

Recurso nº 45/2018

Resolución nº 75/2018

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

En Madrid, a 14 de marzo 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 el Pliego de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas del contrato de “Servicios postales y telegráficos del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón y del Juzgado de Paz”, número de expediente: 1/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 2 de febrero de 2018 se publicó en el DOUE y en el Portal de Contratación Pública del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón y de la Comunidad de Madrid, el anuncio de la licitación del contrato de referencia, poniéndose a disposición de los licitadores los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) ese mismo día. La licitación se tramitará por procedimiento abierto y con pluralidad de criterios, todos objetivos. La licitación se publicó asimismo en el BOE de 6 de febrero de 2018. El valor estimado del contrato asciende a 440.000 euros.

El objeto contractual, según establece el Anexo I al PCAP en su apartado 1 - es *“el servicio de prestación de los servicios postales y telegráficos de este Ayuntamiento y del Juzgado de Paz.*

Las necesidades administrativas de todo orden a satisfacer con el presente contrato, consisten en la tramitación de las comunicaciones de los actos administrativos y gestiones varias generadas por esta Administración en sus relaciones con los ciudadanos, administrados, y entidades públicas o privadas, así como del Juzgado de Paz, careciendo esta Entidad Local de medios humanos y materiales para su realización.

CPV: 64000000-6 Servicios de correos y telecomunicaciones.

División en Lotes: Procede: No”.

Por otra parte el PPT al definir el objeto del contrato en su cláusula 1ª concreta que *“El objeto del contrato comprende las siguientes prestaciones:*

Cartas y tarjetas postales ordinarias (nacionales e internacionales). Cartas certificadas (nacionales e internacionales). Cartas urgentes ordinarias (nacionales e internacionales). Cartas urgentes certificadas (nacionales e internacionales). Notificaciones administrativas. Notificaciones administrativas informatizadas. Publicidad, libros, paquetería, servicios telegráficos (telegramas, burofax). Aviso de recibo. Gestión de entrega. Retorno de información. Prueba de entrega electrónica. Digitalización de acuses. Otros servicios adicionales.

No se ha considerado procedente la división del objeto del contrato en lotes diferenciados, por cuanto la gran mayoría de servicios postales que genera este Ayuntamiento lo constituyen las notificaciones administrativas, correo certificado y burofax, siendo prácticamente de carácter residual aislado y mínimo la utilización de correspondencia ordinaria, razón ésta por la que no resulta práctico ni por ende eficiente, a efectos de coordinación y control de la ejecución de los servicios, dada la escasez de medios humanos de que dispone el Servicio de Registro, la eventual separación de las prestaciones que bajo una unidad de objeto se propone licitar”.

En relación con los criterios de adjudicación el apartado 11 del Anexo I al PCAP contempla que se otorgaran hasta un máximo de 30 puntos distribuidos en cuatro criterios automáticos, uno de los cuales es la *“Cobertura horaria y distribución de la red postal de la empresa. Hasta 10 puntos.*

Se valorará:

- *Disponer de más de una oficina de recogida y atención al público en el municipio de Villaviciosa de Odón: 2 puntos.*
- *Disponer de oficinas de recogida y atención al público en municipios de más de 50.000 habitantes (excluidas capitales de provincia): hasta 3 puntos.*
 - *En más de 50 municipios: 2 puntos.*
 - *En más de 75 municipios: 3 puntos.*
- *Disponer de oficinas de recogida y atención al público en todas las capitales de provincia: 1 punto.*
- *Mayor cobertura horaria de atención al público en oficina de Villaviciosa de Odón: hasta 4 puntos.*
 - *Más de 8 horas de lunes a viernes: hasta 2 puntos. Se otorgará 1 punto por cada hora adicional.*
 - *Más de 4 horas los sábados: hasta 2 puntos. Se otorgará 1 punto por cada hora adicional”.*

Segundo.- El 20 de febrero de 2018, previo anuncio al órgano de contratación, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Repartos Low Cost de Correo Ordinario y Notificaciones, S.L., (en adelante Repartos Low Cost) en el que solicita la anulación de los Pliegos por entender que se debía haber dividido el contrato en lotes y que al no hacerlo se está incumpliendo la normativa europea e impidiendo el acceso a las PYME; por ser discriminatorio el criterio de adjudicación relativo a distribución territorial de la red postal; y, por último, por referirse a una marca comercial “Burofax” al enumerar los servicios postales a realizar en lugar de la denominación genérica “fax bajo demanda”.

Tercero.- El 23 de febrero de 2018 el órgano de contratación remitió copia del 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). Considera que los Pliegos son ajustados a derecho y que el recurso debe ser desestimado.

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 recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador, *“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, pues la publicación y puesta a disposición de los Pliegos tuvo lugar el 2 de febrero de 2018 y la interposición del recurso el 20 de febrero, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los Pliegos que han de regir un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Como primer motivo de recurso se invoca la necesaria división del objeto del contrato en lotes para garantizar la mejor prestación del servicio posible. En

concreto se solicita la configuración de dos lotes: lote 1: Prestación de servicios postales y telegráficos del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón y el Juzgado de Paz, zona localidad y lote 2: Prestación de servicios postales y telegráficos del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón y el Juzgado de Paz, zona nacional e internacional, garantizando la concurrencia de operadores locales, los cuales, solo tienen capacidad para prestar el servicio dentro de la localidad y no tienen capacidad para prestar el servicio a nivel nacional o internacional. Afirma que al licitar el servicio en un único lote se están vulnerando los artículos 1 y 139 del TRLCSP y favoreciendo al anterior licitador.

El órgano de contratación en su informe opone que de conformidad con lo establecido en el artículo 86 del TRLCSP, la división del objeto del contrato en lotes diferenciados, es una facultad del Órgano de contratación. No obstante, en el expediente administrativo, en concreto en el informe de necesidad así como en el Pliego Técnico se han justificado técnicamente las razones por las que se hace necesaria la contratación integral del servicio postal y telegráfico de este Ayuntamiento y del Juzgado de Paz.

Explica que el servicio que requiere mayoritariamente este Ayuntamiento (representa el 98%), como informó el Jefe de sección de Información, Registro y Estadística para iniciar el expediente, lo constituyen las notificaciones administrativas y cartas certificadas con aviso de recibo, es decir, prestaciones con un valor añadido, que garantice la certeza del contenido y su recepción. El resto de correo ordinario, cartas y tarjetas postales, paquetería y libros básicamente, tienen un carácter meramente residual que representa el 2% del objeto del contrato.

En cuanto a la división propuesta por el recurrente entre correo cuyo destino sea la propia localidad y el que vaya dirigido al resto del territorio nacional o internacional explica que obligaría al Servicio de Información, Registro y Estadística a realizar una labor previa de preparación y clasificación de correspondencia en función del destino de los envíos, que actualmente no se está realizando por

razones de eficacia práctica, dada la insuficiencia de personal, por lo que lo considera improcedente.

Comprueba el Tribunal que en la memoria de necesidad y oportunidad del expediente se informa que el gasto en el último año correspondiente a notificaciones administrativas y cartas certificadas con acuse de recibo se cifra en 90.500 euros aproximadamente, de las que el burofax y los telegramas solo alcanza la insignificante cifra de 22,43 euros. El resto de correo ordinario supuso un gasto de 1.750 euros, aproximadamente.

Como manifestó el Tribunal, valgan por todas, las Resoluciones 16/2018, de 10 de enero, y 160/2017 de 23 de mayo, *“Respecto de la posible división en lotes el objeto del contrato, el artículo 86.3 del TRLCSP determina que cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto”*.

Por su parte, la Directiva 2014/24/UE establece en su artículo 46 que: *“1. Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84 (...)”*.

La principal novedad de la Directiva, que ha de servir de criterio interpretativo del artículo 86.3 del TRLCSP una vez expirado el plazo de transposición, es que la división del objeto del contrato en lotes deja de ser la excepción y se convierte en

regla general debiendo constar en el expediente informe motivado de las razones por las que ha decidido no subdividir en lotes.

La Directiva resulta aplicable en virtud de su efecto directo, al no haber sido transpuesta en el plazo previsto para ello, de manera que a partir de la finalización del periodo de transposición, 18 de abril de 2016, es necesario justificar en el expediente de contratación las razones por las que una licitación no se divide en lotes.

Con la finalidad de facilitar la participación de las PYME en la contratación pública la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en sus considerandos 78 y 79, señala que la contratación pública debe adaptarse a las PYME siendo preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 25 de junio de 2008 titulado “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”, que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto, para aumentar la competencia, anima a los poderes adjudicadores a dividir grandes contratos en lotes. Y cuando decida que ello no es conveniente, el informe específico o los Pliegos deben incluir una indicación de las razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados por el poder adjudicador.

Si bien es cierto que la división en lotes intensifica la competencia, no lo es menos que la falta de división en lotes no implica en todo caso la existencia de una restricción al principio de libre concurrencia. Así la decisión de dividir en lotes el objeto de un contrato con carácter general corresponde al órgano de contratación, que no está obligado a ello, sino que “podrá” establecer tales lotes, en los términos del artículo 86 del TRLCSP. Únicamente en el caso de que la agrupación en un solo

contrato de varios objetos o la no división en lotes del mismo supongan una vulneración del principio de libre concurrencia, cabría apreciar la necesidad de aplicar de forma imperativa tal fraccionamiento. El inicial reconocimiento de la discrecionalidad del órgano de contratación para configurar los lotes debe ser matizado al señalar que un principio rector básico de la contratación pública es la eficiente utilización de los fondos públicos que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto de un contrato en un único lote deba ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia. La motivación de lo discrecional es el elemento que lo diferencia de lo arbitrario.

Asimismo, la ley de Contratos del Sector Público, que podemos traer a colación a efectos interpretativos, prevé que cuando el órgano de contratación decida no dividir en lotes el objeto del contrato, deberá justificarlo debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios y admite como motivo válido, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, entre otros, el hecho de que a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato, dificultarán la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico.

Tal como se indica en la Nota Informativa 2/2014, de 9 de mayo, de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, *“en el diseño de los lotes se puede tener en cuenta la viabilidad técnica de la ejecución del contrato, en aquellos casos que, por motivos de incompatibilidades o de dificultades técnicas de uso o de mantenimiento, se considere más conveniente que sean ejecutados por la misma empresa contratista”*.

En este caso la necesidad de atender a ambas prestaciones garantizando que el lote de menor importe no quede desierto, es una causa razonable que avala la no división en lotes en función de la prestación, la misma circunstancia se produciría

con respecto al correo internacional en un municipio como Villaviciosa de Odón debiendo atenderse a la eventualidad de que el lote quedara desierto con tal configuración, al no ser rentable.

Correspondiendo al juicio del órgano de contratación la decisión motivada de no división en varios lotes, habiendo quedado justificada en el presente caso la necesidad o conveniencia de licitación conjunta de los servicios postales y telegráficos del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón, para el cumplimiento de las necesidades que se pretenden satisfacer con el contrato cuya determinación corresponde al órgano de contratación en virtud de lo establecido en el artículo 22.1 del TRLCSP, a juicio de este Tribunal la necesidad de la gestión integral de dichos servicios y las razones de la no división del contrato en lotes dan cumplimiento a las exigencias legales de motivación, debiendo desestimarse este motivo del recurso.

Sexto.- En segundo lugar la recurrente considera contrario a los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación, el criterio de adjudicación por el que se valora disponer de una red de oficinas abiertas al público para la entrega de los envíos, en concreto en lo relativo a *“disponer de oficinas de recogida y atención al público en municipios de más de 50.000 habitantes, así como oficinas en todas las capitales de provincia, y que exceda de al menos una oficina en la ciudad de Villaviciosa de Odón, otorgando la máxima puntuación al que más oficinas presente y al resto proporcionalmente”*.

Considera que dicho criterio no tiene una vinculación directa con el objeto del contrato, sino que está referido a características de la empresa, por lo que resulta contrario al artículo 150 del TRLCSP así como a lo establecido en el considerando 46 de la Directiva 2004/18/CE que establece que *“La adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Por consiguiente,*

conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa”.

El órgano de contratación sostiene que el objeto del contrato no es solo dar salida a los distintos actos emitidos por este Ayuntamiento, sino que tales actos deben ser comunicados de la manera más ágil y eficaz posible a los destinatarios así cuanto más rápido sea el servicio, más pronto recibirá la comunicación el interesado, y es más, cuantas más facilidades se den a los destinatarios para recibir las notificaciones, cartas y comunicaciones, más ventajoso resultará el servicio para el Ayuntamiento y para los destinatarios de sus actos. Afirma que no siendo los criterios enumerados en el artículo 150 del TRLCSP *numerus clausus* para valorar la calidad del servicio resulta procedente atender a la mayor cercanía, disponibilidad y facilidad para la recepción de los envíos.

Se debe recordar lo manifestado por este Tribunal sobre la distinción entre los requisitos de solvencia y los criterios de adjudicación en la Resolución 263/2016, de 1 de diciembre, *“El artículo 150.1 del TRLCSP establece que “para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato”, enumerando a continuación una serie de ellos, que aunque no debe considerarse exhaustiva, pues termina con una referencia a “otros semejantes”, es evidente que debe servir de pauta para determinar cuáles deben ser estos otros criterios. En tal sentido, los criterios a que alude la Ley en el artículo citado, presentan la característica común de que todos ellos constituyen circunstancias de la prestación (calidad, precio, cantidad, plazo de ejecución, coste de utilización o rentabilidad técnica).*

La doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa atinentes a características de la misma y los criterios de adjudicación que

deben referirse a las características de la oferta. Esta diferenciación se ha utilizado, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto”.

El PPT en su apartado 5. Relativo a *las Condiciones generales para la prestación del servicio* establece que: “(...) El Adjudicatario se compromete a realizar las recogidas de los objetos postales en los lugares habilitados por el Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón.

En dichos lugares se concentrarán todos los envíos de las correspondientes unidades, sin perjuicio de poder entregarlos en el Centro de admisión que la adjudicataria deberá tener en este Municipio, cuando sea de interés para el depositante.

La empresa adjudicataria se compromete a la entrega y reparto de los envíos en todos los destinos establecidos, bien a través de su propia red o de otras redes postales nacionales, internacionales con las que mantenga acuerdos, o del operador del Servicio Postal Universal”.

En el apartado 5.2 del PPT, en relación con las Oficinas de recogida y atención al público prevé que “La Adjudicataria deberá disponer, como mínimo, de una Oficina de recogida y atención al público en el municipio de Villaviciosa de Odón.

El horario mínimo de atención al público será de 8 horas diarias de lunes a viernes y 4 horas los sábados”.

Todos los criterios de adjudicación previstos en el PCAP valoran objetivamente la reducción de plazos de entrega, la mayor disponibilidad de medios

materiales, la frecuencia en la recogida de envíos y el precio. Los tres primeros valoran la calidad del servicio y todos, tienen relación con el objeto del servicio, que es la correcta y pronta entrega de los envíos.

Resulta por tanto justificado a juicio del Tribunal como criterio de adjudicación a fin de determinar la oferta económicamente más ventajosa y garantizar la prestación correcta del contrato la existencia de una más amplia red de oficinas de recogida posible, así como sus horarios de apertura sin que esto pueda suponer vulneración alguna del principio de libertad de establecimiento, máxime al permitir que la entrega y reparto de los envíos se realice por medio de la *“propia red o de otras redes postales nacionales, internacionales con las que mantenga acuerdos, o del operador del Servicio Postal Universal”*.

Por lo que procede desestimar este motivo del recurso.

Séptimo.- Como tercer motivo de recurso alega el operador postal que el Pliego de Prescripciones Técnicas se refiere entre los servicios a prestar al de BUROFAX que se trata de una marca comercial registrada en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEMP), por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A., en lugar de utilizar la expresión “fax bajo demanda” por lo que resulta imposible poder ofertar este servicio, exclusivo de dicha Sociedad Estatal a pesar de que su empresa, tiene su propio servicio de fax bajo demanda, pero con otra denominación.

El órgano de contratación expone que dicha denominación es genérica y es la general con la que se conoce comúnmente la prestación del servicio que se pretende contratar, es decir, el envío de documentación de manera urgente y segura, con acreditación del contenido del envío, el remitente, el destinatario y la fecha del envío, con efectos probatorios ante terceros de su entrega indiscutible, sin que se haya pretendido con la utilización de dicha denominación limitar el contrato a un único licitador.

El artículo 117.2 del TRLCSP, determina que las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

Si bien es cierto que en un principio solo podía enviarse un burofax desde una oficina de Correos, al haber sido liberalizado la prestación de los servicios postales con el objeto de favorecer la máxima competencia, cualquier operador debidamente autorizado (registrado) puede realizar la prestación de estos servicios, bien con medios propios bien como hemos dicho *“de otras redes postales nacionales, internacionales con las que mantenga acuerdos, o del operador del Servicio Postal Universal”*.

Comprueba el Tribunal que una sencilla búsqueda de información en Internet permite conocer que el termino Burofax *“Aunque es marca registrada de Correos de España (M-2929970), el término se emplea frecuentemente como genérico”* y que son varias las empresas que los realizan (Unipost, Seur, etc.).

Por tanto en este caso, el término empleado en el PPT no se refiere a una marca concreta (*Burofax Premium on line*) ni a un operador específico (*Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos*), por lo que no cabe apreciar vulneración alguna del principio de igualdad de trato de los licitadores.

Por lo que a juicio de este Tribunal es admisible la utilización genérica del termino Burofax en los Pliegos y debe desestimarse el motivo de recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.5 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 interpuesto por don F.M.F., en nombre y representación de Repartos Low Cost de Correo Ordinario y Notificaciones S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de “Servicios postales y telegráficos del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón y del Juzgado de Paz”, número de expediente: 1/2018, del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón.

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.