

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

En Madrid, a 15 de noviembre de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don A.L.E., en nombre y representación de la empresa SEUR GEOPOST, S.L., contra la Orden de 12 de septiembre de 2012 del Consejero de Economía y Hacienda, por la que se acuerda el desistimiento al lote nº 1 del Acuerdo Marco para la Prestación de Servicios Telegráficos y de Burofax, dividido en dos lotes, expediente 05-DT-2.1/2011, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 6 y 18 de marzo de 2012 se publicó respectivamente en el BOCM y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al Acuerdo Marco para la “Prestación de Servicios Telegráficos y de Burofax”, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios y con un valor estimado de 24.130.522,04 euros.

El objeto del Acuerdo Marco, según el punto 1, del Anexo 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), consiste en la determinación de las

condiciones de la prestación de los servicios telegráficos y de burofax descritos en el Anexo I, que en concreto para el lote 1, comprenden los telegramas nacionales e internacionales. Por su parte el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) señala que el objeto del contrato es la prestación de servicios telegráficos y de burofax a los centros de la Administración General de la Comunidad de Madrid y sus Organismos Autónomos.

El mismo PPT define las distintas categorías del lote 1 “Telegramas”,- telegramas nacional, y telegramas internacional-, señalando que se trata del *“envío urgente de mensajes; podrá cursarse por teléfono y on line, y complementarse con los servicios de acuse de recibo y copia certificada”*.

El informe justificativo de la necesidad de la contratación de 12 de enero de 2012, no contiene ninguna concreción del objeto del contrato respecto de la reseñada más arriba, limitándose a definir el objeto de la contratación en el título de la siguiente forma: *“Acuerdo marco para la prestación de servicios telegráficos y de burofax dividido en dos lotes”*.

Segundo.- A la licitación convocada únicamente se presentaron dos empresas la recurrente y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. (en adelante Correos).

Admitidas ambas empresas a licitación, con fecha 9 de abril de 2012, se reúne la Mesa de contratación para la apertura de las proposiciones económicas, resultando, según el acta correspondiente a dicho acto que obra en el expediente administrativo, que la recurrente oferta tomar a su cargo el servicio para el lote 1 por importe de 7.163.604,33 euros, mientras que Correos, realiza una oferta económica de 8.815.170,99 euros (para la cantidad total estimada de mensajes).

Con fecha 6 de junio de 2012, se requiere a ambas licitadoras para que aclaren determinados extremos de su oferta, por lo que se refiere al plazo de entrega de los telegramas del lote 1 y a los porcentajes de descuento de la oferta de

SEUR y su vinculación con la entidad Logalty. Dicha solicitud de aclaración se atiende por Correos, S.A. el día 11 de junio y por la recurrente el día 12.

El día 21 de junio de 2012, Correos, dirige un escrito a la Mesa de contratación señalando que la prestación de servicios de telegrama objeto de la licitación debe adjudicársele necesariamente porque es el único operador que puede prestar el servicio, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre General de Telecomunicaciones, y la DT cuarta del Real Decreto 424/2005 por el que se aprueba el Reglamento de Comunicaciones Electrónicas.

Así mismo y como cuestión previa, manifiesta que la cláusula 2 del PCAP que rige la licitación indica lo siguiente: *"El acuerdo marco tiene por objeto la determinación de las condiciones de prestación de los servicios telegráficos y de burofax, que se relacionan en el anexo 1 de este pliego, cuya uniformidad ha sido declarada por el Consejero de Economía y Hacienda mediante Orden de 2 de noviembre de 2009, por la que se modifica la Orden de 30 de julio de 2004, por la que se determinan los bienes y servicios de gestión centralizada.*

Según la citada Orden se excluyen de la gestión centralizada que regula, entre otros, los servicios telegráficos y burofax, señalando respecto a los mismos que no reúnen los requisitos de "uniformidad para su utilización común" debido a "la escasa variación de precios y proveedores en el mercado". Es decir, la propia norma a la que el Pliego se remite, pone de manifiesto la limitación en cuanto a la prestación de este tipo de servicios".

A la vista de tales alegaciones la Mesa de contratación, en su reunión del día 22 de junio de 2012, después de señalar que no se considera que sea Correos el operador único, afirma que *"Los vocales de la Mesa analizan los informes presentados por las diferentes unidades administrativas que han colaborado en la determinación y evaluación de las prescripciones técnicas en las que se ha basado la licitación del contrato, y especialmente el informe de la Dirección General de*

Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano, que expresa claramente la intencionalidad por parte de la administración de dar concurrencia a varias empresas no utilizando el servicio de telegrafía stricto sensu (que presta únicamente la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.) y consecuentemente se buscaba contratar con una empresa que pudiera realizar el servicio de envío de mensajes de texto urgentes, pero también conseguir una reducción en el coste del servicio, a través de la entrada de otras empresas en la licitación. A la vista de los informes, la Mesa concluye que efectivamente tal y como están descritos en el pliego de prescripciones técnicas los servicios telegráficos que se quieren contratar, no permite afirmar con seguridad que se trata de servicios diferentes a los telegramas, a pesar de que esa es la necesidad real de la Administración”, por lo que decide proponer al órgano de contratación el desistimiento del lote 1 y la elaboración de un nuevo PPT.

Respecto a la aclaración de la oferta efectuada por las licitadoras, la Mesa en este mismo acto, señala respecto de la aclaración de SEUR GEOPOST, S.L. que *“Dado que en este acuerdo la oferta económica consiste en los porcentajes de descuento ofertados a los precios unitarios recogidos en los pliegos, la aclaración al lote n° 1 es inadmisibles por implicar modificación de la oferta, por lo que no se considera necesario pasar a examinar en profundidad si la documentación aportada por SEUR GEOPOST, S.L. acredita suficientemente la vinculación con LOGALTY y con SEUR, S.A.”.*

A la vista de la anterior propuesta y previo informe de la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Pública, el Director General de Política Financiera, Tesorería y Patrimonio por delegación del Consejero de Economía y Hacienda, dicta la Orden de desistimiento del procedimiento de contratación para el lote1, el 12 de septiembre de 2012, que fue publicada en el perfil del contratante el día 18 de septiembre y notificada a la recurrente el mismo día.

Tercero.- Frente a dicho acto se ha interpuesto recurso especial en materia de

contratación ante este Tribunal con fecha 3 de octubre de 2012, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del TRLCSP, siendo comunicado el recurso al órgano de contratación y requerido el expediente administrativo, se dio cumplimiento a este requerimiento el 10 de octubre, remitiéndose documentación complementaria solicitada por el Tribunal los días 15 y 18 de octubre.

Considera la recurrente que en el desistimiento del procedimiento de licitación no concurre el presupuesto contemplado en el artículo 155.4 del TRLCSP puesto no está fundado en una infracción no subsanable ni de las normas de preparación del contrato, ni del procedimiento de adjudicación, ya que no se produce la imprecisión y falta de determinación del objeto y de las condiciones de prestación del servicio telegráfico, aducida. Para acreditar tal afirmación trae a colación diversos apartados de los pliegos en los que consta que el objeto del Acuerdo Marco es la contratación del servicio telegráfico, así como pliegos de distintos contratos de otros poderes adjudicadores con el mismo objeto. Se aduce asimismo que esta decisión del órgano de contratación viene determinada por el escrito de alegaciones de Correos en el que manifiesta que es la única prestadora del servicio de telegramas y burofax, de manera que su aceptación determina que no sea posible la concurrencia competitiva que tiene por objeto abaratar costes, que es descrita en los pliegos como objeto del contrato; siendo así que tales afirmaciones no son acordes a la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo establecido en el artículo 46.2 del TRLCSP, señala que *“el órgano de contratación dada la imprecisión y falta de determinación del objeto y de las condiciones de prestación del servicio telegráfico a contratar detectada en los pliegos, considera que en el lote nº 1 del acuerdo marco se han infringido las normas generales de preparación de los contratos de las Administraciones Públicas citadas, procediendo el desistimiento del*

procedimiento, sin perjuicio, en su caso, de volver a convocar la licitación del servicio una vez solventadas las deficiencias observadas en los pliegos de condiciones”.

Cuarto.- Se ha concedido trámite de audiencia a los interesados en virtud de lo establecido en el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP), habiéndose presentado escrito de alegaciones por la empresa Correos, con fecha 17 de octubre, que en síntesis manifiesta que el servicio no queda claramente definido, teniendo como consecuencia una ambigüedad en cuanto a lo requerido por el órgano de contratación, que ha supuesto que SEUR presente una oferta con un servicio que en ningún caso puede denominarse como servicio telegráfico, debiendo tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, el único operador que puede prestar los servicios de telégrafos es Correos, concluyendo que consecuentemente el desistimiento del lote 1 está sobradamente justificado y es acorde a Derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.*

Asimismo se acredita la representación con que actúa el firmante del recurso.

Segundo.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles*

contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”.

En el presente caso, consta que la Orden de desistimiento del procedimiento de licitación al lote 1 se notificó a la recurrente el día 18 de septiembre interponiéndose el recurso especial ante este Tribunal el día 3 de octubre de 2012, por lo tanto dentro del plazo establecido para ello.

Tercero.- El acto recurrido es la Orden de desistimiento del procedimiento de licitación para el Acuerdo Marco para la prestación de los servicios de referencia con un valor estimado de 24.130.522,04 euros, de la categoría 5 del Anexo II del TRLCSP “Servicios de telecomunicación”, CPV 64200000-8, Acuerdo Marco, por tanto, sujeto a regulación armonizada y susceptible de recurso especial en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) en relación con el artículo 16.1. b) del TRLCSP. Por otro lado la Orden recurrida es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el apartado 2.c) del mismo artículo, en tanto en cuanto el desistimiento constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación.

En todo caso la posibilidad de control vía recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (vid. STJCE de 2 de junio de 2005, c/15/04 o de 18 de junio de 2002, C/92/2000).

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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.

Quinto.- El recurso presentado se dirige contra la Orden de 12 de septiembre de 2012, del Consejero de Economía y Hacienda, por la que se acuerda el desistimiento del procedimiento por considerar que no concurren los requisitos previstos en la Ley para su procedencia, singularmente por lo que se refiere a la imposibilidad legal de prestar el servicio telegráfico por otro operador distinto de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.

El objeto del contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 del TRLCSP, vincula a las partes sin que pueda experimentar variación o modificación alguna, hasta después de la adjudicación y en los casos en que legalmente dicha modificación está permitida, debiendo por tanto para poder desplegar tales efectos estar perfectamente definido en el expediente de contratación.

En este caso en el informe justificativo de la necesidad de la contratación de 12 de enero de 2012, expone el objeto del contrato, sin definirlo, ni concretarlo, de limitándose a señalar en el título, que el Acuerdo Marco se refiere a la prestación de servicios telegráficos y de burofax. Por su parte en el PPT se reproduce la falta de definición, limitándose a señalar que el objeto del mismo es la prestación de servicios telegráficos y de burofax a los centros de la Administración de la Comunidad de Madrid, haciendo únicamente referencia a “telegramas”, que define como envíos urgentes de mensajes.

Por su parte el órgano de contratación toma la decisión de desistir de la contratación, justificando tal decisión en la Orden impugnada señalando que *“a continuación tras analizar el escrito presentado por la licitadora Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., así como los informes aportados por las diferentes unidades administrativas que han colaborado en la determinación y evaluación de las prescripciones técnicas en las que se han basado la licitación del contrato, la Mesa concluye que efectivamente tal y como están descritos en el pliego de prescripciones técnicas los servicios telegráficos que se quieren contratar, no permite afirmar con seguridad que se trata de servicios diferentes a los telegramas,*

a pesar de que esa es la necesidad real de la Administración. El objetivo perseguido al promover la contratación, si bien no claramente plasmado en los pliegos es contratar con una empresa que pudiera realizar el servicio de envío de mensajes de texto urgentes, consiguiendo una reducción en el coste del servicio a través de la concurrencia en la licitación”.

Debe señalarse que a diferencia de lo que ocurre en la contratación privada en que hasta el momento de la celebración del contrato cualquiera de las partes puede desligarse de su intención de contratar, en el ámbito de la contratación pública no es una opción de libre utilización, sino un remedio para evitar perjuicios al interés público. *“El desistimiento de la Administración no se configura de esta manera como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él”* (Memoria del Consejo de Estado, año 2000).

El artículo 155.4 del TRLCSP permite al órgano de contratación desistir del procedimiento de licitación iniciado, siempre que el mismo esté fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. Debe añadirse que no cualquier infracción previa del procedimiento o de las normas de preparación del contrato pueden dar lugar al desistimiento del procedimiento, debe concurrir además la imposibilidad de tener en cuenta las ofertas presentadas en los términos del pliego, tal y como se desprende de la Resolución 2/2012, de 5 de enero de 2012 del Tribunal Central de Recursos Contractuales, en un caso semejante al que ahora nos ocupa.

Por otro lado, el artículo 22.1 del TRLCSP, establece la exigencia en aras a la consecución de la eficiencia en la actuación administrativa, de la definición y concreción de las necesidades a satisfacer con el objeto del contrato y su extensión, *“Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros*

contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”, debiendo considerarse que esta exigencia no es una mera formalidad, sino que debe cumplirse en toda su extensión, de forma cumplida y suficiente.

A ello debe unirse que de acuerdo con el artículo 109 del TRLCSP, la celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta Ley.

En este caso, la Orden recurrida ofrece como motivación del desistimiento la discordancia entre lo que pretendía contratar la Administración convocante, -servicio de mensajes urgentes,- y el objeto del contrato según los pliegos, -servicio de telegramas-, siendo así que esta discordancia a juicio de este Tribunal tiene su origen en la falta de cumplimiento de lo dispuesto en los citados artículos 22 y 109 del TRLCSP, puesto que de la simple lectura del indicado informe,- que ocupa menso de medio folio,- se desprende la falta de concreción del objeto del contrato.

Esta consideración encuentra apoyo en el informe de fecha 24 de mayo de 2012, del Jefe de Área de Racionalización del Gasto de la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano, que afirma que *“la licitación del Acuerdo Marco persigue conseguir una competencia efectiva, a través de la concurrencia de varias empresas, lo que no hubiera sido posible contratando el servicio de telegrafía stricto sensu (que presta únicamente la sociedad estatal Correos y Telégrafos S.A.). Se busca por tanto un proveedor para el envío de mensajes de texto urgentes, pero también conseguir una reducción en coste del*

servicio, a través de la entrada de otras empresas en licitación). (...)” para concluir que “El pliego parte de la estructura de precios del actual proveedor, y busca la concurrencia de empresas que puedan cumplir con el contenido del encargo, envío urgente de mensajes y entrega en el plazo fijado, en las mismas condiciones actuales de prestación, aunque no utilicen la red telegráfica sino su estructura empresarial de proveedor y que mejoren en lo posible los precios unitarios que integran el presupuesto de licitación”.

La falta de concreción indicada además no es baladí, de manera que mediante una interpretación integradora del resto de documentos del expediente se pudiera determinar cuál es el objeto real del mismo, pudiendo dar lugar a la presentación de ofertas que hubiera que admitir por responder a la literalidad de los términos de los pliegos y que eventualmente pudieran ser adjudicatarias, no siendo ofertadas las prestaciones cuya necesidad para la Administración justificaría la convocatoria del contrato.

Por todo lo anterior este Tribunal apreciando la existencia de una infracción no subsanable de los artículos 22 y 109 del TRLCSP, considera que el desistimiento contractual es procedente.

Sexto.- Aunque no es estrictamente el objeto del presente recurso ya que la Orden recurrida no motiva el desistimiento del servicio objeto de contratación en la existencia de una exclusividad por parte de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, lo cierto es que la misma podría en su caso, fundamentar el desistimiento planteado, en tanto en cuanto no fuera posible adjudicar el contrato a un tercero cuando se trata de un servicio objeto de prestación exclusiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 170. d) del TRLCSP.

Debe partirse del marco normativo que regula la actividad objeto de contratación, en concreto la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, que incorpora al

derecho español la Directiva 2008/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios. Dicha norma señala en su preámbulo que, entre otros fines, atiende a proporcionar un marco de mercado equilibrado y justo para el ejercicio de la libre competencia basado en la protección del interés general y en la ponderación de los intereses de los distintos agentes, públicos y privados, que operan en el mismo.

En este sentido en su artículo 2 se indica que *“Los servicios postales son servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia”*. Esta previsión se coherente con el principio de libre competencia establecido la normativa europea y estatal en materia de contratación pública, en concreto, para este caso, dado que se trata de servicios postales, en el artículo 19 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que son trasunto de la Directiva 2004/17/CE, sobre coordinación de los procedimientos de contratación en los sectores indicados.

Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en su resolución 91/2012, de 24 de agosto, a la luz de la indicada normativa la sociedad estatal Correos y Telégrafos, no tiene la exclusividad en la prestación de los servicios postales, sin perjuicio de los efectos ex lege que se atribuye a sus notificaciones, al ser designada como operador universal, en virtud de la disposición adicional primera de la indicada norma.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 especial en materia de contratación formulado por SEUR GEOPOST, S.L., contra la Orden de 12 de septiembre de 2012 del Consejero de Economía y Hacienda, por la que se acuerda el desistimiento al lote nº 1 del Acuerdo Marco para la Prestación de Servicios Telegráficos y de Burofax, dividido en dos lotes, expediente 05-DT-2.1/2011.

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 TRLCSP.