

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 24 de agosto de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Don A.L.E., en nombre y representación de la empresa SEUR GEOPOST, S.L. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir el procedimiento abierto para la prestación de los Servicios Postales para el Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid (IAM), acordó mediante Resolución de su Gerente de fecha 30 de marzo de 2012, rectificada el 9 de julio de 2012 y 17 de julio de 2012, el inicio de la tramitación para la contratación de la prestación de los servicios postales del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos de acuerdo con lo establecido en el artículo 109 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Con fecha 31 de julio de 2012 se publicó en el Diario Oficial de la Unión

Europea el anuncio de licitación del contrato de referencia. Así mismo se publicó la convocatoria en el BOE del día 2 de agosto y en la página web del Ayuntamiento de Madrid del día 27 de julio, incorporando el contenido de los pliegos por los que habría de regirse la licitación.

El contrato tiene por objeto el reparto y entrega domiciliaria de la correspondencia, paquetes postales, notificaciones y otros servicios postales demandados por el Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos, con un valor estimado de 52.716.549,61 euros.

Debe destacarse en relación con el objeto del presente recurso que el contrato se divide en dos lotes, LOTE 1: Distribución y entrega de cartas y tarjetas postales ordinarias, distribución y entrega de Publicorreo (envíos de publicidad, impresos y catálogos) y burofax y LOTE 2: Distribución y entrega de cartas y tarjetas postales certificadas, distribución y entrega de notificaciones administrativas, servicios adicionales a la distribución y entrega: (avisos de recibo, retorno de Información, gestión de entrega, clasificación), distribución y entrega de libros, distribución y entrega de paquetes postales, distribución y entrega de cartas y tarjetas postales urgentes, distribución y entrega de cartas y tarjetas postales certificadas urgentes, telegramas y casilleros postales.

Así mismo debe señalarse que de acuerdo con lo establecido en el punto 12 del anexo del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) en relación a la habilitación empresarial, se exige que *"Los licitadores deberán acreditar inscripción vigente en el Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Postales dependientes de la Comisión Nacional del Servicio Postal, tanto en la Sección A, relativa a Operadores que prestan servicios no incluidos en el ámbito del Servicio Postal Universal, como en la Sección B, relativa a Operadores que prestan servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal, (salvo en cuanto a esta última Sección que se trate del operador designado por el Estado para la prestación del servicio postal universal).*

Asimismo, deberán acreditar disponer de acuerdo designado por el Estado para la prestación del servicio postal universal que le permita el acceso a la red postal, de conformidad con el artículo 45 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal. "

Segundo.- Con fecha 3 de agosto de 2012 SEUR GEOPOST S.L., presentó ante el Organismo Autónomo informática del Ayuntamiento de Madrid, anuncio previo a la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el PCAP. El citado recurso se presenta ante el propio Tribunal el 9 de agosto, siendo remitido al órgano de contratación que remitió el expediente y el preceptivo informe el 13 de agosto.

La recurrente solicita que se supriman las características técnicas reflejadas en el PCAP, relativas a la obligación de obtener un acuerdo con el Operador Universal del servicio y que se elabore la configuración de la licitación mediante diversos lotes de servicios homogéneos, por considerar que las actuales exigencias establecidas en el PCAP vulneran el principio de libre competencia. Aporta para fundamentar sus pretensiones, entre otros documentos la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales de 4 de julio de 2012, sobre un supuesto semejante en que según aduce se estimó el recurso interpuesto.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo remitido señala que se ha considerado imprescindible la inclusión de la exigencia de un acuerdo con el operador universal, como única fórmula de que según la ley 43/2010 de 30 de diciembre, se acredite la *"presunción de veracidad y fehaciencia de la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales"*, ya que dado el volumen de notificaciones del Ayuntamiento es preciso evitar defectos de forma en la tramitación de los diversos expedientes, añadiendo que *"es una garantía de eficacia y eficiencia*

para la gestión del Ayuntamiento y sus organismos autónomos que no haya que probar "por medios de derecho común", a los que hace referencia el segundo párrafo del punto 4 del artículo 22, por cada uno de los posibles recursos o impugnaciones - en su caso- que las notificaciones se han realizado "conforme a derecho", sino que se haga uso de la citada "presunción de veracidad y fehaciencia". Ello garantiza que no haya que utilizar los ya limitados recursos humanos del Ayuntamiento de Madrid para tener que completar "la prueba" de que cada una de las notificaciones recurridas -previsiblemente numerosas- han sido realizadas conforme a Derecho", indicando asimismo que "esta cláusula no es discriminatoria por cuanto los licitadores que no contaran con el mismo, podrían realizar el acuerdo con la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. durante el período de licitación del procedimiento abierto quedando en condiciones de igualdad con el resto".

Por último respecto de la pretensión relativa al establecimiento de más lotes para el contrato, se afirma que crear tantos lotes como sean estimados adecuados por los potenciales licitadores podría crear el grave problema de gestión del objeto del contrato, ya de por sí de complicada materialización por los volúmenes de envíos referidos.

Tercero.- Con fecha 26 de julio de 2012 la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid dictó la Resolución 1/2012, en la que se disponía la suspensión de todos los procedimientos pendientes ante el Tribunal, ante la falta de quórum durante el mes de agosto, y en la que se preveía no obstante la posibilidad de convocar el Pleno de forma extraordinaria en casos de urgencia debidamente justificada, habiendo hecho uso el Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid de esta última posibilidad, solicitando la convocatoria extraordinaria del pleno, mediante escrito presentado el día 13 de agosto.

Cuarto.- No se ha dado traslado para alegaciones, al no constar en el momento de dictar la resolución, la existencia de otros interesados en el expediente de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La recurrente está legitimada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, *“podrá interponer el correspondiente 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”*.

Se acredita asimismo la representación con que actúa el firmante del recurso.

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

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PCAP que ha de regir el procedimiento abierto correspondiente a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 2.a), en relación al 16 del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- El recurso se fundamenta en la vulneración del principio de libre concurrencia que a juicio de la recurrente se produce, en primer lugar, por el establecimiento en el PCAP de la obligación de que los licitadores acrediten un

acuerdo con el prestador universal de servicios previsto en la Ley 43/2010 y en segundo lugar por la distribución y el contenido de los lotes previstos en aquél.

Debe partirse del marco normativo que regula la actividad objeto de contratación, cuyo PCAP ha sido impugnado, en concreto la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, que incorpora al derecho español la Directiva 2008/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios. Dicha norma señala en su preámbulo que, entre otros fines, atiende a proporcionar un marco de mercado equilibrado y justo para el ejercicio de la libre competencia basado en la protección del interés general y en la ponderación de los intereses de los distintos agentes, públicos y privados, que operan en el mismo.

En este sentido en su artículo 2 se indica que *“Los servicios postales son servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia”*. Esta previsión se coherente con el principio de libre competencia establecido la normativa europea y estatal en materia de contratación pública, en concreto en los artículos 1 y 139 del TRLCSP que son trasunto de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que en el considerando 46, señala que la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva.

Debe por tanto examinarse si las obligaciones impuestas a los licitadores en el PCAP impugnado vulneran o no dicho principio.

La vulneración indicada se centra, según la reclamante en la exigencia de que los licitadores acrediten un acuerdo con el prestador universal de servicios que le permita el acceso a la red postal, siendo por otra parte según el órgano de contratación preciso dicho acuerdo, en tanto en cuanto solo las notificaciones efectuadas por el prestador universal del servicio designado por el Estado en la disposición adicional primera de la Ley 43/2010, por un periodo de 15 años (Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima), gozan ex lege de la garantía de fehaciencia, de acuerdo con el artículo 22.4 de la misma: “ *La actuación del operador designado gozará de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, tanto las realizadas por medios físicos, como telemáticos, y sin perjuicio de la aplicación, a los distintos supuestos de notificación, de lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

Las notificaciones practicadas por los demás operadores postales surtirán efecto de acuerdo con las normas de derecho común y se practicarán de conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

Por otro lado, al objeto de lograr el acceso a la red postal establecida el artículo 45 de la Ley 43/2010, garantiza el acceso de los operadores postales, que lo precisen, a la red postal, respecto a los servicios a que se refiere la autorización administrativa singular de que sean titulares, de conformidad con los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación.

Ahora bien esta previsión legal, lo es con carácter de posibilidad, de manera que no es preciso para realizar la actividad de servicios postales utilizar mediante acuerdo la red postal de que es titular la actual prestadora del servicio, de forma que

el establecimiento de tal previsión, va más allá de lo establecido en la propia ley reguladora del servicio. Tal y como ha señalado este Tribunal en anteriores Resoluciones, no resulta restrictivo de la libre competencia el establecimiento de requisitos, o prescripciones en los pliegos que encuentren justificación en las necesidades del órgano de contratación. Ahora bien la necesidad debidamente justificadas de dotar a las notificaciones de garantía de recepción, no exige necesariamente un acuerdo con el actual prestador del servicio, en tanto en cuanto el artículo 22.4 en su párrafo segundo antes transcrito, atribuye tal efecto al resto de las notificaciones efectuadas por el resto de operadores surtirán efecto de acuerdo con las normas de derecho común. Por lo tanto el acuerdo exigido no resulta imprescindible para lograr el objetivo buscado, tal y como asimismo resulta de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 43/2010: *“El operador designado para prestar el servicio postal universal deberá facilitar al remitente de cualquier envío certificado, a petición del mismo y previo pago del importe que corresponda, resguardo acreditativo de su admisión, donde conste la fecha y hora de su presentación, y asimismo de su recepción por el destinatario de su envío.*

El resto de los operadores, cuando de forma voluntaria ofrezcan servicios certificados a los usuarios deberán hacerlo en las condiciones establecidas en el párrafo anterior.”

Por tanto, no es acorde al principio de libre competencia exigir al licitador la acreditación del acuerdo controvertido, sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda exigir la acreditación de la existencia de un medio equivalente de derecho común, para surtir el efecto de fehaciencia indicado. No corresponde a este Tribunal determinar si el mecanismo propuesto por la recurrente (el depósito notarial de las comunicaciones), o cualquier otro que se pretenda acreditar, cumple o no con las condiciones exigidas para que las notificaciones administrativas surtan plenos efectos, correspondiendo al órgano de contratación apreciar motivadamente, tal eficacia.

Debe señalarse que a pesar de lo indicado por el órgano de contratación respecto de la posibilidad que tendrían potencialmente todos los licitadores de concluir un acuerdo con la prestadora universal del servicio, lo cierto es que además de tratarse de una opción voluntaria en la Ley, dicha posibilidad no debe ser solo potencial, sino verificarse en condiciones de efectividad, lo que dado el corto lapso de tiempo entre la convocatoria y la fecha límite de presentación de ofertas, unido al periodo estival en que se ha producido la convocatoria, deja en entredicho tal posibilidad.

Por último este Tribunal quiere dejar constancia, -y ello que sin perjuicio de que se trata de resoluciones no vinculantes y no constitutivas de fuente del derecho para el mismo- que tanto el Tribunal Central de Recursos Contractuales como el Tribunal de Contratación Pública de Aragón han dictado resoluciones en casos semejantes, en las que consideraban que la obligación de subcontratar, en los casos analizados, o de acreditar acuerdos con el prestador universal del servicio, eran contrarias al principio de libre competencia. (Vid. Resolución 143/2012, de 4 de julio del TACRC y Acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre, del TACPA).

Resta por último examinar la cuestión relativa a la división en lotes efectuada en los pliegos, que como se indica en el relato fáctico de la presente Resolución son dos, el lote 1 comprensivo de la distribución y entrega de cartas y tarjetas postales ordinarias, distribución y entrega de Publicorreo y burofax; y el lote 2 que incluye distribución y entrega de certificados, y de notificaciones administrativas, distribución y entrega de libros, de paquetes postales, de cartas y tarjetas postales urgentes, distribución, telegramas y casilleros postales.

Aduce la recurrente que la distribución en lotes debería haber sido la siguiente:

Lote 1: Servicios postales: cartas, tanto ordinarias como urgentes, notificaciones administrativas, envíos de publicidad, impresos y catálogos.

Lote 2: Paquetes postales, envíos express, recogidas domiciliarias.

Lote 3: Servicios telegráficos y de burofax (telegramas on line, burofax on line, etc.)

Señala para justificar esta petición que cada uno de los lotes *“comprende servicios diferentes que es imprescindible su separación y homogenización en función de categorías o materias, creando un mayor número de lotes de acuerdo con la similitud de los servicios.*

De esta manera servicios como cartas singulares y notificaciones burofax, se encuentran en el lote 1, siendo evidente la diferente naturaleza de cada servicio. Del mismo modo sucede con el lote 2, se incluyen servicios tan diversos como tarjetas postales, notificaciones administrativas, paquetes o telegramas”

La legislación de contratos consigna el principio de unidad y no fraccionamiento de los contratos, también permite el fraccionamiento en lotes cuando constituyan una unidad funcional susceptible de realización independiente y que la acumulación innecesaria de prestaciones de un mismo contrato supone un atentado contra los principios de concurrencia y libre competencia en la contratación pública. El artículo 86 del TRLCSP establece que 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.

Por otra parte, el principio de concurrencia tiende a facilitar la competencia en la contratación permitiendo la adjudicación mediante división del objeto en lotes, intensificando la competencia. La colisión de ambos principios ha de resolverse a la luz de la propia normativa de contratación pública, es decir determinando si el objeto del contrato es fraccionable por ser sus partes susceptibles de utilización o

aprovechamiento separado y constituir una unidad funcional o porque lo exija la naturaleza del contrato.

Así pues, en el expediente que nos ocupa consta que el órgano de contratación ha considerado necesario, por razones organizativas, y en aplicación de la realización independiente del objeto del contrato mediante la división en dos lotes. Así, el informe económico incorporado al expediente indica que *“el contrato se ha estructurado en dos lotes con el fin de propiciar la concurrencia y atendiendo a la situación actual del sector, diferenciando en cuanto a la infraestructura necesaria para el desempeño actual de los servicios integrados en cada lote”*.

Corresponde al juicio del órgano de contratación la decisión motivada de la contratación dividida en uno o en varios lotes. Sin embargo, no se han justificado en el expediente los criterios en virtud de los que se ha realizado la agrupación en los lotes descritos de las distintas prestaciones objeto del contrato, pareciendo *prima facie* razonable la división propuesta por la reclamante. Esto no obstante, como decimos, corresponde al órgano de contratación, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 25 y 109 en relación con el 22 del TRLCSP, definir sus necesidades en los documentos preparatorios de la licitación, y en su caso la división en lotes por lo que, dado que en el anterior fundamento este Tribunal ha estimado la pretensión de anulación del PCAP, debe justificarse o en su caso replantearse la definición del contenido de los lotes en que se divide el contrato, dentro de los parámetros antes indicados de utilización o aprovechamiento separado y constitución de una unidad funcional o exigencia por la naturaleza del contrato. Además ello permitiría, en su caso, circunscribir la necesidad de acreditación por parte de los licitadores de que cuentan con un sistema que permita la realización de notificaciones con las condiciones establecidas en la Ley, al lote que contuviera el servicio de notificaciones y certificados, favoreciendo así la concurrencia.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SEUR GEOPOST, S.L. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir el procedimiento abierto para la contratación de la prestación de los Servicios Postales para el Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos, anulando el punto 12 del Anexo I del PCAP y procediendo una nueva convocatoria de la licitación adaptada a los pronunciamientos contenidos en los fundamentos de esta resolución.

Segundo.- 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 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998,

de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.