

Recurso 27/2021

Resolución 357/2021

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

Sevilla, 30 de septiembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **REPARTO DE CORRESPONDENCIA URBANO, S.L.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Servicios postales con exclusión de las notificaciones administrativas con presunción de veracidad y fehaciencia para la Agencia Pública de Servicios Económicos Provinciales de Málaga. Patronato de Recaudación Provincial”, promovido por la citada Agencia Pública, entidad adscrita a la Diputación Provincial de Málaga (Expte. 14/2019), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de diciembre de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 3.661.188,3 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. El 20 de enero de 2021, la entidad REPARTO DE CORRESPONDENCIA URBANO, S.L. (RCU, en adelante) presentó en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de la citada contratación.



Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano.

El 4 de febrero de 2021, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no se han recibido en el plazo legal establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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.

En el supuesto examinado, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un ente instrumental de una entidad local andaluza, siendo competente este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Legitimación

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP. En este sentido, aunque no consta que haya presentado oferta en la licitación, funda su impugnación en la restricción de la concurrencia que provocan determinadas cláusulas de los pliegos. De este modo, una eventual estimación del recurso le permitiría remover los obstáculos que dificultan su acceso a la licitación en condiciones de igualdad, quedando justificado el interés legítimo que ostenta en los términos previstos en el precepto legal citado.

En su informe al recurso, el órgano de contratación aduce que la recurrente carece de interés legítimo pues, de estimarse el recurso, no se produce en su esfera jurídica ni un efecto positivo o beneficioso, ni la eliminación de un efecto negativo o perjuicio; ya que la empresa RCU no presenta oferta sobre la base de que los pliegos están elaborados a la medida de la Sociedad Estatal de Correos (Correos, en adelante) y no puede competir con dicha entidad, cuando resulta que Correos no ha licitado. Asimismo, señala que en cualquier caso el beneficio obtenido por RCU de estimarse el recurso tampoco sería cierto, pues tendría que concurrir con otras empresas en la nueva



licitación y el contrato se adjudicaría al licitador que presentase las mejores condiciones. Y concluye que la recurrente ejerce un mero interés en defensa de la legalidad *“en cuanto que no recurre ni contra los criterios utilizados, ni entra a valorar si son correctos o no, tan solo recurre alegando que con los pliegos se favorece la posición dominante de CORREOS, basándose en meras conjeturas”*.

Pues bien, no pueden acogerse estas alegaciones del órgano de contratación tendentes a fundamentar la inadmisión del recurso por falta de legitimación activa de RCU.

El postulado legal del artículo 48 de la LCSP es muy amplio y dice así: *“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”*.

El concepto legal de legitimación para la interposición del recurso especial incluye el perjuicio directo o indirecto y, si bien la doctrina jurisprudencial sobre el interés legítimo es de plena aplicación, en el supuesto analizado los motivos del recurso -sin perjuicio de la suerte que puedan correr en cuanto al fondo- evidencian restricciones para la recurrente a la hora de licitar derivadas de la posición dominante de Correos; posición que, a juicio de RCU, se ve favorecida con las cláusulas impugnadas. Desde esta perspectiva, la potencial estimación del recurso con eliminación de las cláusulas recurridas le otorgaría la posibilidad de participar en una nueva licitación en condiciones de mayor igualdad. Este interés en el caso de recursos contra los pliegos es un interés legitimador y no un interés en defensa de la legalidad, pues no se trata simplemente de restablecer la supuesta legalidad vulnerada, sino de obtener un beneficio futuro pero cierto como es eliminar los obstáculos a la libre concurrencia en una posterior licitación.

Por otro lado, el hecho de que Correos no haya participado en la licitación no modifica en nada el argumento que venimos sosteniendo, pues se trata de una circunstancia que ha devenido con posterioridad a la publicación de la licitación y que la recurrente no podía conocer hasta la finalización del plazo de presentación de ofertas; sin que, además, en modo alguno, pueda hacerse depender la legitimación de un interesado de la decisión que otro adopte en orden a su participación en una licitación.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador; por tanto, debe admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.



CUARTO. Plazo de interposición.

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. 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 analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 28 de diciembre de 2021, fecha en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado, el 20 de enero de 2021, en el Registro electrónico de este Tribunal se ha formalizado dentro del plazo legal.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre el carácter discriminatorio de determinados criterios de adjudicación.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar su motivos. La recurrente solicita la anulación de los pliegos y funda esta pretensión en diversos motivos que se analizarán a lo largo de esta resolución.

Tras un motivo previo en que denuncia, con carácter general, que los pliegos restringen la concurrencia con vulneración de los artículos 1 y 132 de la LCSP; la recurrente impugna varios criterios de adjudicación establecidos en el Anexo 8.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) por considerarlos discriminatorios para los operadores postales privados en beneficio de un licitador con posición dominante del mercado como es Correos en su condición de operador postal universal.

En concreto, el recurso se dirige contra los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas que, a continuación, se transcriben:

1. LOGÍSTICA DEL SERVICIO. CRITERIO CUALITATIVO.....Hasta 20 puntos (criterio 3 de evaluación automática conforme al Anexo 8.1 del PCAP):

«Oficinas de admisión de correspondencia:..... Hasta 10 puntos.



Como adscripción obligatoria de medios al contrato se exige:

“el adjudicatario del contrato deberá disponer de 1 oficina de admisión masiva en la provincia que no esté situada a más de 20 kms. de la Sede principal de la Agencia”.

Teniendo en cuenta esto se valorará, hasta 10 puntos, distinguiendo:

- En términos municipales donde la Agencia tenga oficina abierta, (descritas en el Pliego de Prescripciones Técnicas), al mayor número de oficinas de admisión, que supere el número mínimo exigido en la adscripción obligatoria de medios se le otorgará 6 puntos, al resto, de forma proporcional, según regla de tres.
- En capitales de provincia, al mayor número de oficinas de admisión, que supere el número mínimo exigido en la adscripción obligatoria de medios, se le otorgará 4 puntos, al resto, de forma proporcional, según regla de tres.

El licitador citará y acreditará la dirección y teléfono de atención al público de las Oficinas de admisión con que cuente en el ámbito de la ejecución del contrato (municipal, provincial o nacional).

Con este criterio se realiza una prestación del servicio de una manera más satisfactoria, en cuanto que a mayor número, mejor calidad en su prestación.

Parque móvil:..... Hasta 10 puntos.

Como adscripción obligatoria de medios del contrato se exige:

“Red de vehículos: el adjudicatario ha de contar con una red de vehículos que incluya como mínimo:

-1 vehículo para Málaga capital.

-4 vehículos para el resto de la provincia de Málaga, sin incluir el de Málaga capital.”

Teniendo en cuenta esto se valorará, hasta 10 puntos:

Al mayor número de vehículos propios a adscribir al contrato que supere el número mínimo exigido en la adscripción obligatoria de medios, se le otorgará 10 puntos, al resto, de forma proporcional, según regla de tres.

Se detallará el tipo de vehículo y la ruta o zona física donde presta el servicio de forma principal.

La disponibilidad de los vehículos se acreditará con la ficha técnica del vehículo, y el compromiso de adscripción al contrato, o en su caso, declaración responsable comprometiéndose a la adquisición y adscripción al contrato de los vehículos a partir de la adjudicación del contrato.



El responsable del contrato podrá requerir al contratista la información necesaria para comprobar su utilización en el municipio/provincia.

Con este criterio se realiza una prestación del servicio de una manera más satisfactoria, en cuanto que a mayor red de vehículos, mejor calidad en su prestación».

2. CRITERIOS SOCIALES. CRITERIO CUALITATIVO.....Hasta 10 puntos (criterio 4 de evaluación automática conforme al Anexo 8.1 del PCAP).

«Mayor número de empleados en la Red de Distribución:.....Hasta 5 puntos (primer subcriterio de adjudicación según el Anexo citado)

Como adscripción obligatoria de medios se exige:

“Personal necesario: Partiendo de las bases de datos de la Agencia, de los padrones de impuestos y tasas municipales de los Ayuntamientos que tienen delegada la gestión, el número de envíos distribuidos en años anteriores y el tiempo necesario para la realización satisfactoria del servicio, el número estimado de trabajadores adscritos para la prestación del servicio asciende a 62 trabajadores.”

Al mayor número de empleados que supere el número mínimo de empleados exigido como adscripción obligatoria de medios, se le otorgará 5 Puntos, al resto, de forma proporcional, según regla de tres.

La disponibilidad de empleados se acreditará con la aportación de los TC1 y TC2 de los empleados de la red oficinas provinciales, o en su caso, declaración responsable de la Contratación de personal para trabajar en la red de distribución a partir de la adjudicación del contrato».

3. Presencia equilibrada de hombres y mujeres en la plantilla. 5 puntos (subcriterio dentro de otro criterio de adjudicación)

«Por la presencia equilibrada de hombres y mujeres sobre la plantilla que se destinará a la ejecución del contrato: 5 puntos.

(Se obtendrán los 5 puntos cuando ninguno de los dos sexos tenga una presencia mayor al 60 % ni menos al 40 %).

Se deberá presentar la documentación que acredite la disponibilidad de dicha presencia equilibrada. En el supuesto de quedar acreditada, se obtendrán los 5 puntos. En el supuesto de no aportar la documentación que acredite la disponibilidad de dicha presencia descrita, se obtendrá 0 puntos».

Pues bien, la recurrente, a la vista de la redacción de los criterios expuestos, esgrime que:



1. De los datos oficiales extractados de la web Corporativa de Correos, se puede apreciar el número de vehículos de los que dispone (13.347) siendo evidente que tendrá la máxima puntuación en este apartado.

2. De la citada web corporativa deriva el número de trabajadores (casi 50.000 efectivos), obteniendo también Correos la máxima puntuación en el criterio correspondiente del PCAP, al igual que en el subcriterio sobre presencia equilibrada de hombres y mujeres en la plantilla (según su web, el 50% de la plantilla la componen mujeres y el 50% hombres).

3. Correos obtendrá la mayor puntuación en el subcriterio sobre oficinas de admisión de correspondencia, al ser titular de la mayor red postal en España con cobertura en todo el territorio nacional, invocando la doctrina sobre la prohibición de previsiones en los pliegos que impidan la concurrencia por razones de arraigo territorial, y en concreto resoluciones de órganos de resolución del recurso especial, incluido este Tribunal.

RCU concluye, pues, que existe una clara vulneración de los principios de igualdad y transparencia, con desventaja en la adjudicación respecto a Correos, incumplándose lo dispuesto en el artículo 132 de la LCSP. Asimismo, cita como infringidos determinados preceptos de la Ley 20/2013, de 9 de junio, de Garantía de Unidad de Mercado y en especial, su artículo 5 “*Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes*”, conforme al cual:

«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. 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».

Y finaliza su argumentación señalando que el PCAP establece criterios restrictivos, 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.

En su informe al recurso, el órgano de contratación opone lo siguiente:



1. RCU no alega nada sobre el número requerido de vehículos, oficinas de admisión de correspondencia ni número trabajadores, tampoco sobre su justificación. Centra sus argumentos en que se favorece a Correos que obtendrá el máximo de puntos en todos los apartados.
2. No se requiere el título de dueño en los vehículos ni oficinas de admisión y en cuanto al número de trabajadores, se ha producido error al haberse invertido los números siendo 26 trabajadores y no 62.
3. En cuanto a la presencia equilibrada entre hombres y mujeres, trata de favorecer la participación de estas en la fuerza de trabajo, sin que se imponga ninguna medida restrictiva de la concurrencia para la obtención de puntos. Los licitadores solo tienen que acreditar que ninguno de los dos sexos tenga una presencia mayor al 60% ni menor del 40%.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. RCU impugna los criterios de adjudicación antes señalados sobre la base fundamental de que benefician a Correos que, en su condición de operador postal universal, tiene una posición dominante y obtendrá la máxima puntuación en cada uno de aquellos. Esgrime además que se han incorporado cláusulas de arraigo territorial limitativas de la concurrencia, vulnerándose los artículos 132 de la LCSP y 5 de la Ley 20/2013, de 9 de junio, de Garantía de Unidad de Mercado, sin que concurra ni se haya justificado ninguna razón imperiosa de interés general, pudiendo conseguirse la finalidad pretendida con medios menos restrictivos de la concurrencia.

Pues bien, lo primero que se observa es que la recurrente centra sus alegatos en la posición dominante de Correos y en las ventajas que le otorga la presente licitación. No cuestiona la objetividad de los criterios recurridos ni su falta de vinculación al objeto del contrato (artículo 145.5 de la LCSP), como tampoco la justificación que de los mismos se hace en el Anexo 8.1 del PCAP. En su escrito de impugnación da por sentado que se trata de criterios formulados “*a la medida*” de Correos, pero tal alegato sin más no puede llevar a la anulación de los mismos, pues no se acredita que en el supuesto analizado los mismos sean desproporcionados o innecesarios para una mejor consecución del objeto contractual.

No basta, pues, para proceder a la anulación de los criterios impugnados la mera presunción de que solo un operador postal obtendrá la máxima puntuación en ellos frente al resto; pues pudieran existir operadores privados habilitados, así como fórmulas o mecanismos que permitan a dichos operadores postales realizar ofertas ventajosas en la licitación, sin que pueda darse por probado una situación que no se ha producido y que, como se confirma en este caso, no se producirá al no haber concurrido Correos a este procedimiento de adjudicación y sí haber existido concurrencia en la licitación por parte de dos licitadores.

De otro lado, al no haber sustentado y acreditado la recurrente que los criterios son innecesarios y desproporcionados al objeto del contrato, no puede prosperar la anulación pretendida basada en la mera



afirmación de que sí lo son; aparte de que, como apunta el órgano de contratación en su informe al recurso, tampoco se requiere disponer de los medios ofertados a título de dueño.

Lo expuesto hasta ahora tiene sin embargo una objeción en lo relativo al criterio de arraigo que denuncia la recurrente consistente en “Oficinas de admisión de correspondencia” donde, partiendo del mínimo exigido en el PCAP (una oficina de admisión masiva en la provincia que no esté situada a más de 20 kms de la sede principal de la Agencia) se valora con hasta 10 puntos un mayor número de oficinas abiertas en términos municipales y en capitales de provincia, teniendo el licitador que acreditar la dirección y teléfono de atención al público de las oficinas con que cuente.

Es decir, se valora el mayor número de oficinas que se oferten y con las que ya cuente el licitador desde el momento de presentar su oferta tanto en los términos municipales donde la Agencia tenga oficina abierta como en capitales de provincia.

Sobre este tipo de criterios que introducen cláusulas de arraigo territorial, este Tribunal tiene una consolidada doctrina que es común al resto de órganos de resolución de recursos contractuales y que tiene su origen en la jurisprudencia europea, habiendo sido acogida también por los órganos jurisdiccionales.

Así, en nuestra Resolución 174/2021, de 6 de mayo, señalábamos:

«Hemos de concluir, pues, que los criterios impugnados contienen elementos de arraigo territorial exigibles a las licitadoras en el momento de presentación de sus ofertas y vulneran los principios de libre competencia e igualdad de trato colocando en posición de ventaja a licitadoras, como CORREOS, frente al resto de operadores postales privados que no dispongan de su amplia red de cobertura en el territorio nacional. Además, ni en los pliegos ni en el expediente de contratación se contiene justificación alguna que motive el establecimiento de tales elementos de arraigo en un territorio, por lo que no es posible dilucidar si los mismos resultan absolutamente imprescindibles para alcanzar el objetivo perseguido por el contrato.

En la Resolución 53/2019, de 27 de febrero, señalábamos lo siguiente a propósito de una controversia similar:

«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, se establece un criterio de adjudicación que contiene una cláusula de arraigo en el territorio sin justificación suficiente, pues no puede admitirse como tal la mera referencia a que “Con este criterio se realiza una prestación del servicio de una manera más satisfactoria, en cuanto que a mayor número, mejor calidad en su prestación”. La admisión de una cláusula de arraigo como criterio de adjudicación solo es posible si concurren razones imperiosas de interés general que demuestren que no puede alcanzarse el objetivo perseguido



con el contrato sin su establecimiento, lo que no sucede en el presente caso. Así en nuestra Resolución 53/2019, de 27 de febrero, señalábamos:

« 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”

(...)

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 el supuesto analizado, el criterio de adjudicación “Oficinas de admisión de correspondencia” introduce un claro elemento de arraigo en un determinado territorio desde el momento de presentación de las ofertas, otorgando una posición de ventaja a aquellos licitadores que dispongan de las oficinas en los términos del PCAP con evidente perjuicio para el resto. Tal previsión vulnera el principio de igualdad de trato sin que se invoquen por el órgano de contratación razones imperiosas de interés general que la justifiquen, ni quede demostrado que el fin o necesidad pública que satisface el contrato solo pueda conseguirse si los licitadores ya disponen de las oficinas a la hora de presentar sus proposiciones. La escueta frase “Con este criterio se realiza una prestación del servicio de una manera más satisfactoria, en cuanto que a mayor número, mejor calidad en su prestación” no puede considerarse razón imperiosa de interés general que justifique el arraigo territorial previsto en el criterio de adjudicación impugnado.



Procede, pues, estimar parcialmente el motivo analizado y anular el subcriterio del Anexo 8.1 del PCAP consistente en “Oficinas de admisión de correspondencia”, desestimándose en todo lo demás por las razones anteriormente expuestas.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre la falta de motivación en la concreción de las condiciones de solvencia.

El Anexo 5 del PCAP se refiere a la “*Concreción de las condiciones de solvencia*” estableciendo un compromiso de adscripción de medios personales y materiales en los siguientes términos:

«X Compromiso de adscripción de medios personales:

Personal necesario: Partiendo de las bases de datos de la Agencia, de los padrones de impuestos y tasas municipales de los Ayuntamientos que tienen delegada la gestión, el número de envíos distribuidos en años anteriores y el tiempo necesario para la realización satisfactoria del servicio, el número estimado de trabajadores adscritos para la prestación del servicio asciende a 62 trabajadores.

X Compromiso de adscripción de medios materiales:

Oficina abierta al público: el adjudicatario del contrato deberá disponer de 1 oficina de admisión masiva en la provincia que no esté situada a más de 20 kms. de la Sede principal de la Agencia.

Red de vehículos: el adjudicatario ha de contar con una red de vehículos que incluya como mínimo:

-1 vehículo para Málaga capital.

-4 vehículos para el resto de la provincia de Málaga, sin incluir el de Málaga capital».

Al respecto, conviene precisar que la recurrente impugna genéricamente tales compromisos al denunciar en el anterior motivo la existencia de criterios de valoración discriminatorios. Es decir, si bien centra sus argumentos en el carácter discriminatorio y restrictivo de la concurrencia de determinados criterios de adjudicación, como quiera que estos valoran la superación de los mínimos exigidos como solvencia en cuanto adscripción obligatoria de medios al contrato, el recurso se extiende también a los compromisos de adscripción de medios; no obstante, lo hace de un modo absolutamente genérico pues, aparte de la mención al Anexo 5 del PCAP, no existe después la más mínima referencia a tales compromisos ni fundamentación jurídica alguna en el motivo anteriormente expuesto que permita sustentar una impugnación razonada de tales condiciones de solvencia técnica.

De ahí que en el anterior fundamento de derecho hayamos centrado nuestra argumentación en la adecuación a derecho de los criterios de adjudicación recurridos sin pronunciarnos sobre la legalidad de los compromisos de adscripción de medios del Anexo V, cuya invalidez no es abordada por la recurrente de un modo expreso.



Lo anterior tiene importancia porque, en el alegato del recurso que ahora estamos abordando, la recurrente tampoco combate de modo expreso los compromisos de adscripción de medios del Anexo 5, anteriormente transcritos. En este caso, obviando los mismos, centra su impugnación en la fundamentación que de dicha adscripción obligatoria de medios se contiene en el citado Anexo 5 y que reza así:

**El servicio que se pretende licitar es muy intensivo en mano de obra directa: los carteros son quienes deben distribuir personalmente la correspondencia.*

**Una fuente importante de información es la publicada por la única empresa distribuidora de servicios postales que lo hace abarcando todos los apartados necesarios como sus tarifas, costes, medios humanos y materiales etc, además de ser la que actualmente presta el servicio a la Agencia, por lo que se acude a la información publicada por el Grupo Empresarial Correos, concretamente:*

-Tarifas oficiales publicadas para 2020.

-Tarifas aplicadas actualmente a la Agencia.

-Última Cuenta de Pérdidas y Ganancias publicada del Grupo correspondiente al ejercicio 2017.

-Informe de fiscalización al 31/12/2017 de la Sociedad llevada a cabo por el Tribunal de Cuentas.

-Asimismo se han tenido en cuenta los ratios sectoriales publicados por el Banco de España.

**Además se toma como referencia:*

-Convenio estatal de Entrega Domiciliaria (BOE de 28 de junio de 2013).

-Convenio Colectivo Estatal de empresas de Mensajería, con código de convenio n.º 9903425. Publicado en el BOE n.º 296 de 12/12/2006.

De todo ello, y de la experiencia de la Agencia, resulta lo siguiente:

**Número de cartas estimadas que puede distribuir un cartero: 50 cartas a la hora, dado que una parte importante de los destinos no corresponde a grandes aglomeraciones urbanas.*

**Son muy numerosas las horas necesarias para distribuir el número de cartas objeto de la licitación.*

Todo ello, y con la finalidad de conseguir una prestación satisfactoria del servicio para esta Agencia es lo que fundamenta la adscripción obligatoria de medios materiales y personales».

RCU alega que el órgano de contratación no ha ofrecido una motivación razonable y completa de la información tenida en cuenta para fundamentar la adscripción de medios, debiendo ser anulada dicha cláusula del Anexo 5. En tal sentido, manifiesta que se ha justificado tal adscripción obligatoria en base a cuentas que están desactualizadas y que existe incoherencia porque se tiene en cuenta información procedente de Correos y de convenios colectivos que afectan al sector privado.

Frente a este alegato opone el órgano de contratación que se tienen en cuenta todas las fuentes de información posibles; en ese sentido, señala que la cuenta de pérdidas y ganancias de Correos del ejercicio 2017 es la última publicada en el momento de elaboración de los pliegos, sin que sea la única fuente considerada y añade "(...)



están también, las tarifas oficiales publicadas para el 2020, (que son las únicas tarifas que se publican y sobre las que se tienen acceso,) las ratios sectoriales del Banco de España, además y como muestra de que los pliegos no son a la medida de CORREOS, también se acude a los Convenios existentes sobre la materia, CON TODO ELLO y EN SU CONJUNTO, además de tomar en consideración LOS PLIEGOS DE LA AGENCIA TRIBUTARIA DE SEVILLA Y DEL ORGANISMO AUTÓNOMO DE GESTIÓN TRIBUTARIA DE MÁLAGA, organismos similares a esta Agencia, y el volumen de trabajo de los ejercicios anteriores, se elabora el PBL, el Valor estimado y se determina la solvencia y la adscripción obligatoria de medios”.

Expuestas las alegaciones de las partes, el motivo debe ser desestimado. RCU solo cuestiona la fundamentación de la adscripción obligatoria de medios y lo hace sobre la base de que dicha adscripción se ha justificando acudiendo a cuentas no actualizadas y con incoherencia al tenerse en cuenta información procedente de Correos y de convenios colectivos privados. No obstante, las fuentes de información son más de las que cita la recurrente. Así, frente al alegato de que está desactualizada la cuenta de pérdidas y ganancias correspondiente a 2017 del Grupo Empresarial Correos, el órgano de contratación aduce que era la última publicada a la hora de elaborar los pliegos. Además, se establecen otras fuentes de información en el Anexo 5 como “las ratios sectoriales” publicadas por el Banco de España, el convenio estatal de entrega domiciliaria (BOE de 28 de junio de 2013) y el convenio colectivo estatal de empresas de Mensajería, con código de convenio n.º 9903425; fuentes de información distintas a las provenientes de Correos y respecto de las que nada dice la recurrente.

Por último la incoherencia a la que alude RCU por utilizar el Anexo V del PCAP fuentes de información del sector público y privado, es un alegato sin mayor fundamentación que no puede acogerse. A mayor número de fuentes de información para ajustar y determinar las necesidades de la contratación, mayor conocimiento se adquiere y ello no puede tacharse *a priori* de incoherencia.

Con base en las consideraciones expuestas, el motivo no puede prosperar por cuanto no cabe estimar, con los alegatos del recurso, que la información indicada en el Anexo 5 del PCAP para fundamentar la adscripción de medios sea irrazonable e incompleta como esgrime la recurrente.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre la insuficiencia del presupuesto base de licitación del contrato para cubrir costes sociales y laborales.

La recurrente alega que el PCAP ha sido elaborado con un presupuesto que no está justificado y se halla muy por debajo de sus costes directos al tener que adscribir al contrato 62 trabajadores como mínimo, de lo cual solo cabe esperar una ejecución anormal del contrato y una vulneración de las obligaciones sociolaborales por parte del contratista.



En tal sentido, manifiesta que, calculando los costes de personal mínimo (62 trabajadores) y tomando como punto de partida el salario mínimo interprofesional (SMI), el coste anual de los recursos humanos sería 1.096.718 euros según el siguiente desglose:

SMI (año 2020): 13.300 euros

Coste de seguridad social: 4.389 euros.

Coste por trabajador: 17.689 euros.

En cambio, sostiene que el presupuesto base es 1.743.423 euros para los dos años del contrato, lo que supone un presupuesto de 871.711,5 € al año, inferior al coste calculado para el personal. Asimismo, añade que las mejoras no están computadas a los efectos de evaluar el coste del servicio.

Por su parte, en el informe al recurso se indica que deben tenerse en cuenta los siguientes datos:

*«*Número de cartas estimadas que puede distribuir un cartero: 50 cartas a la hora, dado que una parte importante de los destinos no corresponde a grandes aglomeraciones urbanas.*

**Número de horas necesarias para distribuir las 3.940.000 cartas objeto de la licitación: 78.800 horas.*

**Las horas necesarias de un cartero: 1.664 horas anuales. Para 2 años: 3.338 horas.*

78.800/3.338= 23 trabajadores. Más personal indirecto de oficina 26 trabajadores».

Y concluye que hubo error material en la determinación del número de trabajadores -siendo 26 y no 62- por lo que se procederá a su subsanación.

Entrando ya a analizar la controversia, se observa que la recurrente sustenta su alegato de insuficiencia del presupuesto base de licitación para cubrir costes laborales en el número (62) de trabajadores que como mínimo tienen que adscribirse a la ejecución del contrato conforme al PCAP. No obstante, el órgano de contratación reconoce que ha cometido error -al que denomina material o de hecho- al consignar tal número y que el correcto es 26 trabajadores; debiendo entender este Tribunal que es con este último número (26) con el que se supone que dicho órgano ha realizado los cálculos para determinar los costes laborales del contrato, pues solo refiere error en el número de trabajadores que figura en el pliego, sin mencionar que dicho error se haya proyectado sobre los citados cálculos.

Pues bien, el error material o de hecho, conforme a la doctrina de este Tribunal sustentada en la del Tribunal Supremo (v.g. Sentencia del Alto Tribunal de 19 de abril de 2012 (RJ 2012\6001)), *“se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorización prima facie con su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias:*



a) Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos;

b) Que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte;

c) Que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables;

d) Que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos;

e) Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica);

f) Que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión; y

g) Que se aplique con un hondo criterio restrictivo.”

En el supuesto analizado, la referencia a 62 trabajadores se contiene en varios apartados del pliego y de la memoria justificativa del contrato y la de 26 no se ha encontrado en ninguno de estos documentos. En su informe al recurso el órgano de contratación intenta demostrar el error material cometido, pero el mismo no se desprende del expediente de contratación, sino del razonamiento que en el informe al recurso efectúa el citado órgano. Quiere ello decir que la equivocación padecida en los documentos de la licitación adolece de los elementos necesarios para su consideración como error material susceptible de rectificación o subsanación en cualquier momento. El artículo 122 de la LCSP exige, en estos casos, la retroacción de actuaciones.

Así las cosas, si bien conforme a las alegaciones del órgano de contratación, resulta que RCU esgrime insuficiencia del presupuesto base de licitación para cubrir costes laborales sobre la base de datos erróneos en cuanto al número de trabajadores adscritos al contrato, como quiera que esos datos -y no otros- son los que derivan del expediente de contratación y los únicos que conocen los licitadores para elaborar sus ofertas, no puede aceptarse sin más el argumento del órgano de contratación del error material (26 trabajadores en lugar de 62) en un intento por sostener la validez de sus cálculos al elaborar el presupuesto base de licitación.

Ello nos lleva a concluir que, con los datos obrantes en los documentos contractuales, el motivo debe ser estimado acordándose la retroacción de actuaciones al momento previo a la elaboración de los pliegos y de la memoria justificativa para que se modifique en ellos el número mínimo de trabajadores necesarios para ejecutar la prestación, correspondiendo al órgano de contratación determinar la repercusión que dicha modificación pueda tener sobre los costes salariales reflejados en el presupuesto del contrato.



Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe ser parcialmente estimado en los términos expuestos en los fundamentos de derecho quinto y séptimo de la presente resolución. En consecuencia, procede anular los pliegos impugnados, así como aquellos actos del expediente relacionados con su aprobación, debiendo convocarse, en su caso, una nueva licitación.

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **REPARTO DE CORRESPONDENCIA URBANO, S.L.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Servicios postales con exclusión de las notificaciones administrativas con presunción de veracidad y fehaciencia para la Agencia Pública de Servicios Económicos Provinciales de Málaga. Patronato de Recaudación Provincial”, promovido por la citada Agencia Pública, entidad adscrita a la Diputación Provincial de Málaga (Expte. 14/2019); y en consecuencia, anular los citados pliegos.

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 el 4 de febrero de 2021.

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.

NOTIFÍQUESE 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.

