

INFORME SOBRE LA INFORMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, EN RELACIÓN CON EL COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS MATERIALES EXIGIDO POR EL PRINCIPADO DE ASTURIAS EN UNA LICITACIÓN DE SERVICIOS POSTALES CONSISTENTE EN DISPONER DE UNA OFICINA EN CADA UNA DE LAS DIECINUEVE POBLACIONES PRINCIPALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ASTURIANA Y EN CADA CAPITAL DE PROVINCIA DEL ESTADO, ASÍ COMO RESPECTO AL ESTABLECIMIENTO COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN DE LA MEJORA DE LA RED DE OFICINAS

(UM/018/24)

CONSEJO. PLENO

Presidente

D.^a Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D.^a. María Jesús Martín Martínez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 15 de abril de 2024

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 04 de marzo de 2024, tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital un escrito de un operador a través del cual informa sobre los obstáculos a la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), que derivan, por un lado, del compromiso de adscripción de medios materiales exigido por el Principado de Asturias en una licitación de servicios postales consistente en disponer de una oficina en cada una de las 19 poblaciones principales de la citada Comunidad Autónoma (dos en el caso de Gijón y Oviedo) y en cada capital de provincia del Estado. Y, por otro, de la aplicación como criterio de adjudicación de la mejora de la red de oficinas disponibles.

Concretamente, el informante se refiere a la licitación del “*Acuerdo marco para la prestación de servicios postales y telegráficos, con destino a la Administración del Principado de Asturias y sus Organismos Autónomos, así como las Entidades Públicas y Entes Públicos Adheridos*” (AM 04/23)¹, cuyo anuncio fue publicado el 01 de febrero de 2024.

Por una parte, en el apartado 8) (*compromiso de adscripción de medios personales y materiales*) de la Cláusula 10 (*documentación a presentar por los licitadores*) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (páginas 42 a 43 del PCAP) de la mencionada licitación se prevé lo siguiente:

2- Medios materiales:

Los licitadores habrán de poner a disposición de la ejecución del contrato los siguientes medios materiales:

2.1 Red de oficinas:

Existirá una red de oficinas de atención al público en el ámbito de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias conforme a los criterios y requisitos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas. El adjudicatario deberá acreditar la disposición de oficinas en las principales poblaciones dentro de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias.

El número mínimo de oficinas y su ubicación por población se detalla en la tabla siguiente:

POBLACIÓN	N ° Oficinas
Gijón	Dos
Oviedo	Dos

¹ https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/3bb35f10-32ff-4ba3-883f-71b65a296db3/DOC_CD2024-000153537.html?MOD=AJPERES

<i>Avilés</i>	<i>Una</i>
<i>Siero</i>	<i>Una</i>
<i>Langreo</i>	<i>Una</i>
<i>Mieres</i>	<i>Una</i>
<i>Castrillón</i>	<i>Una</i>
<i>San Martín del Rey Aurelio</i>	<i>Una</i>
<i>Corvera de Asturias</i>	<i>Una</i>
<i>Villaviciosa</i>	<i>Una</i>
<i>Llanera</i>	<i>Una</i>
<i>Llanes</i>	<i>Una</i>
<i>Llaviana</i>	<i>Una</i>
<i>Cangas de Narcea</i>	<i>Una</i>
<i>Valdés</i>	<i>Una</i>
<i>Lena</i>	<i>Una</i>
<i>Aller</i>	<i>Una</i>
<i>Carreño</i>	<i>Una</i>
<i>Gozón</i>	<i>Una</i>

Existirá una red de oficinas dentro del territorio nacional de al menos una por cada capital de provincia.

Asimismo, por otra parte, y dentro de los criterios de adjudicación del contrato, en la Cláusula 11 (página 51 del PCAP), se señala que:

2.2 – Cobertura de oficinas de atención al público en el Principado de Asturias.....15 puntos

Se valorará hasta 15 puntos la ampliación de la red de oficinas puestas a disposición de la ejecución del contrato en el ámbito territorial del Principado de Asturias, superiores a las requeridas en el compromiso de adscripción de medios materiales.

Respecto a las anteriores disposiciones transcritas (cláusulas 8 y 11 del PCAP), el operador informante sostiene que:

Los criterios relativos a la solvencia técnica y de valoración de las Ofertas contenidos en el PCAP, suponen una clara restricción a la concurrencia de empresas, estando contaminados por el principio del arraigo territorial, pues la única entidad que tiene acceso y que cumpliría con dicho número de oficinas sería la SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS, como operador postal universal, que dispone, debido a su singular status, de una red de oficinas y medios imposible de igualar por cualquier otro operador postal, vulnerando así los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación consagrados en la LGUM.

La Secretaría para la Unidad de Mercado, en fecha 05 de marzo de 2024, ha dado traslado a esta Comisión de la reclamación y la documentación presentada con la finalidad de que, por este organismo, se emita un informe, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4 del art. 28 LGUM.

II. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

Tras la reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022), el art. 2 LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

- “1. Esta ley será de aplicación al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.*
- 2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las materias del ámbito tributario.”*

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM como “*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*”. Se añade a continuación, fruto de la modificación efectuada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, que “*no se incluyen dentro de este concepto las actividades relativas a la reserva o al ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas ni la regulación de las relaciones laborales por cuenta ajena o asalariadas.*”

En el caso que nos ocupa, la actividad sobre la que versa la información presentada consiste, según lo previsto en la Cláusula 1.1 del PCAP (*objeto y finalidad*), en la prestación de “*servicios postales con destino a la Administración del Principado de Asturias, sus organismos autónomos, así como las entidades públicas, y entes públicos adheridos*”.

El artículo 2 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, define los servicios postales como “servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia”. Por tanto, se trata de servicios incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 LGUM al prestarse “en condiciones de mercado”.

Por otro lado, tanto esta Comisión en sus Informes UM/060/21 de 15 de septiembre de 2021² y UM/078/22 de 18 de octubre de 2022³ como la Secretaría para la Unidad de Mercado (SUM) en sus Informes 28/21035 de 10 de noviembre de 2020⁴ y 26/21041 de 27 de agosto de 2021⁵ han venido aplicando la LGUM a los servicios postales.

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

III.1 Restricciones informadas

Según se desprende de los apartados 8 y 11 PCAP anteriormente transcritos, los requerimientos sobre el número de oficinas se refieren a dos aspectos distintos de la contratación pública:

- a) La exigencia del apartado 8 PCAP afecta al compromiso de adscripción de determinados medios materiales a la ejecución del contrato como concreción de las condiciones de solvencia previsto en el apartado 2 del artículo 76 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).
- b) El apartado 11 del PCAP afecta a los criterios de adjudicación del artículo 145 y ss de la LCSP.

De acuerdo con la Cláusula 12.2 PCAP (página 58), se prevén dos fases o etapas distintas dentro del procedimiento abierto de adjudicación, procedimiento aplicable en este caso según la cláusula 9 PCAP y regulado en artículo 156 LCSP y siguientes.

² <https://www.cnmc.es/expedientes/um06021>.

³ <https://www.cnmc.es/expedientes/um07822>.

⁴ <https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiayempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28-0220CONTRATPUBLICServiciosPostalesDiputacionHuelva.aspx>.

⁵ https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiayempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/26-0254CONTRATACI%C3%93N_P%C3%9ABLICA%E2%80%93Servicios_postales_Girona.aspx.

Así, en una primera fase, la Mesa de Contratación abre los sobres de los licitadores que contienen la documentación referente a los requisitos de capacidad y solvencia (véanse artículos 140 y 157 LCSP). Los licitadores que no superan dicha etapa no pueden pasar a la siguiente fase, consistente en la apertura de las ofertas o propuestas.

Por tanto, la restricción de la cláusula 10 PCAP impediría a los licitadores afectados por la misma superar la primera fase del procedimiento abierto (apertura de documentación de requisitos previos), mientras que la restricción de la cláusula 11 PCAP afectaría a la valoración o puntuación de las ofertas o proposiciones de los licitadores que hubiesen superado la primera fase. La incidencia de esta segunda restricción es del 15% sobre la puntuación total de la adjudicación, al asignarse 15 puntos sobre 100 a este criterio valorativo.

III.2 Normativa aplicable en materia de servicios postales

Como se ha indicado anteriormente, el artículo 2 de la Ley 43/2010 (Ley del Mercado Postal) prevé que los servicios postales son servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia.

Para poder prestar servicios postales basta presentar la declaración responsable previa al inicio de la actividad de los artículos 40 y 41 de la Ley 43/2010. Únicamente se requiere autorización administrativa singular del artículo 42 de la Ley 43/2010 para la ejecución de cualesquiera prestaciones en relación con los “servicios en el ámbito del servicio postal universal” cuyo ámbito se define en el artículo 21 de la Ley 43/2010.

En este supuesto concreto, la Cláusula 8.1 PCAP exige a los licitadores haber realizado tanto la declaración responsable general como disponer de la autorización administrativa singular para prestar los “servicios en el ámbito del servicio postal universal”; doble requerimiento no discutido por la entidad informante.

III.3 Normativa aplicable en materia de contratación pública

Anteriormente ya se han mencionado los artículos 76.2 y 146 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Por un lado, el artículo 76.2 LCSP prevé, como “*concreción de las condiciones de solvencia*”, que:

Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del

contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

En el caso de contratos que atendida su complejidad técnica sea determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato, los órganos contratación exigirán el compromiso a que se refiere el párrafo anterior.

Y, por otro lado, el artículo 145 LCSP en su apartado 5 declara, con relación a los criterios de adjudicación, que:

- a) *En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato (..)*
- 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 comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.*

Con relación a la aplicación de dichos preceptos a la licitación de “servicios postales” y a la exigencia de disponer de un determinado número de oficinas en un territorio concreto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), entre otras, en sus Resoluciones núm. 31/2019 de 18 de enero de 2019 (Recurso núm. 1261/2018), núm. 1526/2019 de 26 de diciembre de 2019 (Recurso núm. 1255/2019) y núm. 1062/2020 de 5 de octubre de 2020 (Recurso núm.755/2020) ha venido señalando que:

“Como es doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha de ser especialmente vigilante a cualquier restricción a la libre concurrencia fundada directa o indirectamente en el denominado arraigo territorial, debiendo considerarse nulas aquellas previsiones de los pliegos que puedan impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial.

Por tal motivo, son discriminatorias las condiciones de arraigo territorial cuando se configuran como requisitos de solvencia o como criterios de adjudicación, admitiéndose, por el contrario, cuando se exigen como un compromiso de adscripción de medios al adjudicatario o como condiciones de ejecución siempre

que, en este supuesto, respeten el principio de proporcionalidad y guarden relación con el objeto del contrato.”

En el supuesto analizado:

/1º) En cuanto al compromiso de adscripción correspondiente a la red de oficinas, en principio sería admisible, por tratarse de un compromiso de adscripción y no de un requisito de solvencia. Sucede, sin embargo, que, atendidas las circunstancias del supuesto, cabe considerar que no satisface la condición de ajustarse al principio de proporcionalidad.

La red de oficinas prevista en el pliego es de, como mínimo, 21, correspondientes a 19 poblaciones en una Comunidad Autónoma con 8 comarcas, dato este que se destaca porque el Decreto autonómico 11/91, de 24 de enero, por el que se aprueban las Directrices Regionales de Ordenación del Territorio de Asturias⁶, declara *“la idoneidad de las ocho comarcas funcionales seleccionadas y sus correspondientes núcleos viene avalada por la gran coincidencia de los contornos de las áreas de influencia basadas en la equidistancia de tiempos de recorrido desde cada núcleo con dichas comarcas funcionales”*. Debe destacarse que el pliego no contempla la división en lotes (antecedente de hecho cuarto). Esta decisión, a la que no se objeta en la reclamación, resulta relevante, porque la división en lotes se prevé como práctica general, de modo que la no división debe justificarse (artículo 99.3 LCSP). Como señala el Preámbulo de la LCSP, *“Como medidas más específicas, se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas)”*. Al respecto, no se aprecia impedimento alguno a la posibilidad de establecer distintos lotes que agruparan municipios en atención a su proximidad geográfica, de manera que los licitadores pudieran concurrir a todos o algunos de los lotes.

Al no haber previsto lotes, los licitadores deben concurrir a la totalidad del objeto contractual. Si bien no se exige disponer de las oficinas requeridas en el momento de presentar la oferta, no es menos cierto que los licitadores deben comprometerse a disponer de ellas en el momento de ejecución del contrato, lo que implica que todo posible interesado, al valorar concurrir a la licitación, es consciente de que, de ser adjudicatario, deberá asumir el coste inevitable de mantener todas las oficinas, a sabiendas de que la demanda en unas de ellas es presumiblemente inferior a la de otras. Esta circunstancia se suma al hecho de que existe una entidad, Correos y Telégrafos, S.A., por su condición pasada, dispone de una red de oficinas que no está al alcance del resto de competidores, que, a la problemática antedicha, añaden la de tener que dotarse eventualmente de la red necesaria para garantizar la ejecución del contrato. Sumados estos dos

⁶ BO Principado Asturias número 45 de 23.02.1991.

factores, se concluye que el compromiso de adscripción, en los términos en que aparece en el pliego, es desproporcionado.

En este sentido, se considera de interés lo argumentado en la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León nº 69/2021, de 20 de mayo (rec.40 y 41/2021), razona que:

«Esta red mínima de oficinas abiertas al público será la siguiente:

1 oficina abierta al público en cada una de las capitales de provincia y 1 oficina abierta al público en todas aquellas localidades de más de 50.000 habitantes no capitales de provincia, 5 oficinas abiertas al público en localidades de la provincia de Valladolid (no se incluyen las abiertas en la capital), 5 oficinas abiertas al público en el municipio de Valladolid.

»A este fin, los licitadores deberán presentar relación de las Oficinas de las que dispone, a fecha de inicio de presentación de ofertas, a fin de acreditar lo requerido anteriormente. En la citada relación se detallará: dirección (Calle, Avenida, Plaza, etc. y nº), población, provincia y código postal de cada una de ellas, así como su horario de apertura al público y características de accesibilidad».

La doctrina es pacífica al considerar que los criterios de arraigo territorial no pueden ser ni requisitos de solvencia ni criterios de adjudicación (Por todas, Resoluciones 30/2016, de 5 de mayo y 25/2020, de 6 de febrero, de este Tribunal). Son admisibles, por el contrario, cuando se configuran como compromiso de adscripción de medios (artículo 76.2 de la LCSP) o bien como condición de ejecución del contrato en el pliego técnico, siempre que, en cualquier caso, se ajusten al principio de proporcionalidad, atendida su relación con el objeto y el importe del contrato, y respeten los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública.

Sobre esta cuestión, el Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, concluye:

“1. El origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público.

»2. Igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración circunstancias que se refieran a alguna de las características de la empresa señaladas en la conclusión anterior”.

Por lo tanto, la previsión del pliego sobre la red y ubicación del locales u oficinas incorpora una exigencia de compromiso de adscripción de medios (artículo 76.2 de la LCSP) durante la ejecución del contrato, cuya admisión, como se ha señalado -y se reiteró por este Tribunal en las Resoluciones 18/2018, de 22 de

febrero y 25/2020, de 6 de febrero -, no cabe descartar a priori, siempre que su establecimiento no sea contrario a los principios de concurrencia e igualdad de obligada observancia conforme al artículo 1 de la LCSP, ni resulte contrario al principio de proporcionalidad.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 27 de octubre de 2005 (Asunto C- 234/03), señaló que, si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentar las ofertas era manifiestamente desproporcionada, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición a cumplir durante la ejecución del contrato, requiriéndose en fase de adjudicación únicamente el compromiso de tenerla.

No obstante, como se ha señalado, el compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato encuentra su límite en el principio de proporcionalidad (artículo 76. 3 de la LCSP), atendida su relación con el objeto y el importe del contrato, así como en los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública.

El informe del órgano de contratación alude a que forman parte de los servicios objeto del contrato, en los apartados 3.1 y 3.2 del PPT, la distribución y gestión de carta certificada, nacional e internacional, carta certificada urgente, nacional e internacional y las notificaciones administrativas, que de acuerdo con el apartado 4 del PPT, deben practicarse según las exigencias de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y de lo establecido en el primer párrafo del artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal; con presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción, o rehúse, o imposibilidad de entrega. Considera que el mínimo exigido queda perfectamente justificado en la información que se incorpora como anexo III1 al PPT, en el que se detalla el tipo de servicio, el ámbito territorial, así como la previsión, en porcentaje de gasto, sobre el total del contrato, de los mismos (aparece información al respecto en el anexo I del PPT).

El citado informe también indica que la previsión del apartado 6 del PPT establece que, a los fines señalados resulta suficiente que el adjudicatario disponga de una red mínima de Oficinas de Atención al Público, o esté en disposición de obtenerla, por lo que no supone una barrera para la licitación, sino que debe entenderse como un compromiso justificado y proporcionado en atención al objeto del contrato.

En el supuesto examinado, es preciso tener presente que, de acuerdo con el apartado G del cuadro de características, se prevé la exigencia de habilitación profesional: “Autorización o habilitación pertinente para el ejercicio de las tareas objeto de este contrato debiéndose aportar copia del documento que lo acredite (Registro General de Empresas prestadoras de servicios postales) y/o documento acreditativo de haber suscrito con el operador al que se ha encomendado el Servicio postal Universal, un acuerdo de acceso a la red postal

pública (Real Decreto 1298/2006, de 10 de noviembre por el que se regula el acceso a la red)”. Sin perjuicio del acceso a la red postal con el operador designado para la prestación del servicio postal universal, se está requiriendo, no obstante, la efectiva disposición de las oficinas en los términos previstos en el pliego.

La controversia radica, por tanto, en si la exigencia de disponibilidad de la red de oficinas abiertas al público, en los concretos términos exigidos (una oficina en cada una de las capitales de provincia y localidades de más de 50.000 habitantes, más cinco oficinas en la ciudad de Valladolid y otras cinco en el resto de la provincia) es proporcional al objeto del contrato y si puede ser limitativo de la concurrencia.

Si bien es cierto que la cobertura y medios de la red postal es un requisito vinculado directamente a los servicios postales, y que el hecho de que Correos haya desplegado sus esfuerzos de inversión en el pasado en conseguir amplia cobertura de la red, tanto en el municipio y provincia de Valladolid como en el resto del territorio nacional, es una opción abierta al resto de licitadores, también lo es que el tiempo transcurrido desde la liberalización del mercado postal no ha podido permitir la disponibilidad de redes y dotaciones tan amplias a las empresas que intervienen en este sector, lo que podría perjudicar la libre competencia.

Además, como señala la Resolución 107/2019, de 13 de junio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la posición privilegiada de Correos como operador postal universal es una circunstancia que no procede de la documentación contractual, sino del artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, que atribuye a esta empresa “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”, por lo que el recurso especial no es la vía para combatirla.

No obstante, tales circunstancias no confieren derechos ni pueden conllevar situaciones jurídicas absolutas. Así, el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, determina:

(...)

Asimismo, el artículo 9.1 dispone que (...)

Así, la referida Ley 20/2013, de 9 de diciembre, dispone que los órganos de contratación deben velar por que en la documentación de los contratos públicos quede garantizado el principio de igualdad de trato, evitando el establecimiento de requisitos desproporcionados.

El disponer de un número mínimo de oficinas en determinados lugares, en los supuestos en los que se trate realmente de un compromiso de adscripción de medios exigible solamente al licitador propuesto como adjudicatario, pudiera resultar proporcional al objeto del contrato y no limitativo de la concurrencia, pero no es lo que se observa en el caso objeto de recurso.

Por otro lado, es necesario destacar, a pesar de lo señalado por el órgano de contratación, que el apartado 6 del PPT exige que “los licitadores deberán presentar relación de las Oficinas de las que dispone, a fecha de inicio de presentación de ofertas, a fin de acreditar lo requerido (...)”.

Los concretos términos en los que la cláusula examinada contempla la exigibilidad y acreditación de tales medios, en la fecha de inicio de presentación de ofertas, no configuran un compromiso de adscripción exigible solamente al licitador propuesto como adjudicatario. Los compromisos de adscripción se exigen en la ejecución del contrato, no en el momento de la presentación de ofertas, como prevé el pliego.

La existencia de una cláusula que aparezca materialmente vinculada a la existencia previa de una red de oficinas puede conculcar la libre concurrencia y el principio de igualdad al suponer y otorgar una ventaja competitiva al operador económico que se halle previamente instalado en el territorio.

Por todo ello, debe estimarse el recurso interpuesto, al contener los pliegos impugnados una cláusula basada en el “arraigo territorial”.

Por otro lado, no existiría una justificada motivación de la elevada adscripción de medios exigida en comparación con el valor estimado del contrato y la ausencia de previsión de medios alternativos, por lo que este Tribunal consideraría igualmente, en el supuesto de que realmente se estuviera en presencia de un compromiso de adscripción, que se trataría de una adscripción de medios desproporcionada.

Este Tribunal, en su Resolución 157/2020, de 12 de noviembre, ya indicó que la previsión de disposición de un número tan elevado de oficinas o establecimientos, no sólo en el territorio del órgano de contratación sino en todo el territorio nacional, sin que se haya motivado ninguna razón imperiosa de interés general, redundaría en la desproporción de la medida, pudiendo conseguirse la finalidad pretendida con el contrato a través de otros medios menos restrictivos de la concurrencia (en este sentido se pronuncia la Resolución 53/2019, de 27 de febrero del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).”

En atención a lo expuesto se considera que, habida cuenta de la no división en lotes y el elevado número de oficinas requerido, así como su dispersión geográfica, que comprende la totalidad de la Comunidad Autónoma y 19

localidades en una Comunidad con 8 comarcas, el compromiso cuestionado resulta desproporcionado.

2º) La mejora en el número de oficinas de la Cláusula 11 PCAP se configura como “*criterio de adjudicación*”.

Por tanto, a priori, el PCAP objeto del presente informe no estaría observando los criterios fijados por el TACRC para la admisibilidad de este tipo de cláusulas de acuerdo con la normativa de contratación pública aplicable. En este sentido, debe traerse a colación lo declarado por esta Comisión sobre criterios de adjudicación contractual basados en ofrecer un número adicional de oficinas, concretamente, en las páginas 14 a 15 del Informe INF/DP/0012/14 de 25 de junio de 2014⁷:

El Anexo IV también regula el criterio relativo a la Red de oficinas abiertas al público para la entrega de los envíos. Este criterio, por las implicaciones que conlleva (ver apartado III.2.2) puede erigirse en una barrera de acceso a la adjudicación para el resto de operadores, diferentes al operador designado prestador del servicio universal, que es quien gestiona la red postal pública y quien, por tanto, dispone de la mayor red de oficinas abiertas al público, con más volumen y dispersión territorial. Debería por tanto replantearse sobre todo en lo referente al número de oficinas que exceda al número mínimo exigido en los Pliegos.”

III.4 Aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM

Por un lado, el artículo 5 LGUM prevé que:

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, 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 guardar relación con la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser proporcionado de modo tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

⁷ Informe sobre los pliegos del contrato de servicios postales de la Administración General del Estado, Fase I (<https://www.cnmc.es/expedientes/infdp001214>).

Por su parte, el artículo 3.11 de la mencionada Ley 17/2009 señala que:

«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.

Y con relación a la aplicación de este precepto respecto a la exigencia de un determinado número de oficinas abiertas para la prestación de servicios postales, tanto esta Comisión como la Secretaría para la Unidad de Mercado (SUM) han declarado que dicha exigencia estaría basada en la tutela de los derechos de los destinatarios de los servicios (en este caso, los ciudadanos remitentes o receptores de comunicaciones postales). Así lo han indicado en el Informe UM/060/21 de la CNMC de 15 de septiembre de 2021⁸ así como en el Informe 26/22063 de la SUM 11 de octubre de 2022⁹. En las páginas 11 a 12 del último informe citado la SUM declara que:

“Por tanto, podría interpretarse que la medida perseguiría ofrecer la mayor calidad posible de la prestación del servicio y estaría vinculada a la razón imperiosa de interés general de protección de los derechos de los destinatarios de los servicios incluida en el artículo 5 de la LGUM.

Efectivamente, disponer de una red postal con un mayor número de oficinas facilita el depósito de los envíos, la entrega de los mismos y, en caso necesario, su recogida por los destinatarios en las oficinas de la empresa operadora del servicio, reduciendo los plazos de recepción de las comunicaciones. Asimismo, poner a disposición de la ejecución del contrato un mayor número de vehículos y de personal podría redundar en una mayor rapidez de los traslados y una mejor atención al público, tanto en las oficinas como en el reparto. En este sentido, podría considerarse que el criterio de valoración relacionado con la capacidad de la red postal utilizada (ya sea la del operador postal designado o de la propia o ambas), así como el número de oficinas, vehículos y personal adscrito al

⁸ 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. (<https://www.cnmc.es/expedientes/um06021>).

⁹

<https://portal.mineco.gob.es/es-es/economia-y-empresa/unidad-mercado/gum/buscador/Paginas/26-0292CONTRATP%C3%A9BLICAServicios-postales-Cartagena.aspx>.

contrato, guarda una vinculación directa con una mejor prestación de servicio a la ciudadanía.”

No obstante, aunque la medida adoptada esté basada en una razón imperiosa de interés general, deberá ser proporcionada y producir la mínima distorsión posible en la actividad económica, requisitos también del propio artículo 5 LGUM.

Así, en este supuesto concreto, se dan las siguientes circunstancias particulares que cuestionarían la proporcionalidad de las restricciones informadas:

1ª) El compromiso de adscripción de la Cláusula 8 (documentación a presentar por los licitadores), si bien sería admisible en principio, al tratarse de un compromiso de adscripción, resulta desproporcionado en este caso, dada la no división en lotes y elevado número de oficinas (21) y localidades (19) requeridas, que abarcan toda la Comunidad Autónoma, compuesta por 8 comarcas.

2ª) No se justifica la proporcionalidad de la introducción en la Cláusula 11 del PCAP, como criterio de adjudicación del ofrecimiento de mejoras basadas en un número adicional de oficinas postales, tal y como exige el TACRC en su Resolución núm.1526/2019 de 26 de diciembre de 2019 (Recurso núm.1255/2019) cuando, como se ha dicho anteriormente, el número mínimo exigible fijado en los pliegos resulta desproporcionado.

IV. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se concluye lo siguiente:

1ª) La exigencia en la Cláusula 8 del PCAP de un determinado número mínimo de oficinas como compromiso de adscripción de medios materiales del artículo 76,.2 LCSP, estaría justificada en la defensa de los derechos de los destinatarios de los servicios (en este caso, los ciudadanos remitentes o receptores de comunicaciones postales al o del Principado de Asturias). Así se ha indicado anteriormente en el Informe UM/060/21 de la CNMC de 15 de septiembre de 2021 y en el Informe 26/22063 de la SUM 11 de octubre de 2022.

2ª) No obstante, dicha exigencia resulta desproporcionado en este caso, dada la no división en lotes y elevado número de oficinas (21) y localidades (19) requeridas, que abarcan toda la Comunidad Autónoma, compuesta por 8 comarcas.

3ª) No se justifica la proporcionalidad de la introducción en la Cláusula 11 del PCAP, como criterio de adjudicación del ofrecimiento de mejoras basadas en un número adicional de oficinas postales cuando, como se ha dicho anteriormente, el número mínimo exigible fijado en los pliegos resulta desproporcionado.