
INFORME SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA DETERMINADOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN RECOGIDOS EN EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES QUE RIGE LA LICITACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE GIRONA PARA LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS POSTALES

Expediente: UM/060/21

PLENO

Presidenta

D^a Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xavier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 15 de septiembre de 2021

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 12 de agosto de 2021 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se ha planteado una reclamación al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) contra determinados criterios de adjudicación recogidos en la cláusula 18 puntos 2.1, 2.2 y 5 del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige la licitación del Ayuntamiento de Girona para la contratación de los

servicios postales, envíos masivos y buzoneos locales de dicho municipio. El anuncio de licitación fue publicado el día 19 de julio de 2021¹.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 26 de la LGUM.

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

Como se ha señalado, el contrato al que se refiere la reclamación presentada tiene por objeto la prestación de los servicios postales, envíos masivos y buzoneos locales de dicho municipio.

Según consta en los PCAP, el contrato está dividido en dos lotes independientes: (i) servicios postales (lote 1); (ii) servicio de envíos masivos y buzoneo locales (lote 2).

Son objeto de reclamación dos criterios de adjudicación del lote 1, contenidos en los apartados 2.1, 2.2 y 5 de la cláusula 18 del Anexo I del PCAP.

- (i) El primer criterio al que hace referencia la reclamación (apartados 2.1 y 2.2) está basado en el número de oficinas de atención al público en Cataluña y en el resto del territorio nacional.
- (ii) El segundo criterio está ligado a la a la estabilidad de la plantilla (apartado 5), valorándose el número de trabajadores con contrato indefinido que efectúan el reparto postal en el municipio de Girona.

El interesado considera que el hecho de que se otorgue un máximo de 10 puntos según el número de oficinas de atención al público en Cataluña ligado a la contratación y un máximo de 5 puntos según el número de oficinas que se tengan abiertas en el resto del territorio nacional, resulta contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM. En este sentido, pone de manifiesto la *“clara desventaja”* existente hacia los operadores privados por la existencia de arraigo territorial *“puesto que se otorga la puntuación más alta a la licitadora que ostente el mayor número de oficinas tanto en Cataluña como en todo el Estado, siendo manifiesto el favorecimiento a la SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS”*.

Por lo que se refiere a la estabilidad de la plantilla, el interesado considera que la valoración de hasta 13 puntos en función del número de trabajadores con

1

https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/notice.pscp?reqCode=viewCn&idDoc=86129347&lawType=.

contrato indefinido -incluyendo trabajadores propios y los de empresas subcontratadas- pueden suponer un obstáculo para la participación de operadores económicos en este proceso de contratación pública, favoreciendo, como en el caso anterior, a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos.

III. INCLUSIÓN DE LOS SERVICIOS POSTALES EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

El apartado b) del Anexo de la LGUM define las actividades económicas como: *“b) Actividad económica: cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”.*

La actividad objeto de la licitación ahora analizada, esto es, los servicios postales, está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, tal y como dispone el artículo 2².

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

En el artículo 145 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) se señala que *“la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio”*, añadiéndose en el apartado 5 los criterios de adjudicación de los contratos³.

² *“Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.”*

³ *Tales criterios deben cumplir los siguientes requisitos:*

- a) *En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.*
- b) *Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*
- c) *Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá*

En relación a la utilización del número de oficinas que se disponga en un determinado territorio o territorios como criterio de adjudicación en los contratos postales, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en su Resolución de 26 de diciembre de 2019 (Recurso nº 1255/2019) ha señalado, siguiendo la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre de 2005 (asunto C-234/03), que dicho criterio de valoración solo debe ser utilizado de manera excepcional, siempre que se encuentre suficientemente motivado en los pliegos, y se refiera a la disponibilidad de oficinas por el licitante adjudicatario al ejecutarse el contrato (no antes, puesto que si no se trataría de una discriminación territorial). Añade el TACRC que, en todo caso, este criterio deberá aplicarse de manera no discriminatoria, estar justificado por razones imperiosas de interés general, ser adecuado para garantizar el objetivo que se persigue y no ir más allá del mismo.

Por lo que se refiere al a la estabilidad laboral como criterio de adjudicación, se trata de uno de los criterios sociales previstos en el artículo 145.2.1º LCSP:

“Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: (...) la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato”.

No obstante, el TACRC ha matizado la aplicación de los criterios sociales al señalar⁴ que este criterio de adjudicación ha de referirse al personal adscrito a la ejecución del contrato y no a la totalidad del personal de las empresas licitadoras). Asimismo, el TACRC también exige que exista una relación directa entre la cláusula social y el objeto del contrato licitado y que la valoración de dicha cláusula pueda efectuarse a través de datos o factores comprobables y objetivos.

V. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LGUM

En materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, el artículo 16 de la LGUM parte de un principio general de libre iniciativa económica: *“El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales”.*

Así pues, la libre iniciativa económica, que supone el libre acceso y ejercicio de la actividad, solo podrá limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, y cuando la limitación sea

comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

⁴ Resolución nº 885/2021 de 15 de julio de 2021 (Recursos nº 716, 772 y 785/2021 (FJ 6)).

adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible, según el artículo 5 de la LGUM:

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Las razones imperiosas de interés general están previstas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en los siguientes términos: “*«Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural»*”.

Por otro lado, a tenor del artículo 9 de la LGUM las autoridades competentes deberán garantizar que respetan los principios de la LGUM en todas sus actuaciones:

1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.

2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:

a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.

b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.

Finalmente, el artículo 3 LGUM declara que

1. Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento.

2. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico.

El contenido de este precepto es desarrollado por el artículo 18 LGUM.

En el supuesto concreto objeto de reclamación, por lo que se refiere al **criterio basado en el número de oficinas de atención al público** en Cataluña (sin incluir el número de oficinas mínimo para acudir a la licitación) y el número de oficinas abiertas en todo el territorio nacional se encuentra justificado en el Pliego por la necesidad de prestar un “servicio de calidad” a los usuarios y facilitar a éstos la “recogida de los envíos” en las oficinas del adjudicatario.

El PCAP prevé que el licitador que no sea el operador que tiene encomendada la prestación del servicio universal utilice la red de este (apartado 12 del Anexo I), debiendo, en este caso, “disponer de un título que le habilite a dicho acceso que le permita depositar los envíos para los que no disponga de recursos suficientes para llevar a cabo una distribución conforme a los requerimientos del presente pliego. En este sentido, deberá tener suscrito un contrato de acceso a la red postal con el operador designado para la prestación del servicio postal universal, que esté en vigor en la fecha de presentación de la oferta y que deberá mantenerse vigente durante todo el periodo de duración del contrato.”

En este caso, el criterio de adjudicación parece que redundará en una mejor calidad del servicio a los ciudadanos por lo que, atendiendo a lo dispuesto en la LGUM, estaría vinculado a la razón imperiosa de interés general de protección de los derechos de los destinatarios de los servicios.

Ahora bien, a la hora de evaluar este criterio, la puntuación en función del número de oficinas debe ser independiente de si éstas son propias del licitador

o si va a disponer de ellas indirectamente⁵ a través del correspondiente contrato de acceso a la red postal al que hace referencia el pliego.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 LGUM, el citado requisito ha de resultar adecuado para garantizar el objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario para garantizar dicha finalidad.

Por otro lado, por lo que se refiere al **criterio relativo a la estabilidad laboral**, debe señalarse que el mismo se justifica, tal y como aparece en los PCAP por el hecho de que se *“quiere valorar la estabilidad de la plantilla que se destinará a la ejecución del contrato, ya que este es un factor clave para garantizar el cumplimiento de los requisitos de validez de los envíos gracias al conocimiento del municipio asignado y a la experiencia en el procedimiento de distribución”*.

No obstante, a diferencia de lo señalado por el TACRC en diversas resoluciones ya citadas, el pliego, en lugar de referir dicho requisito a los trabajadores destinados a la ejecución del contrato, lo circunscribe a los trabajadores que efectúen repartos postales dentro del municipio de Girona antes de la fecha de licitación.

VI. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

- 1) El criterio basado en el número de oficinas de atención al público estaría justificado en la razón imperiosa de interés general consistente en la protección de los derechos de “los destinatarios de los servicios” en la medida en que resulte adecuado para garantizar el objetivo perseguido y que no vaya más allá de lo necesario para garantizar dicha finalidad, según exigen tanto el artículo 5 LGUM como el TACRC.

⁵ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal (en adelante Ley Postal): *“Se garantiza 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, de conformidad con los principios de transparencia, proporcionalidad y no discriminación (...) Con el objeto de mantener la integridad, eficacia y eficiencia de la red, los envíos deberán presentarse en los centros de admisión masiva y continuarán en la red hasta la distribución final, en condiciones no discriminatorias respecto a las aplicadas por el operador designado a sus filiales o entidades participadas”*. Es decir, la Ley Postal prevé, mediante el acceso a la red –materializado a través de la firma del contrato de acceso–, que los envíos depositados por el operador alternativo en la red postal de Correos puedan ser recogidos por los destinatarios en las oficinas postales de Correos, al encargarse Correos en esos casos de su distribución final, por lo que el operador alternativo dispondría indirectamente del acceso a todas las oficinas postales de Correos. Por ello, tales oficinas postales deberían poderse computar en la licitación como oficinas que permiten al operador alternativo cumplir con las exigencias del pliego en lo referido a la necesidad de prestar un “servicio de calidad” a los usuarios y facilitar a éstos la “recogida de los envíos” en oficinas puestas a disposición del adjudicatario en virtud del acceso garantizado por la citada Ley Postal.

- 2) A la hora de evaluar este criterio, la puntuación en función del número de oficinas debe ser independiente de si éstas son propias del licitador o si va a disponer de ellas indirectamente a través del correspondiente contrato de acceso a la red postal al que hace referencia el pliego.

- 3) Por lo que se refiere al criterio relativo a la estabilidad laboral, no debería referirse a los trabajadores que efectúan repartos postales en el municipio de Girona que tuvieron los licitantes antes de la licitación sino a los trabajadores destinados a la ejecución del contrato licitado, según ha indicado el TACRC.