



Recurso nº 280/2012

Resolución nº 295/2012

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

En Madrid, a 21 de diciembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. L. E., en representación de la empresa SEUR GEOPOST, S.L. contra los pliegos de licitación de la contratación de la prestación de servicios postales de la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo por procedimiento abierto, exped. 2012/3120006766/0265, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncios publicados los días 7 y 9 de noviembre de 2012 en el Diario Oficial de la Unión Europea de 9 de diciembre y en la Plataforma de Contratación del Estado respectivamente, se convocó licitación por procedimiento abierto de la prestación de servicios postales de la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo, con un presupuesto de licitación de 719.000 euros y un valor estimado de 1.452.398 euros.

Segundo. Los Pliegos de Condiciones Generales y de Especificaciones Técnicas fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Estado y en el perfil de contratante de la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo.

En lo que interesa, en la cláusula octava, referida al contenido de las proposiciones, el punto 5, referido a su vez a los documentos que acrediten la solvencia económica, financiera y técnica, señala que será necesaria la aportación de la *“Autorización administrativa singular para la prestación de los servicios postales incluidos en el ámbito del servicio postal universal de acuerdo con lo establecido en los arts 42 de la Ley*



43/2010, de 30 de diciembre, de servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.”

Por otra parte, en el Pliego de Especificaciones Técnicas que han de regir en la contratación, se señala en su punto 2, titulado “*Servicios Postales sujetos al contrato*”: “*Los envíos postales sujetos al contrato son los siguientes:*

- *Cartas ordinarias.*
- *Cartas certificadas.*
- *Notificaciones administrativas.*
- *Cartas urgentes ordinarias.*
- *Cartas urgentes certificadas.*
- *Publicaciones periódicas y libros.*
- *Paquetes postales.*
- *Envíos Express (paquetería y documentación). Franqueo en destino.*
- *Apartados postales.*
- *Publicorreo”*

En los envíos estimados (cláusula 3.1), se señala que: de paquetería urgente se estiman unos 112.270; de correo ordinario, unos 6.500; de correo certificado, unos 9.000; y de publicorreo, unos 3.000.

En el apartado 3.2 "Prestaciones obligatorias" del Pliego de Especificaciones Técnicas (PPT) que han de regir en la contratación para la prestación de servicios postales de la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo, se dice:

"En relación con los servicios postales que la Ley 24/1998, de 13 de julio, reserva con carácter exclusivos al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal (cartas y tarjetas postales interurbanas de peso igual o inferior a 50 gramos,



siempre que su precio no sea superior dos veces y media al correspondiente a los envíos ordinarios de la primera escala de peso de la categoría normalizada más rápida, fijada para el operador encargado de la prestación del servicio postal universal) con el fin de salvaguardar este derecho del citado operador, la empresa adjudicataria sólo podrá realizar estas actividades si tiene suscrito con el citado operador un acuerdo de acceso a la red que le permita depositar envíos postales reservados en la red postal pública. El depósito de estos envíos se realizará en el marco y en las condiciones establecidas en el citado acuerdo."

Por otra parte, el punto 3.3 señala que *"La descripción y características de los envíos es la que se contempla en el capítulo 111 del Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, aprobado por RD 1829/1999, de 3 de diciembre, modificado por el RD 503/2007, de 20 de abril, salvo que el adjudicatario en su oferta haya indicado otros inferiores (sic)".*

Distinguiendo el punto 3.3.1 los *"Envíos postales"* en: Notificaciones (destacando la necesidad de su veracidad y fehaciencia, conforme a los arts. 59 de la Ley 30/1992 y 39 y siguientes del Reglamento 1829/1999); Cartas, señalando que será objeto de este servicio la distribución de todo tipo de cartas, certificadas y urgentes, cualquiera que sea su destino, cuyo peso no exceda de 2 kg, con entrega a domicilio, y estableciendo los requisitos de envío de las cartas certificadas y los plazos de envío según el tipo de cartas ; Paquetes postales que *"abarca los servicios de paquete postal nacional y paquete con entrega a domicilio y certificado"*, con peso máximo de 20 kg y especificando las dimensiones según sea caja o rollo/tubo; y Paquetería urgente, que incluye, según la descripción, la entrega de documentos y paquetes en destino con acuse de recibo y *"retorno de información"*, distinguiendo entre exprés y urgente, y señalando que *"las dimensiones de los envíos son las de un sobre tamaño folio o cuartilla; no obstante,-se añade-las dimensiones máximas de los paquetes serán..."*(distinguiendo según caja y rollo/tubo); Libros y publicaciones; Publicidad; existiendo a continuación dos apartados para. los servicios referidos a apartados postales y materiales para la identificación de envíos.

Cuarto. La empresa SEUR GEOPOST, S.L., presentó contra dichos pliegos este recurso especial, que tuvo entrada en el registro de este Tribunal el 23 de noviembre de 2012.



Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen; sin que conste la presentación de las mismas. El órgano de contratación ha presentado informe de fecha 28 de noviembre 2012.

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 30 de noviembre de 2012 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se califica por el recurrente como especial en materia de contratación, interponiéndose ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de conformidad con lo previsto en el artículo 44.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), siendo competente este Tribunal para resolverlo a tenor de lo establecido en el artículo 41.1 del mismo texto legal.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una empresa que podría participar en el proceso de concurrencia, por los que su derecho e intereses legítimos se encuentran afectados por los pliegos recurridos.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Cuarto. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe llevarnos, asimismo, a la conclusión de que ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

Quinto. El recurrente funda su recurso en dos motivos:

- Por una parte, respecto de el apartado 3.2 del PPT, más arriba transcrito, señala que esta redacción del apartado citado tiene su origen en el régimen postal anterior, donde dichos servicios postales universales se desarrollaban en exclusiva por el operador designado (Correos), y se regulaba, como el propio apartado señala, por la Ley 24/1998,



de 13 de julio, derogada por la vigente Ley 43/2010, de 30 de diciembre, que incorpora al Derecho español la Directiva 2008/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo. Que , como consecuencia de ello, a través del pliego, se convoca una licitación de servicios postales, cuyo adjudicatario está obligado a depositar parte del objeto del contrato en los centros de admisión de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, a pesar de que la legislación vigente le permite realizar todos los servicios postales incluidos los servicios universales, de acuerdo con el artículo 42 y siguientes de la Ley Postal 43/2010, de 30 de diciembre, independientemente de la obligación de prestar los mismos por el operador universal, por lo que dicha obligación resulta contraria a Derecho. Alega que ello es contrario a la libre competencia, citando al efecto el análisis realizado por el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia en un informe, cuya copia se adjunta como documento nº 4, emitido en relación a las bases técnicas que han de regir el contrato para la prestación de los servicios postales en el ámbito de la administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de fecha 24 de febrero de 2011 que destaca, resumidamente, que la nueva normativa postal suprime servicios y actividades reservadas al operador designado, así como derechos especiales y en exclusiva atribuidos al mismo. Y que, en virtud del artículo 101 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación contractual, no pueden tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.; concluyendo dicho Tribunal que las cláusulas allí analizadas *“podrían ser susceptibles de vulnerar el artículo 1.1.a de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, toda vez que restringe la competencia en el mercado de los servicios postales, y su conducta no se encuentra amparada en una Ley que la justifique (Artículo 4.1 de la Ley de Defensa de la Competencia).”* Y que *“La restricción de la competencia en la prestación de dicho servicio postal no encuentra justificación alguna, ni objetiva, ni razonable, ni proporcionada, toda vez que la legislación especial aplicable al efecto permite a las operadoras postales con autorización singular realizar por sí mismas dicho servicio o a través de terceros, debiendo hacer uso de los medios de prueba contemplados en el derecho privado para justificar la realización del acto de notificación.”*

También se aduce que en el mismo sentido que la anterior se pronuncia entre otras, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 138/2012 y



143/2012; y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública aragonés en su resolución 91/2012,.

- Por otra parte, el recurrente critica que no se haya configurado el objeto del contrato en lotes susceptibles de licitación separada. Considera que ello es contrario al artículo 1 del TRLCSP, que impone la igualdad y la libre concurrencia, ya que, resumidamente, señala que la no elaboración de lotes en la presente licitación podría favorecer a quien, en la actualidad, ocupa una posición dominante como operador designado para la prestación del servicio postal universal, la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos (CORREOS), que dispone de los medios necesarios para prestar estos servicios de forma unitaria puesto que históricamente los venía prestando en régimen de monopolio, concediéndole una ventaja competitiva.

En particular, llama la atención sobre los envíos estimados reflejados en el punto 3.1 del PPT, de los que *“se deduce que el grueso de la prestación lo conforma la "paquetería urgente", con un número estimado de 112.270 envíos frente a los 15.500 envíos de correo ordinario y certificado. Y es esta distribución de la prestación, configurada de manera unitaria, la que resulta especialmente restrictiva para la competencia, puesto que la misma afecta a un número significativo de empresas que operan en el sector a las que se les impide, o al menos dificulta, el poder concurrir a la licitación del grueso del objeto del Pliego.”* A los efectos de acreditar el número de empresas del sector que pueden verse afectadas por este hecho, adjunta al recurso como documento nº 8 Informe DBK de julio de 2011 que, en sus apartados 2 y 4, analiza concretamente los principales competidores en el sector de la mensajería y paquetería en el año 2010. Añade que la relación referida en nuestros antecedentes como servicios configuradores del objeto del contrato contempla tanto los servicios postales enumerados en el artículo 21 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, como servicios diferenciados de aquellos tales como paquetes postales y envíos exprés, servicios que utilizando la letra del TRLCSP, son susceptibles de utilización o aprovechamiento separado.

Y, en consecuencia, solicita que *“... con el fin último de cumplir con los principios que inspiran la normativa de contratación pública, se estima, pues, necesario que la configuración de la licitación se lleve a cabo mediante los siguientes lotes, de acuerdo*



con el ámbito y clasificación establecida en el artículo 21.1 de la Ley Postal 43/2010, de 30 de diciembre, del siguiente contenido:

Lote I: Servicios postales: cartas ordinarias, cartas certificadas, notificaciones administrativas, cartas urgentes ordinarias, cartas urgentes certificadas, publicaciones periódicas y libros, franqueo en destino, apartados postales y publicorreo.

Lote II: Paquetes postales y envíos exprés (paquetería y documentación). “

En relación con ambas pretensiones, el órgano de contratación informa lo siguiente.

- Respecto de la inclusión en el Pliego de Especificaciones Técnicas del punto 3.2. recogiendo unas prestaciones obligatorias que tienen su fundamento en la Ley 24/1998, de 13 de julio, ya derogada, señala que *“obedece a un claro error material de redacción.”* Y, en conclusión, señala que *“Consecuentemente, no existe inconveniente alguno por parte de esta Fundación para proceder a suprimir el punto 3.2. del Pliego de Especificaciones Técnicas, denominado Prestaciones Obligatorias.”*

- En relación a la división por lotes, comienza señalando que el contrato tiene por objeto la prestación de los servicios postales de acuerdo con lo establecido en la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal de los derechos de los usuarios y del mercado postal, comprendiendo dicho servicio la recogida, admisión, clasificación, tratamiento, curso, transporte, distribución y entrega a domicilio de los envíos postales, y que en los pliegos que rigen dicha contratación se recoge pormenorizadamente la naturaleza y características de los servicios que la Fundación precisa contratar.

Así, señala que del punto 3.3.1. del Pliego de Especificaciones Técnicas (que recoge los envíos postales que la Fundación precisa contratar, señalando las características de los mismos en concordancia con las necesidades del contratante), puede observarse que la totalidad de los productos recogidos se ajustan a lo que el artículo 21.1 de la Ley 43/2010 incluye en el ámbito del servicio postal universal. Del mismo modo, añade que *“el servicio de “Paquetería Urgente” en el que hace especial hincapié la entidad recurrente, se encuentra detallado también en el punto 3.3.1. del Pliego de Especificaciones Técnicas, recogándose pormenorizadamente el servicio objeto de contratación:*



Paquetería urgente

Abarca los servicios nacional e internacional.

Será un servicio de entrega a domicilio y deberá garantizar la entrega de documentos y paquetes en destino mediante el correspondiente acuse de recibo correctamente cumplimentado y firmado por el receptor, que deberá aportarse a la Fundación en soporte electrónico como prueba electrónica de entrega y quedará, por tanto, garantizada su autenticidad, integración y conservación.

Así mismo, el adjudicatario prestará el servicio de "retorno de información" diariamente. Este servicio posibilitará la recepción telemática, a través de un fichero, de los distintos resultados de los envíos así como cualquier movimiento de los no entregados. Ante cualquier incidencia, el plazo máximo para la recepción de dicho fichero con el retorno de información no podrá superar los 5 días hábiles contados desde el día siguiente a la entrega o devolución de dicho envío.

En función de los plazos de entrega se podrán emitir con estas dos modalidades:

-Expres: Un plazo máximo de 48 horas, desde la imposición, a domicilio y bajo firma del receptor.

- Urgente: Un plazo máximo de 72 horas desde la imposición, a domicilio y bajo firma del receptor.

Estas dos modalidades incluirán dos intentos de entrega y depósito de 15 días naturales en las oficinas del proveedor si la entrega no fuera posible.

La recogida de envíos con carácter general se realizará en la sede central de la Fundación de lunes a viernes a las 14 horas.

Las dimensiones de los envíos realizados por la Fundación mediante este producto y reflejados en el ANEXO N° 4 del Pliego de Condiciones Generales son las de un sobre tamaño folio o cuartilla.

No obstante, las dimensiones máximas de los paquetes serán:



- Caja: largo+ alto+ ancho- 200 cm, sin que la mayor dimensión exceda de 100 cm.
- Rollo/tubo: largo = 100 cm, diámetro = 15 cm.

El servicio actual de paquetería urgente esta automatizado y todo lo referente a ensacado, creación de códigos de barras, devoluciones, fechas de acuses, etc está informatizado y se trabaja con intercambio de ficheros entre la Fundación Tripartita y el actual proveedor. Este sistema debe seguir manteniéndose y para ello la empresa adjudicataria deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- Proveer un Servidor sFTP para el intercambio de información con la Fundación.
- La Fundación depositará en el servidor sFTP un fichero de texto con los datos identificativos de cada uno de los paquetes postales.

La empresa adjudicataria devolverá en una carpeta distinta del mismo servidor un documento texto, este documento contendrá el estado definitivo del envío, las fechas de entrega, etc. Adicionalmente se está dejando otro fichero XML en el cual está contenida la imagen con la firma original del documento de entrega del paquete.”

Pues bien, deduce que del detalle del servicio se desprende que la Fundación “no precisa contratar un servicio de paquetería al uso, sino que incluye una serie de especificidades muy concretas y de obligado cumplimiento para el adjudicatario del servicio que son, como puede comprobarse, la necesidad de un acuse de recibo correctamente cumplimentado y firmado por el receptor, que deberá aportarse a la Fundación en soporte electrónico, un servicio de "retorno de información" diario, dos intentos de entrega y depósito de 15 días naturales en las oficinas del proveedor si la entrega no fuera posible y el mantenimiento del servicio automatizado operativo actualmente en la Fundación, entre otras. Todo ello obedece al uso que la Fundación hace de este servicio y que se centra en el envío de cartas, nótese que en el propio pliego se indica expresamente que "Las dimensiones de los envíos realizados por la Fundación mediante este producto y reflejados en el anexo nº 4 del Pliego de Condiciones Generales son las de un sobre tamaño folio o cuartilla", siendo la previsión de estos envíos los 112.270 a los que hace referencia el recurrente en sus alegaciones.” Y continúa: “Para la Fundación este servicio de "Paquetería Urgente" es, por lo tanto, un servicio de remisión de cartas (sobre tamaño



folio o cuartilla) con una serie de exigencias determinadas (ya enumeradas), como puede comprobarse en las facturas que se aportan como Anexo nº 2 al presente informe y que detallan los servicios facturados por este concepto por la empresa que ha venido prestando dichos servicios a esta Fundación.”

Y concluye que “Considerando todo lo expuesto, cabe concluir que los servicios que esta Fundación precisa contratar, y así lo expone en los pliegos, son mayoritariamente de envío de correspondencia, haciendo uso para ello de diferentes servicios, dependiendo de los diversos factores que condicionen el envío (plazo, necesidad de fehaciencia, número de envíos ...), siendo para la misma los envíos de paquetería stricto sensu un servicio residual cuyo número se prevé tan reducido que ni siquiera se han incluido en el anexo 4 del Pliego de Condiciones Generales que recoge el desglose de la propuesta económica por tipo de servicios.

Cuestión distinta es la denominación que en los pliegos se ha realizado del servicio en cuestión, entendemos que los términos "Paquetería Urgente" pueden dar lugar a una confusión a priori respecto de la naturaleza del servicio que se prevé contratar, si bien es cierto que el mismo se detalla de manera exhaustiva en dichos Pliegos deshaciéndose así, a nuestro entender, cualquier posibilidad de error al respecto, sin embargo es posible que la nomenclatura del servicio no haya sido acertada en relación con el verdadero contenido del mismo.” Y añade que “Debe reseñarse que esta circunstancia obedece a que el servicio, de vital importancia para esta Fundación como puede desprenderse del gran uso que se hace del mismo, se ha venido prestando bajo diversas denominaciones (encuadradas siempre en la división de paquetería) por parte de la empresa que se ha encargado de prestar los servicios postales a la Fundación hasta ahora.”

Por ello concluye que “Por esta razón esta Fundación, no tiene inconveniente alguno en proceder, si ese Tribunal lo estima conveniente, a la modificación de la denominación de "Paquetería Urgente" por cualquier otra que pueda disipar cualquier atisbo de duda en relación con el contenido de los servicios que se pretende contratar, y cuya naturaleza se ha explicado a lo largo del presente informe.” Pero “Sin embargo, no se comparte por parte de esta Fundación la procedencia de fraccionar los servicios objeto de contratación en los dos lotes propuestos por parte de la entidad recurrente, ya que, como se ha expuesto y demostrado en el presente informe, con independencia de la denominación de



los diferentes servicios objeto de la contratación, la mayor parte de los mismos van destinados a la remisión de correspondencia, siendo el envío de paquetes un servicio muy residual dentro del tráfico diario de esta Fundación.” Pues “Abundando en lo ya expuesto, entendemos que se estaría forzando el derecho potestativo que el artículo 86 del TRLCSP otorga al órgano de contratación para dividir, o no, en lotes una contratación atendiendo a la naturaleza de los servicios a contratar, si se otorgase la posibilidad a los licitadores de decidir el número y el contenido de los lotes en función de las habilitaciones o el tipo de servicios en el que están especializados.”

Sexto. Pues bien, centrados los términos del debate, y respecto del apartado 3.2 del PPT, las alegaciones del órgano contratante implican un reconocimiento de la pretensión del interesado. Cuál sea el efecto de dicho reconocimiento sobre este recurso especial no está expresamente regulado en la normativa que lo prevé, que se remite en lo no previsto a la Ley 30/1992, de Régimen Administrativo de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En esta, el artículo 113 se limita a expresar que se resolverá sobre todas las cuestiones planteadas, exigiendo congruencia, es decir, ajuste a las pretensiones ejercitadas. Pero es claro que se plantea la congruencia teniendo en cuenta que en los recursos administrativos que podríamos llamar ordinarios, la Administración es a la vez parte interesada y resolutoria, como muestra el que tal artículo, al tratar de la congruencia, se preocupe tan solo de no causar una “*reformatio in peius*”; No se plantea, pues, qué sucede en un caso en que un órgano independiente, como este Tribunal, decide entre posiciones contrapuestas.

Lo más similar, atendiendo además al espíritu de la Directiva que impuso la creación de este Tribunal (y que hubiera sido también satisfecho a través de un proceso judicial “ad hoc) , es acudir al proceso judicial en materia administrativa, en cuya regulación, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso; pero salvo que ello suponga “*infracción manifiesta del ordenamiento jurídico*” (art. 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). Lo que obliga, en definitiva, a este Tribunal a entrar en el fondo de la cuestión para determinar si la supresión de tal cláusula 3.2, en la forma pedida por el recurrente y aceptada por el órgano administrativo, contraviene el ordenamiento jurídico de modo manifiesto.



Así puede deducirse también, a efectos analógicos, del Reglamento General de Desarrollo en materia de revisión de en vía administrativa de actos tributarios (RD 520/2005) que, al regular la actuación de órganos que guardan ciertas similitudes con el que nos ocupa, cuales son los Tribunales Económico-Administrativos, no sólo prevé la extensión de la revisión a cuestiones no planteadas por los interesados (art. 59), sino que contempla la posibilidad de que continúe la reclamación pese a haberse apreciado ya por el órgano administrativo autor del acto, a la vista de la reclamación, que procedía la anulación –incluso total– del acto objeto de reclamación (art. 52.3 a).

Comencemos por señalar que es obvio que debe suprimirse en la cláusula cuestionada toda mención de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, al haber sido expresamente derogada por la Disposición Derogatoria única de la Ley 43/2010. Pero cabe analizar si esta última sustenta una obligación como la reflejada en la cláusula cuestionada que, recordemos, señalaba: *"En relación con los servicios postales que la Ley 24/1998, de 13 de Julio, reserva con carácter exclusivo al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal (cartas y tarjetas postales interurbanas de peso igual o inferior a 50 gramos, siempre que su precio no sea superior dos veces y media al correspondiente a los envíos ordinarios de la primera escala de peso de la categoría normalizada más rápida, fijada para el operador encargado de la prestación del servicio postal universal) con el fin de salvaguardar este derecho del citado operador, la empresa adjudicataria sólo podrá realizar estas actividades si tiene suscrito con el citado operador un acuerdo de acceso a la red que le permita depositar envíos postales reservados en la red postal pública. El depósito de estos envíos se realizará en el marco y en las condiciones establecidas en el citado acuerdo."*

Pues bien, indiquemos que este Tribunal ha tenido diversas ocasiones de pronunciarse sobre ciertas exigencias de los pliegos de contratación vinculadas a la prestación del servicio postal universal: Así, en las Resoluciones 138/2012, 143/2012, 187/2012, 210/2012, 220/2012, y 227/2012. En casi todas ellas, se planteaba si el operador designado como prestador del servicio postal universal (Correos) mantenía un derecho exclusivo a realizar notificaciones administrativas que justificase la imposición en el pliego de cargas a los licitadores, y en ellas se llegaba a una conclusión negativa; cuestión que



no es exactamente la aquí tratada, pero que está íntimamente relacionada con ella, como veremos.

Así, es de interés que en tales Resoluciones se haya fijado, por ejemplo en la 143/20012, que la Ley 43/2010 ha supuesto la apertura a la libre competencia en la prestación de los servicios postales y la supresión de áreas de prestación de servicios postales a favor de Correos: *“En cuanto aquí interesa, la Ley 43/2010 en su disposición adicional primera designa a CORREOS como operador para prestar el servicio postal universal, recogién dose en su artículo 21 las actividades que se incluyen en el ámbito del servicio postal universal (envíos postales nacionales y transfronterizos de cartas, tarjetas postales y paquetes postales, así como los envíos de publicidad directa, libros, catálogos y publicaciones periódicas, hasta un determinado peso, incluidos los servicios de certificado y valor declarado). (...) Señalando el artículo 42 que se requerirá autorización administrativa singular para la ejecución de cualesquiera prestaciones en relación con los servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal, citados anteriormente.*

De otro lado, la Ley 43/2010, cuando se refiere al régimen de prestación de los servicios postales, en sus artículos 2 y 37, señala que son servicios de interés económico general que se realizarán en régimen de libre competencia, con las limitaciones establecidas en la Ley y su normativa de desarrollo.

De la regulación anterior no es posible, por tanto, extraer la conclusión del órgano de contratación en cuanto a que la normativa postal reserva en régimen de exclusividad las notificaciones administrativas a CORREOS, y ello porque se admite que las actividades incluidas en el ámbito del servicio postal universal puedan ser realizadas por operadores distintos a CORREOS, previa obtención de la correspondiente autorización administrativa. (...) Así pues, la Ley 43/2010 no impide que actúen otros operadores distintos a CORREOS ni tampoco reserva a éste en exclusiva la realización de las notificaciones administrativas, sin perjuicio de contar, en su caso, con las autorizaciones administrativas necesarias. Desde este punto de vista y en principio, la exigencia de los pliegos en esta cuestión no puede considerarse ajustada a la Ley.

Ahora bien, se señalaba que pese a ello debía plantearse con carácter general si es posible desde el punto de vista legal que los pliegos (PCAP y PPT) exijan requisitos que



vayan más allá de lo legalmente establecido, llegando a una conclusión contraria basada en la libre competencia y la libre competencia: *“ A este respecto conviene recordar que, como ya ha señalado algún sector de la doctrina, la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público como elemento condicionante de la regulación de los contratos públicos para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca la garantía de la libre de competencia. Ello, que aparece consagrado en nuestro TRLCSP de modo expreso en los artículos 1 y 139, tiene su origen en las diferentes Directivas comunitarias, y, en lo que respecta al momento actual, en la Directiva 2004/18/CE del Consejo y el Parlamento Europeo. Pues bien, partiendo de la idea básica de que la regulación de los contratos públicos, ante todo debe garantizar la libre competencia de las empresas, tanto la Directiva como, en consecuencia, el TRLCSP, admiten la posibilidad de exigencia de títulos habilitantes para el ejercicio de actividades y que éstos sean requisito para poder contratar con un poder adjudicador. Pero este requisito, en la medida en que constituye una limitación al principio de libre competencia, así como al principio de igualdad de trato, debe ser interpretado de forma restrictiva. En consecuencia, la atribución a un único operador, en este caso CORREOS, de la posibilidad de realizar notificaciones administrativas debe ser interpretado de tal forma que la exigencia se ajuste al sentido literal de la norma que la establece. A tal respecto, de acuerdo con los preceptos de la Ley 43/2010 antes descritos, no puede entenderse que CORREOS sea el único operador postal que pueda realizar las notificaciones administrativas, sin perjuicio de las consideraciones que posteriormente realizaremos sobre la posibilidad de subcontratación del servicio, y que abundan en la necesidad de anular las cláusulas de los pliegos aquí impugnadas”.*

Parecería, pues, de lo expuesto, que debe existir, en aras de la igualdad de trato y la libre competencia y la libre competencia, una interpretación restrictiva de las exigencias que puedan plantearse a los licitadores en relación con el operador designado para prestar el servicio postal universal, partiendo que ya no tiene servicios reservados.

Analizando desde este punto de vista la cláusula que nos ocupa, es obvio “prima facie” que no solo es correcto suprimir la mención de la Ley derogada, sino también ajustar la descripción de los servicios comprendidos en el servicio postal universal a lo dispuesto



en la nueva Ley 43/2010 (art. 21); suprimiendo además la mención de que estén “reservados” a Correos, por las razones de antes expuestas. También es conforme con el ordenamiento jurídico que sea suprimida la mención de que se impone la necesidad del acuerdo “con el fin de salvaguardar este derecho del citado operador”, puesto que resulta innecesaria y pugna con el espíritu de la nueva legislación postal, que no reserva servicios a tal operador y establece reiteradamente que los derechos del operador actúan como meras garantías de la prestación del servicio (ex art. 43.2 b) de tal Ley).

En cuanto a la concreta obligación de tener celebrado “*acuerdo de acceso a la red pública que le permita depositar los envíos postales reservados en la red postal pública*”, debemos analizarlo en relación con el nuevo artículo 45 de la Ley 43/2010, que regula la celebración de dichos contratos (sean tipo, sean individuales) , pero únicamente para “*garantiza(r) el acceso de los operadores postales a la red postal, respecto a los servicios a que se refiere la autorización administrativa singular de que sean titulares*”. La cuestión es si es necesario celebrar dicho contrato, es decir, si los envíos han de hacerse en todo caso a través de la red postal. En tal caso, tal obligación no constituiría una obligación de prestación del servicio, sino un requisito imprescindible de solvencia técnica, pues condicionaría la propia prestación del servicio.

Pero de la legislación postal no resulta la obligación de utilizar la red postal (que viene a ser el conjunto de medios materiales y humanos del operador designado) para la prestación de servicios postales, sin perjuicio de que la utilización de tal red suponga la utilización de servicios de Correos y, como consecuencia de ello, pueda tener los efectos de fehaciencia referidos en el artículo 22.4 de la Ley.

De modo que los acuerdos a los que se refiere el artículo 45 antes citado no son imprescindibles como condición de prestación del servicio ni, por lo ya expuesto, pueden imponerse tampoco al adjudicatario, al resultar excesivos en relación con los derechos a él reservados, que no implican ya la reserva de prestación de servicio alguno. Y ello, sin perjuicio de que sí puedan valorarse, sin carácter excluyente de otras acreditaciones, en la apreciación de dicha solvencia.

Por tanto, la supresión de la cláusula mencionada, que el órgano administrativo acepta, es conforme a Derecho.



Séptimo. En cuanto a la configuración por lotes, también es tratada en las Resoluciones mencionadas: Así, en la 143/2012 se destaca una cierta colisión entre la la regla general de no división de contrato y la libre concurrencia en supuestos como el que nos ocupa, en que existe en el mercado un operador que podríamos considerar dominante: “*Undécimo. La tercera cuestión discutida es la necesidad de dividir el contrato en tres lotes (servicios postales; paquetes postales, envíos express y recogidas domiciliarias; y servicios telegráficos y de burofax), pues de no hacerse así considera SEUR que se estarían vulnerando los artículos 1 y 139 del TRLCSP, en lo que se refiere a los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación.*”

El objeto del contrato, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 1 del PPT, es la prestación de los servicios postales generados en el ámbito del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, detallándose en el Anexo I del PPT (...)

El artículo 86.3 del TRLCSP dispone, sobre el objeto del contrato, lo siguiente:

- 1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.*
- 2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.*
- 3. 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 éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.*

Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada



se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2.”

El artículo 86 del TRLCSP (al igual que el 109.2) parte de la regla general de no división del contrato, si bien en su apartado 3, cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto del contrato en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o a aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

De otro lado habrá que estar asimismo a lo dispuesto en el artículo 1 del TRLCSP, el cual además de proclamar, entre otros, el principio de concurrencia –que podría colisionar con la regla general de no división del contrato-, se refiere también a la eficiente utilización de los fondos públicos, en los términos siguientes: “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 del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Por ello, se indicaba que “En consecuencia, a los efectos de resolver la posible colisión entre los principios señalados y valorar si es exigible o no que proceda dividir en lotes el objeto del contrato aquí impugnado, habrá de aplicarse la normativa de contratación, prestando, dado el objeto del contrato, especial atención a las características del mercado provisor de las necesidades que se pretende contratar. Es decir, además de la normativa contractual, dada la especificidad del objeto del contrato, que se enmarca en un sector que hasta fechas no muy lejanas establecía la reserva de determinados servicios a un operador postal, en este caso CORREOS, se hace necesario que el órgano de contratación deba considerar la forma en que habitualmente el mercado privado satisface esas necesidades.”



En aquella Resolución, como en otras, se concluyó: *"Pues bien, ni del examen del expediente de contratación, ni tampoco de las alegaciones de SEUR GEOPOST, S.L., o del informe del órgano de contratación es posible extraer la información mínima necesaria para que este Tribunal pueda pronunciarse sobre la necesidad o no de que el servicio objeto del contrato deba dividirse en lotes atendiendo al principio de concurrencia que debe presidir la contratación pública, sin olvidar que para el supuesto aquí examinado habrá que valorar si efectivamente debe primar ese principio respecto de los de unidad de la contratación pública y eficiencia en la gestión y utilización de los fondos públicos.*

En consecuencia, con motivo de la elaboración de los nuevos pliegos que requieren los fundamentos anteriores, el órgano de contratación, al objeto de evitar así posteriores impugnaciones, deberá tener en consideración los argumentos antes expuestos y así, tras el oportuno examen de las necesidades a satisfacer y de la situación actual del mercado en el sector postal dada la forma elegida de plantear el contrato, explicitar en el expediente las razones que hacen necesario o aconsejan, ya sea la prestación del servicio de forma integral sin necesidad de su división en lotes, o bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 86 del TRLCSP, la división del mismo en los lotes que estime convenientes."

Por otra parte, como señala la Resolución 117/2012 de este mismo Tribunal, *"..... lo cierto es que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre dicho aspecto, pudiendo ser también razonable una división en lotes diferente a la propuesta por SEUR GEOPOST, S.L., o incluso una prestación integral del servicio en la medida que con ello se pueda incrementar la eficacia y la eficiencia en la ejecución de las prestaciones y a su vez aprovechar las economías de escala que posibilite esa prestación integral. A estos efectos interesa reseñar que la no división en lotes de un contrato no implica en sí misma un restricción a la competencia, en cuanto que las empresas interesadas en la licitación por estar capacitadas dada su actividad para realizar alguna o algunas de las prestaciones objeto de contratación siempre podrán concurrir en unión temporal de empresas, sin perjuicio de las consideraciones anteriormente expuestas y que deberán tenerse en cuenta a los efectos del fraccionamiento en lotes de un contrato".*

En nuestro caso, y teniendo en cuenta la doctrina citada, como primera precisión, no puede acogerse la pretensión de que se elaboren los lotes del modo pretendido por el



actor, pues sería contrario a tal libertad configuradora del órgano de contratación derivada del artículo 86 ya citado..

Por otra parte, en nuestro caso el órgano de contratación sí razona, como ya hemos visto, resumidamente, que los servicios que esta Fundación precisa contratar son mayoritariamente de envío de correspondencia, haciendo uso para ello de diferentes servicios, dependiendo de los diversos factores que condicionen el envío (plazo, necesidad de fehaciencia, número de envíos ...), siendo para la misma los envíos de paquetería stricto sensu un servicio residual.

.Ahora bien, el órgano informante reconoce también que la descripción de las características de parte del objeto no responde al servicio requerido; y el examen del punto 2 del PTT y del 3.3.1 revelan falta de correspondencia entre uno y otro e incluso con las categorías de “envíos estimados”; Observándose también heterogeneidad en los servicios descritos : ni siquiera (lo cual no es, por supuesto, obligatorio, pero sería razonable) su clasificación obedece a ninguna clasificación normativa (como por ejemplo, la que podrá derivarse del artículo 13 de RD 1829/1999 citado en el PTT). Por lo que es evidente que es necesaria una labor de reelaboración de la descripción del objeto del contrato en la que se proceda a una clasificación razonable de los distintos servicios postales necesarios; y, como se decía en la Resolución transcrita, tras el oportuno examen de las necesidades a satisfacer y de la situación actual del mercado en el sector postal dada la forma elegida de plantear el contrato, se expliciten en el expediente las razones que hacen necesario o aconsejan, ya sea la prestación del servicio de forma integral sin necesidad de su división en lotes, o bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 86 del TRLCSP, la división del mismo en los lotes que estime convenientes de acuerdo, total o parcialmente, con dicha clasificación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. A. L. E., en representación de la empresa SEUR GEOPOST, S.L. contra los pliegos de licitación de la contratación



de la prestación de servicios postales de la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo por procedimiento abierto, exped. 2012/3120006766/0265, anulando el procedimiento de contratación y debiéndose convocar una nueva licitación en la que deban servir de base unos nuevos pliegos adaptados a los pronunciamientos contenidos en los fundamentos de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación.

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 recepción de esta notificación, 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.