



Recurso nº 253/2019

Resolución nº 655/2019

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 20 de junio de 2019.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación, interpuesto D. J.D.D.L.R.D.S.J., actuando en nombre y representación de las empresas miembros de la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL), Asociación inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio de Trabajo, contra los pliegos de la *“Contratación del servicio de limpieza, control de plagas y gestión de residuos de los centros de trabajo de la S.E. Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E., Nexea Gestión Documental, S.A., S.M.E. y Correos Express Paquetería Urgente, S.A., S.M.E. (8 lotes y lote 9 Bolsa Común)”*, promovido por Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. (en adelante, Correos), de acuerdo con lo dispuesto en 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), 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 la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** El anuncio de la licitación fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 14 de febrero de 2019, en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 12 de febrero, y en la misma fecha en el BOE. El procedimiento se tramitaría por el procedimiento negociado con anuncio de licitación, de acuerdo con 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 el importe estimado del contrato es de **99.473.753, 96 euros.**



**Segundo.** La Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL), ha interpuesto ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación en fecha 5 de marzo de 2019. Fundamenta su recurso, en que no se especifica en el pliego, de acuerdo con el artículo 130 LCSP, el tipo de contrato de las personas que actualmente prestan su servicio para poder valorar su coste adecuadamente. Esta pretensión, según informa el órgano de contratación ha sido expresamente admitida por Correos con el compromiso de la consiguiente modificación de los pliegos. En segundo lugar, la Asociación recurrente cuestiona el procedimiento negociado con anuncio de licitación que se recoge en el pliego, por considerarlo inadecuado a la luz de la LCSP, por cuanto considera que el procedimiento que debe seguirse es el previsto en dicha Ley, es decir, el procedimiento abierto.

El órgano de contratación afirma que el régimen de contratación de Correos es el previsto en la LCSE que permite expresamente la utilización del procedimiento negociado con publicidad y que no resulta de aplicación la LCSP sino la LCSE. Como se ha expresado, el órgano de contratación admite que en el pliego debe recogerse la información concreta sobre los contratos de los trabajadores.

**Tercero.** Con fecha 22 de marzo de 2019, la Secretaria General de este Tribunal ha dictado resolución en la que se acuerda la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 103 y 105 de la LCSE, de forma que, según lo establecido en el artículo 106.4 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** En primer lugar, por ser una cuestión de oficio, debe analizarse la competencia del Tribunal para conocer de este recurso. Como se ha expuesto, el objeto del contrato es el servicio de limpieza, control de plagas y gestión de residuos de los centros de trabajo de la S.E. Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E., Nexea Gestión Documental, S.A., S.M.E. y Correos Express Paquetería Urgente, S.A., S.M.E.

Pues bien, este Tribunal considera que debe tenerse en cuenta el dictamen de la Abogacía General del Estado Ref.: A.G.–ENTES PÚBLICOS 20/19 (R-154/2019), que tiene precisamente por objeto el clarificar cuál es el régimen jurídico de contratación de Correos.



El dictamen parte de la aplicación directa de la Directiva la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, en materia de sectores excluidos como es el postal.

El dictamen estima que el artículo 15 y el correspondiente anexo II A) a de la redacción actual de la LCSE, que contempla expresamente que los contratos de servicio de limpieza se someten a la regulación de la LCSE, ha sido superado por la Directiva que tiene efectos directos. En lo que atañe a los contratos de servicios, el informe afirma que.

“Así las cosas, debe indicarse que la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/UE no establece ninguna norma como las que recogen los apartados 1 y 2 del artículo 15 de la LCSE, de la misma manera que tampoco las recoge el proyecto de ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Puesto que la Directiva 2014/25/UE no recoge, como se ha dicho, las normas que establecen los apartados 1 y 2 del artículo 15 de la LCSE y dado que, por otra parte, dicha norma comunitaria solamente excluye de su ámbito de aplicación, respecto de los contratos de servicios, los que enumera en su artículo 21 y los contratos de servicios a que se refiere su artículo 22 (“la presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, un poder adjudicador, o una agrupación de poderes adjudicadores, con arreglo a un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el TFUE”), debe examinarse, dado que la repetida Directiva no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español pase a haber vencido el plazo para ello (lo que tuvo lugar el 18 de abril de 2016), si la delimitación del ámbito de aplicación de la norma comunitaria de referencia (artículo 1 y concordantes) tiene efecto directo, ya que, de ser ello así, no podría mantenerse la vigencia del artículo 15 de la LCSE”.



Más adelante, afirma que “aplicando los requisitos expuestos a las normas sobre delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/25/UE, ha de entenderse que las previsiones de esta norma comunitaria que delimitan su ámbito de aplicación – artículo 1, apartados 1 y 2, en relación con los artículos 4 (entidades adjudicatarias), 8 a 14 (actividades que se destinan las obras, servicios y suministros) y 15 (umbrales)– son de aplicación directa, por cuanto que se trata de previsiones claras, precisas e incondicionadas en las que no se produce el efecto vertical descendente en perjuicio de particulares.

(...)

Pues bien, teniendo la Directiva 2014/25/UE eficacia directa en lo que respecta a su ámbito de aplicación y puesto que, como se ha dicho, esta norma comunitaria no establece, en lo que se refiere a los contratos de servicios, la distinción que recoge el artículo 15 de la LCSE, como tampoco se formula en el proyecto de la ley sobre procedimiento de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, ha de efectuarse una reformulación de los supuestos que se exponen en el proyecto de informe. A estos efectos, y con la finalidad de ofrecer una exposición lo más completa posible del régimen jurídico aplicable a los contratos que concierte la sociedad estatal Correos y Telégrafos, S.A., cabe distinguir los siguientes supuestos a cuyo examen se procede seguidamente en el FJ II :

“Contratos de obra, suministro y servicios adjudicados por Correos y Telégrafos, S.A. incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/25/UE.

La inclusión de estos contratos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/25/UE resulta de la conjunción de tres factores: que sean otorgados por una entidad adjudicataria (concepto fijado en el artículo 4 de la Directiva); que el objeto del contrato (obra, suministro o servicio) esté destinado a la realización de una de las actividades contempladas en el artículos 8 a 14 de la Directiva y que, finalmente, el valor estimado del contrato sea superior a los umbrales que fija el artículo 15 de la propia Directiva”.

Como consecuencia de todo ello, y de la comparación entre los procedimientos de licitación previstos en la Directiva, la LCSP y de la LCSE se afirma, en relación con la configuración del procedimiento de licitación, no en la elección entre uno y otro, que:



“En rigor, no se aprecia ningún impedimento jurídico para aplicar las normas de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que regulan el procedimiento abierto, restringido, de licitación con negociación, procedimiento negociado sin publicidad, diálogo competitivo y asociación para la innovación si se tiene en cuenta que: 1) como se ha dicho, las normas de la Directiva 2014/25/UE tienen efecto directo; 2) las previsiones de la Directiva 2014/25/UE son sustancialmente idénticas a las de la Directiva 2014/24/UE; 3) esta última Directiva ha quedado transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la LCSP; y 4) que la LCSE regula muy parcamente el procedimiento abierto, el restringido y el procedimiento negociado con licitación (en realidad, los apartados 2, 3 y 4 de la LCSE se limitan a definirlos sin ningún desarrollo)”.

**Segundo.** A la vista de los razonamientos del citado dictamen procede abordar, en primer lugar, la competencia de este Tribunal y el procedimiento que, en su caso, debería seguirse para la tramitación de este recurso, calificado por la recurrente como recurso especial en materia de contratación con fundamento en el artículo 44 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Pues bien, no existen dudas de la condición de Correos como entidad adjudicataria (concepto fijado en el artículo 4 de la Directiva); que el valor estimado del contrato sea superior a los umbrales que fija el artículo 15 de la propia Directiva y el objeto del contrato de servicio, debiéndose analizar el requisito de que esté destinado a la realización de una de las actividades contempladas en los artículos 8 a 14 de la Directiva.

En lo que se refiere a los servicios postales, el artículo 11. 2 de la Directiva, afirma lo siguiente:

“2. A efectos del presente artículo, y sin perjuicio de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se entenderá por:

a) «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;



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;

c) «servicios distintos de los servicios postales»: los servicios prestados en los siguientes ámbitos:

i) los servicios de gestión de servicios de correo (tanto los servicios previos al envío como los posteriores a él, incluidos los servicios de gestión de salas de correo),

ii) los servicios relativos a envíos postales no incluidos en la letra a), como la publicidad directa sin indicación de destinatario”.

A la vista del pliego y la configuración del contrato, e incluso de su propia denominación “contratación de servicio de limpieza, control de plagas y gestión de residuos de los centros de trabajo de la S.E. Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E., Nexea Gestión Documental, S.A., S.M.E. y Correos Express Paquetería Urgente, S.A., S.M.E”, se concluye que, si bien no está citado nominalmente, su objeto está directamente ordenado a la prestación de los servicios postales citados en la Directiva. En efecto, carecería de sentido excluir a este tipo de contratos de servicio de la aplicación de la Directiva cuando están destinados a permitir el normal desarrollo de la actividad de la entidad adjudicataria.

La interpretación de este precepto no puede ser otra que concluir en la competencia de este Tribunal para resolver este recurso, atendiendo al cauce previsto en la LCSE, es decir, como reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes, en cuyos artículos, especialmente el artículo 101.1, en la redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, se prevé esta opción legislativa. Por otra parte, los pliegos de condiciones que rigen la contratación son actos impugnables.

De acuerdo con el principio antiformalista que informa las leyes que rigen el procedimiento administrativo, procede por consiguiente la recalificación del recurso especial en reclamación al amparo de la LCSE.



**Tercero.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 102 LCSE y el 24.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la Asociación recurrente, en la medida que defiende los intereses de las empresas del sector, está legitimada para interponer la reclamación, presentada en plazo.

**Cuarto.** Procede abordar, seguidamente, las cuestiones que plantea este recurso. La primera de ellas, como se ha expuesto anteriormente, la falta de concreción del tipo de contrato de las personas que actualmente prestan su servicio para poder valorar su coste adecuadamente (artículo 130 LCSP), ha sido estimada por el órgano de contratación en su informe, lo que conlleva que, en este extremo, el recurso haya perdido su objeto; no obstante, debe advertirse que el artículo 130 de la LCSP no es aplicable supletoriamente a la LCSE. En este se aplica el artículo 90 de la LCSE y analógicamente, aquel otro precepto

**Quinto.** La segunda tiene que ver con el procedimiento seleccionado para tramitar el procedimiento. La Asociación recurrente entiende que debe aplicarse el procedimiento abierto con publicidad y no el negociado con convocatoria de licitación previa.

A estos efectos, debe volver a mencionarse el dictamen de la Abogacía General del Estado A.G. – ENTES PÚBLICOS 20/19 (R-154/2019), puesto en relación con las previsiones de la DIRECTIVA 2014/25/UE, cuyo artículo 44 dispone:

*“Elección de los procedimientos*

*1. Al adjudicar contratos de suministro, obras o servicios, las entidades adjudicadoras aplicarán los procedimientos adaptados para ajustarse a las disposiciones de la presente Directiva, siempre que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 47, se haya publicado una convocatoria de licitación de conformidad con ella.*

*2. Los Estados miembros dispondrán que las entidades adjudicadoras puedan recurrir a los procedimientos abiertos o restringidos o procedimientos negociados con convocatoria de licitación previa, regulados en la presente Directiva (...)”.*

Por su parte, el artículo 58 LCSE dispone (procedimientos de adjudicación), que:



*“1. La entidad contratante podrá elegir entre la adopción del procedimiento abierto, restringido o negociado, siempre que se haya efectuado una convocatoria de licitación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 65. También podrá utilizarse el procedimiento negociado sin previa convocatoria de licitación en los casos previstos en el artículo 59.*

*2. En el procedimiento abierto todo operador económico interesado podrá presentar una proposición.*

*3. En el procedimiento restringido cualquier operador económico puede solicitar participar y sólo pueden presentar una oferta los candidatos invitados por la entidad contratante.*

*4. En el procedimiento negociado, el contrato será adjudicado al operador económico elegido por la entidad contratante, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios de los mismos”.*

En consecuencia, la entidad adjudicataria puede seleccionar libremente cualquiera de los procedimientos previstos en la Directiva, señaladamente, el procedimiento negociado con convocatoria de licitación.

Dicho esto, la configuración del contrato objeto de esta reclamación no responde a las características de un procedimiento abierto, en cuanto:

-no se prevé la existencia de una negociación de los términos del contrato

-los criterios de adjudicación están predeterminados con un grado de concreción tal que son equivalentes a los previstos para un procedimiento abierto.

En efecto, como expresa el órgano de contratación en su informe:

· “Criterios y fases de valoración: Los criterios de valoración para adjudicar a la oferta con mejor relación calidad precio son los que figuran en el apartado 11 del Pliego de Condiciones Técnicas y Particulares (Apartado 11.1: valoración global; Apartado 11.2: Puntuación técnica primera fase; Apartado 11.2: Puntuación económica) (documento 8).





· La valoración de ofertas se realiza en dos fases diferenciadas, sucesivas e independientes, de forma que la valoración técnica es previa a la económica y el pase a ésta última está condicionada a la superación de la puntuación mínima prevista en el Pliego de Condiciones Técnicas y Particulares para la primera fase”.

En el citado documento número 8 del expediente (pliego de condiciones técnicas y particulares), se prevé, cláusula 13: “VARIANTES Y/O ALTERNATIVAS Y NEGOCIACIÓN” que, “en la presenta contratación no se admitirán variantes o alternativas a la oferta base que se formule”.

Por su parte, la cláusula 11 prevé, bajo la rúbrica “Valoración de ofertas”:

“Teniendo en cuenta que el criterio de adjudicación para esta contratación será el de la oferta con la mejor relación calidad-precio, las ofertas recibidas se valorarán, lote a lote de forma independiente, de acuerdo a las indicaciones expuestas en este apartado.

Los criterios para la valoración de ofertas se aplicarán en dos fases. La primera fase (técnica) utilizará criterios sin aplicación de fórmula matemática y se ponderará con un máximo de 30 puntos. En la segunda fase (económica) se aplicarán criterios valorables mediante la aplicación de fórmulas matemáticas y se ponderará con un máximo de 70 puntos. Se definirá una Puntuación Global (PG) que estará compuesta por la suma de la puntuación asignada en cada una de las fases con un máximo de 100 puntos”.

La entidad contratante puede seleccionar libremente cualquiera de los procedimientos previstos en la Directiva, señaladamente, el procedimiento negociado con convocatoria de licitación, por lo que el motivo no puede prosperar.

No obstante, como se ha afirmado más arriba, en realidad, las características de la configuración de la licitación del contrato son ciertamente sui generis pues son más propias de un procedimiento abierto que de un negociado.

En efecto, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 166 de la LCSP, en el que se dispone:



“Caracterización y delimitación de la materia objeto de negociación.

1. En los procedimientos con negociación la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos.

2. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas; la descripción de las necesidades de los órganos de contratación y de las características exigidas para los suministros, las obras o los servicios que hayan de contratarse; el procedimiento que se seguirá para negociar, que en todo momento garantizará la máxima transparencia de la negociación, la publicidad de la misma y la no discriminación entre los licitadores que participen; los elementos de la prestación objeto del contrato que constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas; los criterios de adjudicación”.

En el presente caso, no existe en puridad una negociación de las condiciones del contrato sino la aplicación de criterios de valoración automáticos o sometidos a un juicio de valor que determinan su adjudicación.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** En relación con el recurso especial en materia de contratación, interpuesto D. J.D.D.L.R.D.S.J., actuando en nombre y representación de las empresas miembros de la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL), Asociación inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio de Trabajo, contra los pliegos de la *“Contratación del servicio de limpieza, control de plagas y gestión de residuos de los centros de trabajo de la S.E. Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E., Nexea Gestión Documental, S.A., S.M.E. y Correos Express Paquetería Urgente, S.A., S.M.E. (8 lotes y lote 9 Bolsa Común)”*,

A) Calificar el recurso especial al amparo de la LCSP como una reclamación regulada por



la LCSE.

- B) Declarar la falta de objeto de la reclamación en relación con la impugnación por el incumplimiento del artículo 130 LCSP (precepto no directamente aplicable en el ámbito de la LCSE, pero sí, el art. 90 de la LCSE)), en cuanto dicho motivo ha sido admitido por la entidad adjudicataria.
- C) Desestimar la reclamación en todo lo demás.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 106.4 de la LCSE.

**Tercero.** 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 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.