoria justificativa, no consta una justificación adecuada sobre la elección de este criterio de adjudicación. Por otro lado, y a los efectos de la aplicación de la LGUM, el artículo 18.2 a) 1º considera como actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de dicha Ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Entre estas actuaciones se incluye que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio, no constando en el expediente las razones que exigiría el cumplimiento del artículo 5 para el establecimiento justificado de límites.

En consecuencia, se ha introducido una cláusula de arraigo territorial entre los criterios de adjudicación que prima un aspecto limitativo de la concurrencia, por lo que procede estimar el recurso contra el cuestionado apartado de la cláusula 10.2.2 del PCAP, y anularlo.

SÉPTIMO. La segunda de las cláusulas objeto del recurso es la cláusula 2 del PPT. El órgano de contratación en su informe señala que la recurrente ha omitido en su escrito de recurso determinados párrafos de la cláusula, entre los que se encuentra el relativo a que en caso de no ser operador del Servicio Postal Universal es necesario disponer de un contrato en vigor de acceso a la red postal pública; sin que en ningún momento se exija que la titularidad o las condiciones que deban cumplir dichas oficinas deban existir antes de la fase de ejecución en la prestación de los servicios, es decir, antes incluso de la ejecución de los contratos basados. En otra parte del informe se indica que el disponer de un número mínimo de



oficinas en determinados lugares es un compromiso de adscripción de medios exigible solamente a los licitadores propuestos como adjudicatarios para poder dar el servicio de admisión.

La cláusula 2 del PPT establece:

“2.- DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DEL PLIEGO.

El objeto de este servicio es la prestación de los servicios postales que requieren los departamentos, organismos y entes que forman parte del ámbito subjetivo de esta contratación.

2.1. Requisitos mínimos.

Para la prestación del contrato descrito las empresas licitadoras deberán, acorde a lo estipulado en la Ley 43/2010, del Servicio Postal Universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal:

(...)

- En el caso de no ser el operador del Servicio Postal Universal designado por la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, disponer de un contrato en vigor de acceso a la red postal pública con dicho operador encargado de la prestación del Servicio Postal Universal.

- Oficinas para admisión de envíos:

Todo operador que licite deberá tener la titularidad de las oficinas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, para poder dar el servicio de admisión de envíos postales.

Dicha oficina deberá contar con la autorización administrativa correspondiente, siendo el objeto social de la misma el servicio de de admisión de envíos postales. Dicho local deberá estar identificado y rotulado con el nombre del operador, de manera que se facilite su localización.

Como mínimo, los días de admisión serán de lunes a viernes. Como norma general, el horario será entre las 09:00 hasta las 14:00 horas, no obstante, para poblaciones de menos de 5.000 habitantes, podrán contar con, al menos, 2 horas para este servicio, debiendo estar indicado en el exterior de la oficina postal para público conocimiento. Se valorará una ampliación de los días de servicio al sábado en una franja horaria no inferior a 2 horas.

En su caso, la administración podrá pedir la comprobación de dichas oficinas mediante la aportación de escrituras, fotografía del local o coordenadas gps para localización en aplicaciones tipo Google Maps o similares.

☛ Número mínimo de Oficinas para admisión de envíos:



Para los lotes 1 y 2: Las personas licitadoras deberán contar al menos, a efectos de admisión de envíos, con un centro o punto de admisión masiva en cada capital de provincia de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Además deberán contar también con una oficina a efectos de admisión de envíos en municipios de más de 5.000 habitantes, con horario de apertura al menos de 9 a 14:00 horas de lunes a viernes, laborables.

Para el lote 3: Las personas licitadoras deberán contar al menos, a efectos de admisión de envíos, con un centro de admisión en municipios de más de 15.000 habitantes, con horario de apertura al menos de 9 a 14:00 horas de lunes a viernes, laborables. No obstante, siempre debe existir una oficina de admisión de envíos en una distancia inferior a 30 km.

La recurrente considera que esta cláusula es nula por la prohibición de previsiones en los pliegos que impidan la concurrencia por razones de arraigo territorial

Pues bien, encontrándonos ante una cláusula del PPT, su ámbito propio ha de ser la ejecución del contrato, resultando exigible a los adjudicatarios del contrato, y no a los licitadores. El problema estriba en que la redacción de la cláusula 2 del PPT siempre hace referencia a los licitadores, no a los adjudicatarios (“*todo operador que licite*”, “*las personas licitadoras*”), de forma que con la redacción dada el requisito habría de ser cumplido por estos en el momento de presentar sus ofertas. A ello ha de añadirse que el PCAP no contempla la aportación de un compromiso de adscripción de medios.

Por otro lado, la exigencia de que para prestar el servicio es necesario ser titular de las oficinas en la Comunidad Autónoma de Andalucía plantea en primer lugar el problema de qué haya de entenderse por ser titular, es decir, si se exige ser propietario o bastaría un derecho de uso de la oficina. La propia redacción de la cláusula, así como el informe al recurso hacen que nos inclinemos por la primera interpretación. En efecto, si para prestar el servicio es necesario, según dispone la propia cláusula 2 del PPT y alega el órgano de contratación, haber suscrito un contrato con el operador postal universal, CORREOS, para tener acceso a la red postal pública, que presumiblemente cumple los mínimos requeridos en dicha cláusula, el exigirse además la titularidad implica que debe ser algo más que un mero derecho de uso, es decir, que se exigiría tener la propiedad de la oficina, condición que beneficiaría claramente a CORREOS.

En otras palabras, dado que la cláusula 2 contempla en el apartado inmediatamente anterior al relativo a las oficinas de admisión de envíos el requisito de disponer de contrato en vigor de acceso a la red postal



pública, es evidente que la exigencia de tener la titularidad de las oficinas en la Comunidad Autónoma ha de ser un plus, debiendo entenderse titularidad por propiedad, siendo una condición que, amen de no constar en la documentación remitida una justificación sobre su exigencia, beneficiaría a CORREOS. De esta manera, la palabra titularidad tendría el mismo significado en esta cláusula del PPT que en la cláusula 10.2.2.1 y en Anexo XV del PCAP cuyo análisis hemos abordado en el anterior fundamento de derecho. Y en relación con ese plus que se exige, cabe recordar que conforme al artículo 126.1. de la LCSP “ *Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, 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*”, sin que se encuentre en el expediente una justificación sobre esas exigencias de titularidad de las oficinas en la Comunidad Autónoma.

Por todo ello procede estimar el recurso contra la cláusula 2 del PPT, anulándola en los términos expuestos.

Así las cosas, visto lo manifestado anteriormente, la corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada debe llevarse a cabo anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas impugnados, conforme a lo establecido, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SMS 91, S.L.** contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación del acuerdo marco denominado “Acuerdo Marco de Homologación de Servicios Postales con destino a la Administración de la Junta de Andalucía y sus Entidades Instrumentales” (Expte. CONTR 2020/195104), convocado por la Consejería de Hacienda, Industria y Energía, y en consecuencia, anular los pliegos conforme a lo expresado en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución



SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptado por este Tribunal en Resolución de 21 de julio de 2020.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

