

Barcelona, 24 de maig de 2023

Resolució núm.: 338/2023 (recurs N-2022-0492)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per E.M.B., en nom i representació de l'empresa VALLÉS REPART MISSATGERS, SL, contra la resolució d'adjudicació del lot 1 del contracte del servei postal, que tramita l'AJUNTAMENT DE MONTCADA I REIXAC (expedient CO2022000014), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 19 de maig de 2022, es va publicar l'anunci de la licitació referenciada en el perfil de contractant del l'AJUNTAMENT DE MONTCADA I REIXAC (en endavant, Ajuntament o òrgan de contractació), allotjat a la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya (en endavant, PSCP).

A través d'aquest anunci, es va posar a disposició dels interessats el plec de clàusules administratives particulars (en endavant, PCAP) i el plec de prescripcions tècniques (en endavant, PPT), entre altra documentació contractual.

En data 9 de juny de 2022, es va publicar en el perfil de contractant l'anunci d'esmena de determinats apartats del PCAP i PPT que afectaven, entre altres qüestions, l'eliminació del requeriment d'una plataforma multicanal.

Es tracta d'un contracte de serveis, l'objecte del qual es troba definit a l'apartat 1r del PCAP en els termes següents: *"la prestació del servei postal de repartiment de cartes, notificacions i trameses massives de l'Ajuntament de Montcada i Reixac, dels seus organismes autònoms i del Jutjat de Pau; amb la inclusió de mesures socials per afavorir l'estabilitat en l'ocupació."*

La seva tramitació es correspon amb un procediment obert.

El valor estimat total del contracte es va fixar en 213.653,09 euros. Així mateix, el contracte es divideix en dos lots, essent objecte d'impugnació el lot 1:

- Lot 1: serveis postals al municipi de Montcada i Reixac, amb un valor estimat de 149.276,16 euros.
- Lot 2: serveis postals fora del municipi de Montcada i Reixac, amb un valor estimat de 64.376.93 euros.

SEGON. A la licitació van concórrer les empreses següents:

- VALLÉS REPART MISSATGERS, SL (en endavant VALLÉS REPART, o empresa recurrent).
- BCN01 GILCA SL (en endavant BCN01, o empresa adjudicatària).

TERCER. En data 13 de juliol de 2022, es va constituir la mesa de contractació per a l'obertura dels sobres B, que contenen la documentació relativa als criteris d'adjudicació avaluables de forma automàtica (document núm. 26 de l'expedient administratiu), qui va acordar traslladar-la a l'àrea gestora per elaborar la proposta de valoració, d'acord amb els criteris d'adjudicació establerts al PCAP.

Posteriorment, en data 18 de juliol de 2022, la mesa va acordar aprovar la valoració tècnica efectuada pel què fa als criteris avaluables de forma automàtica així com la classificació de les ofertes, proposant l'adjudicació del contracte a favor de BCN01 i acordant requerir-la per tal de constituir la garantia definitiva i aportar la documentació acreditativa prèvia a la formalització del contracte (document núm. 39 de l'expedient).

QUART. Completat per l'empresa adjudicatària el requeriment de documentació, la junta de govern local de l'Ajuntament, en data 24 d'octubre de 2022, va acordar adjudicar el lot 1 del contracte de referència a favor de BCN01 (document núm. 37 de l'expedient administratiu).

L'avantddita resolució es va publicar al perfil de contractant en data 28 d'octubre de 2022 i es va notificar a la recurrent en la mateixa data (document núm. 46 de l'expedient administratiu).

CINQUÈ. En data 11 de novembre de 2022, VALLÉS REPART va presentar al registre electrònic general de l'Ajuntament recurs especial en matèria de contractació contra la resolució d'adjudicació del lot 1 del contracte del servei postal de l'Ajuntament, recurs que va ser derivat per l'òrgan de contractació al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal), en data 18 de novembre de 2022, mitjançant tramesa a través de l'extranet de les administracions catalanes (EACAT).

En síntesi, el recurs al·lega el següent:

1. Que VALLÉS REPART té contractes de col·laboració amb les societats RECERCA I DESENVOLUPAMENT LOCAL, SL i HISPAPOST, SA en diferents poblacions, entre elles Montcada i Reixac, que l'habilita en exclusiva a realitzar la distribució postal en aquest municipi i que comporta la utilització dels sistemes informàtics d'aquestes dues empreses de manera exclusiva; i, per tant, en base als esmentats contractes de col·laboració, l'empresa adjudicatària no pot emprar els sistemes informàtics proporcionats per elles. Considera que si fa servir un altre sistema aquest haurà de complir amb la normativa legal quant al repartiment de notificacions i certificats, segona la llei 43/2010 de 30 de desembre del Servei Postal Universal (LSPU) i sol·licita que es comprovi que l'adjudicatària disposa d'una plataforma multicanal, tenint en compte l'exposat anteriorment.
2. Que d'acord amb l'exigit al PPT és necessari que l'adjudicatària compti amb una oficina al municipi de Montcada i Reixac, i sol·licita que es confirmi que BCN01 la disposa.
3. Que en cas que no disposi d'aquesta oficina i n'utilitzi una d'una altra societat, la recurrent considera que això comportaria una subcontractació i per tant és necessari que l'empresa subcontractada disposi de l'autorització administrativa A i B per a la prestació dels serveis postals no inclosos en l'àmbit del servei postal universal, tal com exigeix el punt 3.4.4 del PPT. Així mateix, sol·licita que es confirmi que BCN01 ha presentat *"el contracte de subcontractació per a la realització d'aquest contracte"* i en cas afirmatiu que es comprovi que aquesta disposa de la corresponent autorització administrativa, així com els criteris avaluables en el PCAP.

Finalment, insta a l'anul·lació de l'adjudicació del contracte en cas d'incompliment per part de BCN01 de les condicions d'execució establertes en el PCAP.

SISÈ. En la mateixa data, 18 de novembre de 2022, la Secretaria Tècnica del Tribunal va notificar a l'òrgan de contractació, amb remissió de còpia del recurs interposat, i va sol·licitar-li la tramesa de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb els articles 56.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP); 22, del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant RD 814/2015).

En data 22 de novembre de 2022, va tenir entrada al Tribunal l'expedient de contractació, així com l'informe de l'òrgan de contractació amb què s'oposa al recurs i defensa la seva actuació atès que:

1. La recurrent al·lega que el PPT requereix disposar d'una plataforma multicanal quan això no és cert i, per tant, considera que s'ha de desestimar aquesta al·legació.
2. Respecte a la disposició d'una oficina exposa que efectivament el plec exigeixen que l'empresa adjudicatària ha de disposar d'una oficina al municipi de Montcada i Reixac oberta al públic i amb un determinat horari, i que l'oferta de la recurrent indica que la posarà a disposició. L'òrgan de contractació considera que el compliment d'aquesta obligació no afecta la legalitat de l'adjudicació i que, en tot cas, aquesta qüestió es comprovarà en seu d'execució del contracte.
3. Quant als retrets de la recurrent respecte la possibilitat de subcontractació, afirma que en cas que, eventualment, es subcontractés el servei amb una altra empresa, efectivament aquesta haurà de complir amb els requisits d'aptitud i solvència exigits en els plecs i allò que ha ofert en la seva proposta, però considera que això novament no afecta la legalitat de l'acord d'adjudicació i que, en tot cas, aquesta qüestió es comprovaria en seu d'execució del contracte.

SETÈ. En data 17 de febrer de 2023, la Secretaria Tècnica del Tribunal va donar trasllat del recurs i de la documentació adjunta al recurs, als interessats concedint-los el preceptiu termini per formular al·legacions.

En data 23 de febrer de 2023, BCN01 va presentar escrit d'al·legacions en què sosté que ha aportat tota la documentació requerida per l'òrgan de contractació sense oposició per part d'ell i que no hi ha hagut cap canvi en la seva oferta que desvirtuï les motius pels quals va resultar adjudicatària. Així mateix constata que el contracte no ha començat a executar-se a causa del recurs interposat per VALLÈS REPART, i que BCN01 ha adquirit el compromís d'adscriure els mitjans materials, tècnics i humans i no té la intenció de subcontractar el servei, i en cas que ho fes ho comunicaria a l'Ajuntament, tal i com es preveu en els plecs. Per altra banda afirma que està inscrita al Registre Electrònic d'Empreses Licitadores (RELI) i allà consta la seva habilitació per exercir el servei licitat, així com la capacitat tècnica i administrativa. Quant al programari ofert en l'execució del contracte afirma que *"no tiene intención alguna de usar ningún software del que no tengamos licencia, permiso o propiedad"* i que el programari utilitzat serà comunicat a l'Ajuntament en l'inici de l'execució del contracte o quan aquest li sol·liciti.

Conclou que les insinuacions abocades en el recurs no desvirtuen els motius pels quals BCN01 va resultar adjudicatària i sol·licita la desestimació del recurs i la imposició multa per mala fe i temeritat a la recurrent, atès que el retard en l'inici del servei només ha beneficiat a VALLÈS REPART, que s'ha aprofitat en tant que actualment és l'empresa que presta aquest servei a l'Ajuntament.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per pronunciar-se sobre el recurs especial en matèria de contractació presentat, de conformitat amb l'article 46.2 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013.

SEGON. El contracte de referència és, atès el seu valor estimat -213.653,09 euros-, susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1.a) de la LCSP.

TERCER. El recurs s'interposa contra a resolució d'adjudicació de la licitació del contracte que és un acte objecte del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 44.2 c) de la LCSP.

En aquest sentit, la interposició del recurs produeix *ope legis* l'efecte suspensiu del procediment que s'impugna, sense que calgui cap pronunciament exprés per part d'aquest Tribunal, de conformitat amb els articles 53 de la LCSP i 21.3 del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual.

QUART. El Tribunal aprecia que la part recurrent té drets i interessos i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013, en tant que d'estimar-se les seves al·legacions, resultaria l'empresa adjudicatària.

També ha quedat acreditada la representació del recurrent per actuar en aquest procediment, de conformitat amb l'article 51.1.a) de la LCSP.

CINQUÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini legal de quinze dies hàbils establert a l'article 50.1 c) de la LCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

SISÈ. Exposades les posicions de les parts, i a fi d'analitzar les qüestions plantejades, cal partir, en primer lloc, del contingut dels plecs rectors de la licitació -que no van ser impugnats en el seu moment i que, per tant van esdevenir *lex inter partes*, de manera que les seves previsions van esdevenir vinculants per a totes les parts, tant les empreses licitadores que les van acceptar incondicionadament en presentar-se a la licitació ex article 139.1 de la LCSP, com a l'òrgan de contractació-, essent necessari examinar les clàusules i obligacions amb incidència en l'execució del contracte i dilucidar si de l'oferta presentada per BCN01 es dedueix que permetrà satisfer-les.

Adicionalment i vistos els retrets de la recurrent, aquest Tribunal es veu amb la necessitat de recordar, una vegada més, que la seva funció no és fiscalitzadora, qualificadora de documentació, valorativa d'ofertes ni adjudicadora del contracte, funcions que corresponen únicament a l'òrgan de contractació, sinó és estrictament revisora dels actes impugnats per tal de determinar si amb ells s'ha respectat la normativa, els principis de la contractació pública i els plecs que va aprovar l'òrgan de contractació per regir el procediment de contractació, les normes de procediment i la motivació dels actes, així com l'exactitud material dels fets i la inexistència d'error manifest d'apreciació o de desviació de poder (entre moltes d'altres, les resolucions 227/2023, 200/2023, 344/2022, 259/2022, 229/2022, 50/2021, 35/2021, 222/2020, 191/2020, 364/2019, 355/2019, 342/2019 d'aquest Tribunal; Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea -TJUE- de 23 de novembre de 1978, *Agence européenne d'intérims/Comissió*, 56/77, Rec. P. 2215, apartat 20; sentències del Tribunal General de la Unió Europea -TGUE- de 24 de febrer de 2000, *ADT Projekt/Comissió*, T145/98, Rec. P. II-387, apartat 147, de 6 de juliol de 2005, *TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissió*, T-148/04, Rec. P. II-2627, apartat 47, i de 9 de setembre de 2009, *Brink's Security Luxembourg S.A.*, apartat 193).

Així, d'existir vicis o incompliments en l'acte impugnat, aquest Tribunal ha de procedir a anul·lar l'acte o actes afectats i ordenar retrotraure les actuacions al moment anterior al moment en què el vici es va produir, però sense que pugui substituir la competència dels òrgans de contractació i els seus òrgans d'assistència i assessorament, que són els competents per dictar els actes i informes corresponents en el decurs del procediment de contractació (per totes, en supòsits substancialment idèntics al present, resolucions 15/2018 i 10/2018). Altrament, s'estaria davant un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical ex article 47.1.b) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

Doncs bé, l'examen de les qüestions controvertides en el recurs porten a analitzar prèviament les previsions contingudes en els plecs rectors. En efecte, l'apartat 1 del PPT configura l'objecte contractual i el defineix de la manera següent:

1.- OBJECTE

És objecte d'aquest plec establir les bases tècniques que serviran per a la contractació dels serveis postals de l'Ajuntament de Montcada i Reixac, els seus organismes autònoms i el Jutjat de Pau.

El servei no és en exclusiva, donat que el Jutjat de Pau disposa de personal que també realitza notificacions en el municipi de Montcada i Reixac.

S'entén per servei postal la recollida, admissió, classificació, tractament, curs, transport, distribució i lliurament de correspondència, de qualsevol pes, en les modalitats especificades, tant dins com fora del terme municipal i tant en territori nacional com internacional.

En tot cas, la prestació del servei s'ajustarà a la normativa europea d'aplicació, la Llei 43/2010, de 30 de desembre, del Servei Postal Universal, dels Drets dels Usuaris i del Mercat Postal, i les disposicions que la desenvolupen.

I, en particular, pel què fa el lot 1, precisa els serveis concrets:

LOT 1: servei postal dins el terme municipal de Montcada i Reixac.

Inclou el correu que no necessita acreditació de la conformitat de la recepció:

- carta ordinària
- carta ordinària urgent
- cartes certificades
- cartes certificades urgents
- notificacions administratives ordinàries
- notificacions administratives en processos electorals

Adicionalment, l'apartat 3 del PPT estableix les condicions d'execució del contracte, i en concret en el subapartat 1 recull les obligacions de l'empresa contractista:

3.- CONDICIONS D'EXECUCIÓ DEL CONTRACTE

1.- Obligacions de l'empresa contractista:

- Complir allò establert als articles 38 i 39 de la Llei 43/2010, de 30 de desembre, del Servei Postal Universal, dels Drets dels Usuaris i del Mercat Postal, referent al Registre General d'Empreses Prestadores de Serveis Postals, gestionat pel Ministeri de Foment.
- Els serveis amb avís de recepció hauran de complir estrictament les condicions establertes en el Títol III capítol II de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques.
- Recollir diàriament a l'edifici de dependències municipals de l'ajuntament de Montcada i Reixac, a l'oficina del Jutjat de Pau de Montcada i Reixac o a qualsevol altre dependència que indiqui l'Ajuntament la correspondència que hagi de ser distribuïda entre els seus destinataris i fer la devolució dels justificants de recepció en un termini màxim de 72 hores després d'haver-se practicat.
- Disposar dels mitjans tècnics que siguin necessaris per al bon funcionament dels treballs objecte del contracte i poder donar resposta ràpida en tot moment de l'estat en què es troben els encàrrecs efectuats.
- Disposar del personal necessari i amb la formació adequada per cobrir els serveis objecte del contracte.
- Complir amb el deure de confidencialitat i secret, d'acord amb allò establert a la Llei Orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de Protecció de dades personals i garantia dels drets digitals i el Reglament (UE) 2016/679, de 27 d'abril, del Parlament europeu i del Consell (Reglament general de protecció de dades). Aquesta obligació seguirà vigent amb posterioritat a la data de finalització del contracte.

I, en relació als sistemes informàtics a emprar en l'execució del serveis s'observa que, en el subapartat 2. "*Funcionament del servei*" es concreta el següent:

2.- Funcionament del servei

El servei que es contracta consisteix en la recollida, admissió, classificació, transport, distribució i lliurament d'enviaments postals, i també la devolució d'aquelles que no es puguin lliurar al destinatari. El punt de recollida, control i devolució de correspondència i justificants s'ubica al vestíbul de l'edifici de l'Ajuntament (avinguda de la Unitat, 8), al Jutjat de Pau (carrer Domingo Fins, 15) o a qualsevol altre dependència que indiqui l'Ajuntament, sense que això suposi variació en el preu del contracte.

(...)

Pas 3.- Resultat de la distribució / tramesa

L'empresa adjudicatària retornarà els justificants a l'Ajuntament, en el termini màxim de 72 hores, un cop sigui practicada efectivament la tramesa o no, per impossibilitat del seu lliurament. Els anteriors tràmits es podran realitzar a través d'una plataforma informàtica, en el cas que l'ajuntament opti per aquesta modalitat.

En el cas de les notificacions en processos electorals, el retorn dels justificants a l'Ajuntament s'haurà de fer en el termini màxim de 24 hores.

Per la seva banda el PCAP, quant a la presentació de la documentació a incloure a cadascun dels sobres preveu el següent:

CONTINGUT DEL SOBRE A (DOCUMENTACIÓ GENERAL)

a) Document europeu únic de contractació (DEUC) (...)

b) Declaració de submissió als jutjats i tribunals espanyols

Les empreses estrangeres han d'aportar una declaració de submissió als jutjats i tribunals espanyols de qualsevol ordre per a totes les incidències que puguin sorgir del contracte, amb renúncia expressa al seu fur propi.

c) Compromís d'adscripció de mitjans materials i/o personals

Declaració de l'empresa de comprometre's a adscriure a l'execució del contracte determinats mitjans materials i/o personals, quan així es requereixi.

CONTINGUT DEL SOBRE B (DOCUMENTACIÓ RELATIVA ALS CRITERIS D'ADJUDICACIÓ AVALUABLES DE FORMA AUTOMÀTICA)

Les empreses licitadores han d'incloure en el sobre B tota la documentació relacionada amb els criteris d'adjudicació sotmesos a valoració automàtica, a què es refereix la clàusula tretzena d'aquest plec.

La proposició econòmica i la resta de criteris avaluable automàticament s'ha de formular, conforme al model que s'adjunta com a **Annex II** a aquest plec.

No s'acceptaran les proposicions econòmiques que continguin omissions, errades o esmenes que no permetin conèixer clarament allò que es considera fonamental per valorar-les.

I, l'annex II del PCAP pel què fa al model d'oferta, per al lot 1, el configura de la manera següent:

ANNEX II

DOCUMENTACIÓ SOBRE B

OFERTA CRITERIS SUBJECTES A VALORACIÓ AUTOMÀTICA

LOT 1:

1. Model oferta econòmica preus unitaris descrits al plec

El Sr./ la Sra. amb NIF núm., en nom propi / en representació de l'empresa, en qualitat de, assabentat/da de les condicions exigides per optar a la contractació relativa al servei postal, lot 1: serveis postals al municipi de Montcada i Reixac, es compromet a dur-lo a terme amb subjecció al plec de clàusules administratives particulars i al plec de prescripcions tècniques particulars que regeixen la licitació, pel preu anual total de euros (en número i lletres), més euros en concepte d'IVA (en número i lletres), i de conformitat amb els preus unitaris que es desglossen el quadre que s'hi annexa

Lloc, data i signatura del licitador".

IMPORTANT: els licitadors hauran de basar-se en el quadre de preus que consta en el plec tècnic, desglossant els preus unitaris que conformen el preu global ofertat i respectant, en tot cas, el nombre d'unitats previstes.

Les ofertes que no annexin el quadre esmentat o alterin el nombre d'unitats previstes en ell podran ser excloses. En absència d'aigun preu unitari es considerarà que l'oferta es correspon amb el preu unitari tipus de licitació.

2. Model oferta econòmica preus unitaris no descrits al plec

El Sr./ la Sra..... amb NIF núm., en nom propi / en representació de l'empresa, en qualitat de, assabentat/da de les condicions exigides per optar a la contractació relativa al servei postal, lot 1: serveis postals al municipi de Montcada i Reixac, es compromet, respecte dels preus unitaris no descrits en el plec de prescripcions tècniques particulars, a aplicar un percentatge de descompte respecte de les tarifes públiques del servei que té establertes del per 100 (en número i lletres).

Lloc, data i signatura del licitador".

3. Model oferta relativa al criteri social

El Sr./ la Sra..... amb NIF núm., en nom propi / en representació de l'empresa, en qualitat de, assabentat/da de les condicions exigides per optar a la contractació relativa al servei postal, lot 1: serveis postals al municipi de Montcada i Reixac, declara que adscriurà a l'execució del contracte un per 100 de personal amb contractes temporals (en número i lletres).

Lloc, data i signatura del licitador".

4. Model oferta relativa a l'atenció en dissabte

El Sr./ la Sra..... amb NIF núm., en nom propi / en representació de l'empresa, en qualitat de, assabentat/da de les condicions exigides per optar a la contractació relativa al servei postal, lot 1: serveis postals al municipi de Montcada i Reixac, declara que disposarà d'una oficina al terme municipal de Montcada i Reixac que romandrà oberta al públic el dissabte al matí (excepte els que tinguin la consideració de festius) ☐ SI ☐ NO

Lloc, data i signatura del licitador".

Doncs bé, al respecte de l'al·legació de la recurrent segons la qual té exclusivitat en la distribució postal en diverses localitats, entre elles, Montcada i Reixac, pel fet que té subscrits convenis de col·laboració amb RD POST i HISPAPOST, SA a fi i efecte de desenvolupar l'activitat de distribució postal en una concreta demarcació geogràfica que abraça, entre altres, el municipi de Montcada i Reixac, escau manifestar que les activitats incloses en l'àmbit del servei postal universal poden ser realitzades per operadors diferents, prèvia obtenció de la corresponent autorització administrativa. En aquest sentit, la LSPU, en el seu article 37.1 estableix que "La prestación de servicios postales se realizará en régimen de libre competencia sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y su normativa de desarrollo", i en virtut del seu article 22,

autoritza als operadors postals a prestar lliurement aquest servei, ja sigui directament, ja sigui a través de l'operador postal designat o a través d'altres operadors. Addicionalment, s'ha pogut comprovar en l'expedient tramès (document núm. 25 de l'expedient) que l'empresa adjudicatària disposaria de la corresponent autorització administrativa. Ultra això, els plecs rectors tampoc estableixen cap altra condició d'execució diferent a les transcrits *ut supra*, i per tant, no s'aprecia *prima facie* que els convenis subscrits per la recurrent hagin d'afectar directament la nova contractació.

Per altra banda, i pel què fa el sistema informàtic, si bé es cert que inicialment, en el primer PPT publicat a la PSCP sí que s'exigia una plataforma multicanal, del contingut del PPT esmenat no s'observa que l'Ajuntament requereixi cap plataforma informàtica específica o multiservei, com afirma la recurrent, de manera que s'aprecia que l'òrgan de contractació dona llibertat a les empreses licitadores prestadores de serveis postals per aportar els sistemes o plataformes que considerin, sempre que compleixin amb les estipulacions de la LSPU.

Per tant, no es desprèn dels requeriments dels plecs i dels documents a incloure en cadascun dels sobres, que fos necessari que BCN01 hagués de concretar quina seria la plataforma informàtica que utilitzaria, en cas que l'Ajuntament optés per utilitzar-ne una, ni que fos preceptiva la presentació de cap document que detallés les seves especificacions. I tampoc es dedueix que hagués d'aportar cap documentació al respecte en el moment de requeriment de documentació previ a l'adjudicació, segons l'establert en la clàusula 16a del PCAP.

En conclusió, doncs, en tant que els plecs no exigien cap documentació acreditativa en relació al requeriment controvertit, -que es recorda que només haurà de portar-se a terme si l'Ajuntament sol·licita la implementació del sistema informàtic- el control que l'òrgan de contractació hagi de fer el respecte, si escau, només podrà realitzar-se en el moment d'execució del contracte .

Tanmateix, en l'hipotètic cas que l'adjudicatària optés per utilitzar un dels sistemes informàtics que VALLÉS REPART afirma que només ell pot utilitzar de manera exclusiva, aquest conflicte seria aliè a la relació contractual entre BCN01 i l'Ajuntament, i en tot cas, aquest hauria de dirimir-se en l'àmbit privat.

Conseqüentment, correspon desestimar aquests motius del recurs.

SETÈ. Entrant a analitzar l'altre retret de la recurrent referent a la disposició d'una oficina al municipi de Montcada i Reixac, efectivament, el PPT en l'apartat 3 subapartat 4 recollia el següent:

4.- Requisits tècnics

Són requisits tècnics per participar en el procés d'adjudicació:

- 1) Prestació del servei en horari de matí i tarda de dilluns a divendres, en els termes establerts en aquest plec.
- 2) L'empresa adjudicatària designarà una persona responsable de servei, que serà la persona interlocutora amb la persona responsable municipal del servei.
- 3) L'empresa adjudicatària ha de disposar d'una xarxa d'oficines d'atenció al públic, que permeti a l'Ajuntament de Montcada i Reixac, d'una banda, dipositar les seves trameses - independentment de l'obligació de disposar del servei de recollida a domicili- i, d'altra banda, que permeti que els destinataris recullin els enviaments que no ha estat possible lliurar en mà.

En tot cas, les empreses licitadores hauran de complir amb els següents requisits mínims:

- LOT 1: Disposar d'una oficina al municipi de Montcada i Reixac, oberta al públic i amb horari d'atenció al públic, que serà, com a mínim, de dilluns a divendres de 09:00 hores a 14:00 hores i tres tardes setmanals, en horari de 17:00 hores a 19:00 hores, com a mínim.

Adicionalment, el PCAP estableix en l'apartat 13a, com a criteri de valoració automàtic, el què es reproduceix seguidament:

4. Atenció al públic en dissabte: 10 punts

S'assignaran els 10 punts a les empreses licitadores que disposin d'una oficina oberta al públic el dissabte al matí (excepte els que tinguin la consideració de festius), en les ubicacions requerides per a cada lot en el plec tècnic, per tal de permetre que els destinataris recullin els enviaments que no ha estat possible lliurar en mà.

Arribats a aquest punt, és important destacar que aquest requeriment obligatori -de disposició d'una oficina oberta al públic en el municipi- no ha estat recollit de manera específica en l'apartat 11a del PCAP, en què s'estableixen els requisits de capacitat i solvència, com un mitjà material a adscriure al contracte.

Tampoc s'observa en els plecs que s'exigís l'aportació cap altra documentació acreditativa o títol legal que provés el compliment d'aquest requeriment.

Ara bé, la disponibilitat dels mitjans que es destinaran a l'execució del contracte té diferents tractaments i efectes en la normativa de contractació, la concreció dels quals depèn de la regulació que en facin concretament els plecs que han de regir cada licitació. Així, hi figuren a efectes de solvència (article 90 de la LCSP, per als contractes de serveis), com a element

addicional a la solvència (article 76.2 de la LCSP) o com a obligació o condició d'execució - que pot ser essencial o no-, com seria en aquest cas. En els dos primers casos, l'exigència de la seva acreditació se situa, com a norma general, en la fase de licitació i anterior a l'adjudicació, respectivament, mentre que en el tercer cas, se situa exclusivament en la fase d'execució del contracte.

En general, mentre que l'adscripció de mitjans dintre de la solvència s'associa a la seva vinculació amb la capacitat de l'empresa, la seva ubicació com a condició d'execució s'associa a la vinculació amb l'objecte del contracte (en aquest sentit, per totes, les resolucions 2/2023 i 271/2019 d'aquest Tribunal i 746/2014 i 451/2014 del TACRC). La modalitat a què fa referència l'article 76.2 de la LCSP també es vincula, si bé amb caràcter complementari, a l'acreditació de la solvència, de forma que, en aquest cas, com a norma general, es pot requerir que es presenti documentació relativa a l'adscripció dels mitjans en dos moments diferents, això és, en la fase de presentació de les proposicions -com a condició d'admissió mitjançant una declaració responsable d'adscripció-, i/o en la fase prèvia a l'adjudicació, moment en què es requereix una disposició ja efectiva dels mitjans i no una simple declaració, d'acord amb allò que estableix l'article 150.2 de la LCSP.

Ara bé, en el cas en què l'adscripció de mitjans estigui implícitament o explícitament ubicada en les condicions d'execució del contracte per la seva vinculació amb l'objecte contractual, d'acord amb la doctrina esmentada, la seva acreditació s'haurà de referir al període d'execució d'aquell.

D'acord amb això, en el cas examinat s'observa que el plec tècnic es refereix a la necessitat de posar a disposició una oficina al municipi de Montcada i Reixac, però ni la clàusula 11a del PCAP, relativa als requisits de solvència, ni la clàusula 16a del PCAP, que regula el requeriment de documentació a l'empresa proposada com adjudicatària, no fan referència a aquesta obligació ni molt menys estableixen un règim concret d'acreditació d'aquesta disposició.

Per tant, l'establiment de les necessàries prescripcions tècniques en els plecs -en aquest cas, amb relació a la disposició d'una oficina al municipi- no implica, per si sol, l'obligació d'adscripció en termes de l'article 76.2 de la LCSP, sinó un requeriment vinculat a l'execució de l'objecte del contracte i exigible a partir de l'inici de l'execució del servei. I serà, de fet, en aquell moment qual l'òrgan de contractació haurà de verificar que els mitjans materials i personals adscrits compleixen les condicions del plec tècnic.

En el cas examinat, es dona, però, la circumstància que l'òrgan de contractació ha hagut de realitzar ja en fase de valoració de les ofertes el "filtre" de comprovació del compliment dels mínims exigits en la clàusula 3.4 del PPT, amb motiu d'haver establert alhora un criteri d'adjudicació lligat a l'oferiment d'una oficina oberta al públic els dissabtes no festius, la qual cosa l'obligarà en fase d'execució del contracte i, per a no desvirtuar la valoració realitzada de les ofertes, no només a comprovar l'efectiu compliment dels mínims d'adscripció exigits en el PPT, sinó també aquells addicionals resultants de l'oferta que resulti adjudicatària (en aquest sentit, entre d'altres, les resolucions 64/2021 i 314/2020 d'aquest Tribunal i les que s'hi porten a col·lació).

Tanmateix, als efectes del segon motiu del recurs, cal diferenciar el que és l'oferta proposada del què serà el compliment obligatori de les condicions en fase d'execució del contracte per part de l'empresa adjudicatària, que queda obligada al seu compliment legalment i en virtut dels plecs que regeixen el contracte i l'òrgan de contractació a controlar-ho. En aquest sentit, doncs, l'eventual incompliment per part de l'adjudicatària de la disposició d'una oficina d'atenció al públic a adscriure al contracte, al·legada per la part recurrent, no pot comportar l'anul·lació de l'acte d'adjudicació; en tot cas, en fase d'execució i davant d'un eventual incompliment i en el moment procedimental oportú, l'òrgan de contractació haurà d'adoptar les mesures corresponents, en atenció a allò previst als plecs, incloent l'eventual imposició de les penalitats escaients.

En conseqüència, correspon desestimar també aquest motiu del recurs.

VUITÈ. Finalment, respecte l'últim dels retrets de la recurrent referent a la possibilitat de subcontractació de la disposició de l'oficina d'atenció al públic, cal partir de les estipulacions de la clàusula 36a del PCAP:

36a. SUBCONTRACTACIÓ

L'empresa contractista pot concertar amb altres empreses la realització parcial de la prestació objecte d'aquest contracte llevat de les prestacions que, per la seva naturalesa, tinguin la consideració de crítiques.

L'empresa contractista ha de comunicar a l'ajuntament per escrit després de l'adjudicació del contracte i, com a molt tard, quan n'iniciï l'execució, la intenció de subscriure subcontractes, indicant la part de la prestació que pretén subcontractar i la identitat de l'empresa o empreses subcontractistes, i justificant suficientment l'aptitud d'aquesta per executar-la.

L'empresa contractista ha de notificar per escrit a l'ajuntament qualsevol modificació en aquesta informació durant l'execució del contracte i tota la informació necessària sobre els nous subcontractes.

Les empreses subcontractistes quedaran obligades només davant l'empresa contractista principal qui assumirà, per tant, la total responsabilitat de l'execució del contracte front a l'ajuntament. El coneixement que l'ajuntament tingui dels contractes subscrits o l'autorització que atorgui no alteren la responsabilitat exclusiva del contractista principal.

Les empreses subcontractistes no tenen en cap cas acció directa front a l'ajuntament per les obligacions concretes amb elles per l'empresa contractista, com a conseqüència de l'execució del contracte principal i dels subcontractes.

(...)

Dit això, i segons el reproduït *ut supra*, els plecs al·ludeixen a eventuais limitacions de la subcontractació, si bé no s'identifiquen les tasques crítiques que emparen aquestes restriccions, però a la vista de la seva configuració, en l'hipotètic cas que això es produís, l'adjudicatària ho hauria de comunicar quan s'iniciés l'execució del contracte essent necessari que assenyali la part de la prestació que es pretén subcontractar i la identitat, dades de contacte i representant o representants legals del subcontractista, i justificar l'aptitud d'aquest per a executar-la i acreditar que aquest compleix amb els requisits de capacitat i solvència i no es troba en prohibició de contractar.

Per tot l'anterior, ha de decaure també aquest últim motiu al·legat per la recurrent.

En conclusió doncs, i per tot l'exposat, l'actuació duta a terme per part de l'òrgan de contractació s'aprecia ajustada a dret, havent-se respectat els principis rectors que han de regir els procediments de contractació, de manera que el recurs ha de ser íntegrament desestimat.

NOVÈ. Per últim, correspon pronunciar-se sobre la petició de multa per temeritat i mala fe en la interposició del recurs ex article 58.2 de la LCSP sol·licitada per l'adjudicatària.

Per tal d'examinar la petició formulada per BCN01 d'imposició de multa per temeritat i mala fe a la recurrent pel fet que el retard en l'inici del servei l'ha beneficiat, en tant que actualment és

l'empresa que presta aquest servei a l'Ajuntament, val indicar que la concurrència de temeritat o mala fe requereix una anàlisi de les circumstàncies concretes de cada cas.

Així, sobre la temeritat, la Sentència del Tribunal Suprem d'11 de maig de 2004 va declarar que pot estimar-se l'existència de temeritat processal *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o quan de manera reiterada es donen pronunciaments sobre la mateixa qüestió, tal com l'Alt Tribunal va assenyalar en la Sentència de 10 d'abril de 1990.

També, la Sentència de l'Audiència Nacional de 23 abril de 2007 va indicar que la manca de precisió del concepte de temeritat processal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”*.

Ara bé, a diferència de la temeritat, que equival a una determinada conducta processal objectiva que no té fonament defensable en dret, la mala fe té una projecció eminentment subjectiva i, en conseqüència, és aplicable a aquell que és conscient de la seva manca de raó processal (Sentència de l'Audiència Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de juny de 2013, Roj. SAP TF 1408/2013). De la mateixa manera, s'han considerat contràries a la bona fe conductes com la de fer afirmacions contràries a la veritat (Sentència del Tribunal Suprem de 21 de febrer de 2000, Roj. STS 1254/2000).

Així, la mala fe s'entén com un concepte referit a les relacions substantives que donen lloc a la causa del litigi i s'aprecia quan el demandat eludeix de manera, clara, mantinguda i conscient el compliment de les obligacions o quan el demandant ha buscat materialment sense cap raó el compliment d'un deïbit del contrari, posicions aquestes que usualment duen a l'inici d'un plet, amb les conseqüències d'aquest (molèsties, despeses i costos...). La mala fe de l'obligat acostuma a quedar patent per requeriments previs infructuosos o per altres dades que evidencïïn la seva posició remisa o que obstaculitza el normal compliment (Sentència de l'Audiència Provincial d'Almeria, de 22 de juliol de 2014, Roj. SAP AL 954/2014).

També, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ha distingit entre ambdues figures assenyalant, entre d'altres, en els seus acords 89/2015, 45/2014 i 27/2013, que *“actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso”*.

Dit això, de l'anàlisi de tots els motius del recurs i la conclusió a què s'ha arribat en cada fonament de dret, el Tribunal percep que les al·legacions contingudes en el recurs es troben mancades de consistència i, a més, podrien haver estat resoltes amb una simple lectura dels plecs rectors de la contractació. En aquest sentit, l'ús del recurs especial en matèria de contractació en els termes que aquí s'analitza impedeix de pla la necessària agilitat en el sistema de resolució del recurs, contribuint a la seva saturació, i amb el clar efecte reflex d'afectar el normal funcionament dels serveis públics implicats.

Tanmateix, aquesta circumstància no pot dur a terme automàticament a concloure que la part actora ha actuat amb temeritat o mala fe (en aquest sentit, per totes, les resolucions 1/2022, 140/2021, 92/2021, 19/2021, 86/2019, 85/2019, 52/2019, 90/2018 i 160/2017 d'aquest Tribunal, 574/2016 del TACRC i 222/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid), i en conseqüència no aprecia la concurrència dels motius per a la imposició de multa establerts a l'article 58.2 de la LCSP.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

- 1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació presentat per E.M.B., en nom i representació de l'empresa VALLÉS REPART MISSATGERS, SL, contra la resolució d'adjudicació del lot 1 del contracte del servei postal de l'Ajuntament, que tramita l'AJUNTAMENT DE MONTCADA I REIXAC (expedient CO2022000014).
- 2.- Aixecar la suspensió automàtica de l'adjudicació del contracte prevista en l'article 53 de la LCSP, a l'empara del que disposa l'article 57.3 del mateix cos legal.
- 3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.
- 4.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprobat per unanimitat del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 24 de maig de 2023.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Carme Lucena Cayuela
Presidenta