

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

En Madrid, a 8 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por F.M.F., en nombre y representación de Repartos Low-Cost de Correo Ordinario y Notificaciones, S.L., (Low-Cost), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que han de regir el procedimiento de licitación del “Acuerdo Marco para la prestación de servicios postales y de burofax, dividido en cinco lotes”, número de expediente: A-SER-POT-1/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria de la licitación del contrato de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios, dividido en cinco lotes, se publicó el 3 de octubre de 2018 en el DOUE y el 5 de octubre de 2018 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

El valor estimado del contrato asciende a 87.795.825,32 euros y la duración es de 2 años, con posibilidad de prórroga durante dos años más.

A la licitación se han presentado dos ofertas.

Segundo.- Interesa destacar en relación con los motivos del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece en el apartado 1 de la cláusula 1ª: *“El acuerdo marco tiene por objeto la determinación de las condiciones de la prestación de los servicios **postales y de burofax** que se relacionan en el **anexo 1** de este pliego, de acuerdo con las especificaciones que se detallan en el pliego de prescripciones técnicas, y establecer el procedimiento para su adquisición por las unidades y centros comprendidos en el ámbito subjetivo de centralización señalado en el párrafo siguiente, mediante contratos basados en este acuerdo.*

División en lotes: SI.

Los servicios sujetos al presente Acuerdo Marco se dividen en cinco lotes:

- *Lote 1: Correo ordinario (nacional, internacional y urgente).*
- *Lote 2: Correo certificado (nacional, internacional y urgente).*
- *Lote 3: Notificaciones administrativas.*
- *Lote 4: Envíos especiales.*
- *Lote 5. Servicios de burofax.*

Número máximo de lotes a que los empresarios podrán licitar: 5.

Los licitadores podrán optar a un lote, a varios o a todos.

Número mínimo de licitadores a los que se adjudicará cada lote: 1.

Número máximo de licitadores a los que se adjudicará cada lote: 1”.

En el apartado 4 de la cláusula 1ª del PCAP en relación con los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional exigida se establece que *“El empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación, en los contratos de servicios cuyo objeto esté incluido en el Anexo II del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), o bien acreditando el cumplimiento de los siguientes requisitos específicos de solvencia.*

La clasificación exigida en su caso es:

Grupo: R Subgrupo: 09 Categoría: D (R.D. 1098/2001) 5 (en el R.D.:773/2015).

A excepción del lote 4 cuya clasificación será la siguiente:

Grupo: R Subgrupo: 09 Categoría: A (R.D. 1098/2001) 1 (en el R.D.:773/2015).

Por su parte para la acreditación de la solvencia económica y financiera se establece como criterio de selección *“declaración del representante legal de la empresa sobre el volumen anual de negocios, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, sea por importe igual o superior a **29.930.394,99 euros**”.*

Respecto de la solvencia técnica, la *“Relación de los principales servicios o trabajos efectuados durante los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos, por importe igual o superior a **19.953.596,66 euros** en el año de mayor ejecución, que se acreditará mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente”.*

Las cifras señaladas se entienden para la totalidad de los lotes. En caso de concurrir a uno o varios de los 5 lotes, las cifras a acreditar serán:

Lote Núm.	Descripción	Volumen de negocio	Relación servicios
1	Correo ordinario (nacional, internacional y urgente)	8.714.864,97	5.809.909,98
2	Correo certificado (nacional, internacional y urgente)	11.444.984,73	7.629.989,82
3	Notificaciones administrativas	7.970.281,20	5.313.520,80
4	Envíos especiales	32.548,25	21.698,83

5	Servicios de Buofax	1.767.715,85	1.178.477,23
	TODOS LOS LOTES	29.930.394,99	19.953.596,66

Además se exige Habilitación empresarial o profesional para los lotes de 1 al 4, consistente en la inscripción en el Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Postales dependientes de la Comisión Nacional del Servicio Postal, tanto en la Sección A, relativa a Operadores que prestan servicios no incluidos en el ámbito del Servicio Postal Universal, como en la Sección B, relativa a Operadores que prestan servicios incluidos en el ámbito del Servicio Postal Universal, (salvo en cuanto a esta última Sección que se trate del operador designado por el Estado para la prestación del Servicio Postal Universal).

Tercero.- Se debe advertir de la existencia de la Resolución número 101/2018, de 9 de mayo, por la que este Tribunal estimó el recurso interpuesto por Repartos Low-Cost de Correo Ordinario y Notificaciones, S.L., (Low-Cost), contra los Pliegos de Condiciones en su momento aprobados, fundado en que la utilización de un Acuerdo marco para la contratación de este servicio, conllevaría el cierre del mercado durante al menos cuatro años. Dicha resolución concluyó que la 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, no puede considerarse *per se* cómo restrictiva de la competencia, ya que ello implicaría dejar vacía de contenido la aplicación de la técnica en cuestión, pensada precisamente para servicios como el que nos ocupa, pero que en el caso examinado se conculcaba el principio de libre concurrencia. “(...) *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*”.

Cuarto.- Con fecha 25 de octubre de 2018, la representación de Low-Cost, presenta recurso especial en materia de contratación por considerar que la nueva licitación convocada en ejecución de la anterior Resolución continúa siendo contraria a la normativa vigente, por lo que se refiere a los apartados 1 y 4 de la Cláusula 1ª del Capítulo 1 del PCAP en los que se define la forma de distribución del contrato en lotes y las exigencias mínimas de acceso a los mismos relativas a la solvencia económica y técnica.

El 30 de octubre de 2018 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una potencial licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de forma directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se plantea en tiempo, pues la publicación de la licitación y la puesta a disposición de los Pliegos en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid se produjo el 5 de octubre de 2018, siendo interpuesto el recurso el 25 de

octubre, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpone contra los Pliegos de un Acuerdo marco de servicios cuyo valor estimado supera los 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- Como primer motivo de impugnación Low-Cost opone que el nuevo criterio de fraccionamiento elegido (cinco lotes en lugar de dos) conculca -respecto de los lotes 1, 2 y 3- el artículo 99.3 de la LCSP, y de las consideraciones 78 y 79 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de febrero de 2014, con especial afectación del principio de libre concurrencia consagrado en el artículo 1.1 de la Ley 9/2017.

Sostiene que la nueva división del contrato en cinco lotes es contraria al artículo 99.3 de la Ley 9/2017, e impide que las empresas de pequeño y mediano tamaño puedan concurrir a los actuales lotes 1, 2 y 3 que continúan teniendo un tamaño excesivamente grande, limitando su acceso a los restantes lotes, que apenas suponen un 6,02% del volumen económico del contrato, por lo que en esta ocasión en vez de suprimir la libre concurrencia, lo que se hace es limitarla y reducirla.

Advierte el órgano de contratación que el recurso no impugna acto alguno dentro del procedimiento de licitación, sino que se limita a “criticar” la división en lotes efectuada y a proponer una nueva división en este caso geográfica mediante la cual se considere lote independiente cada uno de los Ayuntamientos adheridos al Acuerdo marco y que tengan entidad suficiente para poder adjudicar por sí mismos. En consecuencia el órgano de contratación considera que no ha de admitirse el recurso planteado por tratarse de un derecho de petición, no de recurso sobre un acto.

Subsidiariamente el órgano de contratación afirma que la división en lotes es

acorde con la nueva Ley en la que deja de ser la excepción y se convierte en regla general y advierte que lo único que establece es que debe constar en el expediente informe motivado de las razones por las que ha decidido *“no subdividir en lotes”*.

Reitera la discrecionalidad técnica reconocida al órgano de contratación por los Tribunales especiales que han manifestado que compete al órgano de contratación determinar el número y magnitud de los lotes respetando los principios básicos de la contratación pública recogidos en el artículo 1 de la LCSP, entre ellos, la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; así como asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Advierte que 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.

Por ultimo explica ampliamente la división por lotes efectuada, que se encuentra recogida en memoria económica justificativa del Acuerdo marco para la prestación de los servicios postales y de burofax emitida por el Director General de Contratación, Patrimonio y Tesorería, en fecha 21 de septiembre de 2018.

Dicha división se efectúa de conformidad con la naturaleza del envío a realizar, cuidando de que ninguno de sus importes sea superior al 40 por ciento del contrato y con ello se considere predominante: *“De esta forma el acuerdo marco queda estructurado por volumen económico de cada uno de la siguiente forma:*

Lote	% de participación
1	29,12
2	38,24
3	26,63
4	0,11
5	5,91

Al ser lotes dispares pero no mayoritarios en participación (ninguno supera el 40% del total), la licitación se abre a todo el sector, permitiendo tanto a pymes como a grandes empresas participar al existir lotes de distinta magnitud y tamaño quedando además más fragmentada la licitación”.

Comprueba el Tribunal que en la memoria justificativa de la división del contrato en cinco lotes se recoge todo lo anteriormente manifestado. Así mismo consta en la memoria económica del contrato, que en la licitación de 2014 el contrato se dividía en 2 lotes, y tras la estimación del recurso interpuesto contra los PCAP mediante Resolución número 101/2018 de 9 de mayo de 2018, dictada por este Tribunal, se ha procedido a dividir el contrato en cinco lotes.

Como manifestaba este Tribunal en la Resolución 124/2018 *“la decisión de dividir un contrato o no en lotes es una cuestión, discrecional del órgano de contratación pero sujeta a control, y en este control se debe partir de que el criterio general en la nueva LCSP, como explica en su preámbulo, es “Como medidas más específicas, se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora), debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas (...)”*.

Se constata que la motivación utilizada para justificar la nueva división responde a la diferenciación por naturaleza del envío.

Nada impediría una mayor división que incrementaría las posibilidades de

acceso de las PYMES en estos lotes, objetivo fundamental de la vigente normativa reguladora en materia de contratación pública, pero tampoco nada prohíbe la agrupación de empresas para optar a los mismos, sobre todo porque se trata de centros de necesidades diferentes.

Conviene destacar la alegación del órgano de contratación en cuanto a las características que definen a las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas.

La recurrente indica que *“atendiendo a la definición de PYME recogida en el anexo 1 del Reglamento (UE) Nº 651/2014, de la Comisión, donde se definen los tipos de empresa y se fija un método transparente para calcular los límites financieros y el número de empleados, para pertenecer a una categoría se debe cumplir el límite de número de empleados y no superar la cifra de volumen de negocio o la de balance general:*

Categoría de empresa	Efectivos	Volumen de negocio	Balance general
<i>Mediana</i>	<i><250</i>	<i><= 50 millones €</i>	<i><= 43 millones €</i>
<i>Pequeña</i>	<i><50</i>	<i><= 10 millones €</i>	<i><= 10 millones €</i>
<i>Micro</i>	<i><10</i>	<i><= 2 millones €</i>	<i><= 2 millones €</i>

Según estos datos, empresas de categoría mediana podrían licitar a todos los lotes del acuerdo marco objeto de recurso y las pequeñas empresas serían admitidas en cualquiera de los lotes excepto en el nº 2.

En función del tamaño que se dote a una empresa podrán desarrollarse actividades de mayor o menor volumen, por lo que la constitución de una pequeña o mediana empresa, por sí, limita el volumen de actividades que se asumirán siendo, como se ha dicho más arriba, una circunstancia inherente a la propia empresa y no una limitación impuesta por los pliegos”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 99.3 de la LCSP *“Siempre*

que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”.

De lo anterior se concluye que formalmente se ha cumplido con la obligación de dividir el contrato en lotes, existiendo una motivación adecuada y razonable del número de lotes y su distribución. Cabe recordar que el diseño del contrato en la detección de las necesidades a cubrir, la forma de hacerlo, las exigencias a imponer a los adjudicatarios y demás elementos que conforman la relación contractual,

corresponde al órgano de contratación y se basa en el principio de libertad de pactos, conforme a lo establecido en los artículos 28 y 34 de la LCSP. Estas potestades deben cohererse con las necesidades de promoción de la libre concurrencia y del acceso de las PYMES a la contratación pública, eliminando aquellos requerimientos que supongan barreras injustificadas.

La nueva normativa sobre lotes establecida en el cuarto paquete de directivas de contratación pública, no obliga a los poderes adjudicadores a dividir necesariamente los contratos en lotes, sino a su toma en consideración motivada y expuesta en el expediente, en función de las posibilidades técnicas que en cada contrato permitan tal división. Efectivamente la Directiva 2014/24/UE, en el Considerando 59, advierte que la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo, evitar la colusión y proteger la transparencia, la competencia y las posibilidades de acceso al mercado de las PYME.

Respecto de la discrecionalidad del órgano de contratación, la doctrina es unánime en considerar que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, si bien, acompañada de una justificación racional para los lotes escogidos. La Directiva 2014/24/UE alude al principio de discrecionalidad en el Considerando 78, cuando afirma que *“el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”*. Lo que no excluye la revisión por parte de los Tribunales, por falta de motivación o insuficiencia de la misma, arbitrariedad o discriminación, error material, o por restringir la competencia.

La división de los lotes tiene en cuenta, por una parte el acceso de un mayor número de empresas para que puedan prestar este servicio en la Comunidad de Madrid, fomentando así la competencia y el acceso de empresas de menor tamaño, pero a su vez que cada lote tenga un volumen de trabajo suficiente que permita

hacer un control y seguimiento eficaz de la prestación del servicio por las empresas adjudicatarias, y que garantice la correcta ejecución contractual, garantizando además la correcta ejecución contractual, a la vista del objeto del contrato, mediante el establecimiento de unas condiciones de solvencia y capacidad acordes con el mismo.

Por último debe significarse que la exigencia debe entenderse referida al contrato en su totalidad, de manera que caben a juicio de este Tribunal opciones de diseño de la división en lotes que aunque presenten gran desproporción entre los mismos, sean válidas, siempre que esta estructura resulte justificada y respetuosa con los parámetros que venimos indicando.

Conviven en esta licitación un lote de cerca 11 millones de euros con dos de menos de 9 millones, uno de menos de 2 millones y el último de 32.548 euros, de manera que se produce un supuesto de distribución no homogénea, pero como hemos indicado la falta de homogeneidad por sí sola no determina la incorrecta justificación de la división en lotes.

Además la justificación de la división contenida en el expediente encaja en el supuesto del artículo 99.3.b) *“El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico”*, pudiendo entender comprendido en el concepto técnico el organizativo cuando se trata de contratos de servicios de la naturaleza del que nos ocupa. En este sentido la STJUE de 5 de octubre de 2000 (C-16/98), Comisión Europea y República Francesa, pone de relieve por lo que se refiere al fraccionamiento de contratos que hay que tener en cuenta el contexto y las particularidades propias de cada contrato y en concreto considera entre otros que factores de coordinación aconsejan tramitar en un solo contrato las obras objeto del examinado *“existen factores importantes que aconsejan agrupar a nivel departamental los contratos controvertidos como (...) la coordinación que lleva a cabo el Sydev, organismo que agrupa en el ámbito del departamento las mancomunidades municipales de electrificación”*.

Por lo tanto cabe desestimar el recurso en cuanto a este motivo.

Como segundo motivo de impugnación Low-Cost opone que las exigencias de acceso (solvencia económica y técnica) para los lotes 1, 2 y 3 son tan onerosas que sólo una empresa del sector podrá concurrir.

Advierte que los requisitos de solvencia económica para acceder al Acuerdo marco en concreto a los lotes 1, 2 y 3, precisan de acreditación de un volumen de facturación extraordinariamente exigente, que conlleva la imposibilidad de acreditación salvo para la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., lo cual conculca los principios de libre competencia, considerando que el Acuerdo marco objeto de recurso favorece indirectamente al operador postal universal, conculcando el principio de igualdad reconocido en el artículo 1 de la LCSP así como en distintas sentencias del TJUE.

Por su parte el órgano de contratación alega que las solvencias exigidas están vinculadas a los importes de cada lote y recuerda que en este tipo de contratos precisa para su correcta ejecución de empresas que alcancen facturaciones similares, de lo contrario la ejecución sería muy difícil. Insiste así mismo que la división en lotes persigue que las PYMES puedan acceder a la licitación de lotes más pequeños que los dos con importes más altos.

Estando vinculadas las exigencias de solvencia a los importes de los lotes y habiendo desestimado la anterior pretensión relativa a la división de lotes procede únicamente reiterar lo manifestado anteriormente en esta resolución.

Por todo lo anterior y en su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 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.- Desestimar el recurso 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 que han de regir el procedimiento de licitación del “Acuerdo Marco para la prestación de servicios postales y burofax a los centros de la Comunidad de Madrid”, número de expediente: A/SER-015792/2018.

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 58.2 de la LCSP.

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 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 59 de la LCSP.