



Recurso nº 1261/2018 C.A. Región de Murcia 113/2018

Resolución nº 31/2019

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

En Madrid, a 18 de enero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.V.R. en representación de CORREO INTELIGENTE POSTAL S.L. contra el anuncio, los Pliegos y demás documentos contractuales de la licitación convocada por el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena para contratar el servicio de *“Servicios postales tanto para el Ayuntamiento de Cartagena como para el Organismo Autónomo de Gestión Recaudatoria”* por tramitación ordinaria por procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada por razón de la cuantía, previsto en el artículo 22.1.b) y 156 de la LCSP, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En virtud de Decreto de 31 de agosto de 2018 se acordó el inicio de expediente de contratación *“Servicios postales del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena y Organismo Autónomo de Gestión Recaudatoria”* y un plazo de ejecución de 2 años. Mediante Decreto de 3 de octubre de 2018 se subsanó una errata material corrigiendo el Presupuesto Base de Licitación e indicando que este ascendía a 1.720.368,93€ 21% IVA incluido.

Segundo. Mediante Decreto de 2 de noviembre de 2018 se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que van a regir el contrato, el gasto de carácter plurianual necesario y suficiente para su financiación, se abre la licitación de este contrato durante el plazo establecido en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Cartagena, en tramitación ordinaria por procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, previsto en los artículos 22 y 156 de la LCSP y se acuerda publicar dicha resolución en el perfil del contratante de conformidad con el artículo 117.1 de la LCSP.



Tercero. Con fecha de 6 de noviembre de 2018 (13:27 pm) se remite a publicación en el DOUE.

Cuarto. Consta en el expediente de contratación N°: SE2018/100 que la única empresa que ha concurrido a la licitación es SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELEGRAFOS, SA, S.M.E.

Quinto. Con fecha de 29 de noviembre de 2018 se presenta recurso contra el anuncio, los Pliegos y demás documentos contractuales de la licitación convocada por el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena para contratar el servicio de servicios postales tanto para el Ayuntamiento de Cartagena como para el OOAA de Gestión Recaudatoria por la mercantil CORREO POSTAL INTELIGENTE S.L. Se ha recibido informe del órgano de contratación y alegaciones de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELEGRAFOS, S.A., S.M.E. que están unidos al expediente administrativo.

Sexto. Con fecha 14 de diciembre de 2018, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 4 de octubre de 2012 y publicado en el BOE el día 21 de noviembre de 2012.

Segundo. Tratándose de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000€, los pliegos rectores de la licitación son susceptibles de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo 44, apartados 1 a) y 2 a), LCSP.



Tercero. El recurso ha sido formulado dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) LCSP.

Cuarto. Habida cuenta del objeto social que mencionan sus estatutos (entre otros, promoción, difusión, comercialización, , recogida, tratamiento, clasificación franqueo, almacenamiento, transporte, distribución y entrega de bienes, impresos, cartas, notificaciones telegramas, paquetería, mensajes y avisos tanto para Administraciones Públicas como para particulares y empresas privadas) -del que es posible inferir su interés en participar en la licitación del contrato que ahora nos atañe-, y visto que en su recurso se impugnan elementos determinantes de la configuración del procedimiento, como son la desproporción de los criterios de adjudicación y valoración (apartado 7.4 del Pliego) , impugnando el arraigo como criterio de concurrencia, se colige que CORREO INTELIGENTE POSTAL S.L. se halla legitimada para interponerlo conforme al artículo 48 LCSP.

No obsta a ello, pues, el que finalmente no haya concurrido a la licitación y no pueda, por tanto, aspirar a la adjudicación del contrato, que es el interés legítimo que de ordinario se reputa suficiente y necesario para interponer el recurso especial en materia de contratación (cfr.: Resoluciones 57/2012, 119/2013, 278/2013 – confirmada esta última por Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2014, Roj SAN 2315/2014-y 37/2015, entre otras).

En efecto, como este Tribunal ha mantenido en multitud de ocasiones, ese principio general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 5 de julio de 2005 -Roj STS 4465/2005-), y, de hecho, se ha llegado a admitir la legitimación cuando lo que se cuestiona es el tipo de procedimiento elegido (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 29 de junio de 2006 -Roj STS 4550/2006-).

El Derecho comunitario, como hemos recordado igualmente en otras ocasiones, avala esta postura. Así, el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, de 25 de febrero de 1992, requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles “como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”, expresión esta que se refiere “a la persona que, al presentar su oferta para el contrato público de que se trate, haya demostrado su interés en obtenerlo” (cfr.: apartado 19 Sentencia TJCE, Sala Segunda, 8 de



septiembre de 2005 –asunto C-129/04-), pero la jurisprudencia europea ha ido más allá al extender la legitimación a los supuestos en los que “una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados” (cfr.: Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 -asunto C-230/02-).

Estas consideraciones son suficientes para apreciar en “CORREOS POSTAL INTELIGENTE S.L.” interés legítimo bastante para interponer recurso especial contra los pliegos rectores de la licitación aduciendo que los criterios cuantificables automáticamente mediante la aplicación de fórmulas son desproporcionados y vulneran los principios de igualdad, transparencia y libre competencia. Ello es suficiente para considerar que ostenta un interés legítimo para acudir al recurso especial en materia de contratación, de conformidad con la doctrina sentada, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de septiembre de 2004 (Roj STS 5810/2004), que afirmó:

<<SEGUNDO. -La tesis del motivo de casación, en su formulación rigorista, no puede ser compartida. Es cierto que, como regla general, ha de reconocerse legitimación para impugnar la adjudicación de un concurso a quienes han concurrido al mismo, y que quienes no han sido concursantes han de acreditar un interés legítimo en la impugnación para que les sea reconocido la indicada legitimación.

Pero, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sala que interpretó el invocado artículo 28 de la LJ, lo que otorga legitimación activa es la titularidad de cualquier interés legítimo en la anulación del acto administrativo impugnado, sin que pueda erigirse en exigencia formal ineludible para la impugnación de cualquier acto relacionado con un concurso para la adjudicación de un contrato el haber participado o concurrido. O, dicho, en otros términos, aunque dicha participación evidencie un interés en el resultado del concurso, no puede excluirse un interés legítimo en la impugnación de la convocatoria misma del concurso en el que no se participa por las propias condiciones en que es convocado.>>

Quinto. Dispone el Pliego de Cláusulas Administrativas en su apartado 7.4.2:



7.4.2.- CRITERIOS CUANTIFICABLES AUTOMÁTICAMENTE MEDIANTE MERA APLICACIÓN DE FÓRMULAS.HASTA 51 PUNTOS.

La evaluación de las ofertas del archivo nº 3 se realizará con arreglo los criterios de adjudicación cuantificables mediante la aplicación de las fórmulas establecidas en este apartado, cuya distribución es la siguiente:

1) Centros de admisión en Cartagena: se puntuará con el máximo de 10 puntos que se conceden en este criterio de valoración, al licitador que disponga de más centros de admisión en Cartagena, además del exigido en el Pliego Técnico en el apartado 6.2, y al resto los que en proporción directa les corresponda.

2) Centros de distribución: se puntuará con el máximo de 10 puntos que se conceden en este criterio de valoración, al licitador que mayores centros de distribución tenga, a la vista del apartado 6.3. del Pliego Técnico, lo cual deberá acreditarse con indicación del domicilio exacto de cada oficina, y al resto los que en proporción directa les corresponda.

3) Centros de atención al público: se puntuará con el máximo de 10 puntos que se conceden en este criterio de valoración, al licitador que mayores centros de atención al público tenga en Cartagena y en todas las capitales de provincia, aparte o además del exigido en el Pliego Técnico en el apartado 6.4. con un horario mínimo de seis horas de lunes a viernes. Las oficinas a pie de calle en Cartagena deberán estar ubicadas en Cartagena ciudad-centro, entendiéndose por tal el límite que abarca el ámbito de las siguientes calles: Plaza Bastarache, Cuesta del Batel, Paseo Alfonso XII, Real, Doctor Luis Calandre, Sebastián Feringán, Jorge Juan, Ronda de la Unión, Esparta, Capitanes Ripoll y Plaza Bastarache. Y al resto los que en proporción directa les corresponda.

Señala el recurrente que este criterio de valoración vulnera los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y libre competencia entre los licitadores por dos motivos, a saber:

1.Porque los criterios cuantificables automáticamente mediante mera aplicación de fórmulas al tener un peso específico del 51% supone favorecer indiciariamente al operador postal SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELEGRAFOS, S.A., S.M.E.



2. Porque los criterios cuantificables automáticamente mediante mera aplicación de fórmulas se fundan únicamente en razones de arraigo territorial

Dichos motivos deben examinarse separadamente.

Sexto. En cuanto a la primera de las causas de impugnación debe resaltarse que se ha seguido de manera literal la proporción que marca el artículo 146.2 de la LCSP 9/2017 cuando dice de manera expresa que: *"2. Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos."* (...)

Nada hay que objetar por ello a la redacción de los pliegos, al ser competencia del órgano de contratación el incorporar criterios cuantificables mediante fórmulas aritméticas y es la voluntad del órgano legislador la de dar preponderancia en su cuantificación a tales criterios valorables mediante cifras o porcentajes.

Séptimo. En cuanto al segundo de los motivos, la Resolución del Tribunal de 16 de marzo de 2018 nº 262/2018 resume en su Fundamento de derecho séptimo la doctrina elaborado con relación a las cláusulas de arraigo territorial:

Séptimo. En relación al segundo motivo de recurso, obliga a traer a colación la doctrina elaborada por este Tribunal, entre otras, en la resolución 438/2014, en relación con las cláusulas de arraigo territorial.

Se dijo en dicha resolución que "este Tribunal ha tenido ocasión de manifestar en reiteradas ocasiones (así, por ejemplo, en la resolución 526/2013, de 15 de noviembre, 217/2012, de 3 de octubre, así como en las 138/2011 y 139/2011, ambas de 11 de mayo), que "tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como la Jurisprudencia se han pronunciado acerca de la proscripción de previsiones en los Pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial", "siendo nulas las previsiones de los pliegos fundadas únicamente en razones de arraigo territorial que pudieran



impedir la participación en las licitaciones". En este mismo sentido, la Resolución 101/2013, de 6 de marzo, con cita de la Resolución 29/2011, de 9 de febrero y del Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, indicaba que "el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público". De igual modo la "Guía sobre contratación pública y competencia" de la Comisión Nacional de la Competencia recoge la prohibición de exigir como criterio de solvencia la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en el que se tenga que ejecutar el contrato, por ser una previsión contraria a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato. La citada doctrina ha venido a tener plasmación positiva en el artículo 18.2.a) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, expresamente invocado por la actora, en el que, efectivamente, se afirma que serán consideradas "actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libre circulación" los "requisitos discriminatorios (...) para la adjudicación de contratos públicos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador" y, en particular, "que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en territorio de la autoridad competente o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio". Sobre la base de las tales consideraciones, este Tribunal ha manifestado un criterio contrario a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como criterios de adjudicación de los contratos administrativos (Resolución 29/2011, de 9 de febrero). En definitiva, y tal y como se concluye en el informe de la JCCA 9/09, antes citado, "el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público", circunstancias que "igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración".

En esa misma resolución y en idéntico sentido se citaba la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 27 de octubre de 2005 (Asunto C234/03), en la que señaló que, si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentar las ofertas, por mucho pudiera considerarse adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición a cumplir durante la ejecución del contrato, requiriéndose en fase de adjudicación únicamente el compromiso de tenerla. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Resolución 101/2013 de este Tribunal afirmó que, "la exigencia de 'Delegaciones



de Zona”, como modalidad de arraigo territorial, sería admisible bien como compromiso de adscripción de medios a incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o bien como condición de ejecución del contrato en el pliego de prescripciones técnicas. Y ello en el bien entendido de que dicha exigencia de un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato encontraría su límite en el principio de proporcionalidad, atendida su relación con el objeto y el importe del contrato, así como en los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública.

Pues bien, en el caso analizado, puede comprobarse que los criterios de adjudicación expuestos en la cláusula 7.4.2 están vinculados a la exigencia de que los centros de admisión, distribución y atención al público tengan un arraigo específico, así se exige que el licitador que disponga de más centros de admisión en Cartagena, o respecto de los centros de atención al público se exige una ubicación determinada en Cartagena.

Si bien el órgano de contratación señala que tales criterios de valoración no constituyen discriminación al poder suscribir cualquier operador postal contrato de acceso a la red postal ex. art. 3.12 y 45 de la ley 43/2010 lo cierto es que, si fuera así, dicho criterio de valoración carecería de sentido y no tendría aplicación. El criterio de valoración, al incluirse lo que pretende es valorar precisamente dicho arraigo territorial, vulnerando los principios comunitarios.

Sentado este extremo, no cabe sino concluir, a la vista de la doctrina que se acaba de transcribir, que dicha previsión es contraria a derecho y contraviene los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación. Debe por ello estimarse el segundo de los motivos de recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. M.V.R. en representación de CORREO INTELIGENTE POSTAL S.L. contra el anuncio, los Pliegos y demás documentos



contractuales de la licitación convocada por el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena para contratar el servicio de *“Servicios postales tanto para el Ayuntamiento de Cartagena como para el Organismo Autónomo de Gestión Recaudatoria”* por tramitación ordinaria por procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada por razón de la cuantía, previsto en el artículo 22.1.b) y 156 de la LCSP.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.