



Recurso nº 0 229/2012

Resolución nº 247/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 7 de noviembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.L.E., en representación de SEUR GEOPOST, S.L., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y contra el pliego de prescripciones técnicas que han de regir la contratación, mediante procedimiento abierto, de servicios postales a la Tesorería General de la Seguridad Social, expediente 2012/2406, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 1 de octubre de 2012 se publicó en la página web de la Plataforma de Contratación del Estado el pliego de licitación correspondiente al expediente 2012/2406, que incorpora el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas que han de regir la contratación, mediante procedimiento abierto, de la prestación de servicios postales a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Segundo. Contra los pliegos aprobados en el citado expediente ha interpuesto recurso especial en materia de contratación D. A.L.E., actuando en nombre y representación de SEUR GEOPOST SL, mediante escrito de 18 de octubre de 2012, por el que, con fundamento en los argumentos que considera convenientes, solicita la anulación de los mencionados pliegos y la elaboración de unos nuevos en los que se fraccione el objeto del contrato en diversos lotes de servicios homogéneos.

Tercero. Por la Secretaría del Tribunal, previa remisión del expediente administrativo por el órgano de contratación, se pusieron de manifiesto las actuaciones a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días para que, si lo estimasen oportuno, formularan alegaciones, habiendo hecho uso de este derecho la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS SA que, mediante escrito de registro de entrada en este

Tribunal de 30 de octubre de 2012, solicitó se desestimase la pretensión de la entidad recurrente por ser los pliegos ajustados a Derecho y UNIPOST SA que, mediante escrito de registro en este Tribunal de igual fecha, solicitó la estimación del recurso y la división del objeto del contrato en dos lotes en los términos recogidos en dicho escrito.

Cuarto. El Tribunal, en sesión de 24 de octubre de 2012, resolvió recabar la audiencia del órgano de contratación a fin de que alegase lo que estimase oportuno sobre la posible adopción de oficio de la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43.2 y 46.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP). En sesión celebrada el 29 de octubre de 2012, el Tribunal acordó la suspensión del procedimiento de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, calificado por la entidad recurrente como especial en materia de contratación, se interpone directamente ante este Tribunal, siendo éste competente para resolverlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, contra acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.2 b) del TRLCSP y en la forma que prevé el artículo 44 del mismo.

Tercero. Con respecto al cumplimiento del requisito temporal para la interposición del recurso debe plantearse si se ha cumplido en los términos previstos en el artículo 44 del TRLCP. Con respecto de esta cuestión este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas resoluciones, por todas, la de 9 de febrero de 2011, dictada en el recurso número 58 de 2010, en la que se decía, en relación con el cómputo del plazo para interponer el recurso contra los pliegos, lo siguiente: "La cuestión que se suscita aquí es la de determinar el momento a partir del cual debe computarse el plazo establecido en el artículo 314.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público [art. 44.2 del Texto Refundido de la citada Ley] para la interposición del recurso especial en materia de contratación, según el cual éste será de "quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita

la notificación del acto impugnado", añadiendo en su apartado a) que "cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 142 de esta Ley". Así, de acuerdo con el citado artículo 142 [art. 158 del Texto Refundido] habrá que distinguir si el acceso a los pliegos e información complementaria se realiza por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o si por el contrario no se facilita el acceso por dichos medios".

Puesto que el acceso a los pliegos a que se refiere el presente recurso se ha facilitado por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante de la Tesorería General de la Seguridad Social, debe entenderse que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores, y ello porque cuando el artículo 44.2, letra a) del Texto Refundido se refiere a la cuestión lo hace mencionando el artículo 158 del mismo, el cual, a su vez, se refiere a la obligación que incumbe a los órganos de contratación de suministrar los pliegos y demás documentación complementaria a quienes lo solicitaran, pero sin hacer mención alguna al otro supuesto.

Concretamente el citado precepto dice que "cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas". La aplicación de este precepto en relación con el 44.2 debe llevarnos a la conclusión de que el plazo para interponer el recurso, cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos, comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó. Precisamente por ello, debemos entender que cuando los pliegos y demás documentación complementaria se hayan puesto a disposición de los posibles licitadores a través del perfil de contratante o de la Plataforma de Contratación del Estado, debemos aplicar analógicamente el citado precepto. Así lo declara este Tribunal en la resolución antes mencionada al decir que ante la imposibilidad "de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a

éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos, el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos". Y ello, porque no habiendo ningún precepto en el Texto Refundido que haga obligatoria la publicación de los pliegos en el perfil de contratante ni por ningún otro medio análogo, no es posible presumir que la debida diligencia impone a los posibles licitadores la obligación de consultar éste.

Pues bien, aplicando al caso presente el criterio anterior, debe concluirse que el recurso fue presentado dentro de plazo toda vez que en su fecha de presentación aún no había concluido el plazo de quince días a contar desde el final del plazo para la presentación de ofertas.

Cuarto. Pasando el examen de la cuestión de fondo, pretende la entidad recurrente que se anule el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas, a fin de que se proceda a la elaboración de unos nuevos pliegos en los que se fraccione el objeto del contrato en diversos lotes de servicios homogéneos.

Entiende la entidad recurrente que la inclusión en el objeto del contrato de los servicios postales que se recogen en la cláusula 1.1 del pliego de prescripciones técnicas (notificaciones de deuda con dos intentos, cartas y tarjetas postales ordinarias, clasificación de envíos, franqueo en destino, cartas certificadas, telegramas y burofax, carta urgente ordinaria, carta urgente certificada, envíos de publicidad, impresos y catálogos, publicaciones periódicas, libros y material fonográfico y videográfico, paquetes postales, envíos exprés –paquetería y documentación–, envíos exprés –zona internacional–, valijas) sin división en lotes da lugar a que queden conculcados los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos que presiden la contratación administrativa conforme establece el artículo 1 del TRLCSP, lo que, a juicio de la entidad recurrente, tiene por consecuencia que, además de hacer casi imposible la concurrencia (beneficiando así al operador que goza de una clara posición dominante en el mercado postal), pueda seleccionarse una oferta que no sea la económicamente más ventajosa.

Siendo la pretensión de la entidad recurrente y la argumentación en que se basa las indicadas, la adecuada resolución del presente recurso pasa necesariamente por determinar el régimen a que ha de ajustarse la división o fraccionamiento de un contrato en lotes, para ponerlo luego en relación con los principios y exigencias que comporta la contratación administrativa y que sanciona el artículo 1 del TRLCSP.

El artículo 86 del TRLCSP, tras establecer en su apartado 1 la regla de que el objeto de los contratos debe ser determinado y en su apartado 2 la prohibición de fraccionar el contrato con la finalidad de disminuir su cuantía y eludir de esta forma los requisitos de publicidad o los concernientes al procedimiento de adjudicación que correspondan, en su apartado 3 dispone lo siguiente:

“Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

(...)”

El precepto transcrito en lo pertinente ha sido interpelado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros, en sus informes nºs 57/08 y 64/08, ambos de 31 de marzo de 2009, indicando que el fraccionamiento del objeto de un contrato mediante su división en lotes es perfectamente admisible cuando las diferentes partes de la prestación contractual sean por sí mismas susceptibles de utilización o aprovechamiento independiente y, a la vez, constituyan, cada una de ellas y por sí solas, una unidad funcional. Ahora bien, la concurrencia de estos dos requisitos no determina necesariamente y en todo caso que debe procederse al fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, y ello en razón de que el artículo 86.3 del TRLCSP configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación (“...podrá preverse la realización independiente de cada una sus partes mediante su división en lotes...”) y cuyo ejercicio deberá motivarse suficientemente (“...y así se justifique debidamente en el expediente...”), entrañando un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas

circunstancias que en cada caso concurren; en rigor, el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes viene a constituir una excepción a la regla general que constituye el que puede denominarse sistema integral, esto es, la inclusión de todas las prestaciones en un único contrato sin división en lotes.

Quinto. Configurado el fraccionamiento del objeto del contrato mediante su división en lotes como un derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, dicho derecho debe seguidamente, según lo dicho más arriba, ponerse en relación con los principios y exigencias que comporta la contratación administrativa y que sanciona el artículo 1 del TRLCSP que preceptúa lo siguiente:

“La presente ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control de gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de las obras, la adquisición de bienes y la contratación de los servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguardada de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa

(...)”

Del precepto transcrito se desprende que es principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia –“eficiente utilización de los fondos públicos”, en palabras de dicho precepto legal–, principio que, en relación con la opción (que asiste al órgano de contratación dentro de los límites del artículo 86.3 del TRLCSP) entre la integración de las diversas prestaciones en un solo contrato sin división de lotes o el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente: 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin

división en lotes; y 4) la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes. Ahora bien, el artículo 1 del TRLCSP sanciona también, como principios básicos y rectores de la contratación del sector público, la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y, en fin, la salvaguarda de la libre competencia.

Así las cosas, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios – eficacia y eficiencia de la contratación pública, y, más concretamente, los aspectos antes indicados, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte– lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes.

Partiendo de la anterior premisa, y aun admitiendo que los servicios recogidos en la cláusula 1.1 del pliego de prescripciones técnicas sean unidades que permitan un aprovechamiento o utilización independiente, no cabe acceder a la pretensión de la entidad recurrente desde el momento en que, por una parte, se limita únicamente a invocar una situación de limitación o restricción de la competencia y, de otra parte, no desvirtúa, mediante las oportunas alegaciones y justificaciones, la opción del órgano de contratación por un sistema integral –inclusión de todas las prestaciones en un único contrato sin división de lotes– basada en las razones de eficacia, eficiencia y practicada recogidas en su informe de 19 de octubre de 2012 (registro de entrada de este Tribunal de 22 de octubre siguiente). En efecto, la base del discurso argumental de la entidad recurrente –que la no división del contrato en lotes restringe o limita la competencia– o, al menos, la confirmación de ese discurso está constituida por la consideración que hace el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el párrafo sexto del fundamento de derecho segundo de su acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre de 2011: “A este efecto restrictivo de la competencia (se refiere al efecto restrictivo que produce el acuerdo marco a que luego se hará referencia) conduce también el hecho de que no se hayan previsto lotes, lo que facilitaría un mayor número de ofertas y más ajustadas técnica y económicamente...”

Pues bien, con la matización de que obviamente las resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón no son vinculantes para el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sin perjuicio de que sean apreciadas a efectos de unidad de doctrina, debe tenerse en cuenta, frente a la consideración antes transcrita del repetido Tribunal que:

- 1) La mencionada consideración no deja de ser un “obiter dicta”, por cuanto que en el recurso resuelto por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón no se planteaba la cuestión de la división de un contrato de prestación de servicios postales en lotes, como acontece en el presente recurso, sino una cuestión distinta, cual era la de si restringía la competencia la celebración de un acuerdo marco de contratación centralizada de servicios postales y telegráficos por el plazo de cuatro años y en el que quedarían comprendidas la casi totalidad de las entidades públicas de Aragón (Gobierno de Aragón, Diputaciones Provinciales, Comarcas, Mancomunidades y principales Municipios). Puesto que lo resuelto en ese recurso era una cuestión distinta y de mucha mayor trascendencia en su afectación a la libre competencia (la incidencia o repercusión de un acuerdo marco de las indicadas características sobre la competencia es lógicamente más intensa que la incidencia que sobre ella pueda tener la no división de un solo contrato en lotes), no puede tomarse la consideración del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por su condición de “obiter dicta”, como un dato incontrovertible y verdaderamente decisorio por sí solo del presente recurso en el sentido que pretende la entidad recurrente.
- 2) No cabe duda de que el fraccionamiento de un contrato en lotes posibilita el acceso de un mayor número de empresas al procedimiento de licitación. Ahora bien, siendo el fraccionamiento del contrato la regla singular o de excepción y el sistema integral – inclusión de todas las prestaciones en un único contrato sin división en lotes– la regla general, conforme resulta del artículo 86 del TRLCSP, el fraccionamiento en lotes sólo deberá efectuarse, aun a costa de sacrificar los principios de eficacia y eficiencia, cuando de seguirse el sistema integral se produzca realmente una situación de restricción de la competencia. Esta situación de restricción de la competencia –a que puede dar lugar el hecho de que, existiendo en el sector de que se trate una empresa que ocupe una posición dominante, se confeccione un pliego en el que se opte por el

sistema integral– tendrá lugar cuando tal restricción afecte a un número razonable de empresas que operen en el sector que se considere y que represente un porcentaje considerable de éste, de manera que les impida o, al menos, les dificulte para acceder a la licitación, pero tal situación de restricción de la competencia no podrá apreciarse cuando la afectación quede circunscrita a un número escaso de empresas de reducido tamaño o dimensiones que por esta razón resulte poco significativo en el sector de que se trate globalmente considerado, pues lo que no puede hacerse es convertir a las reglas de protección de la competencia en un mecanismo para que empresas de reducidas dimensiones se sitúen al mismo nivel que otras de superior tamaño y mayor potencialidad económica, dado que la concreta dimensión con la que se constituye una empresa es, en definitiva, una decisión de su titular. Es por todo ello por lo que resulta necesaria la suficiente acreditación de que una concreta conformación del pliego que ha de regir la contratación –opción por el sistema integral, en el caso a que se refiere el presente recurso– afecta de forma real y efectiva no sólo a un número escaso de empresas de reducidas dimensiones que operen en el sector, sino también a un número significativo de las empresas que intervienen en el mismo, pues sólo así podrá apreciarse una situación de restricción de la competencia, y es justamente esa acreditación la que no ha aportado la entidad recurrente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación.

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A.L.E., en representación de SEUR GEOPOST S.L., contra el contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares y del pliego de prescripciones técnicas que han de regir la contratación, mediante procedimiento abierto, de la prestación de servicios postales de la Tesorería General de la Seguridad Social, expediente nº 2012/2406.

Segundo. Levantar la suspensión acordar por resolución de este Tribunal de 29 de octubre de 2012.

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 47.5 del TRLCSP.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f), y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.