

Recurso nº 33/2016

Resolución nº 43/2016

ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

En Madrid, a 9 de marzo de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don P.R.S., en nombre y representación de Unipost, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Ayuntamiento de Alcorcón, de 27 de enero de 2016, por el que se acuerda la exclusión de dicha empresa de la licitación del contrato “Servicios postales y telegráficos para el Ayuntamiento de Alcorcón”, número de expediente: 251/15, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Ayuntamiento de Alcorcón convocó procedimiento abierto, con pluralidad de criterios, para la contratación del servicio mencionado. La publicación de la licitación tuvo lugar en el Diario Oficial de la Unión Europea el 26 de septiembre de 2015 y en el BOE el 28 de septiembre de 2015. El valor estimado asciende a 413.223,14 euros.

Segundo.- Según el apartado 1 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) el objeto del contrato es el reparto y entrega domiciliaria de la correspondencia, paquetes postales, notificaciones y otros

servicios postales demandados por el Ayuntamiento de Alcorcón cuyas características figuran en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

El apartado 2.7 del PPT describe que serán objeto del contrato la recogida, distribución, clasificación, transporte y entrega en la dirección de los destinatarios que, a efectos postales, figure en los envíos generados por el Ayuntamiento, así como las actividades complementarias adicionales o específicas que requieran los diferentes servicios.

La cláusula 3 “condiciones generales” del PPT dispone:

“3. 4. Otras Condiciones.

Con el fin de que los destinatarios puedan recoger los envíos que no consigan ser entregados en su domicilio, la empresa adjudicataria deberá disponer de una red de oficinas de atención al público, a pie de calle, que cumpla como mínimo los siguientes requisitos:

Existirán al menos dos oficinas, con personal debidamente capacitado, en el Municipio de Alcorcón. Se indicará, dirección, teléfono y e-mail de las mismas. Las oficinas de atención al público tendrán accesibilidad para discapacitados. El horario de atención al público de esta oficina será, como mínimo, de 6 horas en jornada de mañana y tarde, de lunes a viernes”.

Por otro lado el apartado 9.2 de la cláusula 1 del PCAP, establece como criterio de adjudicación:

“1. Número de oficinas de recogida hasta un máximo de 15 puntos.

En este apartado se otorgará la máxima puntuación a la proposición que oferte un mayor número de oficinas radicadas en Alcorcón, con las características y régimen de funcionamiento exigidos en el PPT, por encima del número de oficinas establecido en el apartado 3.4 del PPT, valorándose el resto de ofertas de forma proporcional.

2. Distribución territorial de las oficinas puestas a disposición del servicio hasta un máximo de 15 puntos.

En este apartado se valorará la distribución de la totalidad de las oficinas puestas a disposición del servicio y radicadas en Alcorcón, esto es las mínimas exigidas en el PPT más, en su caso, las adicionales que se hubiesen ofertado (objeto de valoración por su número en el apartado anterior), otorgándose, teniendo en cuenta la actual división territorial en distritos (...).

- *Ubicación de al menos una oficina en cada uno de los tres distritos 15 puntos.*
- *Ubicación de al menos una oficina en cada uno de dos distritos: 5 puntos”.*

Tercero.- A la licitación se presentaron dos ofertas, Unipost y la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos (en adelante Correos).

El 18 de noviembre de 2015 se reúne la Mesa de contratación para la apertura del sobre que contiene la documentación relativa a criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de juicio de valor, resultando valoradas, Correos con 20 puntos y Unipost con 9.

El 29 de diciembre se reúne la Mesa de contratación para la apertura del sobre que contiene la proposición económica y documentación relativa a criterios evaluables de forma automática mediante fórmula, entre los cuales figura el número de oficinas puestas a disposición del servicio y su distribución geográfica.

A la vista de la documentación presentada la técnico encargada de la valoración, previamente a la misma, considera “*necesario comprobar la veracidad de lo manifestado por los licitadores en relación con las oficinas de atención al público ofertadas en tanto que “además de ser un requisito para poder licitar, disponer de dos oficinas como mínimo (en el proyecto presentado por las dos empresas licitadoras manifestaban que reunían el número de oficinas exigido)”, es un criterio evaluable por aplicación de fórmulas, las oficinas ofertadas por encima de ese número, siempre que cumplan con las características exigidas, así como su situación dentro del municipio*”. Al efecto solicita informes a la Sección de Disciplina y Control Urbanístico y a la Policita Municipal.

A la vista de los informes emitidos se concluye que Unipost no cumple con el requisito establecido en el apartado 3.4 del PPT ya que no disponía de las dos oficinas indicadas en su documentación. En consecuencia y no pudiendo valorar la referida empresa por no reunir los requisitos exigidos, la técnico considera que debe ser desestimada la oferta y somete dicha cuestión a la Mesa de contratación.

En consideración a lo anterior la Mesa, en su sesión celebrada el 27 de enero siguiente, acordó excluir la oferta de Unipost y procedió a otorgar puntuación a Correos, proponiendo la adjudicación a su favor, la cual se notificó el 28 de enero de 2016 por correo electrónico, constando como motivo de exclusión: “*al no cumplir el requisito establecido en la cláusula 3.4 del PPT de disponer de dos oficinas de atención al público en el municipio de Alcorcón, según se acredita en los informes de la Sección de Disciplina y Control de la Dirección General de Urbanismo de fecha 12 de enero y de la Policía Municipal de 14 de enero, ambos de 2016*”.

Cuarto.- El 15 de febrero de 2016, previo anuncio ante el Ayuntamiento, tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Unipost, S.A. en el que solicita anular dicho Acuerdo de forma que el Ayuntamiento de Alcorcón retrotraiga las actuaciones al momento de la exclusión de Unipost, valore las ofertas, las clasifique y adjudique el contrato.

El 19 de febrero el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Quinto.- Con fecha 2 de marzo, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP,

concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un licitador excluido “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 27 de enero de 2016, practicada la notificación el 28 de enero, e interpuesto el recurso, el 15 de febrero, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios de la categoría 4, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Quinto.- En orden a la resolución del recurso conviene recordar que es motivo de la exclusión de la recurrente el incumplimiento de las condiciones del PPT, y en concreto de la cláusula 3.4.

UNIPOST ofertó 4 oficinas en el municipio de Alcorcón: una en la C/ Nueva, 25, una en la C/ Polvoranca, 152, una en la C/ Gardenias, 1 y una en la Avda. de Atenas, 7, local 2. Se pidió que se verificara que en las direcciones señaladas por el licitador existían oficinas de atención al público. Esto se hizo a efectos de valorar los criterios de adjudicación y antes de clasificar las ofertas por orden de puntuación. Estos informes señalan que Unipost cuenta, únicamente, con una oficina abierta al público a pie de calle con accesibilidad para discapacitados, en lugar de las dos exigidas en el PPT.

Argumenta el recurso que será Unipost quien, caso que resulte la adjudicataria y cuando inicie la ejecución del contrato, instale sus oficinas en dichas direcciones. No comprende con qué fundamento el Ayuntamiento considera que debe proceder a investigar el contenido de una oferta. Añade que la dinámica de las licitaciones no es otra que la de ofertar aquello que un licitador está dispuesto a ofrecer para que se le adjudique un contrato, cumpliendo con su oferta una vez suscrito el contrato. La institución de la resolución del contrato está precisamente para sancionar los incumplimientos de ofertas. Unipost está dispuesto a cumplir con su oferta en todo caso pero una vez iniciado el contrato. No puede hacer determinadas inversiones si no es con el convencimiento que el contrato le ha sido adjudicado y suscrito. Es cierto que Unipost identificó la dirección de estas 4 oficinas. Si lo hizo fue porque la cláusula 1, característica 9.2.2 del PCAP, recoge como criterio de valoración la distribución territorial de las oficinas.

Según el informe del órgano de contratación, el requisito del apartado 3.4. “otras condiciones” del PPT determina la existencia real de dos oficinas en Alcorcón que deben ser ciertas y reales a la fecha de presentación de las ofertas, pues se requiere una información (dirección, teléfono y e-mail) que de otra forma no habría sido necesaria hasta la adjudicación y formalización del contrato a favor del licitador clasificado en primer lugar. Unipost por concurrir a la licitación aceptó este requisito, en los términos que exige el art. 145 del TRLCSP, por imperativo legal y también así lo hace constar en su Propuesta Técnica para la ejecución del contrato. En esta concreta los medios y recursos, entre los cuales están las dos oficinas, como puede

comprobarse cuando afirma: “*Siguiendo con los criterios exigidos por el Pliego Técnico, Unipost dispone de un mínimo de 2 oficinas abiertas al público en el Municipio de Alcorcón, con accesibilidad para discapacitados y con horario de apertura de 6 horas en jornada de mañana y tarde de Lunes a Viernes*”; esta información se complementa por UNIPOST, concretando las ubicaciones de las oficinas. Por tanto las dos oficinas que se establecen como requisito mínimo se corresponden con C/ Nueva, nº 25 y C/ Polvoranca nº 152 y según la afirmación de Unipost en su propuesta Técnica “*dispone de ellas*” y no sólo a los efectos de valoración de los criterios aplicables mediante fórmulas o porcentajes, como alega en su recurso. De la comprobación de estos medios se ha puesto de manifiesto que sólo es real y verdadera, es decir que sólo existe, la oficina de la calle Nueva nº 25, que dispone de acceso para discapacitados pero no del horario requerido en el PPT. En tanto que en la C/ Polvoranca nº 152 hay una empresa de MRW. Que la Mesa de contratación proceda a verificar las declaraciones de los licitadores y éstas afecten a su solvencia no sólo no infringe las prescripciones del TRLCSP, sino que se corresponde con sus facultades.

El desacuerdo radica en que el PPT no exige que los licitadores dispongan de dos oficinas en el momento de presentar oferta sino que se lo exige al adjudicatario. Igualmente, ni el PPT ni el PCAP exigen que el licitador disponga de las oficinas que está ofertando en el momento en que suscribe la oferta. No se discute la obligación de disponer de dos locales en el municipio de Alcorcón. Lo que se discute es si se obró correctamente al solicitar acreditación de dicha circunstancia en este momento del procedimiento de adjudicación.

Unipost se comprometió en su oferta a disponer, en el momento de iniciar la ejecución del contrato, de 4 oficinas a pie de calle (2 oficinas que constituyen el mínimo exigido en la cláusula 3.4 del PPT y 2 oficinas más por encima del mínimo).

Tal como establece el artículo 116 del TRLCSP la función del PPT es regir la realización de la prestación y definir sus calidades. Es decir, el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho pliego debe producirse en la fase de ejecución en

cuyo caso solo pueden exigirse al adjudicatario del mismo en el momento de su ejecución.

Este Tribunal en diversas Resoluciones ha venido manteniendo que cuando de la descripción técnica de la oferta se evidencia que la misma no se ajusta el PPT procede el rechazo de la misma, pues en realidad se está realizando una contraoferta a lo solicitado por el órgano de contratación que no puede ser aceptada por afectar el principio de igualdad respecto de las ofertas de los demás licitadores que sí se lo cumplen. Es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido del PPT en la medida que definen las condiciones de ejecución del contrato. No ocurre lo mismo cuando se trata de una condición cuya apreciación o cumplimiento queda demorado a la fase de ejecución contractual. Las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato solo pueden exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento de su ejecución. En el caso que nos ocupa en la medida en que la obligación de contar con dos locales en el municipio de Alcorcón es una exigencia atinente al cumplimiento del contrato no es necesario que en el momento de presentación de las ofertas se deba acreditar la efectiva disponibilidad de los mismos.

El cumplimiento de los requisitos establecidos en el PPT debe producirse en la fase de ejecución del contrato, no pudiendo excluir a ningún licitador durante el proceso de valoración y selección de ofertas por incumplimiento de los requisitos que únicamente son exigibles al adjudicatario, ya que lo contrario supondría una limitación a la libertad de acceso y a la libre competencia, principios básicos que deben regir la contratación del sector público. La disposición de la red de oficinas exigida en el PPT no es exigible al licitador sino que únicamente ha de exigirse a quien efectivamente resulte adjudicatario. Es la empresa adjudicataria la que tiene que disponer de la red de oficinas requerida y deberá disponer de ella en el momento en que vaya a comenzar la prestación el servicio objeto del contrato, pues es en ese momento cuando pueden los usuarios tener que utilizarlas.

No es objeto del recurso si dicha obligación se constituye o se debe acreditar además como compromiso de adscripción de medios en el momento procedural del artículo 151.2 del TRLCSP por así disponerlo el PCAP o debe hacerse exclusivamente en fase de ejecución del contrato.

La Mesa de contratación carece en esta fase del procedimiento (valoración de los criterios sujetos a fórmula) de capacidad para solicitar acreditación de la condición de ejecución y, en su caso, del compromiso de adscripción. Ello supondría otorgar ventaja al actual prestador del servicio y encarecer la oferta de los competidores al obligarles a disponer de unas oficinas sin la garantía de ser adjudicatarios del servicio.

Si bien la exigencia de tener dos oficinas se pudiera considerar adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato y no vulnera el principio de libertad de establecimiento, la obligación de disponer de ella ya en el momento de presentación de la oferta es manifiestamente desproporcionada. No existiría ningún obstáculo para establecerla como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en fase de adjudicación el compromiso firme de tenerla. Lo mismo ocurre si se ha establecido como un compromiso de adscripción de medios a que se refiere el artículo 64 del TRLCSP sin perjuicio de que, en este caso, el órgano de contratación, con carácter previo a la adjudicación respecto del licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, compruebe la efectiva disponibilidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 151.2 del TRLCSP. Hasta ese momento, para admitir una proposición, debe bastar con la declaración comprometiéndose a dicha adscripción.

Por todo lo expuesto procede estimar el recurso, anular el acuerdo de exclusión de Unipost y retrotraer las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a dicha exclusión, procediendo a la valoración de su oferta y continuando la tramitación del procedimiento.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don P.R.S., en nombre y representación de Unipost, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Ayuntamiento de Alcorcón, de fecha 27 de enero de 2016, por el que se acuerda la exclusión de dicha empresa a la licitación del contrato “Servicios postales y telegráficos para el Ayuntamiento de Alcorcón”, número de expediente: 251/15, anulando dicho acuerdo y retrotrayendo las actuaciones a ese momento.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.