

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

En Madrid, a 9 de mayo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.M.F., en nombre y representación de Repartos Low Cost de Correo Ordinario y Notificaciones, S.L. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas por los que ha de regirse la licitación del “Acuerdo marco para la prestación de Servicios Postales y Burofax” nº de Expte. A-SER-POST-1-2017, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, expediente nº 703/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 8 y 10 de marzo de 2018 se publica respectivamente en el BOCM y en el DOUE, la convocatoria de licitación para la prestación del servicio de referencia, que asimismo se publica en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 8 marzo 2018 y en el BOE el 22 de marzo de 2018.

El Acuerdo marco se adjudicará mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, dividido en dos lotes (servicios postales, y servicios de burofax) con un valor estimado de 79.378.314,8 euros y el plazo de duración de dos años

prorrogable por dos.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que de acuerdo con el Punto 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT). *“El objeto del Acuerdo marco es la prestación de servicios postales y de burofax a los centros de la Administración de la comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos, Entidades de derecho público y demás Entes Públicos, de acuerdo con las especificaciones que se detallan en el presente pliego de prescripciones técnicas”,* y que de acuerdo con su apartado 4 *“Podrán Adherirse al presente Acuerdo Marco, una vez adjudicado, las empresas públicas con forma de sociedad mercantil e instituciones de la comunidad de Madrid, las Universidades públicas y las Entidades Locales de su ámbito territorial, según dispone el artículo 32.1 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril”.*

La cláusula 3 del PPT, establece que *“los licitadores podrán presentar ofertas separadas a uno, o a los dos lotes objeto del acuerdo marco, pero no podrán presentar más de una oferta por cada lote. Un licitador puede resultar adjudicatario de uno o de ambos lotes”.* Asimismo de acuerdo con el punto 21 del PCAP el número de empresarios con los que se concluirá el Acuerdo marco, será uno por lote.

Segundo.- El 23 de marzo de 2018, previo anuncio ante el órgano de contratación, la representación de Repartos Low Cost de Correo Ordinario y Notificaciones, S.L. (en adelante Repartos Low Cost) presentó recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, que con esa misma fecha, lo comunicó al órgano de contratación, solicitando que remitiera copia del expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

En el recurso se aduce que al estar comprendidos en su ámbito subjetivo todas las unidades y centros de la Administración de la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos, Entidades de derecho público y demás entes públicos, el mercado postal se cerrará durante 4 años en el ámbito del sector público de Comunidad de Madrid, puesto que el adjudicatario acaparará o monopolizará el servicio postal durante un plazo de 4 años. Así mismo se afirma que en el mercado de servicios postales *“ha existido un operador dominante, que cuenta ya con los medios personales y materiales como consecuencia de dicha posición inicialmente monopolista, por lo que un Acuerdo Marco, como el ahora recurrido, por dicha dimensión, impide el principio recogido en la reciente legislación postal, quebrando en la práctica sus principios regulatorios”*.

Por su parte el órgano de contratación, afirma que el presente Acuerdo marco se regirá por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y en su informe explica que los servicios incluidos en el Acuerdo marco para la prestación de Servicios Postales y de Burofax, que son de utilización común y continua en centros y unidades administrativas de la Comunidad de Madrid habiendo sido objeto de homologación para su adquisición centralizada por Orden de 30 de julio de 2004, de la Consejera de Hacienda de la Comunidad de Madrid, posteriormente modificada por Orden de 2 de noviembre de 2009, de la Consejería de Economía y Hacienda y que: *“En virtud de esta centralización, su contratación se ha de realizar mediante el sistema de adquisición de productos homologados, de acuerdo con lo que establece el artículo 33 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril. La homologación se realizará mediante la adjudicación por procedimiento abierto con pluralidad de criterios de un acuerdo marco”*.

Considera que la definición del objeto del contrato es una facultad discrecional del órgano de contratación que ha de ejercer de la forma que estime más adecuada para la racional satisfacción de las necesidades y las funcionalidades que se pretenden cubrir con aquél, siendo rechazable la configuración de los lotes contractuales a voluntad del recurrente. Respecto de la pretendida posición

dominante del operador postal universal (Sociedad Estatal Correos y Telégrafos), afirma que las empresas distintas de la anterior podrían constituirse en UTE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En primer lugar se cuestiona el derecho aplicable al procedimiento de contratación que debe fundamentar la resolución del recurso ya que el órgano de contratación afirma la aplicación del texto refundido de la ley de contratos, y la recurrente en algunas de las cuestiones planteadas invoca preceptos de la LCSP.

La cuestión a resolver es a partir de qué momento los expedientes de contratación deben ajustarse a la nueva normativa, LCSP, y cuáles deben regirse por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

La Disposición transitoria primera de la LCSP establece bajo la rúbrica *“Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley”* que: *“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.”*

Como ya señalábamos en nuestra reciente Resolución 111/2018, de 18 de abril, *“Si la finalidad de la disposición transitoria es fijar el régimen aplicable a la contratación licitada a partir de una fecha y esta se proyecta frente a terceros no puede tomarse en cuenta una pluralidad de fechas. La fecha en que los pliegos se proyectan sobre los terceros y la fecha en que el expediente de contratación aparece como aprobado en una determinada fecha de forma indubitada es la publicidad de los pliegos y esta tiene lugar mediante la puesta a disposición en el Perfil de contratante”* y en consecuencia *“Así, por expedientes iniciados con anterioridad a la*

entrada en vigor de la LCSP-2017, debemos entender aquellos cuyos pliegos hubiesen sido publicados con anterioridad al día 9 de marzo de 2018 en el Perfil de contratante. Si la convocatoria es un llamamiento a los interesados para que presenten oferta en un procedimiento competitivo que precisa de la posterior selección por el órgano de contratación, es el conocimiento de las condiciones y el día de publicación lo que marca la legislación que debe aplicarse”.

En este caso la publicación de la convocatoria en el BOCM y en el Portal de contratación pública de la Comunidad de Madrid, donde los pliegos se ponen a disposición de los interesados se produjo el día 8 de marzo, esto es cuando aún no había entrado en vigor la LCSP, si bien en este caso la publicación en el DOUE, se produce con posterioridad a su entrada en vigor el día 10 de marzo siguiente.

Como ya señalábamos en la indicada Resolución 111/2018 al respecto, la anterior interpretación además de aceptable como adecuada a la redacción de la DT 1ª de la LCSP-2017 da mayor seguridad a la tramitación por los órganos de contratación y a los licitadores ya que *“Sería absurdo que habiendo conocido el contenido de un pliego y preparando la oferta conforme a su contenido, una publicación posterior determinase un cambio de régimen jurídico desconocido para quien está realizando la oferta en esas condiciones”.*

Por tanto el régimen jurídico del Acuerdo Marco objeto del recurso es el contenido en el TRLCSP.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de persona jurídica potencial licitadora, *“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 se ha presentado en tiempo, pues la publicación de la

convocatoria tuvo lugar el 10 de marzo de 2018, poniendo a disposición de los interesados los pliegos el 8 de marzo y el recurso se interpuso el día 23 del mismo mes por tanto dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se dirige contra los pliegos de un Acuerdo marco de servicios sujeto a regulación armonizada por lo que susceptible de recurso especial de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Se fundamenta el recurso en único motivo y es la consideración del Acuerdo marco tal y como está configurado como restrictivo de la libre competencia.

En concreto se aduce que al comprender el Acuerdo marco la Administración de la Comunidad de Madrid, sus organismos autónomos y entidades de derecho público dependientes de la misma se cerrará un mercado recientemente liberalizado durante los cuatro años de duración del Acuerdo, lo que es contrario a la libre competencia, debiendo tenerse en cuenta, según se aduce el carácter excepcional en la utilización de esta técnica de racionalización de la compra pública de acuerdo con lo establecido en el artículo 180.1 de la LCSP (debe entenderse ante el contenido invocado que se trata del artículo 180 de la Ley 30/2007, no de la nueva LCSP cuyo artículo 180 no responde al contenido indicado, sino al de la estructura de la asociación para la innovación).

Añade que se trata de un acuerdo dirigido a un único proveedor, el operador dominante que cuenta con los medios personales y materiales como consecuencia de su posición inicialmente monopolista. Trae a colación el Acuerdo 29/2001 del Tribunal Administrativo de Contratos Público de Aragón, dictado en un supuesto análogo, según afirma al que nos ocupa.

Por su parte el órgano de contratación afirma que la definición del objeto del contrato es una facultad discrecional del órgano de contratación que ha de ejercer de la forma que estime más adecuada para la racional satisfacción de las

necesidades y las funcionalidades que se pretenden cubrir con aquél, siendo rechazable la configuración de los lotes contractuales a voluntad del recurrente.

En primer lugar conviene señalar que la recurrente no aboga por la división en lotes o por una configuración diferente de los dos lotes establecidos, sino que su reproche parece ir dirigido contra la elección de un sistema de adquisición racionalizada para todos los órganos de la Comunidad de Madrid que entiende que debe ser excepcional, así como por la consideración de que se trata de un Acuerdo “dirigido” a un operador, pero sin concretar los aspectos concretos de los pliegos en los que aprecia que el pliego se dirige específicamente a un operador, bien en relación con la solvencia, los medios técnicos, o cualquier otra exigencia potencialmente discriminatoria.

Respecto de esta última cuestión, amén de no acreditar siquiera sea indiciariamente, incluso sin invocar, como acabamos de señalar qué aspectos concretos de los pliegos considera discriminatorios, más allá de la propia técnica de contratación elegida y la circunstancia de que la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., desempeñó el servicio postal hasta su liberalización, mediante Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal; lo cierto es que como ha señalado este Tribunal en la Resolución 66/2016, de 13 de abril, es cierto que tanto el TRLCSP, como la jurisprudencia y doctrina emanada de ella, proscriben claramente cualquier ventaja que pueda otorgarse en una licitación al adjudicatario de los contratos que son objeto de nueva licitación, puesto que obviamente lo contrario implicaría una clara vulneración del principio de igualdad, y en este sentido el artículo 32 del indicado texto legal, introducido por Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en su apartado d) considera causa de nulidad de pleno derecho *“Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.”*

La finalidad del artículo citado no es sólo evitar la posición de ventaja del licitador anterior en la prestación de los concretos servicios objeto del contrato, sino que el legislador busca con tal medida fomentar la apertura de la contratación del sector público a nuevos licitadores. Así se deduce, tanto del tenor literal de la norma (empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración), como del contexto normativo, al incluirse la nueva disposición, precisamente en la ley cuyo objeto es apoyar al emprendedor y la actividad empresarial, favorecer su desarrollo, crecimiento e internacionalización y fomentar la cultura emprendedora y un entorno favorable a la actividad económica, tanto en los momentos iniciales a comenzar la actividad, como en su posterior desarrollo, crecimiento e internacionalización.

Sin embargo, no es menos cierto que en el entorno de mercado de que se trate, no cabe desconocer el derecho de las empresas que están realizando las prestaciones concretas contratadas a intentar obtener legalmente una nueva licitación. En tales casos por la propia lógica y dinámica empresarial, siendo el servicio a prestar el mismo, es normal que tales empresas tengan conocimientos, planes de trabajo e incluso infraestructuras que evidentemente facilitan la realización por su parte de una oferta viable y competitiva. De manera que no cabe desconocer esta circunstancia puesto que lo contrario supondría una discriminación para tales empresas, al no permitirse, de llevar al extremo la interpretación de la prohibición descrita, participar en nuevas licitaciones a las anteriores adjudicatarias de los contratos especialmente de servicios.

Debe, por tanto, hallarse el justo equilibrio entre las necesidades del órgano de contratación, la calidad susceptible de valoración y el respeto al principio de igualdad, teniendo en cuenta que los criterios de adjudicación pueden suponer un condicionamiento, una restricción, de la libertad empresarial y, eventualmente, de la libertad fundamental de prestación de servicios. Así se pone muy bien de relieve en el caso resuelto por las Sentencias del TJCE de 27 de octubre de 2005 (Comisión - España, C-158/03, y Contse y otros, C-234/03).

Por tanto, la invocación genérica sin concretar, del carácter dirigido de los

pliegos no puede prosperar, en tanto en cuanto no se especifica, o al menos se apunta, en qué aspectos se produciría un trato de favor o discriminatorio más allá de la propia posición empresarial en el mercado de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.

Respecto de la utilización del Acuerdo marco como un instrumento de cierre del mercado postal, en primer lugar cabe destacar que, como más arriba hemos indicado no es de aplicación lo establecido en el artículo 180 de la LCSP, sino en el artículo 196 del TRLCSP que prevé el carácter restrictivo de su aplicación cuando pudiera afectar a la libre concurrencia, cuando establece que: *“Los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada”*.

En este aduce el órgano de contratación, que la necesidad de celebrar un Acuerdo marco deriva de la homologación para su adquisición centralizada, por Orden de 30 de julio de 2004, de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, posteriormente modificada por Orden de 2 de noviembre de 2009, de la Consejería de Economía y Hacienda. Por otra parte el artículo 33 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, establece que: *“La contratación de bienes y servicios que hubieran sido objeto de declaración de uniformidad, podrá llevarse a cabo por alguno de los siguientes procedimientos o sistemas de centralización:*

a) Adquisición o arrendamiento de productos homologados a través de contratos de adopción de tipo o, en su caso, acuerdos o contratos marco”.

En este sentido el artículo 206 del TRLCSP permite la contratación de servicios mediante un acuerdo de adopción de tipo: *“Este procedimiento se desarrollará en dos fases, la primera de las cuales tendrá por objeto la adopción de*

los tipos contratables para cada clase de bienes, obras o servicios mediante la conclusión de un acuerdo marco o la apertura de un sistema dinámico, mientras que la segunda tendrá por finalidad la contratación específica, conforme a las normas aplicables a cada uno de dichos sistemas contractuales, de los bienes, servicios u obras de los tipos así adoptados que precisen los diferentes órganos y organismos”. Ahora bien, ello no significa que no pueda acudir a otras técnicas de racionalización, como los sistemas dinámicos de adquisición regulados en el artículo 194 del TRLCSP, ni que el diseño del Acuerdo marco tal y como se ha previsto pueda producir el alegado cierre del mercado al no prever ni una división en lotes que permita una mayor concurrencia, ni la posibilidad de más de un adjudicatario del todo el Acuerdo marco.

Trae a colación la recurrente el Acuerdo 29/2011, dictado por el Tribunal aragonés, dictado en un supuesto análogo al que ahora nos ocupa. Se consideraba en dicho acuerdo que se cerraba el mercado en la Comunidad Autónoma de Aragón, al tratarse de los servicios postales de la Comunidad Autónoma y eventualmente diputación y entidades locales que se adhirieran.

Para apreciar que se produce un cierre de mercado o una licitación restrictiva de la libre concurrencia pueden considerarse una serie de factores, en primer lugar que se trata de un sector recientemente liberalizado por lo que el mercado se encuentra en fase de consolidación de manera que los equilibrios empresariales del mismo se pueden alterar fácilmente expulsando del mercado empresas de reciente creación al tratarse de un servicio con un valor estimado de 79.378.314,8 euros. A ello cabe añadir que si bien sí se ha procedido a la división en lotes el lote de mayor importancia que es el de los Servicios Postales tiene un presupuesto de licitación por dos años de 37.255.742,20 euros, frente al lote de Burofax con un presupuesto por dos años de 2.433.415,20 euros. Por otra parte dada la posibilidad de celebrar contratos derivados en los últimos meses de duración del Acuerdo marco por un periodo de duración de otros cuatro años, en virtud del artículo 303 del TRLCSP, (por aplicación de la disposición transitoria primera.5 de la LCSP: “5. Los contratos basados en acuerdos marco o en sistemas dinámicos de adquisición se registrarán por

la normativa aplicable a estos”), el cierre del mercado de servicios postales se materializaría durante diez años, los dos años que dura el Acuerdo marco con posibilidad de prórroga de otros dos y eventualmente seis años más de los posibles contratos derivados.

Del mismo modo indica “Desde la CNMC se ha mostrado una clara preferencia por los Sistemas Dinámicos de Contratación (SDC) frente a la figura de los Acuerdos Marcos (AM)¹³ por un motivo fundamental: el SDC evita el cierre de mercado que produce un AM ya que está abierto tras su adjudicación a potenciales nuevos entrantes. Las opciones que se abren con la nueva LCSP respecto a la tramitación electrónica de los expedientes debería ser un acicate en este sentido”.

En todo caso, ello no quiere decir que la mera elección de la técnica de racionalización con el objetivo de dotar de mayor eficiencia a la contratación pública, a través de la contratación centralizada de servicios recurrentes, pueda considerarse como discriminatoria, ya que ello implicaría dejar vacía de contenido la aplicación de la técnica en cuestión, pensada precisamente para servicios como el que nos ocupa. Ahora bien, sí resulta posible revisar los pliegos del Acuerdo marco en cuanto al número de contratistas a seleccionar, a la estructura de lotes prevista, la solvencia o los medios materiales exigidos.

Es por ello que este Tribunal considera que procede estimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 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 en materia de contratación interpuesto por don

F.M.F., en nombre y representación de Repartos Low Cost de Correo Ordinario y Notificaciones, S.L. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas por los que ha de regirse la licitación del “Acuerdo Marco para la prestación de Servicios Postales y Buofax” nº de Expte. A-SER-POST-1-2017, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, expediente nº 703/2017.

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.