Recurso 39/2022
Resolución 184/2022

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

Sevilla, 18 de marzo de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERMOGA OSSORIO FRANQUEO, S.L.** contra el acto por el que se la excluye del procedimiento y se declara desierta la licitación del contrato denominado: "Servicios postales para el Ayuntamiento de Huércal-Overa", promovido por el Ayuntamiento del citado municipio (Almería) (Expte. 2021/053270/006-313/00005), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 30 de septiembre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto simplificado, 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 107.704,68 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.

El 17 de diciembre de 2021, el órgano de contratación ratificó el acuerdo, de 13 de diciembre de 2021, de la mesa de contratación por el que se excluye a la entidad SERMOGA OSSORIO FRANQUEO, S.L. (SERMOGA, en adelante) y acordó declarar desierta la licitación. Dicho acto del órgano de contratación se publicó el 21 de diciembre de 2021 en el perfil de contratante.

El mismo día 21 de diciembre de 2021 (según registro de salida del órgano de contratación) se remitió notificación del citado acto de exclusión y declaración de desierto del procedimiento a SERMOGA, quien lo recibió el 22 de diciembre. En la notificación practicada se dio pie de recurso de reposición ante el órgano municipal en el plazo de un mes.

SEGUNDO. El 21 de enero de 2022, SERMOGA presentó recurso de reposición en el registro electrónico de la Administración General del Estado dirigido al Ayuntamiento de Huércal-Overa, habiendo tenido entrada el recurso en el registro electrónico de este último el pasado 31 de enero de 2022.

El órgano de contratación ha dado traslado a este Tribunal del recurso y documentación necesaria para su tramitación y resolución, habiéndose completado la misma con posterioridad a requerimiento de la Secretaría de este Órgano.

No se ha practicado trámite de alegaciones al recurso al no haber interesados en el procedimiento, siendo la entidad recurrente la única empresa que ha presentado oferta en esta licitación.

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 artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Huércal-Overa (Almería) no ha manifestado que disponga de órgano propio -o a través de la Diputación Provincial respectiva- para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

SEGUNDO. Legitimación

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, dada su condición de entidad licitadora que ha sido excluida del procedimiento.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la resolución del órgano de contratación por la que se acuerda la exclusión de la recurrente y se declara desierta la licitación 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 Administración Pública. Por tanto, debe admitirse el recurso especial al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b y c) de la LCSP.

Asimismo, aun cuando la exclusión fue adoptada por la mesa de contratación limitándose el órgano de contratación a ratificar dicha decisión, lo cierto es que, según se desprende del expediente de contratación, la recurrente tiene conocimiento de su exclusión cuando se le notifica esta última resolución en la que, asimismo, se acuerda declarar desierta la licitación. Este es, pues, el acto formal y sustantivamente impugnado con independencia de que su eventual anulación conllevase, igualmente, la del acuerdo de exclusión de la mesa de contratación.

Por otro lado, el escrito de recurso se califica de reposición, y ello como consecuencia del error producido en la notificación del acto impugnado donde se contemplaba el citado recurso como el procedente y se otorgaba el plazo de un mes para su interposición. No obstante, de conformidad con el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), *«El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter».*

Es por ello que, siendo procedente el recurso especial en materia de contratación, debe admitirse y resolverse el escrito de impugnación por este Tribunal.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo teniendo en cuenta su calificación como de reposición y sobre la base de que el error en dicha calificación y régimen jurídico de aplicación fue provocado por el propio órgano de contratación en la notificación practicada a la recurrente.

Partiendo de esta premisa, habiéndose recibido la notificación del acto impugnado el 22 de diciembre de 2021 y disponiendo la recurrente de un mes para la interposición del recurso según el texto de la notificación practicada, el recurso presentado en el registro electrónico de la Administración General del Estado el 21 de enero de 2022, dirigido al órgano de contratación, se ha formalizado en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 16 de la LPAC; aun cuando haya tenido entrada efectiva en el registro electrónico del órgano de contratación el 31 de enero de 2022.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de recurrente y órgano de contratación.

Antes de exponer las alegaciones de las partes, deben señalarse los siguientes datos de interés que se desprenden del expediente de contratación obrante en el Tribunal y que permitirán una mejor comprensión de la controversia suscitada. Son los siguientes:

A) La mesa de contratación, en sesión de 27 de octubre de 2021, tras proponer la adjudicación del contrato a SERMOGA, acuerda requerirle, entre otra, la documentación previa a la adjudicación exigida con carácter general en la cláusula 14.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y en las cláusulas 4 y 5 del pliego de prescripciones técnicas (PPT). El tenor de estas últimas es el siguiente:

- Cláusula 4 (Red de oficinas): *«Con el fin de que los destinatarios puedan recoger los envíos que no puedan ser entregados en su domicilio, la empresa adjudicataria deberá disponer de una red de puntos de recogida/oficinas abiertas al público de lunes a viernes excepto festivos (al menos una en el término municipal de Huércal – Overa, y una en cada capital de provincia), a pie de calle, con un horario mínimo de 9 a 14 horas.*

  Para la justificación de este punto los licitadores deberán entregar, junto con su oferta, compromiso de medios en el que haga constar que, en caso de resultar adjudicatarios, van a disponer de las oficinas mínimas establecidas en este apartado, con los horarios igualmente requeridos.

  El licitador clasificado en primer lugar deberá especificar y acreditar, en la documentación previa a la adjudicación, la dirección de dicha oficina, así como las que hubiera ofrecido en su oferta como adicionales, en su caso».

- Cláusula 5 (Coordinación del servicio): *«El adjudicatario deberá nombrar una persona que realice las funciones de coordinación de los servicios que se le adjudiquen, y cuyos datos deberá comunicar al Ayuntamiento.*

- *Se deben establecer reuniones periódicas, al menos una cada seis meses, entre el coordinador que nombre el adjudicatario y el responsable del contrato que nombre el Ayuntamiento; el objeto de estas reuniones es establecer los criterios para que se cumplan las condiciones del contrato, así como subsanar las posibles deficiencias que se den».*

B) Tras la aportación de la documentación correspondiente por parte de SERMOGA en atención al requerimiento formulado, la mesa de contratación se reúne nuevamente el 18 de noviembre de 2021, concluyendo, respecto a la acreditación del compromiso de adscripción obligatoria de medios al contrato, lo siguiente:

« (…) el licitador ha aportado la siguiente documentación:
***a)** Certificado de fecha 24 de junio de 2021 emitido por D (...) (Responsable del Área de Canales de Ventas de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E.), en el que se pone de manifiesto que la sociedad referenciada y el licitador requerido de documentación tienen suscrito un contrato de Agencia Comercial para la promoción y contratación de los productos y servicios postales, en vigor desde el 1 de enero de 2021.*
***b)** Relación de medios técnicos y humanos comprometidos para la ejecución y prestación del servicio, declarando que los mismos se realizarán utilizando el transporte, oficinas y personal de Correos, al ser Agente Comercializador de la referida Sociedad.*
***c)** Declaración de nombramiento de un Coordinador del presente servicio (...).*
***d)** Tabla con una relación de oficinas sitas en Andalucía.*

Visto lo anterior, se concluye que:
***1)** El licitador no ha acreditado el número mínimo de oficinas exigidas en el punto 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas "la empresa adjudicataria deberá disponer de una red de puntos de recogida/oficinas abiertas al público de lunes a viernes excepto festivos (al menos una en el término municipal de Huércal – Overa, y una en cada capital de provincia), a pie de calle, con un horario mínimo de 9 a 14 horas."*
***2)** Los medios personales y materiales utilizados para la prestación del servicio son de titularidad de correos.*

A la vista de la documentación presentada, de lo anteriormente expuesto y de lo establecido en las cláusulas 23 del PCAP y 4 del PPT, la mesa acuerda conceder a la empresa propuesta como adjudicataria un plazo máximo de tres (3) días naturales, al objeto de que aclare y subsane la documentación en lo relativo a los siguientes extremos:
- Solicitar a SERMOGA OSSORIO FRANQUEO, S.L., que aporte la documentación relacionada en las observaciones 1, 2 y 3 anteriores.
- Solicitar asimismo a SERMOGA OSSORIO FRANQUEO, S.L., que presente el contrato suscrito con Correos y, aclare o confirme, si el mismo supone una subcontratación, RECORDÁNDOLE QUE la cláusula 23 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no permite ni la cesión de derechos y obligaciones dimanantes del mismo, ni la subcontratación.»

C) En respuesta a la subsanación y aclaración formulada por SERMOGA, la mesa de contratación, en sesión de fecha 13 de diciembre de 2021 acuerda excluir de la licitación a Sermoga y proponer al órgano de contratación que se declare desierta la licitación. Al efecto, el acta de la sesión señala, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

«Por otro lado, del contrato suscrito con correos se desprende que Sermoga Ossorio Franqueo, S.L., tiene acceso a la red postal de correos, prestándose el servicio a través de los medios personales y materiales de dos empresas, es decir:
a) Por una parte, Sermoga Ossorio procede a la recogida de la correspondencia y envíos generados, así como a la preparación de los mismos con medios personales y materiales propios.
b) Por otra parte, la realización de los envíos (clasificación, gestión, transporte, oficinas de reparto y atención al ciudadano) se ejecutará por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, con medios personales y materiales de ésta.
c) Además, en cuanto al precio de los servicios prestados y pago/cobro de los mismos, se establece en el contrato aportado que el licitador "no podrá franquear los envíos de los clientes por un importe distinto al establecido en las tarifas públicas de CORREOS, para la prestación de los servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal",

habiéndose ofertado por el mismo un descuento de 1% para el envío de cartas ordinarias, y que "Hasta el momento en que CORREOS ponga a disposición del AGENTE una aplicación para la emisión de facturas electrónicas, los envíos franqueados a máquina o con otro sistema de pago anticipado por el AGENTE a las Administraciones Públicas que deban facturarse en formato electrónico, serán facturados por CORREOS. En aquellos casos en que el cliente abone el importe directamente a CORREOS, realizará las oportunas verificaciones e ingresará estos importes en la cuenta bancaria del AGENTE".

A la vista de lo anteriormente expuesto y de toda la documentación presentada, la mesa considera que de aceptarse la propuesta del licitador se estaría ante una subcontratación de servicios, puesto que el acceso a la red postal implicaría que diversas prestaciones del servicio se realizarían por Correos (Subcontratista) y no por Sermoga Ossorio Franqueo, S.L. (Contratista), lo que incumpliría lo establecido en la cláusula 23 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que no prevé la subcontratación de servicios.

Por lo expuesto, la Mesa acuerda lo siguiente:

- Excluir a SERMOGA OSSORIO FRANQUEO, S.L., por no acreditar la disposición de los medios personales y materiales que se comprometió en su oferta para la ejecución de este contrato (relativos a la red de oficinas y demás medios necesarios para la realización de los envíos), así como por no prestar la totalidad del servicio, puesto que la realización de los envíos (clasificación, gestión, transporte, oficinas de reparto y atención al ciudadano), así como la facturación se ejecutará por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, con medios personales y materiales de ésta, tratándose por tanto de una subcontratación no permitida en el pliego que rige la presente licitación.
- Proponer al órgano de contratación que se declare desierta la presente licitación, por no reunir la única oferta presentada los requisitos exigidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares».

Sobre la base de estos antecedentes, se exponen a continuación las alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

SERMOGA solicita la nulidad del acto impugnado y que se le adjudique el contrato por cumplir todos los requisitos y condiciones exigidos en la licitación. Funda su pretensión en la errónea calificación de la relación jurídica existente entre SERMOGA y la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. (CORREOS, en adelante) como subcontratación, pues se trata de un contrato de agencia.

En tal sentido, tras reproducir la parte expositiva y cláusula primera del contrato de agencia -que aportó a la licitación a requerimiento de la mesa de contratación- esgrime lo siguiente:
- SERMOGA ha suscrito un contrato de agencia con Correos, en cuya virtud actúa en nombre y por cuenta de la Sociedad Estatal en la promoción de los productos y servicios que dicha Sociedad presta en todo el territorio nacional. Las operaciones concertadas por SERMOGA son directamente concertadas en nombre y por cuenta de CORREOS, y a riesgo y ventura de esta última.
- SERMOGA tiene la obligación de captar clientes y promocionar activamente los servicios de CORREOS, lo que incluye la conclusión de operaciones comerciales en nombre y por cuenta de esta última. Las operaciones consistentes en la captación de envíos postales de un cliente se consideran perfeccionadas cuando SERMOGA los presenta franqueados en el centro de admisión designado por CORREOS.

Así, la recurrente concluye que *«no existe subcontratación de ningún tipo, toda vez que existe un contrato de agencia, mediante el cual Sermoga actúa SIEMPRE en nombre y por cuenta de Correos, en la prestación del servicio postal.*

(...)
Entre las obligaciones del agente, que son de carácter personalísimo y que le han sido encomendadas por CORREOS (…), figuran la promoción y contratación con clientes de los productos y servicios de CORREOS, por cuyo nombre y cuenta actuará Sermoga.

También es obligación de Sermoga organizar y custodiar los envíos aceptados a sus clientes hasta su entrega a CORREOS.

Igualmente, tiene la obligación de colaborar con CORREOS en los procesos de facturación directa y cobro a los clientes entre los que promocione los productos y servicios objeto del contrato, en nombre y por cuenta de CORREOS, de la manera que éste determine.

En definitiva, Sermoga presta el servicio postal como si de la propia Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos se tratase. Para ello, hace uso de sus propios medios (humanos y materiales) pero también de los medios materiales de que dispone Correos en todo el territorio nacional, entre ellos, su red de oficinas y los medios materiales que se emplean para la prestación del servicio postal.

En cuanto a la acreditación de los medios humanos y materiales, a mayores de lo ya dicho, es importante señalar que los empleados de Sermoga efectúan la recogida de los envíos en la sede de sus clientes, franquean los envíos y los depositan en la oficina de Correos, para su posterior procesamiento.

Acompaño, como Documentos nº TRES y CUATRO, copias del recibo de liquidación de cotizaciones y de la relación nominal de trabajadores, correspondientes a los tres empleados que la empresa SERMOGA tiene en la provincia de Almería, que serían los encargados de la prestación del servicio.

Por lo que respecta a los medios materiales, hemos de señalar que el mero hecho de que Correos firmase un contrato de agencia con Sermoga conlleva necesariamente que esta empresa dispone de los medios materiales necesarios para la prestación del servicio postal universal en todo el territorio nacional. No obstante, ponemos a su disposición la documentación de la flota de vehículos con los que se prestaría el servicio, así como de cualesquiera otros medios logísticos de los que dispone Sermoga».

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se alza frente al recurso esgrimiendo los argumentos siguientes:

- Existe subcontratación pues, en caso de adjudicación del contrato a la recurrente, esta no sería la empresa que realizase la mayoría de los servicios comprendidos en el mismo, sino que estos serían efectuados por Correos.

-La cláusula 9.8 del PCAP obliga a la acreditación de los medios personales y materiales puestos a disposición para la ejecución del contrato. La recurrente manifiesta como único medio de su titularidad adscrito a la ejecución del contrato una oficina de preparación de envíos, siendo de CORREOS la titularidad de los restantes medios que se adscriben al servicio en virtud de un contrato de agencia, mediante el que la recurrente actúa siempre en nombre y por cuenta de la Sociedad Estatal. Y añade *«Del citado contrato de agencia con Correos se desprende que la recurrente tiene acceso a la red postal de Correos, siendo el personal de Correos, desde sus propias oficinas, el que realiza las prestaciones del servicio postal objeto del presente contrato, recibiendo Correos una contraprestación por los servicios prestados y la recurrente una comisión de Correos.*

A la vista de la documentación presentada, se considera que, de admitirse como acreditación de la adscripción de medios lo indicado por la recurrente, se estaría ante una subcontratación de servicios no permitida en la presente licitación, de conformidad con lo dispuesto en el PCAP, pues el acceso a la red postal supondría que diversas prestaciones del servicio serían realizadas por Correos y no por la recurrente. Pero es más, cabe incluso afirmar, que de admitirse dicha adscripción de medios y no ser excluida la recurrente de la licitación, el servicio objeto del contrato no sería prestado por ésta a través Correos, sino que sería prestado directamente por Correos en nombre propio, esto es, por una entidad que ni siquiera ha participado en la licitación».

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La controversia radica en discernir si el contrato de agencia suscrito entre SERMOGA y CORREOS supone en la práctica la existencia de un subcontrato, posibilidad no permitida en la cláusula 23 del PCAP -acto firme y consentido-, y si, en cualquier caso, aquel contrato puede considerarse medio adecuado para que la recurrente complete todos los medios materiales y personales necesarios para la ejecución del contrato.

Pues bien, el artículo 215 de la LCSP, bajo la denominación de «subcontratación», dispone en el primer párrafo de su apartado 1 que *«El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero».*

Asimismo, el apartado 4 del precepto legal señala que *«Los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato; incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a que se refiere el artículo 201, así como de la obligación a que hace referencia el último párrafo del apartado 1 del artículo 202 referida al sometimiento a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos.*
El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 2 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal».

De la regulación legal, en lo que aquí interesa, se desprende que, en el seno de un contrato del sector público, el subcontrato supone un negocio jurídico concluido entre el contratista y un tercero para la realización por este último de una parte de la prestación, quedando exclusivamente obligado el subcontratista con el contratista principal que es quien asume frente a la Administración toda la responsabilidad de la ejecución del contrato.

Pues bien, la controversia surge porque la cláusula 23 del PCAP no permite la subcontratación y la recurrente, al cumplimentar el Anexo III del PCAP (modelo de compromiso de adscripción de medios) declara:

«Que SERMOGA OSSORIO FRANQUEO SL, en calidad de Agente Comercial de Correos, va a comprometer los siguientes medios técnicos y humanos para la ejecución y prestación de servicios postales generados por el Ayto. de Huércal- Overa:

-Servicio diario de recogida de la correspondencia y envíos generados en el Ayuntamiento. El servicio esta compuesto por un trabajador y un vehículo, que realizará la recogida todos los días hábiles.

-Oficina de preparación de envíos, ubicada en la calle Cataluña nº 8 de Viator, Almería. La oficina dispone de 300 m2 y 4 trabajadores, así como maquinaria suficiente para la impresión, ensobrado y matasellado de cartas y todo tipo de envíos. El equipo se encargará de clasificar la correspondencia e imprimir el sello de Correos atendiendo a la Normativa Postal. Asimismo, certificará los envíos que así lo requieran (listado de envíos, etiquetado de código localizador, preparación y pegado de acuse de recibo si procede, etc.)

-Red nacional de logística y distribución de Correos. Atendiendo a nuestra figura de agente comercializador de Correos (se adjunta certificado actualizado emitido por Correos) todos los envíos se realizarán utilizando los canales de distribución de la Sdad. Estatal de Correos y Telégrafos, desde las Unidades de clasificación y gestión pasando por la red terrestre para el transporte de los envíos, las oficinas de Correos de atención al ciudadano y las oficinas de reparto y rutas destinadas a esta labor. Todos los servicios se realizarán utilizando esta red de oficinas e instalaciones, así como el personal de Correos destinado a estas tareas».

Al respecto, el objeto del contrato -conforme a la cláusula 2 del PCAP- es la prestación de la totalidad de los servicios postales generados por el Ayuntamiento de Huércal-Overa, de acuerdo con las especificaciones que se detallan en PPT, añadiendo la citada cláusula que *«Por la totalidad de los servicios postales se entienden los servicios de recogida, admisión, clasificación, entrega (tanto de correspondencia, como de las devoluciones que se puedan producir al propio Ayuntamiento), tratamiento, curso, transporte y distribución de los envíos de cartas ordinarias, certificadas y notificaciones emitidas por el Ayuntamiento de Huércal – Overa, en el municipio de Huércal-Overa, en la provincia de Almería y el resto de España o Internacionales, así como las prestaciones complementarias de estos servicios durante el periodo de vigencia del contrato».*

A la vista, pues, del objeto del contrato y de la propia declaración de la recurrente sobre el compromiso de adscripción de medios, queda meridianamente claro que SERMOGA no puede ejecutar por sí sola todas las prestaciones que comprende el objeto del contrato. De este modo, con medios propios solo va a realizar el servicio de recogida de correspondencia y envíos generados en el Ayuntamiento, así como su preparación; realizándose posteriormente los envíos a través de los canales de distribución de CORREOS, utilizándose para ello la red de oficinas y personal de dicha Sociedad Estatal.

Siendo claro lo anterior, resta analizar si el contrato de agencia en que se apoya la recurrente para presentar su oferta y sin el cual parece igualmente claro que no podría haber licitado -al no poder ejecutar con sus propios medios todas las prestaciones incluidas en el objeto contractual- supone una subcontratación no permitida en el PCAP.

Para dar respuesta a esta cuestión, hemos de estar a los términos del escrito de aclaración presentado por SERMOGA a requerimiento de la mesa de contratación y al propio contrato de agencia aportado a la licitación. En el primero, la recurrente declara:

«1. Que SERMOGA OSSORIO FRANQUEO SL ostenta desde 1992 la figura de Agencia Comercial de Correos, de acuerdo con el certificado emitido por la Sdad. Estatal de Correos y Telégrafos que se adjunta a este documento.
2. Que nuestra función como agentes de Correos es promover y comercializar los productos de esta Entidad, estando considerados por Correos como parte de su estructura comercial.
3. Que la particularidad de nuestra labor nos permite, con el permiso de la Sdad. Estatal de Correos, ofrecer en su nombre servicios de distribución y comunicación postal, estando incluidos todos los propios de la cartera de sistemas de envío de Correos (carta ordinaria, urgente, certificada, notificación, paquete, publicorreo y publicación periódica, entre otras)

4. Que los descuentos y comisiones que nos ofrece Correos por nuestra labor nos permiten reducir las tarifas oficiales de Correos y proveer al Ayto. de Huércal-Overa de las condiciones económicas presentadas por SERMOGA con motivo de esta licitación.
5. Que no consideramos que esta propuesta de servicios deba considerarse subcontratación, en tanto en cuanto los servicios prestados (distribución de correo) y la facturación de estos corren a cuenta de la misma figura de Correos. En este sentido subrayamos la claúsula 1, apartado 3, del contrato que se anexa como prueba de la vinculación entre Correos y SERMOGA, en la que Correos específica textualmente:
"Las Partes acuerdan de forma expresa que dicha relación contractual tendrá carácter mercantil y que las operaciones contratadas por el AGENTE serán directamente concertadas en nombre y por cuenta de CORREOS"» (el subrayado es nuestro)

Y respecto al contrato de agencia, el artículo 1 de la ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, establece que *«Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones».*

En el supuesto analizado, del contrato de agencia aportado por la recurrente hemos de destacar fundamentalmente el contenido de su cláusula primera donde se establece que el objeto del contrato es la promoción y contratación con clientes por parte del Agente, como intermediario, en nombre y por cuenta de CORREOS, de los productos y servicios comercializados por dicha Sociedad Estatal en el territorio nacional. Las operaciones contratadas por el Agente (la recurrente) serán directamente concertadas en nombre y por cuenta de CORREOS, y a riesgo y ventura de esta última. Prueba de ello es que, según la cláusula quinta del contrato, es obligación del Agente organizar y a custodiar adecuada y diligentemente los envíos aceptados a clientes hasta su entrega a CORREOS, sin asumir responsabilidad por daños, deterioro o pérdida de los bienes custodiados, salvo que éstos fueran ocasionados por negligencia del mismo o derivados del incumplimiento de sus obligaciones en virtud del contrato de agencia.

Interesa, igualmente, destacar el sistema de remuneración previsto en el Anexo I del contrato de agencia suscrito, en cuya virtud *«El AGENTE percibirá por la promoción y contratación con clientes de los productos y servicios objeto del Contrato, como intermediario, en nombre y por cuenta de CORREOS, únicamente las retribuciones que se recogen en presente el Anexo, sin que tenga derecho a la percepción de ninguna otra cantidad por sus servicios, ni de carácter fijo ni de carácter variable»,* calculándose su remuneración como porcentaje del importe neto en euros franqueado y facturado a los clientes.

Asimismo, el Agente facturará a CORREOS los importes correspondientes a la remuneración pactada por sus servicios más el importe del IVA o impuesto indirecto equivalente correspondiente, no pudiendo formalizar contratos que impongan o impliquen cualquier tipo de obligación o responsabilidad legal para CORREOS en términos y condiciones no aprobados por dicha Sociedad, ni realizar en nombre y por cuenta de CORREOS ninguna oferta que no haya sido expresamente aprobada por esta última.

Así las cosas, es un dato incuestionable que la recurrente no dispone de todos los medios necesarios para la ejecución del contrato y si bien la cláusula 9.7 del PCAP, siguiendo el postulado del artículo 75 de la LCSP, prevé que *«Para acreditar la solvencia necesaria el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incursa en una prohibición de contratar, debiendo a tal fin aportar*

compromiso por escrito de dichas entidades antes de la adjudicación del contrato (...)», la amplitud de tales términos no permite acoger el contrato de agencia con CORREOS como modo de integración de la solvencia de SERMOGA por cuanto la figura jurídica utilizada implica que la recurrente, respecto de los medios de CORREOS que se ponen a disposición del contrato, actúe como mera intermediaria en nombre y por cuenta de la Sociedad Estatal, que es quien asume además el riesgo y ventura de la prestación contratada por la recurrente en su nombre.

Desde esta perspectiva, asiste la razón al órgano de contratación cuando esgrime, en su informe al recurso, que «*de admitirse dicha adscripción de medios y no ser excluida la recurrente de la licitación, el servicio objeto del contrato no sería prestado por ésta a través Correos, sino que sería prestado directamente por Correos en nombre propio, esto es, por una entidad que ni siquiera ha participado en la licitación*».

En definitiva, no es posible entender que SERMOGA vaya a ejecutar parcialmente el servicio licitado con los medios de CORREOS, pues sería esta Sociedad Estatal la que, frente al órgano de contratación, llevaría a cabo directamente una buena parte de los servicios licitados con su propia red de oficinas e instalaciones y su propio personal, asumiendo el riesgo y ventura de dichas operaciones, quedando relegada la recurrente a la posición de mera intermediaria en esa relación jurídica entre el órgano de contratación y CORREOS.

Conforme a lo expuesto, si bien el contrato de agencia suscrito entre SERMOGA y CORREOS no supone en puridad un subcontrato en los términos del artículo 215 de la LCSP, por cuanto en este último el subcontratista queda exclusivamente obligado con el contratista principal que es quien asume frente a la Administración toda la responsabilidad de la ejecución del contrato, mientras que en el contrato de agencia SERMOGA solo sería mero intermediario frente a la Administración de la prestación a realizar por CORREOS; la exclusión adoptada por la mesa y ratificada por el órgano de contratación se entiende ajustada a derecho pues, como se indica en el acuerdo de la mesa, la recurrente no ha acreditado disponer de los medios personales y materiales comprometidos para la ejecución de este contrato, por cuanto sus medios propios son insuficientes para realizar la totalidad del servicio licitado y los medios de CORREOS a través del contrato de agencia no son aptos para integrar la solvencia que le falta por las razones que se han expuesto.

En atención a las consideraciones realizadas, la exclusión impugnada debe estimarse ajustada a Derecho, no pudiendo prosperar los alegatos del recurso para que se proceda a su anulación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERMOGA OSSORIO FRANQUEO, S.L.** contra el acto por el que se la excluye del procedimiento y se declara desierta la licitación del contrato denominado: "Servicios postales para el Ayuntamiento de Huércal-Overa", promovido por el Ayuntamiento del citado municipio (Almería) (Expte. 2021/053270/006-313/00005).

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

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.