



Recurso nº 523/2018

Resolución nº 596/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 21 de junio de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D. A.O.F., en representación de la mercantil EMURTEL, S.A, contra adjudicación acordada en la licitación del *"Contrato marco de operación y mantenimiento de la red de infraestructuras de telecomunicaciones de Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E."* expediente de contratación CT_CO-G2I-MT-1701, dictado por el Comité de Inversiones de Correos Telecom; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La licitación que nos ocupa se publicó en la plataforma de contratación del sector público el 5-1-2018, el 22-1-2018 y el 8-2-2018, como *"Contrato sujeto a regulación armonizada"*, *"Directiva de aplicación : Directiva 2014/24/EU-sobre contratación pública"*, *"valor estimado 8.957.803 euros"*, *"importe 10.838.941,63 euros"*, como procedimiento abierto y tramitación ordinaria, dividido en cuatro lotes.

Según el PPT, el *"OBJETO DEL CONTRATO"* consiste en *"la contratación mediante acuerdo marco de los servicios necesarios para la operación y el mantenimiento de las infraestructuras que conforman la Red de Infraestructuras de Telecomunicaciones (en adelante la Red) de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A., S.M.E. (en adelante CORREOS) que gestiona la Sociedad Estatal Correos Telecom S.A., S.M.E., M.P. (en adelante CT)..."*

Su cl. 7.5 establece:

“7.5.1. SERVICIOS PROFESIONALES

A continuación se describen los servicios técnicos que se podrán solicitar en el presente pliego.

- *Servicios Técnico de Campo:*
- ...· *Servicios de Ingeniería:*
- ...· *Servicio de Operador de Cartografía/ Delineante:*
-
- *Servicio de Jefe de Proyecto:*
- *Administrativo:*
-

· **7.5.2. SERVICIOS MÍNIMOS INCLUIDOS EN LA ADJUDICACIÓN**

En el caso de que un licitador fuera adjudicatario de dos o más lotes, CT se reserva el derecho a solicitar, sin coste adicional, al menos un recurso de los siguientes servicios, descritos anteriormente:

- *Servicio de Jefe de proyecto*
- *Servicio de Operador de Cartografía/Delineante*
-”

Y en su cláusula 14 se refleja la **“14. VALORACIÓN DE LAS OFERTAS**

Las ofertas serán valoradas con arreglo a las siguientes pautas:

PUNTUACIÓN GLOBAL (PG)

La puntuación global (PG) estará compuesta por la suma de la puntuación asignada en cada una de las fases con un máximo de 100 puntos.

14.1. PUNTUACIÓN TÉCNICA (PT)

La Valoración Técnica (VT) de una oferta “n” para cada lote estará constituida por la suma de las valoraciones técnicas parciales asignadas a cada uno de los criterios técnicos a puntuar, con un máximo de 30 puntos.

Las ofertas que no alcancen una puntuación mínima de 15 o sean puntuadas con 0 en alguno de los criterios valorables, no serán admitidas.”

Sigue un cuadro de criterios, y en lo que nos interesa:

“Características del equipo de trabajo (0 a 5)

Equipo de trabajo con uno personas adicionales a lo indicado en el PCT (2,5 de 5)

Equipo de trabajo con dos personas adicionales a lo indicado en el PCT (2,5 de 5)”

(...)

Las ofertas que no alcancen una puntuación mínima de 15 puntos o sean puntuadas con 0 en alguno de los criterios valorables, no serán admitidas.”

En lo que nos interesa, el pliego de condiciones generales señala: “14. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO

Los contratos suscritos por Correos Telecom y comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Pliego, se registrarán por sus propias estipulaciones y, en lo no expresamente pactado en los mismos, en cuanto no las contradigan y les sea de aplicación, por las condiciones, prescripciones y previsiones contenidas en la documentación complementaria e integradora de dichos contratos, según enumeración y orden de prelación que a continuación se establece:

1. *Pliego de Condiciones técnicas y particulares y Cuadro de Características*
 2. *Pliego de Condiciones Generales*
 3. *Los demás documentos que tengan carácter contractual según las condiciones que regulan la contratación*
 4. *El ordenamiento jurídico privado*
16. **RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

Las cuestiones litigiosas que puedan surgir sobre interpretación o modificación del contrato, serán resueltas por los Juzgados y Tribunales del lugar de celebración del mismo, a cuya jurisdicción se someterán las partes, renunciando expresamente a cualquier otro fuero que les pudiera corresponder.”

Segundo. Habiendo presentado ofertas varias empresas, y valoradas las ofertas en informe técnico al efecto, en el mismo consta: “*Características del equipo de trabajo ...*

Ofrecen el equipo indicado en el PCT gestión, por lo que su puntuación es 0 puntos.”

El Comité de Inversiones de Correos y Telégrafos elevó al Consejo de Administración de Correos Telecom la propuesta de adjudicación, en la que constaba, respecto de la aquí recurrente, que “*No ha sido valorada por no alcanzar la puntuación técnica mínima o tener puntuación 0 en algún criterio de valoración, recogida en el epígrafe 14.2 del PCT y P”.*

En fecha 14 de mayo de 2018 fue remitida a través de correo electrónico comunicación a la aquí recurrente según la cual:

"...esta Sociedad con fecha 11 de mayo de 2018 ha sido resuelto el citado expediente no siendo adjudicatario en ninguno de los lotes ofertados por el siguiente motivo:

Tal y como figura en el apartado 14.1 del pliego de condiciones técnicas y particulares "Las ofertas que no alcancen una puntuación mínima de 15 o sean puntuadas con 0 en alguno de los criterios valorables, no serán admitidos".

En el caso de EMURTEL, la valoración en el criterio "Características en el equipo de trabajo" ha sido de 0 puntos, al no ofrecer ningún recurso adicional al equipo de trabajo requerido indicado en el apartado 7.5.2 del PCTyP."

Tercero. Consta que en la oferta de la recurrente se presentó a todos los lotes, acompañando declaración responsable del siguiente tenor literal: *"Que en relación a la licitación "Servicio de Operación y Mantenimiento de la Red de Infraestructuras de Telecomunicaciones de Correos y Telégrafos" con expediente CT_CO-G2i-mT a la que Emurtel S.A. presenta oferta, Emurtel S.A. se compromete a ofrecer un equipo de trabajo con dos personas adicionales a lo indicado en el PCT. "*

Cuarto. El 29-5-2018 se interpone este recurso, alegando la recurrente que se comprometió a ofertar dos personas adicionales al equipo de trabajo, por lo que tal criterio debió ser valorado con 5 puntos, conforme a los pliegos ley del contrato, en una interpretación no restrictiva que favoreciera la concurrencia; por lo que pide que dicho criterio le sea valorado.

El informe del órgano de contratación señala que *"Correos Telecom no es Administración Pública (sino una Sociedad Anónima, medio propio de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E.), ni tiene la condición de poder adjudicador, por lo que ese Tribunal no tiene competencia para conocer sobre el mismo, motivo por el que se debe inadmitir el recurso."*

Quinto. En fecha 4 de junio de 2018 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. Han presentado alegaciones:

- AXION INFRAESTRUCTURAS DE COMUNICACIONES S.A.U., que señala que ha interpuesto también recurso contra su no valoración, y reitera que la exigencia del art. 7.5.2 se aplica solo si se ha licitado a dos o más lotes y que el PCT en ningún momento indica el número mínimo de trabajadores.

-AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES S.A., señalando que ha prestado idéntico recurso a la aquí recurrente y exponiendo sus razones.

-OBREMO S.L., con un tenor similar al precedente.

Sexto. El 7 de junio de 2018 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 103 y 105 de la LCSE.

A estos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. A la hora de determinar la competencia de este Tribunal para conocer de recurso interpuesto, es necesario analizar, en primer lugar, y a la vista de las alegaciones formuladas por el órgano de contratación, si el contrato se haya comprendido dentro del ámbito de aplicación 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 (LCSE), y por tanto puede considerarse una reclamación de las reguladas en el Capítulo I del Título VII (artículos 101 y siguientes), o si por el contrario debe quedar sujeto a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

A estos efectos, el art. 3 de la LCSE señala: “*Artículo 3. Entidades contratantes*

1. Quedarán sujetas a la presente Ley, siempre que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 7 a 12, las entidades contratantes que sean organismos de derecho público o empresas públicas y las entidades contratantes que sin ser organismos de derecho público o empresas públicas, tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el artículo 4.”

Pues bien, siendo determinante que la entidad contratante realice alguna actividad de las previstas en el art. 7 a 12 de la Ley, el art. 2 de los Estatutos de Correos Telecom dispone
“Objeto

Correos Telecom, S.A., S.M.E., M.P. es una sociedad mercantil estatal que tiene la consideración de medio propio y servicio técnico de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. a los efectos del apartado 6 del art. 24 de Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con las actividades que constituyen el objeto social de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. y dentro de los límites que representa el objeto social de Correos Telecom, S.A., S.M.E., M.P.

De conformidad con lo anterior, las encomiendas de gestión que le pueda conferir la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. serán de ejecución obligatoria, de acuerdo con las instrucciones que a dicho efecto, de forma unilateral, puedan ser fijadas por aquélla, quien fijará asimismo las tarifas correspondientes. Dichas encomiendas de gestión se adoptarán por acuerdo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. y abarcarán las prestaciones de carácter material, técnico o de servicios al objeto social.

Constituyen el objeto social las actividades siguientes:

- 1. La gestión de la red de telecomunicaciones de la que es titular la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E.*
- 2. La prestación de servicios de telecomunicación con carácter preferente la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. y subsidiariamente a terceros.*

3. La realización de labores de intermediación y promoción para la comercialización de la capacidad excedentaria de la red de telecomunicaciones de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E.

4. La prestación de servicios de telecomunicaciones relacionados con la prestación de servicios postales."

Y el art. 11 de la LCSE señala: "Servicios postales

1. La presente Ley se aplicará a las actividades relacionadas con la prestación de servicios postales o, en las actividades previstas en el apartado 2, de servicios distintos de los servicios postales siempre y cuando dichos servicios los preste una entidad que preste igualmente servicios postales en el sentido de las definiciones de la letra b) del apartado 3 del artículo 2 y no se trate de una actividad sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado.

2. Las actividades relacionadas con la prestación de servicios distintos de los servicios postales son:

a) Los servicios de gestión de servicios de correo. Tanto los servicios previos al envío como los posteriores a él tales como los servicios de gestión de salas de correo.

b) Los servicios de valor añadido vinculados a medios electrónicos y prestados íntegramente por esta vía incluida la transmisión segura de documentos codificados por vía electrónica, los servicios de gestión de direcciones y la transmisión de correo electrónico certificado.

c) Los servicios relativos a envíos postales no incluidos en la definición de la letra a) del apartado 3 del artículo 2, como la publicidad directa sin indicación de destinatario.

d) Los servicios financieros tal y como se definen en la categoría 6 del anexo II A que incluyen, en particular, los giros y las transferencias postales, excepto aquellos que se excluyen en el artículo 18.3, letra d), supuesto 3º.

e) *Los servicios filatélicos.*

f) *Los servicios logísticos, entendiéndose por tales aquellos servicios que combinan la distribución física y la lista de correos con otras funciones no postales."*

Si bien la actividad de la contratante puede tener encaje en el art. 11.2 b) precitado, lo cierto es que ello solo es relevante "siempre y cuando dichos servicios los preste una entidad que preste igualmente servicios postales en el sentido de las definiciones de la letra b) del apartado 3 del artículo 2". Y si acudimos a tal artículo, define estos servicios como "los servicios consistentes en la recogida, la clasificación, la expedición y la distribución de envíos postales. Estos servicios incluyen:

1º Los «servicios postales reservados»: los que tengan dicho carácter o puedan tenerlo conforme al artículo 18 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

2º Otros «servicios postales» los servicios postales que no puedan ser reservados conforme al artículo 18 de la Ley 24/1998, de 13 de julio."

Así se pronuncia igualmente la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero, cuyo art. 13. "Servicios postales", dispone: "1. La presente Directiva se aplicará a las actividades relacionadas con la prestación de:

a) *servicios postales;*

b) *servicios distintos de los servicios postales, siempre y cuando dichos servicios sean prestados por una entidad que preste igualmente servicios postales a efectos del apartado 2, letra b), del presente artículo, y no se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 34, apartado 1, respecto de los servicios contemplados en el apartado 2, letra b), del presente artículo."*

Y define "b) «servicios postales»: los servicios consistentes en la recogida, la clasificación, la expedición y la distribución de envíos postales. Ello engloba tanto los servicios incluidos como los no incluidos en el ámbito de aplicación del servicio universal establecido de conformidad con la Directiva 97/67/CE". Y «envío postal»: el envío con destinatario,

constituido en la forma definitiva en la que deba ser transportado, cualquiera que sea su peso. Aparte de los envíos de correspondencia incluirá, por ejemplo, los libros, catálogos, diarios, publicaciones periódicas y paquetes postales que contengan mercancías con o sin valor comercial, cualquiera que sea su peso.”

Sin que conste, como hemos visto, que la contratante realice la actividad de “servicio postal” tal y como está definida en la LCSE, no podemos considerar que quede sujeta a la reclamación regulada en la LSE, ya por razón de su actividad.

Segundo. Sentado lo anterior, queda por determinar si, excluida la aplicación de la primera de las Leyes citadas y, por consiguiente, de la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la misma, resulta posible aplicar las disposiciones de los artículos 40 a 49 del TRLCSP y tramitarlo como recurso especial en materia de contratación.

La Disposición Transitoria Primera.1, de la Ley 9/2017 determina que “*Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos*”, y la Disposición Transitoria Primera 4, párrafo segundo, habilita el recurso especial en expedientes iniciados con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley contra actos del artículo 44 de la misma siempre que se hayan dictado con posterioridad a su vigencia.

En este caso, no es necesario dilucidar la cuestión, resuelta en nuestra Resolución 437/2018 (dictada en el recurso 336/2018), de cuál deba ser el umbral aplicable a la vista de la redacción del art. 44.1 a) de la nueva Ley, pues claramente el valor estimado de nuestro contrato lo convierte en sujeto a regulación armonizada.

Ahora bien, nuestra competencia solo se justifica si la entidad contratante es poder adjudicador, pues el art. 40 del TRLCSP señala. “*Recurso especial en materia de contratación: Actos recurribles*

1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:"

Y según su art. 3. 3. *"Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:*

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia."

Lo cual se reitera en el artículo 44 de la nueva LCSP, obviando la cuestión de si el cuarto párrafo de la D. Transitoria citada altera nuestra competencia subjetiva; señala así tal artículo *"Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles.*

1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores."

Y el art. 3. 3 LCSP es también sustancialmente igual al TRLCSP: *"Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades (...):*

d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión;

o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.”

En esta tesitura, la determinación de si la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A es “poder adjudicador” se convierte en decisiva respecto de la calificación como tal de nuestro contratante, tanto por la analogía que pueda estar referida al carácter de su actividad como industrial o mercantil- ya que la prestada por Correos Telecom aparece como auxiliar de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A -, como , sobre todo, por el hecho de que, como controlador de su gestión (al ser la referida contratante su filial y participada al 100%), el carácter de poder adjudicador de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A, se convierte en un elemento necesario para realizar tal calificación, conforme al último inciso del art. 3.3 b) ya citado.

Tercero. Pues bien, tal y como acabamos de resolver en el rec. 492/2018, y por lo que se refiere al carácter o no de poder adjudicador de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A, este Tribunal, hasta el momento, ha reconocido su competencia para conocer de las reclamaciones formulados frente a la citada Sociedad de conformidad con el apartado cuarto del artículo 41.5 del TRLCSP en relación con el 3.3.b del mismo cuerpo legal. Sin embargo, decíamos en tal recurso que *“a la vista de lo manifestado por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A en su escrito de alegaciones y en el informe adjunto al mismo de la Abogacía General del Estado de fecha 13 de febrero de 2018, debemos reconsiderar nuestra posición.”*

Reproduciremos, pues, tal doctrina:

“1. Antes de entrar a analizar el citado informe, es necesario indicar que la conclusión a la que llega el mismo resulta de aplicación con independencia de que por la fecha de publicación del anuncio de la licitación, la reclamación se regule por el TRLCSP o por la nueva LCSP, y ello porque el cambio normativo apenas ha tenido incidencia respecto de los criterios para considerar a una sociedad mercantil como poder adjudicador, sino que el cambio viene motivado por la evolución histórica de la actual Sociedad Estatal Correos y Telégrafos.

2. Comenzaremos en todo caso haciendo referencia al ámbito de aplicación subjetivo recogido en ambos textos legales.

En efecto, el artículo 3.3.b) del TRLCSP consideraba poderes adjudicadores a:

“Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”.

Por su parte, el artículo 3.3.d) de la LCSP considera poderes adjudicadores a:

“Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”.

Así las cosas, son dos los requisitos que deben concurrir para que podamos considerar a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos como poder adjudicador. De un lado, que haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y; de otro, que se encuentre sujeto al control de un poder adjudicador.

Tal y como reconoce el informe de la Abogacía General del Estado, este segundo requisito resulta evidente desde el momento en que la totalidad del capital social pertenece a SEPI, entidad de Derecho Público adscrita al Ministerio de Hacienda y Función Pública, quien como tal accionista único nombra a través de la Junta General a la totalidad de los miembros del Consejo de Administración.

Sin embargo, considera, y este Tribunal así lo comparte, que no puede entenderse cumplido el primero de los requisitos dado que las necesidades de interés general que satisface tienen carácter industrial o mercantil. Dicha conclusión es resultado de un extenso análisis tanto de la situación del Sector Postal como de las circunstancias que motivaron la creación de Correos como sociedad mercantil estatal que el Tribunal hace suyo en su totalidad y cuyos hitos más importantes son los que se exponen a continuación.

3. El citado informe Pone de manifiesto que si bien históricamente el Sector Postal se organizó como un sector fuertemente intervenido, como consecuencia de la liberalización de los servicios postales iniciado por la Unión Europea con la Directiva 97/67/CE, la Ley 24/1998, de 13 de julio del Servicio Postal Universal supuso la transformación de la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos en una sociedad anónima estatal, de manera que la creación de Correos como sociedad estatal, según señala el citado informe, obedece al propósito de favorecer la liberalización del Sector Postal, lo cual es un importante indicio de que su actividad tiene naturaleza mercantil o industrial.

Ello no obstante, y si bien dicha liberalización fue de carácter parcial, ya que continuaban reservándose determinadas actividades a Correos en su condición de prestador del Servicio Postal Universal (ex art 18 y DA 1ª de la Ley 24/1998), la Ley 43/2010, 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, por la que se trasponía la Directiva 2008/6/CE de 20 de febrero impuso la plena liberalización del Sector Postal, al indicar en su artículo 2 que “Los servicios postales son servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia”.

Así, y sin perjuicio de que continuara manteniéndose un Servicio Postal Universal, el mismo no supuso una merma de la plena liberalización del Sector Postal, ya que se previó que pudieran ser varias las empresas que puedan ser designadas proveedoras del servicio postal universal. En el informe de la Abogacía General del Estado se hace referencia en concreto a otro de la CNMC de 21 de diciembre de 2017 en el que constan inscritos en el Servicio Postal Universal más de 300 operadores, por lo que resulta evidente que el sector postal funciona en régimen de libre competencia.

4. Posteriormente, y partiendo de ese régimen de libre competencia como un importante indicio de que su actividad es industrial o mercantil, atiende a la concreta actividad realizada por la sociedad, al amparo del criterio seguido por el TJUE en sentencias como la de 22 de mayo de 2003 en el asunto C-18/01, lo que impone la necesidad de ponderar elementos tales como la competencia, la existencia de un ánimo de lucro o la asunción de los riesgos derivados de la actividad.

Se centra para ello en primer lugar en el estudio de su objeto social, tal y como se delimita por sus estatutos (artículo 2), para concluir que está destinada a una necesidad de interés general, que de carácter mercantil o industrial, dado que, de conformidad con lo dispuesto en la DA 3ª de la Ley 15/2009 de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, los servicios de recogida, transporte y distribución de envíos postales tiene naturaleza mercantil.

Analiza a continuación la incidencia que en dicha conclusión pueden tener tanto el régimen de fijación de los precios de los servicios incluidos dentro del Servicio Postal Universal como la compensación percibida por Correos en su condición de prestador del Servicio Postal Universal.

Por lo que se refiere al régimen de fijación de los precios, sostiene que lo fundamental, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, entre los criterios a ponderar para determinar el carácter mercantil o industrial de una entidad está el relativo al modo de fijación de los precios y, en particular, si se atiende exclusivamente a la oferta y la demanda o, por el contrario, dicho procedimiento es inferido por las autoridades públicas. Y que del artículo 34 de la Ley 43/2010 se deduce claramente que Correos goza de plena libertad para fijar los precios de los servicios comprendidos en el Servicio Postal Universal, y que la consecuencia de no seguir los criterios del citado artículo (ser asequibles, transparentes, no discriminatorios y fijarse teniendo en cuenta los costes reales del servicio), sería la de reducir la compensación percibida por Correos por la carga financiera negativa del Servicio Postal Universal, por lo que en definitiva puede entenderse que la fijación de los citados precios se reconduce a criterios fácilmente identificables con la ley de la oferta y la demanda.

Y en cuanto a la citada compensación, se indica que durante el ejercicio 2016 Correos percibió con cargo a los Presupuestos Generales del Estado ciento ochenta millones de euros, lo de que acuerdo con la memoria de Correos de dicho ejercicio supone el 10,72% de sus ingresos por servicios postales, telegráficos y paquetería (o el 10,22% atendiendo a los ingresos totales y por todos los conceptos), de manera que el 89,78% de sus ingresos se obtienen del mercado, lo que a juicio del citado informe es un dato más que impide rectificar la consideración de mercantil o industrial de la actividad de Correos.

5. Así las cosas, este Tribunal comparte la argumentación realizada en el informe aportado por la Sociedad Mercantil Correos y Telégrafos para llegar a la conclusión de que no nos encontramos ante un poder adjudicador, en los términos indicados tanto en el TRLCSP como en la LCSP, al tener la mayor parte de su actividad carácter industrial o mercantil, como consecuencia de realizarse en un régimen íntegramente liberalizado, lo que viene reforzado por la idea de que está prevista que dicha liberalización sea plena al abrirse a terceras empresas la posibilidad de ser designado operador del Servicio Postal Universal a partir del 1 de enero de 2026, de conformidad con la DA 1ª de la Ley 43/2010 en relación con la DF 7ª de la misma norma.

Y concluíamos: “Consecuencia de cuanto acaba de exponerse es que este Tribunal no resulta competente para conocer de los recursos que puedan interponerse frente a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, al no tener este la condición de poder adjudicador. “

Por tanto, de conformidad con el art. 3.3 b) TRLCSP, si la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A., que ejerce el control sobre Correos Telecom, no es poder adjudicador, ésta tampoco tiene tal calificación, lo que excluye la competencia de este Tribunal.

Cuarto. No siendo competente para conocer este Tribunal del acto recurrido, no procede analizar las cuestiones de fondo planteadas.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. A.O.F., en representación de la mercantil EMURTEL, S.A, contra adjudicación acordada en la licitación del *"Contrato marco de operación y mantenimiento de la red de infraestructuras de telecomunicaciones de Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E."* expediente de contratación CT_CO-G2I-MT-1701, dictado por el Comité de Inversiones de Correos Telecom.

Segundo. Mantener la suspensión del procedimiento de contratación hasta la resolución de los recursos vinculados 449 y 556/2018.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.