



Recurso nº 180/2013

Resolución nº 165/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 8 de mayo de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. P. R. S., en nombre y representación de UNIPOST, S.A., contra los acuerdos del expediente de contratación 12/2406 de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 19 de marzo de 2013 de exclusión del procedimiento de contratación, así como de 5 de abril de 2013, de adjudicación a CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. del contrato de prestación de servicios postales a la Tesorería General de la Seguridad Social, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS, en adelante) convocó, mediante anuncio publicado en el perfil de contratante, en el Boletín Oficial del Estado de 29 de septiembre de 2012 y en el Diario Oficial de la Unión Europea de 28 de septiembre, la licitación para adjudicar por el procedimiento abierto un *contrato para la prestación de servicios postales a la Tesorería General de la Seguridad Social por doce meses*, con número 12/2046 y número de expediente de contratación 5060/2012/04A00298, fijándose como fecha límite para la presentación de ofertas el día 17 de octubre de 2012.

Dicho contrato se encuentra sujeto a regulación armonizada por razón de su objeto y de su importe estimado sin IVA en 36.013.497,89 euros.

A la mencionada licitación, concurren dos licitadores; la Sociedad Estatal CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. (en adelante CORREOS), y UNIPOST, S.A. (en adelante UNIPOST), que ha interpuesto el presente recurso especial en materia de contratación.

Segundo. Tras la valoración de las ofertas presentadas se llegó a una valoración de 100 puntos para UNIPOST frente a 98 para CORREOS, siendo comunicado este resultado a los licitadores y prestada garantía por la propuesta como adjudicataria, merced al artículo 151.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Por parte del TGSS se efectúa un requerimiento a UNIPOST de aclaración de ciertos extremos de su oferta como trámite de comprobación de los requisitos para la adjudicación y de los extremos en que se funda la valoración de su oferta.

En atención a dicho requerimiento se remiten una serie de alegaciones y documentos por parte de UNIPOST tendentes a aclarar su oferta y en particular a acreditar la disponibilidad de los puntos y oficinas que aquella contiene para prestar el servicio ofertado.

Por el órgano de contratación de la TGSS, se advierte que, a la vista de los documentos aportados en esa fase de comprobación, la oferta inicial se ve modificada alterándose el número e identidad de las oficinas iniciales, se advierte igualmente el posible incumplimiento de los horarios de atención al público de mañana, así como la concurrencia de indicios que llevan a presumir la existencia de una velada subcontratación del servicio en contra de lo dispuesto por los pliegos, razones que - apoyadas en un informe detallado- llevan a la exclusión de UNIPOST, acordada por resolución de 19 de marzo de 2013 y notificada el 2 de abril (página 716 del expediente).

Se acuerda la continuación del procedimiento con CORREOS, el único licitador restante, que da como resultado la adjudicación acordada por resolución de 5 de abril y notificada el 8 del mismo mes y año a los interesados.

Tercero. Por escrito con entrada en este Tribunal el 12 de abril de 2013, se interpone por UNIPOST recurso especial frente a ambas resoluciones, de exclusión y de posterior adjudicación a CORREOS.

Consta el oportuno anuncio previo de interposición del recurso especial.

Solicita la recurrente la declaración de nulidad de la mencionada resolución de exclusión al entender que, frente a lo expresado en la misma, no ha habido modificación de su oferta inicial, y que las posibles divergencias no afectarían a la superación del umbral para obtener la máxima puntuación, lo que en suma no alteraría el resultado, y que además no concurren motivos para presumir una subcontratación velada, dado que en todos los casos se indica expresamente en los contratos suscritos con otras empresas, que los servicios postales a la TGSS se prestarán exclusivamente por personal de UNIPPOST.

Por otra parte, acumula la pretensión impugnatoria del acuerdo de adjudicación a CORREOS entendiendo que en su caso sí se infringe la prohibición de subcontratación del contrato, en particular en la prestación del servicio de transporte postal, prestación que es objeto del contrato y se califica como servicio postal en la Ley de Servicios Postales, lo que a la vista de las licitaciones que CORREOS ha convocado y adjudicado precisamente para la prestación de transporte postal en el ámbito coincidente con el del contrato objeto del presente recurso, conlleva una subcontratación incompatible con los pliegos.

Cuarto. Al amparo de lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, el órgano de contratación procedió a la remisión del expediente, acompañado del correspondiente informe.

El mencionado informe del órgano de contratación, resumidamente, viene a expresar que el requerimiento de aclaración de la oferta y de acreditación de los elementos de la misma que sirvieron de base a la valoración de la oferta o a la admisión de la misma no es un trámite insólito sino amparado por la norma aplicable y la doctrina de este Tribunal - citando resoluciones en ese sentido incluso relativas al mismo procedimiento de contratación- y justificado por el carácter sensible y crítico de las comunicaciones en el ámbito de la TGSS y no discutido por la recurrente con ocasión del trámite.

Se indica asimismo que la oferta, en ese trámite de atención al requerimiento, fue modificada no sólo en cuanto al número sino también a la identidad de las oficinas concretas disponibles, así como en materia de los horarios y demás elementos definidos en los pliegos, lo que debía considerarse una modificación determinante de la exclusión.

Indica que no obstante lo anterior, incluso de admitirse dichas modificaciones, hubiese sido valorada la oferta de UNIPOST en 82 puntos frente a los 100 obtenidos, lo que no alteraría la adjudicación finalmente operada a favor de CORREOS.

Por otra parte, insiste en las razones que llevan a suponer la existencia de una velada subcontratación y que no se fundan en la cuestión de la propiedad de los locales, oficinas o puntos ofrecidos para prestar servicios, cuestión aclarada por reiterada doctrina de este Tribunal, sino en la remuneración a la empresa arrendadora de las mismas por cada servicio prestado a la TGSS.

Por otra parte, entiende que los locales, oficinas y puntos de CORREOS son notorios y públicos, y que no era necesaria una comprobación análoga a la operada con UNIPOST al estar perfectamente definidas en la oferta y que además, CORREOS opera con oficinas propias, siendo únicamente alguna prestación accesorio, como es el caso del transporte, la que pudiera ser objeto de externalización.

De conformidad con el artículo 46.3 del TRLCSP, se notificó el recurso a CORREOS en su condición de interesado en orden a la formulación de las alegaciones que a su derecho convinieran, habiendo ejercido su derecho mediante escrito presentado el 23 de abril, en el que solicitaba la desestimación del recurso.

En resumen alega que hay una modificación evidente en la oferta efectuada por UNIPOST con ocasión de las aclaraciones efectuadas a requerimiento de la TGSS, y que hay elementos que permiten presumir la subcontratación como son las actividades y medios con los que cuentan las empresas con las que UNIPOST contrata la disponibilidad de locales y centros y la propia dimensión de UNIPOST publicada en torno a sus centros de tratamiento, etc., que permiten esa presunción. Por otra parte defiende la legalidad de su adjudicación en plena competencia aseverando que no subcontrata en modo alguno los servicios que presta en el marco del contrato objeto del presente recurso.

Quinto. Se ha instado por la recurrente la suspensión del procedimiento como medida cautelar a los efectos del artículo 45 del TRLCSP, habiendo acordado este Tribunal su

mantenimiento por resolución de 18 de abril de 2013 al amparo del art. 46.3 del mismo texto legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada Ley, a cuyo tenor: *Podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.*

En efecto, la entidad recurrente ostenta un claro interés legítimo en la medida en que es una de las entidades que ha concurrido al procedimiento para la adjudicación del contrato objeto de licitación, habiendo resultado excluida por el acuerdo recurrido.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP, habiendo sido debidamente anunciada al órgano de contratación conforme a lo establecido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Cuarto. El contrato objeto del recurso es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada a los efectos del artículo 16 de la TRLCSP por lo que el acuerdo de exclusión de la recurrente es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1. b) del mismo texto legal.

Quinto. El recurso contiene una pretensión impugnatoria de la exclusión de UNIPOST y una pretensión acumulada frente a otro acto como es la adjudicación del contrato a CORREOS.

A) Impugnación de la exclusión de UNIPOST.

El principio de igualdad, en sus versiones de igualdad de trato y de no discriminación,

reconocidos en todos los ámbitos del actuar de los poderes públicos es básico en materia de contratación administrativa máxime cuando se trata de un proceso selectivo entre concurrentes donde debe prevalecer la elección de la mejor oferta con independencia del sujeto que la presenta y, en ese sentido, aparece consagrado por los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

Una manifestación de este principio es la improrrogabilidad de los plazos de presentación de ofertas y por ende la inmutabilidad de las propuestas inicialmente presentadas, dado que de admitirse modificaciones ulteriores, se estaría favoreciendo a unos licitadores frente a otros y eludiendo el examen de los requisitos o la valoración de sus ofertas con arreglo a las condiciones de las ofertas en el plazo concedido para presentarlas. De suerte que la alteración ulterior de la oferta previa a la adjudicación del contrato se califica como una modificación inadmisibles que conlleva, por mor del principio de igualdad en el proceso competitivo, la exclusión de la oferta, tal y como tiene dicho este Tribunal en diversas resoluciones, por todas la 151/2012 (recurso nº 130/2012), cuando sobre una cuestión análoga expresó:

“Pero aun en el supuesto de que se entendiera que el precepto mencionado (se refiere a la subsanabilidad de defectos formales) puede aplicarse por analogía también a la documentación relativa a la oferta, tal como ha hecho en algunas ocasiones la Jurisprudencia, no debe perderse de vista que ésta exige, en todo caso, que tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material. Como viene señalando este Tribunal en la resolución de recursos sobre la misma cuestión, esto es lógico pues, de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas, y tal posibilidad es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recogen los artículos 1 y 123 de la LCSP (arts. 1 y 139 TRLCSP).

En este mismo sentido cabe citar la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en respuesta a una petición de decisión prejudicial

que se presentó en el marco de unos litigios entre la Agencia eslovaca de contratación pública y varias empresas excluidas de una licitación del servicio de cobro de peajes.

Dicha sentencia, cuyo objeto es la interpretación de una serie de artículos de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, señala, entre otras cuestiones, que “en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato”. La citada sentencia admite que el artículo 2 de la Directiva no se opone a que “excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta”. Y en otro apartado señala que los candidatos afectados no pueden quejarse de que el órgano de contratación no tenga obligación de pedirles aclaración sobre su proposición “la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos”.”

Hay que examinar por ende si las aclaraciones hechas por UNIPOST al requerimiento de la TGSS pueden considerarse una modificación de la oferta inicial que merezca su exclusión del procedimiento en aplicación del principio de igualdad y de la mencionada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La propia recurrente viene a negar algunas de estas modificaciones indicando que se deben a errores de cómputo de la TGSS en su cálculo o bien a justificarlas indicando que a pesar de haberse consignado se respeta el número de oficinas o puntos o bien que el hecho de obtener la puntuación máxima por superar el umbral indicado en los pliegos no se vería modificado no obstante la modificación operada en la oferta. En suma, reconoce si no todas, sí gran parte de las modificaciones de la oferta inicial y se ampara en que el resultado, aún excluyendo aquéllas respecto de la valoración de la oferta inicial, hubiera sido el mismo.

Por su parte, la TGSS entiende que la modificación de la oferta se ha producido más allá de lo que una mera aclaración de elementos oscuros o de la acreditación del cumplimiento de ciertos requisitos, como el de la disponibilidad de locales, comporta, lo que conlleva necesariamente la exclusión, y expresa que de aceptarse otra solución, esto es de admitir la oferta modificada, la puntuación obtenida por UNIPOST caería hasta los 82 puntos, esto es, no alteraría el resultado de la adjudicación finalmente operada a favor de CORREOS.

Cumple examinar si efectivamente se han producido alteraciones en la oferta inicial de UNIPOST. Sobre esta cuestión, incluso sin entrar en la concurrencia de error aritmético por parte de la oferente o de la TGSS al comprobar la oferta, sí se deduce que UNIPOST no discute alguna modificación denunciada y referida no al número de oficinas sino a la identidad y cualidad de éstas o su disponibilidad al tiempo de efectuar la oferta. Así en su fundamentación Cuarta del recurso admite que no se ha modificado el número de oficinas y que en todo caso las ofertadas superan las 1500 fijadas como umbral de la puntuación máxima en los pliegos y admite que las ofertadas en principio pueden ser distintas de las que lo son en fase de comprobación.

Sin embargo esa alegación viene a reconocer lo expuesto por la TGSS de que de las 1557 oficinas inicialmente ofrecidas casi 500 se ven alteradas (documento nº 26 del expediente, Valoración y verificación solución técnica aportada por UNIPOST), no tanto en su número final sino en la identidad de éstas y por ende en su disponibilidad, con las aclaraciones efectuadas a requerimiento de la TGSS. Esto es, suponen una modificación que o bien determina la exclusión de la oferta o bien alteraría sobremanera su puntuación, dado que restadas de las 1557 inicialmente propuestas devendría muy por debajo de las 1500 que equivalen al umbral de la máxima puntuación y de los 19 puntos obtenidos por UNIPOST en este apartado.

De ello se deduce que la oferta, en lo relativo a las oficinas sí ha sido alterada, lo que supone que de no apreciarse causa de exclusión sí produciría un resultado distinto al inicial en el orden de valoración de los licitadores, procediendo la adjudicación en favor de CORREOS.

En este caso, por las razones expresadas por este Tribunal en casos análogos debe entenderse que la admisión de la modificación de una oferta inicial iría en contra del principio de igualdad reconocido por los artículos 1 y 139 del TRLCSP, debiendo comportar la exclusión y, por ende, procede por este motivo la desestimación del recurso en este punto.

Lo anterior, la confirmación de la exclusión de UNIPOST, haría innecesario entrar en el otro argumento expresado por ésta relativo a la improcedencia de acordar su inadmisión sobre la base del supuesto incumplimiento de la prohibición de subcontratar. Sin embargo es obligado entrar en este elemento por su entidad y carácter diferenciado respecto de la anterior, a la luz del artículo 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC, en adelante) y porque debe ser su análisis coherente con el de la segunda parte del recurso residenciada en la impugnación de la adjudicación del contrato a CORREOS por el mismo motivo.

Efectivamente, la TGSS funda su presunción de una velada subcontratación en la existencia de una serie de relaciones contractuales de UNIPOST con las empresas que ponen a su disposición los locales y otros medios, de las que se deduce, en concreto por la facturación por cada gestión efectuada desde los mismos para la TGSS, que opera veladamente la subcontratación.

En materia de prueba en el ámbito del procedimiento administrativo no existe una regulación detallada, por lo que es generalmente admitido que la remisión operada por el artículo 80 de la LRJPAC en materia de prueba a los medios de prueba admitidos por el Derecho, supone una remisión a su vez a la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido el artículo 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, en materia de presunciones judiciales exige, como hiciera el Código Civil, que entre el hecho acreditado –indicio- y el que se trata de acreditar exista un *enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano* e impone la carga formal de razonar convenientemente esa elaboración. De ello se infiere que si de la oferta de UNIPOST -sin haber una declaración expresa de voluntad de subcontratar- puede deducirse sin lugar a dudas una subcontratación proscrita por los pliegos, la inadmisión resulta de suyo procedente. Sin embargo, en este punto UNIPOST viene a razonar que de la mera facturación de un porcentaje por las empresas con las

que mantiene relación contractual a efectos de disponibilidad de locales o medios, no se deduce la subcontratación, máxime cuando se hace una mención expresa en todos ellas a que será el personal de UNIPOST el que de forma personal y directa gestione los servicios postales objeto de contrato con la TGSS.

Por ende, sin otros indicios, únicamente sobre la base de la letra de los contratos, no parece, a falta de otros razonamientos que lo justifiquen, que concurren hechos determinantes de la presunción de subcontratación velada que se denuncia, por lo que habrán de ser otros hechos o datos, siquiera en la fase de ejecución o cumplimiento del contrato, los que permitan determinar si ésta se ha producido y si ello conlleva su resolución. No quiere decirse que en ningún caso pueda determinarse previamente a la ejecución del contrato si se incurre en infracción de la prohibición de subcontratar, bien al contrario, habrá que apreciar en el caso concreto y a la vista de los hechos de que se disponga en cada fase, si procede esa presunción.

En este caso, en esta fase previa a la adjudicación y con los solos datos de los contratos suscritos por UNIPOST, faltando además un razonamiento más profundo del órgano de contratación, no concurren a juicio de este Tribunal indicios bastantes para presumir una subcontratación velada que conlleve un efecto tan drástico como la exclusión.

B) Impugnación de la adjudicación a CORREOS.

En lo referente a la pretensión acumulada con carácter subsidiario por UNIPOST de anulación de la adjudicación del contrato en favor de CORREOS cumple exponer, lo siguiente.

Según UNIPOST, en la oferta de CORREOS sí concurren los elementos para entender infringida la prohibición de subcontratar, todo ello a la vista no del tenor de la oferta sino de otros indicios como son la existencia de contratos cuya licitación está en proceso o bien han sido ya adjudicados por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A., para la prestación del transporte postal.

En este punto cabe aplicar lo expuesto anteriormente para entender no justificada la exclusión de UNIPOST por razón de la supuesta velada subcontratación. Una cosa es que pueda suponerse que la contratación de ciertos servicios accesorios por parte de

CORREOS pueda enmascarar una subcontración y otra es que existan indicios racionales consistentes para aseverarlo con una consecuencia tan drástica como es la exclusión.

De suerte que en este caso, concurriendo el compromiso del contratista de atender las obligaciones del contrato, entre las que se encuentra la de no subcontratar, así como la ausencia de indicios de subcontratación de las concretas prestaciones que implica el contrato con la TGSS, y la posibilidad de que en la fase de ejecución de éste puedan aparecer hechos concretos que permitan sostener la existencia de subcontratación, será en ese momento y en sede de una eventual resolución por incumplimiento cuando proceda su apreciación. Por ello procede, desestimar también esta pretensión subsidiaria.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. P. R. S., en nombre y representación de UNIPOST, S.A., contra el acuerdo dictado por el órgano de contratación de la Tesorería General de la Seguridad Social de 19 de marzo de 2013 por el que se le excluye del expediente de contratación.

Segundo. Desestimar el recurso interpuesto contra la adjudicación operada por acuerdo de 5 de abril de 2013 en favor de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, dado que no concurre infracción de la prohibición de subcontratar en la oferta presentada por dicha Sociedad Estatal.

Tercero. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP

Cuarto. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.