



**Erref / Ref:** Recurso Especial AKOPROST ARABA, S.L. contra Pliego de Condiciones Técnicas de prestación de servicios postales de la DFA.

**Esp Zenb / N° exp:** 2013/05- RE

## **RESOLUCIÓN Nº 5/2013**

En Vitoria-Gasteiz, a 9 de enero de 2014

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava, ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en el Recurso Especial en materia de contratación N° 05/2013 interpuesto por la sociedad AKOPROST ARABA, S.L. contra el Pliego de Condiciones Técnicas de la prestación de servicios postales para la Diputación Foral de Álava y la entidad gestora de la Recaudación Ejecutiva.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE D. I. B. M., en representación de AKOPROST ARABA, S.L.; y como DEMANDADA la DIPUTACION FORAL DE ALAVA, siendo el órgano de contratación el Consejo de Diputados, y el tramitador del expediente de contratación el Servicio de Secretaría Técnica de Servicios Generales, del Departamento de Promoción Económica y Administración Foral (Expte. 06/14).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por Acuerdo del Consejo de Diputados núm. 572/2013, de 26 de noviembre, se acordó convocar el procedimiento abierto para contratar la prestación de servicios postales para la Diputación Foral de Álava y la entidad gestora de la Recaudación Ejecutiva, con un presupuesto máximo de 1.375.000,00 € y un plazo de ejecución de dos años, pudiendo ser objeto de dos prórrogas anuales.

**SEGUNDO.-** El anuncio de licitación de la presente contratación se publicó el 9 de diciembre de 2013 en el Perfil del Contratante de la Diputación Foral de Álava, en el que, además se pusieron a disposición de los interesados el Cuadro de Características, el Pliego de Condiciones Administrativas, el Pliegos de Prescripciones técnicas y la relación de precios unitarios, y en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava.

**TERCERO.-** Con fecha 19 de diciembre de 2013 tuvo entrada en el Registro General de la Diputación Foral de Álava el escrito de reclamación presentado por D. I. B. M. y dirigido al Consejo de Diputados en su calidad de Órgano de Contratación, en el que solicita la supresión de la cláusula 7.4-2 del Pliego de Condiciones Técnicas (PCT) que dice textualmente:

*“7.4.- A efectos de poder ofrecer a los ciudadanos afectados un servicio adecuado en los casos de imposibilidad de entrega, el adjudicatario deberá disponer de una red de oficinas abiertas al público en las que depositar durante el plazo máximo de quince días los envíos no entregados, para que los interesados puedan pasar a recogerlos por las mismas. Los licitadores deberán incluir en su documentación técnica una declaración responsable con la descripción de la red*



de oficinas de la que disponen, que como mínimo deberá cumplir los siguientes requisitos:

- Disponer de, al menos, una oficina a pie de calle de atención al público en los municipios del Territorio Histórico de Álava de más de 3.000 habitantes.
- Disponer de, al menos, una oficina a pie de calle de atención al público en todas las capitales de provincia del Estado.
- El horario de atención de estas oficinas será, como mínimo, de 6 horas diarias de lunes a viernes, en jornada de mañana y tarde.
- Disponer de un servicio de atención al cliente, incluyendo teléfono de atención y asistencia a los destinatarios de la correspondencia enviada por la DFA o la Recaudación Ejecutiva.”

Indican que la citada condición además de innecesaria es excluyente, y que *bastaría con que los pliegos solicitaran la condición de que el operador que opte a la licitación cuente con oficina propia en cualquier capital del estado o bien tenga suscrito con el operador universal un contrato de acceso a red que garantice el servicio de distribución postal para la Diputación Foral de Álava.*

Como fundamentos de derecho citan la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante LUM), en cuyo artículo 9.1 se exige a todas las autoridades velar en sus actuaciones por la observancia de, entre otros, el principio de no discriminación, y en cuyo artículo 9.2 b) en particular exige garantizar el respeto a esos principios, entre otros, en la documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos.

Citan asimismo el artículo 18 de la LUM que considera actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación el establecimiento de “*requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador*”.

En base a lo indicado anteriormente solicitan se proceda a la suspensión automática de la licitación hasta la resolución acerca del presente recurso acerca de la suspensión o no de la cláusula 7.4-2.

**CUARTO.-** Con fecha 20 de diciembre de 2013 se recibió en el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales el escrito de reclamación mencionado y el expediente completo.

**QUINTO.-** Con fecha 26 de diciembre se recibió en este Órgano el informe sobre las alegaciones contenidas en el recurso, elaborado por el Servicio tramitador del expediente.

En este informe se indica, entre otras cuestiones, que se procede cautelarmente a suspender la tramitación del expediente hasta el momento de la resolución del recurso, a excepción de lo dispuesto en el art. 43.4 TRLCSP respecto al plazo de presentación de ofertas.

**SEXTO.-** 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.-** A pesar de que el recurrente no efectúa ninguna calificación de su escrito de reclamación, el recurso presentado tiene la consideración de recurso especial en materia de contratación, en aplicación de lo dispuesto en el art. 40.1 b) 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 (TRLCSP), por tratarse de la impugnación de un contrato de servicios de la



categoría 27 del Anexo II TRLCSP, con un valor estimado superior a 193.000 €, siendo por tanto un contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación.

**SEGUNDO.-** Este Órgano Foral de Recursos Contractuales es competente para resolver el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41 del TRLCSP y con el Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de setiembre.

**TERCERO.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada y dentro del plazo establecido para ello, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42 y 44.2 a) del TRLCSP.

**CUARTO.-** El licitador recurrente, ha incumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 del TRLCSP, que establece la obligación de anunciar previamente la interposición de recurso.

Según criterio general admitido por los diferentes Tribunales de Recursos Contractuales, la falta de anuncio previo al órgano de contratación se entiende subsanada por la presentación del recurso en el Registro del órgano de contratación que, de acuerdo con el principio de eficacia procedimental, implicará la comunicación previa exigida.

**QUINTO.-** El acto impugnado, esto es, una de las cláusulas establecidas en el Pliego de Condiciones Técnicas, es susceptible de recurso especial, dado que se trata de uno de los supuestos que se recoge expresamente como recurrible en el art. 40.2.a) TRLCSP (*Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación*).

**SEXTO.-** El recurso se fundamenta en la vulneración del principio de no discriminación previsto en la LUM, que a juicio de la recurrente se produce por el establecimiento en el PCT de la obligación de que el adjudicatario *disponga de, al menos, una oficina a pie de calle de atención al público en todas las capitales de provincia del Estado*.

El recurrente indica que la citada condición además de innecesaria es excluyente, y que *bastaría con que los pliegos solicitaran la condición de que el operador que opte a la licitación cuente con oficina propia en cualquier capital del estado o bien tenga suscrito con el operador universal un contrato de acceso a red que garantice el servicio de distribución postal para la Diputación Foral de Alava*.

Dicha Ley no resulta de aplicación a la presente contratación, ya que su entrada en vigor es posterior a la aprobación de la licitación que examinamos realizada por Acuerdo del Consejo de Diputados 572/2013, de 26 de noviembre.

Debe partirse del marco normativo que regula la actividad objeto de contratación cuyo PCT 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.

Así, el artículo 2 señala que: *“Los servicios postales son servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia”*. Esta previsión concuerda con el principio de libre competencia establecido por la normativa europea y estatal en materia de contratación pública, en concreto en los artículos 1 y 139 del TRLCSP que son reproducción de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, cuyo 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.

**SEPTIMO.-** En el marco normativo expuesto debe examinarse si la cláusula del PCT impugnada es o no excluyente y, por tanto, si se ajusta o no a derecho.

Como señala el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en diversas Resoluciones, entre otras la nº 91/2012, 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.

El órgano de contratación se basa en la necesidad de contar con un adecuado servicio de atención al ciudadano en los casos de imposibilidad de entrega de envíos postales para establecer en los pliegos el requisito de que el adjudicatario disponga de, al menos, una oficina a pie de calle en todas las capitales de provincia del Estado.

Dicha necesidad se justifica en el informe del Servicio tramitador del expediente al señalar que: “la DFA puede remitir notificaciones a la práctica totalidad del territorio nacional, dependiendo de la actividad administrativa que las genere. Dado que las mismas pueden resultar infructuosas en los dos intentos preceptivos, es necesario ofrecer al destinatario la posibilidad de recogerlas directamente en las dependencias del repartidor durante un periodo mínimo determinado, lo que obliga a disponer de oficinas en las que poder atender a los posibles interesados. Precisamente para evitar la imposición de condiciones excluyentes, se optó por incluir en los pliegos solamente la obligatoriedad de disponer de tales oficinas en todas las capitales de provincia, para poder así garantizar un servicio mínimo de atención al público en todo el país” (...) “que la condición citada está directamente relacionada con el objeto del contrato y dirigida a garantizar una calidad mínima de su prestación en el ámbito de la atención al cliente, y no se estima que en ningún caso pueda suponer un factor excluyente, por cuanto no se está solicitando que los licitadores dispongan de oficinas en régimen de propiedad, sino que el adjudicatario acredite disponer de las mismas en cualquier régimen y durante la ejecución del contrato”.

La posibilidad de establecer condiciones especiales de ejecución se recoge en el artículo art. 118 TRLCSP, el cual dispone que los poderes adjudicadores pueden exigir condiciones especiales en relación con la ejecución de los contratos, siempre que éstas sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

En este sentido, según la Resolución 187/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales *es perfectamente admisible la exigencia de disponibilidad de una red de oficinas, pues es evidente que cuanto mayor sea la red mejor será la calidad del servicio*

Así las cosas, no existe ninguna tacha de ilegalidad en la actuación del órgano de contratación al establecer como condición de ejecución disponer de al menos una oficina abierta al público en todas las capitales de provincia del Estado por: (i) fundamentarse en necesidades del órgano de contratación que están directamente relacionadas con el objeto del contrato, (ii) ser proporcionada al objeto del contrato, (iii) haber sido publicada en los pliegos de condiciones y (iv) no infringir norma alguna de derecho comunitario, de la Ley 43/2010, ni del TRLCSP.

Por lo tanto, procede desestimar el recurso en cuanto a dicha alegación por ser ajustada a derecho la cláusula del PCT impugnada

**OCTAVO.-** Concluido lo anterior, no obstante la nula argumentación de la entidad recurrente, que únicamente reclama sustituir la decisión adoptada por el órgano de contratación por su unilateral propuesta de redacción de los pliegos y su particular criterio, sin razonar sobre la eventual ilegalidad de las previsiones señaladas por la Administración, se van a analizar las propuestas alternativas de redacción de los pliegos por ella planteadas.

A) Sobre la posibilidad de sustituir la cláusula recurrida por la exigencia de disponer de un acuerdo de acceso a la red postal del operador universal, debe señalarse que al objeto de lograr



el acceso a la red postal el artículo 45 de la Ley 43/2010 garantiza el acceso de los operadores postales que lo precisen a la misma, a través de la obtención de una autorización administrativa singular, de conformidad con los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación.

Esto significa que, como consecuencia del proceso liberalizador de este sector y de la apertura general del mercado a los operadores postales y por tanto a la competencia, los operadores postales con autorización singular para la prestación del servicio postal universal, así como el operador postal designado a tal efecto, podrán practicar notificaciones de órganos administrativos y judiciales. En este sentido, según el artículo 22 los operadores postales podrán prestar libremente dicho servicio, ya sea directamente, ya sea a través del operador postal designado, ya sea a través de otros operadores.

A la vista de las previsiones legales citadas, no es preciso para realizar la actividad de servicios postales utilizar mediante acuerdo la red postal de que es titular el actual operador universal, de forma que la propuesta del recurrente va más allá de lo establecido en la propia ley reguladora del servicio.

Según la doctrina administrativa contractual fijada por los Tribunales de Recursos Contractuales Central y de Aragón, entre otros, la obligación de subcontratar o de acreditar acuerdos con el operador universal del servicio es contraria al principio de libre competencia. (Resolución 143/2012, de 4 de julio del TA Central RC y Acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre, del TACP Aragón).

En definitiva, no es acorde al principio de libre concurrencia incluir en los pliegos la exigencia de suscripción con el operador universal de un contrato de acceso a red que garantice el servicio de distribución postal para la Diputación Foral de Alava, lo que convierte en inviable la propuesta del recurrente.

B) Sobre la propuesta de sustitución de la exigencia de disponer de al menos una oficina abierta al público en todas las capitales de provincia por la de disponer de oficina propia en cualquier capital del estado, este Órgano Administrativo comparte plenamente lo expuesto en el informe del Servicio tramitador acerca de que no es de recibo “pretender sustituir la disponibilidad de una oficina en *cada* capital por la de una oficina en *cualquier* capital, a la vista del objetivo de prestación de servicio directo al ciudadano que se busca obtener, por la palmaria endeblesz del razonamiento, ya que sí una oficina *en cada capital* no garantiza más que un servicio *mínimo* y puede generar problemas de desplazamiento de los habitantes de localidades distintas de la capital, es evidente que la disposición de una oficina *en cualquier capital* no garantiza tal servicio mínimo más que a los habitantes de una provincia, dejando sin cobertura al resto de provincias”.

Por lo tanto, la propuesta de la recurrente no es viable por no cubrir en absoluto los objetivos de calidad de servicio buscados por la Administración contratante.

En todo caso, además de por su inviabilidad, a la vista del ajuste a derecho de la cláusula recurrida, se deben desestimar las propuestas de clausulado alternativo por cuanto no suponen sino un intento de suplantar la voluntad del órgano de contratación y su expresión de necesidades por la propia del recurrente, que pretende una redacción de los pliegos acorde a sus intereses y no a los de la administración contratante.

**NOVENO.-** Por lo que se refiere a la solicitud de suspensión automática de la licitación hasta la resolución del presente recurso, cabe señalar que el procedimiento de contratación, en el momento de la presentación del recurso, estaba en fase de presentación de ofertas, sin que dicho plazo se pueda ver alterado por una suspensión del procedimiento, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 43.4 del TRLCSP.

El plazo de presentación de ofertas finalizó el día 24 de diciembre de 2013, y como ya se ha indicado en el apartado QUINTO de los ANTECEDENTES, el Servicio tramitador del



expediente de contratación ha procedido cautelarmente a suspender la tramitación del expediente hasta el momento de la resolución del recurso, a excepción de lo dispuesto en el art. 43.4 TRLCSP respecto al plazo de presentación de ofertas.

Vistos los preceptos legales que resultan de aplicación.

Por lo anteriormente expuesto, este Órgano Foral de Recursos Contractuales emite la siguiente,

### **RESOLUCIÓN**

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso especial interpuesto por la sociedad AKOPROST ARABA, S.L. contra el Pliego de Condiciones Técnicas de la prestación de servicios postales para la Diputación Foral de Álava y la entidad gestora de la Recaudación Ejecutiva, aprobado por Acuerdo del Consejo de Diputados 572/2013, de 26 de noviembre.

**SEGUNDO.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los citados recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**TERCERO.-** Ordenar la prosecución de la tramitación del expediente de contratación.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.