

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

En Madrid, a 9 de febrero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Recerca I Desenvolupament Empresarial, S.L., contra la Orden de 14 de diciembre de 2022, del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se adjudica el “Acuerdo Marco para la prestación de servicios postales a los centros de la Comunidad de Madrid”, por lo que se refiere a los Lotes 2 y 3, número de expediente A/SER-014357/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 20 de octubre de 2022, en el Portal de la Contratación Pública, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en tres lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 86.976.596,65 euros y su plazo de duración será de dos años, con posibilidad de prórroga por otros dos.

A la presente licitación, en concreto a los Lotes 2 (correo certificado) y 3 (notificaciones administrativas) que son objeto de impugnación, se presentaron 2 empresas, entre ellas, la recurrente.

Segundo.- Tramitado el procedimiento de licitación mediante Orden de 14 de diciembre de 2022, del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo, se adjudican los lotes 2 y 3 del Acuerdo Marco a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. S.M.E.(en adelante CORREOS).

Tercero.- El 9 de enero 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Recerca I Desenvolupament Empresarial, S.L. (en adelante RD POST), en el que solicita que se anule la adjudicación de los lotes 2 y 3.

El 13 de enero 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 (en adelante LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida, para los Lotes 2 y 3, por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de los lotes impugnados en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones que han sido presentadas dentro del plazo establecido al efecto.

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 presente recurso.

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

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 14 de diciembre de 2022, notificado el 15 e interpuesto el recurso el 9 de enero de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP, considerando que el 26 de diciembre y el 6 de enero son inhábiles.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un Acuerdo Marco que tiene objeto la prestación de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Los motivos de impugnación son:

1.- Nulidad de la valoración realizada por la Mesa de contratación el 12 de diciembre de 2022, por no haber valorado las OFICINAS ofertadas por RD POST identificadas como CORREOS. En concreto cuestiona los subcriterios 8.2.1. Oficinas en el municipio de Madrid y 8.2.2. Oficinas en las localidades de la Comunidad de Madrid.

El punto 8.2. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) establece como criterio de adjudicación:

“8.2 Criterio: Número de oficinas de admisión de envíos, por encima del mínimo exigido. Ponderación: hasta 30 puntos.

Disposición de oficinas para la admisión de envíos con las características descritas en el punto 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas, superior al número mínimo exigido en el mismo.

Subcriterios: 8.2.1 Oficinas en el municipio de Madrid: hasta 10 puntos.

Puntuación para la red que disponga de más de una oficina en cada distrito municipal de Madrid.

- Dos o más oficinas en cada distrito: hasta 10 puntos.

8.2.2 Oficinas en las localidades de la Comunidad de Madrid relacionadas en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas: hasta 10 puntos.

- Dos o más oficinas en cada una de esas localidades: hasta 10 puntos.

8.2.3 Oficinas en el resto de la Comunidad de Madrid: hasta 10 puntos.

- Nº de municipios con oficina: hasta 10 puntos.

Obtendrá la puntuación máxima aquella propuesta que presente un mayor número de oficinas o, en su caso, mayor número de municipios con oficina. El resto de las propuestas se valorarán de forma directamente proporcional”.

Manifiesta que en la Mesa de contratación en su sesión celebrada el 14 de noviembre de 2022, acordó:

“Por parte de la mesa solo se pueden tener en cuenta a efectos de valoración en este criterio las oficinas indicadas en su listado por RECERCA I DESENVOLUPAMENT EMPRESARIAL, S.L. con contrato de arrendamiento o contrato de colaboración y no las oficinas en las que el título bajo el cual se tiene el uso de la misma indica contrato Correos ya que por lo que cualquier centro incluido en el ámbito del acuerdo marco cuando tenga que realizar un depósito de envíos debería hacerlo obligatoriamente a través de las oficinas de la empresa seleccionada, es decir, de las que ésta acredite disponer para la recepción de envíos, y esa empresa podría hacer uso de la red postal de CORREOS mediante su entrega en el centro de admisión masiva correspondiente acordado con CORREOS, siguiendo a partir de ahí su curso como el resto de envíos que utilizan dicha red; pero estos centros usuarios del acuerdo marco no puedan acceder directamente a la red de CORREOS para realizar un depósito sin pasar por la empresa RECERCA I DESENVOLUPAMENT EMPRESARIAL, S.L., siendo esta sociedad la que debe introducirlos directamente en la red para la continuación del proceso hasta su entrega al destinatario final”.

Respecto al alcance de los trabajos el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) dispone en sus puntos 4.2. y 4.6:

“4.2. Los trabajos objeto de los lotes 1, 2 y 3, según el caso, consistirán en la recogida, admisión, clasificación, transporte y entrega a domicilio de los destinatarios, de los envíos postales generados por los entes adheridos al acuerdo marco, así como las actividades complementarias, adicionales o específicas que requieran los diferentes servicios, incluida la devolución de los envíos cuando no pueda efectuarse la entrega al destinatario, con las garantías y modalidades establecidas por la normativa vigente”.

“4.6. Las diferentes unidades acogidas a este acuerdo marco depositarán sus envíos en la oficina de admisión más próxima de que disponga la empresa adjudicataria.

El adjudicatario de cualquier lote deberá disponer de una red de oficinas para la admisión de envíos, a pie de calle, que cumpla como mínimo los siguientes requisitos:

- *Existirá al menos una oficina, con personal debidamente capacitado, en cada distrito del municipio de Madrid y en cada una de las poblaciones de la Comunidad de Madrid que se relacionan en el Anexo de este pliego.*
- *El horario de atención al público en estas oficinas será como mínimo de 6 horas en jornada de mañana y tarde, de lunes a viernes.*

No obstante, se podrá solicitar la recogida de envíos a domicilio en aquellos edificios y centros de la Administración de la Comunidad de Madrid que se especifican en el Anexo III de este Pliego de Prescripciones Técnicas”.

A juicio del recurrente, de lo anterior se deduce que la operativa que deberá seguir la empresa adjudicataria sería la de recogida de los envíos en las direcciones de los emisores de envíos postales dentro de la Comunidad de Madrid. Por otro lado, en los casos en los que no sucediera así, las unidades acogidas al acuerdo marco podrán depositar sus envíos en la oficina de admisión más próxima de que disponga la empresa adjudicataria, pero en ningún caso se establece la posibilidad de entrega en cualquier otra oficina del territorio.

De esto modo, y según lo descrito en los puntos anteriores, queda claro que RD POST está facultada para realizar la recogida en cualquiera de las direcciones estipuladas de las entidades adheridas al acuerdo marco y realizar el depósito de los envíos en cualquiera de las oficinas incluidas en su oferta, incluyendo las que se describen bajo el título de “*Contrato Correos*”.

La Mesa de contratación da por hecho, sin solicitar aclaración al respecto, que los centros usuarios del acuerdo marco no podrán acceder directamente a la red de CORREOS. Este requerimiento supone más una barrera de entrada a otros operadores que a necesidad operativas para la gestión del acuerdo marco, atentando

contra la libre competencia del sector como la propia Comisión Nacional del Mercado de la Competencia establece.

RD POST es usuaria del SERVICIO CORREOS PREPAGO PARA EMPRESAS, sistema que está utilizando con alguna Administración, entre las que se encuentra el Ayuntamiento de Barcelona, y que permite a cualquier persona autorizada realizar depósitos de envíos en cualquier oficina de Correos. Este sistema permite, a través de una Tarjeta Prepago, ser atendido en las más de 2.350 oficinas de las que Correos dispone en toda España, tal y como el propio CORREOS publicita y detalla en su página web.

Para todas aquellas entidades adheridas al Acuerdo Marco con la necesidad de acceder directamente a la red de CORREOS para realizar un depósito, RD POST le facilitaría al inicio del contrato una *“Tarjeta Correos Prepago”*, a través de la cual podrán acceder directamente a cualquier oficina de Correos para realizar el depósito de sus envíos.

De esta manera, RD POST controlará los movimientos, saldos y necesidades para que cada usuario pueda acceder en cualquier momento a la realización de un depósito de sus envíos en cualquiera de las oficinas de Correos.

La Mesa considera, que este sistema no viene contemplado en el PPT. El recurrente manifiesta su disconformidad pues el PPT no excluye expresamente este sistema de prepago.

La no valoración por la Mesa de contratación de las Oficinas relacionadas en la Oferta de RD POST como oficinas de CORREOS, en base al Contrato entre la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A. y RD POST ni el acceso a través de la *“Tarjeta Correos Prepago”*, supone una vulneración de la normativa postal, así como,

y de facto para RD POST su exclusión en la licitación, con vulneración flagrante de los principios de la contratación pública de igualdad y libre concurrencia.

Apoya su tesis en la vulneración de la Ley 20/2013, de Garantía de Unidad de Mercado, de la normativa de postal, destacando las resoluciones del órgano regulador del sector postal, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 15 de febrero de 2018 y de 25 de abril de 2018, así como Resoluciones de Tribunales de Contratación, como la Resolución del Tribunal administrativo central de recursos contractuales, de 20 de julio de 2018 (Recurso nº 566/2018 C. Valenciana 140/2018 Resolución nº 689/2018) y la Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, de 12 de abril de 2018 (exp. 66/2018), que considera que la forma de acreditar la extensión territorial, cuando no se tienen oficinas propias, es tener suscrito convenio con Correos.

El derecho de acceso a la red postal pública es una obligación ineludible de CORREOS y que supone que el operador postal RD POST, establece una interoperabilidad con la misma, que le faculta a ofrecer sus servicios teniendo en cuenta este derecho que además ejerce conforme a las normas que lo regulan, esto nos permite afirmar que el derecho de acceso a la red postal implica la integración de la misma en la red propia del operador, por mandato de la ley.

Por su parte el órgano de contratación alega que el PPT en su apartado 6 establece:

“4.6. Las diferentes unidades acogidas a este acuerdo marco depositarán sus envíos en la oficina de admisión más próxima de que disponga la empresa adjudicataria.

El adjudicatario de cualquier lote deberá disponer de una red de oficinas para la admisión de envíos, a pie de calle, que cumpla como mínimo los siguientes requisitos: (...).

No obstante, se podrá solicitar la recogida de envíos a domicilio en aquellos edificios y centros de la Administración de la Comunidad de Madrid que se especifican en el Anexo III de este PPT”.

Esto supone en síntesis una doble obligación, para el depósito de envíos, como para la entrega y reparto a los destinatarios finales, siendo solo para esta última actividad para la que se establece explícitamente el derecho al uso de la red postal tal como se regula en la Ley 43/2010, de 30 de diciembre.

RD POST ha presentado en su proposición económica el listado de las oficinas de admisión de envíos adicionales ofertadas, en el que consta la dirección postal, el horario de atención al público y el título bajo el cual se tiene el uso de la misma, incluido en su caso el contrato de acceso a la red postal del que derive su uso, si bien se observa que al indicar el título bajo el cual se tiene el uso de la misma indica, en todas aquellas que están por encima del mínimo exigido, “*contrato Correos*”.

La puntuación otorgada a RD POST, respecto al subcriterio 8.2, fue la siguiente:

Subcriterio 8.2.1. Oficinas en el municipio de Madrid: RD POST dispone de 21 oficinas (una oficina por distrito), que se corresponden con el mínimo exigido por lo que obtiene 0 puntos.

Subcriterio 8.2.2. Oficinas en las localidades de la Comunidad de Madrid relacionadas en el Anexo I del PPT: RD POST dispone de 35 oficinas que se corresponden con el mínimo exigido por lo que obtiene 0 puntos.

Subcriterio 8.2.3. Oficinas en el resto de la Comunidad de Madrid: RD POST dispone de 5 oficinas, concretamente en los municipios de Arroyomolinos, Griñón, Humanes de Madrid, Paracuellos del Jarama y Villanueva del Pardillo, por lo que obtiene 10 puntos.

Tal como está definido el criterio de adjudicación solo se pueden tener en cuenta a efectos de valoración en este criterio las oficinas indicadas en su listado por RD POST con contrato de arrendamiento o contrato de colaboración y no las oficinas en las que el título bajo el cual se tiene el uso de la misma indica “*contrato Correos*”, por lo que cualquier centro incluido en el ámbito del Acuerdo Marco cuando tenga que realizar un depósito de envíos debería hacerlo obligatoriamente a través de las oficinas de la empresa seleccionada, es decir, de las que ésta acredite disponer para la recepción de envíos, si bien esa empresa podría hacer uso de la red postal de CORREOS mediante su entrega en el centro de admisión masiva correspondiente acordado con CORREOS, siguiendo a partir de ahí su curso como el resto de envíos que utilizan dicha red; pero estos centros usuarios del acuerdo marco no puedan acceder directamente a la red de CORREOS para realizar un depósito sin pasar por la empresa RD POST, siendo esta sociedad la que debe introducirlos directamente en la red para la continuación del proceso hasta su entrega al destinatario final.

Efectivamente, el artículo 45 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, en su punto 1, garantiza el acceso de los operadores postales a la red postal, respecto a los servicios a que se refiere la autorización administrativa singular de que sean titulares, de conformidad con los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación, si bien en el mismo apartado establece que “*con el objeto de mantener la integridad, eficacia y eficiencia de la red, los envíos deberán presentarse en los centros de admisión masiva y continuarán en la red hasta la distribución final, en condiciones no discriminatorias respecto a las aplicadas por el operador designado a sus filiales o entidades participadas*”.

En definitiva, la Ley ampara el acceso a la red del operador del servicio postal universal por parte de terceros ordenado mediante un contrato de acceso a la red postal universal y a través de los denominados centros de admisión masiva, por lo que el depósito de los envíos por los usuarios del servicio que este tercero les preste como consecuencia de un contrato, no se hace directamente a través de las oficinas

postales del operador prestador del servicio postal universal, sino en las oficinas del operador postal.

Así, el proceso para poder acceder a la red del servicio postal universal por parte de cualquier centro de la Comunidad de Madrid incluido en el ámbito del acuerdo marco o por parte de las entidades adheridas al mismo, en aplicación del punto 4.6 del PPT, será mediante la entrega de los envíos en la oficina de admisión más próxima de que disponga la empresa adjudicataria, que una vez recibidos y en su caso tratados, los introducirá en la red postal, haciendo uso únicamente de los centros de admisión masiva que tenga contratados, de tal forma que a partir de ahí es cuando ya seguirá el proceso de entrega y reparto hasta el destinatario final, según el derecho que la propia Ley 43/2010 recoge. Por tanto, las oficinas del servicio postal universal podrán ser utilizadas para la entrega y reparto al destinatario final, pero no para recibir directamente los envíos depositados en cualquiera de sus oficinas por los clientes de operadores terceros (en este caso, los clientes son los centros de la Administración incluidos en el ámbito del acuerdo marco) sin la intermediación de ese tercero (el operador postal seleccionado) y sólo podrá realizarse a través de los puntos de entrega previamente establecidos por el contrato de acceso a la red postal.

En cuanto a las manifestaciones realizadas por el recurrente sobre la tarjeta prepago poniendo a disposición de los centros usuarios dichas tarjetas pone de manifiesto que no es suficiente con el convenio firmado con Correos para el depósito de envío directamente en sus oficinas. El ofrecimiento de esta tarjeta prepago supone un coste adicional para RD POST y modifica el contenido de la oferta, pues el acceso a la red de Correos no se hará mediante el título descrito en su oferta “*contrato Correos*” sino a través de una tarjeta prepago, medio no indicado en la documentación presentada.

Al respecto recuerda que se solicitó al recurrente subsanación para “*indicar, en su caso, el contrato de acceso a la red postal del que deriva su uso*” y ni en ese

momento ni tampoco en la presentación de la oferta puso de manifiesto el método de depósito de envíos ahora citado. Se hace referencia a una manera de organización y funcionamiento de la propia empresa al prestar el servicio a otras Administraciones, que no fue recogido en la documentación presentada durante el procedimiento de licitación.

La no valoración por la Mesa de contratación de las oficinas relacionadas en la oferta de RD POST como “*oficinas de Correos*”, en base al convenio entre CORREOS y RD POST, se ajusta a lo previsto en el PCAP y a la propia oferta de la recurrente no pudiendo invocar en fase de recurso un contenido que no figuraba en la oferta ni modificar esta con alegaciones o documentación que no incluidos el sobre objeto de valoración.

En consecuencia, no es posible el cómputo de la totalidad de la red postal de Correos como contenido de la oferta de RD POST y, por tanto, sólo procede computar aquellas oficinas que incluidas en la relación presentada permitan a los centros directamente el depósito de envíos ya que no ha acreditado la disponibilidad de las mismas en los términos exigidos en los pliegos.

Por su parte el adjudicatario alega que RD POST parte de un error de base al considerar que los medios de Correos le servirán como propios para la ejecución de este contrato. Se debe tener en consideración que el contrato de Acceso a la Red Postal Pública no faculta en ningún caso, a la recurrente ni a ningún otro operador a disponer, como si fueran suyos o de su propiedad de todos los recursos humanos y materiales (Oficinas, vehículos, personas, etc.) de los que Correos dispone.

El contrato de Acceso a la Red no es un contrato de franquicia, ni tampoco Correos es una subcontratista de RD POST en virtud de ese contrato, tan solo se observa la posibilidad de que otras empresas puedan hacer envíos postales a través

de la red de Correos depositándolos en unos puntos concreto y definidos de su Red y no de disponer de sus bienes, menos aún ofertarlos como propios.

En relación con la Tarjeta Correos Prepago señala que en ningún caso da acceso a la red postal, sino que se trata de una tarjeta que permite la recarga de fondos por su titular o terceras personas, para poder ser usada como medio de pago y hasta el límite del importe recargado, en compras en cualquier comercio adherido a la Red Mastercard y, para la retirada de efectivo en cualquier cajero adscrito a dicha Red.

Por lo tanto, opera como cualquier otra tarjeta emitida por una Entidad de Crédito, que se utilice para los mismos fines y que forme parte de la Red de pagos de Mastercard.

En definitiva, dicha tarjeta no guarda relación alguna con el acceso a la Red Postal de Correos.

Por lo que se refiere a las referencias a la Resolución de 25 de abril de 2018, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la cual indica que el depósito de la carga deberá realizarse en los Centros de Admisión masiva provincial, elemento que nada tiene que ver con la Red de Oficinas de Correos, señala que para depositar en estos centros es necesario disponer de un medio de pago autorizado en cada uno de ellos, el cual se utiliza a través de máquinas de franqueo y que actualmente RD POST no dispone de la correspondiente autorización.

Vistas las posiciones de las partes el debate se limita a determinar si las oficinas en las que RD POST mantiene el uso a través de “*contrato CORREOS*” tienen que ser objeto de valoración de acuerdo con lo establecido en los pliegos.

Del contrato suscrito entre CORREOS y RD POST no se desprende que las oficinas de correos se pongan a disposición para la ejecución del contrato de referencia, en todo momento se hace referencia a los centros de admisión masiva.

Al margen de lo alegado por el recurrente de que CORREOS esté obligado a facilitar el acceso a los centros de admisión masiva, lo que se valora en los criterios de adjudicación son oficinas no centros de admisión masiva. Además, no acredita que los centros usuarios del acuerdo marco puedan acceder directamente a la red de CORREOS para realizar un depósito sin pasar por la empresa RD POST, siendo esta sociedad la que debe introducirlos directamente en la red para la continuación del proceso hasta su entrega al destinatario final.

Tal y como indica el órgano de contratación el hecho de que ahora el recurrente señale que pondrá a disposición una tarjeta prepago pone de manifiesto que no es suficiente con el contrato suscrito con correos de disposición de esas oficina, a lo que hay que añadir que en su oferta no se hace referencia a dicha tarjeta prepago y no es el sistema definido en los pliegos.

Al respecto es preciso recordar como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la

relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

En consecuencia, se desestima esta alegación.

2.- La adjudicación a CORREOS es nula pues su oferta es contraria a la normativa postal, por contener descuentos superiores a los máximos permitidos.

RD POST con fecha 25 de noviembre de 2022, solicitó aclaración sobre la viabilidad y admisión de las ofertas económicas presentadas por CORREOS. por debajo de los límites establecidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para la cobertura de sus costes operativos.

La Mesa de contratación de 2 de diciembre de 2022, informó que se ha comprobado que las ofertas económicas presentadas por CORREOS no incurren en ningún supuesto de anomalía previsto en el PCAP regulador de la licitación, asimismo, la Mesa considera, que es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) quien tiene la competencia de supervisión y control del correcto funcionamiento del mercado postal.

Señala el recurrente que los precios ofertados no cubren los costes de prestación, de acuerdo con lo establecido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que es el órgano que verifica la contabilidad analítica de CORREOS y, por tanto, es el organismo que conoce los costes de prestación, y por tanto, queda acreditada la nulidad de la oferta de correos por ser contraria a la normativa postal y a la Resolución de la CNMC.

El órgano de contratación reitera que es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), el organismo que tiene competencia de supervisión y control del correcto funcionamiento del mercado postal y que la oferta de CORREOS

no está incurso en temeridad de acuerdo con lo establecido en los pliegos por lo que no le es de aplicación el procedimiento contradictorio establecido en el artículo 149.4 de la LCSP.

El adjudicatario manifiesta que la oferta económica presentada por CORREOS nada tiene que ver con los importes que RD POST refleja en su recurso por lo que desconoce de dónde ha sacado dichos importes.

Además, señala que CORREOS no tiene ninguna limitación de precios desde la perspectiva regulatoria. De hecho, cualquier referencia a precios en la normativa postal tiene por objeto, no orientar la política comercial de Correos sino, por el contrario, y como no podía ser de otro modo, a determinar los criterios y condiciones sobre los que cuantificar la financiación que debe contribuir a la prestación de esos servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal definidos en el ya citado artículo 21 de la Ley Postal.

En cuanto a las Resoluciones de la CNMV, de 15 de febrero y 25 de abril de 2018, que cita la recurrente, han sido declaradas nulas de pleno derecho por la Audiencia Nacional mediante pronunciamientos posteriormente ratificados por el Tribunal Supremo. Se trata de las Sentencias nº 542/2022 y de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo y la Sentencia 00014/2020.

A la vista de las alegaciones del adjudicatario, este Tribunal comprueba la oferta de CORREOS y los importes que cita el recurrente en su recurso, constatando que efectivamente no coinciden, siendo los ofertados por el adjudicatario superiores a los que cita el recurrente. Por ello, no se puede tomar en consideración ninguna de las alegaciones de RD POST en relación con esta cuestión al partir de una premisa errónea.

3.- Nulidad de la oferta de CORREOS por exención contraria a la Ley sobre el Valor

Añadido.

Considera el recurrente que la oferta del adjudicatario es nula por aplicar una exención del IVA que es ilegal. Aplica el 0% (exento) para todos los envíos, excluidos únicamente los envíos urgentes y los valores añadidos.

Añade que RD POST aplica en su oferta el 21%. Este hecho no supone un perjuicio para él, en cuanto las valoraciones de las ofertas se realizan sobre la base imponible.

El órgano de contratación opone que se trata de un motivo de recurso que no afecta a la materia contratación y ni el Tribunal encargado de resolver el recurso ni la Mesa de contratación tienen competencia para pronunciarse sobre la materia tributaria. Tampoco señala la recurrente cómo afecta este motivo de recurso a la adjudicación del contrato ni el beneficio que la misma obtendría de su estimación.

Este hecho no supone un perjuicio para RD POST en cuanto a las valoraciones de las ofertas, puesto que dichas valoraciones se realizan sobre la base imponible.

Cabe recordar que la valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato debe hacerse sin tomar en consideración el Impuesto sobre el Valor Añadido. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 07/08, de 29 de septiembre de 2008. *“Criterio aplicable en la valoración de las ofertas cuando concurren licitadores exentos de IVA junto con otros no exentos”* consideró que: *“La valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público debe hacerse sin tomar en consideración el Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre el mismo”*.

El Derecho europeo, para determinar la oferta económica más ventajosa, se centra en el valor de la prestación objeto del contrato, excluyendo el IVA, puesto que

éste es un elemento a añadir al valor de la prestación, variable (según los sujetos o los países) y cuya valoración como coste resulta de difícil cuantificación a priori.

Los artículos 4, 5 y 6 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo e 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, para advertir que las reglas de valoración de los contratos, establecidas por las Directivas comunitarias, explícitamente excluyen el IVA en la valoración de los contratos.

Al respecto CORREOS señala que la exención del IVA no puede ser objeto de enjuiciamiento en el presente procedimiento y que si el recurrente considera que la exención tributaria es ilegal debería formular una denuncia ante la Administración Tributaria. Además, indica que como las ofertas se valoran sin tomar en consideración el IVA no le produce ningún perjuicio.

A continuación, expone los argumentos por los que considera que las alegaciones de RD POST son erróneas.

Vistas las posiciones de las partes este Tribunal no puede más que acoger las pretensiones del órgano de contratación y del adjudicatario pues no corresponde a este Tribunal enjuiciar la correcta aplicación del IVA, toda vez que la misma no incide en la adjudicación del contrato, tal y como reconoce el propio recurrente, al valorarse las ofertas excluyendo el IVA.

4.- Vulneración de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado.

Manifiesta el recurrente que el acuerdo de adjudicación y los acuerdos de la Mesa de contratación, vulneran la vigente Ley 20/2013, de 9 de junio, de Garantía de Unidad de Mercado, por cuanto con su interpretación de no valorar la Oficinas ofertadas por RD en base al Convenio con Correos, ha establecido de manera

premeditada unas barreras anticompetitivas, que causan como efecto la remonopolización de una parte sustancial del mercado, en el ámbito territorial de Madrid.

Opone el órgano de contratación que la recurrente conocía desde su publicación el contenido de los pliegos rectores de la licitación. Si consideraba que las prescripciones técnicas o los criterios de adjudicación no se ajustaban a la ley estaba en condiciones de recurrirlo. No interponiendo recurso contra los mismos, la presentación de oferta supone la aceptación incondicional de los mismos.

Tampoco cabe apreciar discriminación. El criterio de adjudicación valorando la mayor disponibilidad de oficinas de recepción de envíos pretende mejorar el servicio en cuanto que los centros puedan tener cerca de su sede un punto de entrega. A mayor número de centros de recogida mayor calidad del servicio. La no acreditación de disponer de estos puntos de recogida no supone diferencia de trato ni establecer barreras al mercado, sino diferencias en la valoración por los desiguales medios que ponen a disposición de la ejecución del contrato cada uno de los licitadores. Reconociendo la liberalización del mercado postal, como en todos los contratos, para la adjudicación del acuerdo marco de servicios postales se valoran positivamente aquellas ofertas que incrementen las prestaciones sobre el mínimo exigido en el PPT.

El adjudicatario refiere que el recurrente se ha arrogado funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para otorgar una cláusula unos efectos “*remonopolizadores*” del mercado.

Entiende que ningún acuerdo de la Mesa de contratación establece de manera premeditada barreras anticompetitivas, como dice RD Post en su recurso, sino que se limitan, por un lado, a establecer unos medios mínimos que deben adscribirse a la ejecución del contrato y que son necesarios para la correcta prestación del servicio y, por otro lado, a valorar las ofertas con unos criterios de valoración que permiten

ponderar cuál de las ofertas presentadas representa una mayor calidad-precio.

Vistas las alegaciones de las partes, este Tribunal recuerda que entre las principales funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) se encuentra la aplicación de la normativa de defensa de la competencia Española y Europea, promoción de la competencia, unidad de mercado, resolución de conflictos entre operadores económicos.

Como se ha expuesto anteriormente, a juicio de este Tribunal, la actuación de la Mesa de contratación ha sido acorde con lo establecido en los pliegos.

Al margen de lo anterior, llama la atención que en el criterio de adjudicación objeto de controversia el recurrente haya obtenido 10 puntos tanto en el lote 2 como en el 3, mientras correos ha obtenido 0 puntos en ambos lotes. Por lo que, en el presente supuesto, a mayor abundamiento, indicar que dicho criterio no ha sido el determinante de la adjudicación, sino que los criterios que han sido decisivos son el precio, mayor cobertura horaria diaria en las oficinas de admisión de envíos y la reducción de plazos.

5.- Vulneración del artículo 150.1. LCSP. Comunicación previa CNMV conductas colusorias.

Considera el recurrente que la Mesa de contratación ha tenido indicios de conducta colusoria por vulneración de la libre competencia y no ha dado traslado a la CNMV, o en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos.

Entiende que la exclusión fáctica de RD POST al no admitir en la valoración las Oficinas aportadas en base al Convenio con Correos, entendemos que supone una

conducta colusoria prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDCU) al implicar una decisión que produce el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

El órgano de contratación opone que la exclusión de los centros relacionados en el listado de RD POST al no admitir en la valoración las oficinas relacionadas en base al Convenio con Correos, no constituye ninguna conducta colusoria ni restringe ni falsea la competencia en todo o parte del mercado nacional, únicamente se trata de aplicar los criterios de valoración sobre la oferta presentada por cada uno de los licitadores y la documentación que permite verificar la realidad de lo manifestado tal como se indica en el apartado 8 de la cláusula 1 del PCAP. Las puntuaciones desiguales derivan de ofertas diferentes.

Al respecto, este Tribunal se remite a lo expuesto en la alegación primera sobre las razones por las que considera que la no valoración de las oficinas relacionadas en base al contrato con Correos acordada por la Mesa de contratación se realizó conforme a lo dispuesto en los pliegos.

En consecuencia, se desestima el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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 la representación legal de Recerca I Desenvolupament Empresarial, S.L., contra la

Orden de 14 de diciembre de 2022, del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se adjudica el “Acuerdo Marco para la prestación de servicios postales a los centros de la Comunidad de Madrid”, por lo que se refiere a los Lotes 2 y 3, número de expediente A/SER-014357/2022.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática, para los Lotes 2 y 3, prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- 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 59 de la LCSP.