

Recurso 338/2018**Resolución 53/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 27 de febrero de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SMS 91, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado “Prestación de los servicios postales del Excmo. Ayuntamiento de Algeciras”, convocado por el citado Ayuntamiento (Expte. 2018/SARA/000001), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 25 de agosto de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios citado en el encabezamiento. Asimismo, el anuncio fue publicado el 29 de agosto de 2018 en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

El valor estimado del contrato asciende a 500.000 euros.



SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, le es de aplicación 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 y 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 nueva LCSP.

TERCERO. El 24 de septiembre de 2019, tuvo entrada en el registro telemático unificado de la Junta de Andalucía recurso especial en materia de contratación interpuesto por SMS 91, S.L. (SMS, en adelante) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares de la contratación citada.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 25 de septiembre de 2018, se remitió el escrito de recurso al órgano de contratación, reclamándole el expediente de contratación, el informe sobre aquel, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión solicitada por la asociación recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

El requerimiento de documentación hubo de ser reiterado al órgano de contratación mediante oficio de 3 de octubre de 2018, recibándose el expediente de contratación el 8 de octubre en el registro del Tribunal y el resto de documentación con posterioridad, tras nueva solicitud de este Órgano.

QUINTO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 18 de octubre de 2018, se concedió plazo de alegaciones a la entidad recurrente sobre posible causa de inadmisión del recurso por extemporaneidad, habiéndose recibido en el registro telemático de este Órgano las formuladas por la citada empresa.



SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 30 de octubre de 2018, se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndose recibido en plazo las formuladas por la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A, S.M.E. (en adelante, CORREOS).

SÉPTIMO. El 31 de octubre de 2018, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

OCTAVO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el supuesto examinado, el Ayuntamiento de Algeciras ha manifestado a este Tribunal que no dispone de órgano propio para la resolución del recurso; asimismo, consta en el expediente que el órgano especializado creado por la Diputación Provincial de Cádiz no tiene atribuida la competencia para resolver aquel, correspondiendo a este Tribunal la resolución procedente sobre el recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de



noviembre, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto: « *En caso de que las entidades locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.*»

SEGUNDO. Procede ahora analizar la legitimación de la entidad recurrente al amparo de lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, conforme al cual “*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 analizado, no consta que la recurrente haya presentado oferta en el procedimiento, si bien los motivos en que fundamenta el recurso determinan su interés legítimo en la impugnación de los pliegos, al restringir estos sus posibilidades de acceso a la licitación y de concurrir en igualdad de condiciones con otros potenciales licitadores. Por tanto, queda acreditada la legitimación activa de SMS para la interposición del recurso, pues precisamente las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Este es el criterio reiterado del Tribunal en sus resoluciones; entre las más recientes, cabe citar las Resoluciones 104/2018, de 20 de abril y 331/2018, de 27 de noviembre.

No obstante lo anterior, como quiera que en el informe al recurso se esgrime falta de legitimación de la entidad recurrente, procede examinar tal alegación.

Al respecto, el órgano de contratación aduce que SMS es una sociedad unipersonal en



la que es socio único RECERCA I DESENVOLUPAMENT EMPRESARIAL, S.L., habiendo esta última presentado oferta en el procedimiento cuyo pliegos son objeto de impugnación por SMS. A juicio de dicho órgano, esto supone una infracción de lo dispuesto en el artículo 50.1 b) *in fine* de la LCSP “*Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.*”

No obstante, no puede acogerse esta causa de inadmisión por los siguiente motivos:

- SMS y RECERCA I DESENVOLUPAMENT EMPRESARIAL, S.L. (RECERCA, en adelante) no constituyen una misma empresa, sino que son entidades con personalidades jurídicas diferenciadas, siendo así que la recurrente (SMS) no ha presentado oferta en el procedimiento y por tanto, no le resulta de aplicación la causa de inadmisión prevista en el precepto legal transcrito.
- Aunque nos situáramos en la hipótesis del órgano de contratación respecto a que se trata de la misma empresa, el recurso presentado por SMS el 24 de septiembre de 2018 en el registro telemático de este Tribunal es de fecha anterior a la presentación de oferta por RECERCA, ya que, según consta en el certificado emitido por la persona Responsable de Contratación del Ayuntamiento, la documentación de esta empresa fue presentada en CORREOS el 27 de septiembre y tuvo entrada en el registro del Ayuntamiento el 3 de octubre. Por tanto, no se daría el supuesto previsto en el artículo 50.1 b) de la LCSP de presentación de la oferta antes de la interposición del recurso.

Con base en las consideraciones realizadas, debe admitirse la legitimación de SMS



para la interposición del recurso.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se dirige contra los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 500.000 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial interpuesto de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 b) de la LCSP establece 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”.

El anuncio de la licitación se publicó el 29 de agosto de 2018 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, habiéndose presentado el recurso en el registro telemático de este Tribunal el 24 de septiembre de 2018, una vez transcurrido el plazo legal señalado que finalizaba el 19 de septiembre de 2018, siendo alegada tal circunstancia por el órgano de contratación en el informe al recurso para solicitar su inadmisión por extemporáneo.

No obstante, hemos de tener en cuenta varias consideraciones que llevan a este Tribunal a estimar que el recurso se ha formalizado en plazo y no debe inadmitirse.



Consta que, el 19 de septiembre de 2018, SMS presentó recurso especial en el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación Provincial de Cádiz, que fue inadmitido por el citado Órgano al declararse este incompetente por no haber hecho uso el Ayuntamiento de Algeciras de la posibilidad prevista en el artículo 10.2 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, conforme al cual las entidades locales andaluzas pueden encomendar la resolución de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos en su ámbito a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.

No obstante, lo cierto es que la cláusula trigésimosegunda del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) solo se refiere a la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para el conocimiento de las controversias que surjan entre las partes, sin hacer mención alguna a la procedencia del recurso especial en materia de contratación contra los pliegos, ni al órgano competente para su resolución en los términos previstos en el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Pese a lo anterior, dentro del plazo legal de interposición del recurso especial, este fue presentado en el registro de un órgano especializado para resolver recursos contractuales, aun cuando no fuese el competente para resolver, siendo así que por aplicación de lo dispuesto en los artículos 116 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre y 14 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, tendría que haberse remitido a este Tribunal por ser el competente para el dictado de la resolución oportuna en virtud del artículo 10.3 del Decreto 332/2011, tras su modificación por el Decreto 120/2014, como antes se ha señalado; sin que, a mayor abundamiento, pueda hacerse recaer sobre el interesado las consecuencias del incumplimiento por el órgano de contratación de lo previsto en el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, razón de más para considerar que, de conformidad con lo estipulado en el apartado 3 del citado artículo 40, el recurso presentado, primero en el registro del Tribunal de la Diputación de Cádiz y después en el registro de este Tribunal tras declararse aquel incompetente, debe ser admitido.



Así pues, los principios de alcance constitucional relativos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica de los interesados frente a la diversidad de órganos de resolución de recursos contractuales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, determinan que el recurso especial interpuesto por SMS se haya interpuesto en plazo, bien por estimar que hay que estar a la fecha de presentación del recurso en el registro del Tribunal de la Diputación Provincial de Cádiz sin perjuicio de su ulterior remisión a este Tribunal, bien por considerar que la falta de especificación en los pliegos del recurso procedente contra los mismos y del órgano competente para su resolución determina, conforme a lo previsto en el artículo 40 apartados 2 y 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que el escrito de impugnación presentado en este Tribunal se haya formalizado en plazo, tomando como fecha de inicio del cómputo del plazo alguna de las previstas en el citado apartado 3 del artículo 40.

No procede, pues, acoger el alegato de extemporaneidad esgrimido por el órgano de contratación en el informe al recurso.

QUINTO. Analizada la concurrencia de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de la cuestión de fondo suscitada. SMS solicita la nulidad de los pliegos y en concreto, impugna la cláusula décima del PCAP.

La citada cláusula se refiere a los criterios de adjudicación que son todos de evaluación automática con una ponderación máxima global de 100 puntos por lote, desglosados en “*mayor baja económica*” -hasta 70 puntos por lote- y “*otros criterios evaluables de forma automática*” -hasta 30 puntos por lote-.

A su vez, estos últimos criterios aparecen desglosados del siguiente modo:



Apartado	Puntos
2.1 Cobertura y medios de la red postal de la empresa	30 puntos en total, desglosados como sigue:
2.1.1. Oficinas de recogida y atención al público: número, distribución territorial, horarios.	20 puntos
2.1.2. Centros de admisión y tratamiento de envíos postales: número, ubicación, estructura y su distribución territorial	8 puntos
2.1.3 Sistema y medios para la recogida de envíos	2 puntos

_____000_____

Apartado	Puntos
2.1.1 Oficinas de recogida y atención al público: número, distribución territorial, horarios.	20 puntos

Aspectos valorables:

2.1.1.1. Disponer de más de una Oficina en cada distrito municipal del municipio de Algeciras: 15 puntos, distribuidos:

- . Dos oficinas: 10 puntos.
- . Tres oficinas o más: 15 puntos.

2.1.1.2. Mayor cobertura horaria de atención al público: 3 puntos, distribuidos:

- . Más de 3 horas en sábado: 1 punto.
- . Más de 6 horas de lunes a viernes: 2 puntos.

2.1.1.3. Oficinas en municipios de más de 50.000 habitantes: 2 puntos, distribuidos:

- . Dos oficinas: 1 punto.
- . Tres oficinas o más oficinas: 2 puntos.

Apartado	Puntos
2.1.2. Centros de admisión y tratamiento de envíos postales: número, ubicación, estructura y su distribución territorial	8 puntos

Aspectos valorables

2.1.2.1. Disponer de más de un Centro de admisión masiva y de tratamiento de envíos



postales en el municipio de Algeciras o Provincia: 4 puntos, distribuidos:

. Dos centros: 2 puntos.

. Más de dos centros: 4 puntos.

2.1.2.2. Disponer de Centros de admisión y tratamiento de envíos postales en capitales de provincia: 3 puntos, distribuidos:

. En más del cincuenta por ciento de las capitales de provincia: 1,5 puntos.

. En todas las capitales de provincia: 3 puntos.

2.1.2.3. Disponer de sistema de clasificación automático en la provincia de Algeciras: 1 punto.

. Disponer de sistema de clasificación automático: 1 punto.

. No disponer de sistema de clasificación automático: 0 puntos.

Apartado	Puntos
2.1.3 Sistema y medios para la recogida de envíos	2 puntos

Aspectos valorables

2.1.3.1. Recogida ordinaria de los envíos en el edificio del Ayuntamiento, sito en Plaza del Ayuntamiento nº 1, más de una vez al día en jornada laborable: 1 punto, distribuido:

. Dos veces al día: 0,50 puntos

. Más de dos veces al día 1 punto.

2.1.3.2. Recogidas urgentes: 1 punto, distribuido de la siguiente manera:

. Una vez al día: 0,50

. Dos veces al día: 0,75

. Más de dos veces al día: 1 punto.

Las recogidas ordinarias y urgentes no podrán coincidir en el tiempo.

SEXTO. SMS alega, en primer lugar, que los criterios de adjudicación de la cláusula décima del PCAP son discriminatorios para los operadores postales privados y conculcan la libre concurrencia en favor de CORREOS que, como operador postal universal, tiene una posición dominante en el mercado y obtendrá la máxima puntuación con arreglo a los mismos. Afirma que, acudiendo a los datos oficiales extraídos de la web corporativa de CORREOS que transcribe en el recurso, resulta que, entre otros medios, dicha entidad dispone de 4 oficinas en el municipio de



Algeciras con horarios que le otorgarán la máxima puntuación.

Concluye, pues, que se trata de criterios de arraigo territorial prohibidos por los distintos Tribunales de recursos contractuales, así como por las Juntas Consultivas de contratación pública y la Jurisprudencia nacional y europea.

Frente a tal alegato se alza el órgano de contratación en su informe al recurso, esgrimiendo que los criterios impugnados están justificados para garantizar la prestación correcta del contrato, puesto que su objeto no es solo dar salida a actos emitidos por el Ayuntamiento, sino también que los mismos sean comunicados de la manera más ágil y eficaz a sus posibles destinatarios.

Por su parte, CORREOS, como interesada en el procedimiento, efectúa alegaciones al recurso señalando que los criterios de adjudicación del PCAP son recogidos y aplicados por igual a todos los licitadores que concurren sin que quepa apreciar vulneración de la igualdad de trato. Asimismo, señala que no se exige que la red de oficinas sea propia del futuro adjudicatario admitiéndose la posibilidad de disponer de ellas por cualquier otro título jurídico e incluso subcontratar. Concluye indicando que la valoración de oficinas en el municipio incide directamente en la prestación del servicio postal que es de interés general, repercutiendo la accesibilidad y proximidad a los usuarios en la calidad del servicio, no siendo aplicable al presente supuesto la prohibición de arraigo territorial.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Es objeto de impugnación la cláusula décima del PCAP respecto a los denominados “*otros criterios evaluables de forma automática*” que valoran la cobertura y medios de la red postal de la empresa; en particular, aun cuando la recurrente no distingue expresamente, el foco de su impugnación radica en los apartados 2.1.1 “*oficinas de recogida y atención al público: número, distribución territorial, horarios*” y 2.1.2 “*centros de admisión y tratamiento de envíos postales: número, ubicación,*



estructura y su distribución territorial” en los que se pondera y evalúa disponer de más de una oficina en cada distrito municipal del municipio de Algeciras y en municipios de más de 50.000 habitantes, disponer de más de un centro de admisión en el municipio de Algeciras o provincia y en capitales de provincia y por último, disponer de un sistema de clasificación automático en “la provincia de Algeciras” (hemos de entender que se trata de un error del pliego y que se refiere a la provincia de Cádiz).

Al respecto, 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.

En el supuesto analizado, la previsión de una puntuación máxima de 28 puntos en la cláusula décima con base en criterios que descansan en la disposición de oficinas y centros de admisión y tratamiento de envíos postales en un concreto ámbito territorial coloca en posición de clara ventaja a aquellos licitadores que, como CORREOS, estén en condiciones de ofertar los mismos frente al resto de operadores postales privados que no disponen de esa amplia red de cobertura en el territorio municipal, provincial e incluso estatal, pues téngase en cuenta que no solo se valora la disposición de oficinas y centros en Algeciras y provincia de Cádiz, sino también en otros municipios de más de 50.000 habitantes y en capitales de provincia.

Así pues, siendo innegable que los criterios impugnados sacrifican objetivamente los principios de libre concurrencia y de igualdad consagrados en los artículos 1 y 132 de



la LCSP, la cuestión a dilucidar es si resultan absolutamente imprescindibles para alcanzar el objetivo perseguido con el contrato; es decir, en términos de la sentencia parcialmente reproducida del TJUE, si van o no más allá de lo necesario para garantizar el fin pretendido con la licitación.

El objeto del contrato, conforme a la cláusula 2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), lo constituyen los trabajos de recogida, tratamiento, admisión, clasificación, curso, transporte, distribución y entrega de los envíos postales demandados por el Ayuntamiento de Algeciras, así como las actividades complementarias, adicionales o específicas que requieran los diferentes servicios municipales, incluida la devolución de los envíos cuando no pueda efectuarse la entrega al destinatario, con las garantías y modalidades establecidas en la legislación vigente.

Asimismo, el contrato se divide en dos lotes, uno referido a cartas y tarjetas postales ordinarias, publicidad etc. y otro relativo a cartas certificadas y notificaciones administrativas, previéndose su adjudicación mediante un procedimiento abierto con previa aplicación de los criterios mencionados, además del precio.

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”*.



Procede, pues, estimar este motivo del recurso y anular los criterios 2.1.1 y 2.1.2 de la cláusula décima del PCAP, en cuanto introducen condiciones de arraigo territorial contrarias al principio de igualdad de trato entre licitadores, sin que tampoco se halle convenientemente justificada la necesidad de concurrencia de cada una de esas condiciones en el momento de presentación de las ofertas para el cumplimiento de los fines del contrato, pudiendo alcanzarse esos objetivos o fines previendo en los pliegos condiciones de ejecución al contratista en los términos expuestos anteriormente.

SÉPTIMO. En un segundo alegato, SMS aduce que la cláusula décima del PCAP vulnera lo dispuesto en el artículo 145.4, párrafo segundo, de la LCSP, conforme al cual *“En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146”*.

SMS aduce que, estando incluido el servicio licitado en el Anexo IV de la ley, la cláusula décima otorga más puntuación (70 puntos) a la oferta económica que a otros criterios relacionados con la calidad, a lo que se opone el órgano de contratación señalando la incongruencia de este alegato con el resto del recurso.

Pues bien, el Anexo IV de la LCSP incluye expresamente los “servicios de correos” y la dicción literal del artículo 145.4, párrafo segundo, es clara respecto a que en estos servicios los criterios relacionados con la calidad deben representar al menos el 51 por ciento de la puntuación asignable a las ofertas.

En el caso examinado, los 100 puntos totales asignados a los criterios se desglosan en 70 puntos para la oferta económica y 30 para el resto de criterios que, aun siendo igualmente de evaluación automática, inciden en la calidad del servicio. Al respecto,



debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 145.2 de la LCSP, todos los criterios de adjudicación deben responder a la clasificación de “económicos” o de “cualitativos”.

Así pues, asiste razón a la recurrente cuando esgrime que la cláusula décima del PCAP infringe el artículo 145.4 de la LCSP, toda vez que, en estos servicios del Anexo IV, el legislador ha querido que se dé primacía sobre el precio a aspectos cualitativos de la oferta, y no al revés como sucede en la cláusula impugnada.

Debe, pues, estimarse este alegato del recurso y anular la citada cláusula en su conjunto.

OCTAVO. En un último motivo, SMS alega vulneración de la Ley 20/2013, de 9 de junio, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), y en concreto, de su artículo 5, al considerar que la cláusula décima del PCAP establece barreras contrarias a la concurrencia, sin motivar que ello sea en salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general y discriminando a la propia recurrente que no dispone a priori de los requisitos establecidos para la valoración de las ofertas.

A tal alegato se opone formalmente el órgano de contratación remitiéndose a sus argumentos frente al primer motivo del recurso. Asimismo, CORREOS, en sus alegaciones, muestra su oposición señalando que la valoración de la cobertura y medios de la red postal es un requisito vinculado directamente a los servicios postales, y que el hecho de que CORREOS haya desplegado sus esfuerzos de inversión en conseguir cobertura de la red, tanto en el municipio de Algeciras como en el resto del territorio nacional, es una opción abierta al resto de licitadores.

Pues bien, expuestas de modo sucinto las alegaciones de las partes, procede su examen. SMS manifiesta que la tan citada cláusula décima del PCAP vulnera el artículo 5 de la LGUM, cuyo tenor es el siguiente: “1. *Las autoridades competentes*



que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica”.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la doctrina expuesta en fundamentos anteriores -acerca de la proscripción 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- tiene su plasmación positiva en el artículo 18.2.a) de la LGUM, en el que se afirma que “*serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación (...) los actos, disposiciones y medios (...) que contengan o apliquen: a) Requisitos discriminatorios (...) para la adjudicación de contratos públicos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Entre estos requisitos se incluyen, en particular: 1º que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en territorio de la autoridad competente o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio*”.

Asimismo, el artículo 9.1 de la LGUM dispone que “*Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia*” y su apartado 2 c) señala que “*En*



particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:

c) La documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos”.

Visto lo anterior, procede analizar el concreto alegato del recurso donde SMS aduce que los criterios de adjudicación del PCAP vulneran el artículo 5 de la LGUM -antes transcrito-, en la medida que el citado pliego, al fijar tales criterios, no motiva la necesidad de salvaguardar alguna razón imperiosa de interés general.

Al respecto, ya hemos visto que la LGUM introduce previsiones dirigidas a las autoridades competentes -en lo que aquí interesa, a los órganos de contratación- a fin de que las mismas velen por que en la documentación de los contratos públicos quede garantizado el principio de igualdad de trato, evitando el establecimiento de requisitos discriminatorios como la disposición de establecimientos físicos en el territorio de aquellas.

En todo caso, de conformidad con el artículo 5 de la LGUM, cualquier medida limitativa o restrictiva en el acceso o en el ejercicio de una actividad económica debe estar motivada en la necesidad de salvaguardar alguna “razón imperiosa de interés general”, concepto limitado en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, (sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) a las siguientes actividades: orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.



Es de ver, pues, que en el supuesto analizado el pliego establece criterios que valoran la disposición de oficinas o establecimientos en el territorio del órgano de contratación, sin que concurra ni se haya motivado ninguna razón imperiosa de interés general, lo que redundaría en la desproporción e innecesariedad de la medida, pudiendo conseguirse la finalidad pretendida con el contrato a través de otros medios menos restrictivos de la concurrencia.

Desde esta óptica, y aun cuando no hace falta acudir a la citada LGUM, por cuanto la propia LCSP consagra igualmente los principios de libre acceso, igualdad de trato y proporcionalidad en sus artículos 1 y 132, debe concluirse que la cláusula impugnada vulnera los postulados de la LGUM en los términos expuestos, debiendo estimarse el motivo esgrimido en el recurso.

En consecuencia, la anulación de la cláusula décima del PCAP conlleva, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LCSP, no solo la anulación del pliego completo, sino también la de todos los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

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 el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado “Prestación de los servicios postales del Excmo. Ayuntamiento de Algeciras” convocado por el citado Ayuntamiento (Expte. 2018/SARA/000001), y en consecuencia, anular el acto impugnado debiendo procederse en los términos expuestos en el fundamento de derecho último 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, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 31 de octubre de 2018.

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.

