



Recurso nº 492/2018

Resolución nº 587/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 21 de junio de 2018.

VISTO la reclamación interpuesta por D. A.M.E., en representación de DESARROLLO ORGANIZACIONAL, PERSONAS Y PRODUCTIVIDAD S.L (DOPP CONSULTORES), contra el acuerdo de adjudicación del contrato “4 Pasos para liderar: Aplicación práctica del liderazgo transformador” Expte. SV180110, convocado por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, el Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 8 de febrero de 2018, la licitación para la adjudicación del procedimiento “4 Pasos para liderar: Aplicación práctica de liderazgo transformador”.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre los procedimientos de contratación de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Tercero. Una vez realizada la apertura de las ofertas económicas de los licitadores, y considerando el órgano de contratación que la misma – de 42.600 – era una oferta desproporcionada, se le requirió para que justificara y aclarara la misma.

En fecha 10 de abril de 2018 se le requiere nuevamente para que realice aclaraciones en los siguientes términos:

- *Conformación de que los perfiles de los 6 cv ciegos de su Propuesta Técnica se identifican con la retribución finalmente presentada en el proceso de aclaración de la baja de licitación, para ello deberán correlacionar cada uno de los CV ciegos con uno de los perfiles reflejados en el documento de aclaraciones*

- *Del detalle de las horas de dedicación previstas por cada uno de los perfiles a cada fase de su documento de aclaraciones de 3 de abril, deberá desglosar las tareas que implican cada una de las fases y la dedicación en horas por cada uno de los perfiles a estas tareas*
- *La declaración responsable de que la bajada de la propuesta económica no va en detrimento de la calidad en la ejecución del proyecto por parte del equipo asignado al mismo.*

Cuarto. El Responsable de la Unidad de Formación de Correos y Telégrafos, en fecha 18 de abril de 2018, realiza un informe de propuesta de adjudicación en el que analiza las alegaciones efectuadas por la hoy recurrente, llegando a la conclusión de que la propuesta no se adecúa a los requerimientos exigidos en el Pliego de Condiciones Técnicas, por lo que se acuerda desestimar la propuesta formulada por la misma al no poder garantizar el despliegue simultáneo de la formación con un mínimo de 4 formadores que cumplan los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones Técnicas.

Quinto. Mediante escrito presentado el 21 de mayo de 2018, D. A.M.E., en representación de DESARROLLO ORGANIZACIONAL, PERSONAS Y PRODUCTIVIDAD S.L (DOPP CONSULTORES) interpone reclamación, contra la resolución de 23 de abril de 2018, por la que se aprueba la adjudicación del citado contrato a la mercantil ACKERMANN MIDDLE MANAGEMENT y se hace constar la exclusión de la recurrente por encontrarse en baja desproporcionada y no justificar suficientemente la misma.

Sexto. El Secretario General y del Consejo de la Sociedad remitió al Tribunal en fecha 24 de mayo de 2018 el expediente administrativo, así como el informe previsto en el artículo 105.2 de la LCSE.

Séptimo. Interpuesta reclamación, con fecha 30 de mayo de 2018, este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 104.3 de la LCSE.

Octavo. La Secretaría del Tribunal comunicó a los restantes interesados la existencia de la reclamación conforme a lo dispuesto en el art. 105.3, habiéndose presentado alegaciones la adjudicataria en fecha 4 de junio de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. A la hora de determinar la competencia de este Tribunal para conocer de la reclamación efectuada por DESARROLLO ORGANIZACIONAL, PERSONAS Y PRODUCTIVIDAD S.L (DOPP CONSULTORES), es necesario analizar, en primer lugar, y a la vista de las alegaciones formuladas por la adjudicataria, si el contrato se halla comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), y por tanto puede considerarse una reclamación de las reguladas en el Capítulo I del Título VII (artículos 101 y siguientes), o si por el contrario debe quedar sujeto a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En segundo lugar, deberá dilucidarse también – por afectar igualmente a la competencia de este Tribunal - si, como sostiene la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A, la misma no tiene el carácter de poder adjudicador.

Segundo. En cuanto a la primera de las cuestiones, debemos tener en cuenta que es objeto de impugnación el acuerdo de 23 de abril de 2018, por la que se aprueba la adjudicación de un contrato de servicios por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A.

1. Pues bien, el punto de partida debe ser la Disposición Adicional 8ª del TRLCSP, que dispone que

“1. La celebración por las Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirá, en todo caso, por la presente Ley. No obstante, y a los efectos de aplicar la presente Ley a estos contratos, sólo tendrán la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada los que, por razón de su naturaleza, objeto, características y cuantía, estén sometidos a la mencionada Ley 31/2007, de 30 de octubre.

2. La celebración por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, se regirá por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al

régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada. Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada”.

Por tanto, en la medida en que Correos y Telégrafos no es una Administración Pública, dada su condición de sociedad estatal y que el presente contrato afecta al sector de los transportes, cabe concluir que en principio la norma aplicable no sería el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sino la Ley 31/2007.

Sin embargo, al tratarse de un contratos de servicios que, de acuerdo con el anuncio en la plataforma de contratación del Estado, tiene un valor estimado 171.500 euros y por tanto inferior a lo dispuesto en el artículo 16.a) Ley 31/2007, que indica que la misma *“se aplica a los contratos cuyo valor estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), sea igual o superior a los siguientes límites: a) 414.000 euros en los contratos de suministros y servicios”*, resulta de aplicación lo indicado en el último inciso de la Disposición transcrita en el sentido de que le son aplicables las normas del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, salvo aquellas que estuvieran establecidas de forma exclusiva para los contratos de regulación armonizada.

Sentado lo anterior, queda por determinar si, excluida la aplicación de la primera de las Leyes citadas y, por consiguiente, de la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la misma, resulta posible aplicar las disposiciones de los artículos 40 a 49 del TRLCSP y tramitarlo como recurso especial en materia de contratación.

A tal respecto debe tenerse en cuenta, tal y como indicáramos en nuestra Resolución 281/2012 de 5 de diciembre, que la Disposición adicional antes examinada considera que no son aplicables a los contratos en cuestión las normas establecidas *“exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada”*. Es preciso, así pues, aclarar si el artículo 40.1 entra dentro de esta categoría de normas. El citado precepto dispone que

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros y

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17”.

Una simple lectura del precepto pone de manifiesto que no se trata de una norma de aplicación exclusiva a los contratos sujetos a regulación armonizada puesto que se refiere, asimismo, a los de gestión de los servicios públicos, que no lo son, y a los de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del Texto Refundido que, al igual que los anteriores, carecen de esta calificación. Así las cosas, resulta evidente que este precepto no es una norma establecida exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada y, en tal sentido, no debe considerarse afectado por la exclusión que, en cuanto a su aplicación a los contratos como el que se analiza, hace la Disposición Adicional octava referida.

Sin embargo, de admitir de forma incondicional la competencia del Tribunal nos encontraríamos ante la paradoja de que para este caso, dicha competencia no vendría determinada en función de que el valor estimado del contrato supere los umbrales previstos en la Ley, sino más exactamente que se encuentre por debajo del establecido por el artículo 16.a) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, lo que consagraría una excepción al principio general que inspira el ámbito objetivo del recurso, cual es el de que

éste se admite sólo con respecto de los contratos que superen ciertos umbrales cuantitativos, admitiéndose respecto del que contemplamos y de los que se encontraran en sus mismas circunstancias cualquiera que sea el importe siempre que no superen los 414.000 euros.

Tal situación no resulta compatible con la configuración general del recurso y, en consecuencia, debe adaptarse de forma que no existan diferencias de trato entre uno y otro tipo de contratos pues no hay un precepto legal que de forma clara y terminante la establezca. En tales circunstancias, debe considerarse de aplicación analógica el mismo límite previsto para admitir el recurso con respecto de los restantes contratos de la misma naturaleza, lo que nos lleva a entender que sólo aquellos contratos de servicios en que se den las circunstancias del que constituye el objeto del presente recurso y cuyo valor estimado además, supere el umbral establecido para los restantes contratos de servicios a efectos del recurso especial en materia de contratación, son susceptibles de éste.

Expuesto cuanto antecede, el límite de la competencia del Tribunal respecto de los indicados contratos estará establecido en 193.000 euros que fija el artículo 16.1.b) del TRLCSP y consiguientemente, puesto que el valor estimado del presente contrato no supera dicha cifra, **debe entenderse que no es susceptible de recurso especial en materia de contratación.**

2. No obstante lo expuesto hasta el momento, debemos analizar si la conclusión alcanzada sería distinta a la vista de la nueva Ley de Contratos del Sector Público 9/2017, de 8 de noviembre y las previsiones contenidas en su artículo 44, en relación con la Disposición Transitoria Primera.

En efecto, el artículo 44.1.a) indica que (el subrayado es nuestro) *“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

Por su parte, la Disposición Transitoria Primera.1, de la Ley 9/2017 determina que *“Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”*,

En base a estos dos preceptos, parece evidente que a pesar del nuevo ámbito de aplicación objetivo del recurso especial en materia de contratación en el que son susceptibles del mismo los contratos de servicios con valor estimado superior a cien mil euros, al haberse iniciado el presente procedimiento antes de la entrada en vigor de la Ley, continuaría rigiéndose por el TRLCSP y por tanto este Tribunal sería incompetente para conocer del recurso planteado en los términos ya expresados.

Sin embargo, no es menos cierto que la Disposición Transitoria Primera 4, párrafo segundo, de la Ley 9/2017, permite fundamentar la interposición de este recurso frente al acto de adjudicación de este contrato no sujeto a regulación armonizada en cuanto acto dictado con posterioridad a la vigencia de la Ley 9/2017, que habilita el recurso especial en expedientes iniciados con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley contra actos del artículo 44 de la misma siempre que se hayan dictado con posterioridad a su vigencia.

Para resolver esta cuestión no podemos sino remitirnos a lo indicado en nuestra resolución 437/2018 (dictada en el recurso 336/2018), en la que se indica que *“la cuestión, por tanto, que se plantea consiste en determinar si este Tribunal es competente para conocer de un recurso especial contra un acto de adjudicación dictado en un expediente de contratación de un contrato no sujeto a regulación armonizada que se rige por el TRLCSP, pero que ha sido dictado después de la vigencia de la Ley 9/2017. Más en concreto, se plantea si la Disposición Transitoria 1ª.4, párrafo segundo, excepciona lo determinado en su apartado 1, en concreto, si ampara el recurso especial frente a actos del artículo 44.2 de la Ley 9/2017, y respecto de contratos mencionados en el artículo 44.1, o si por el contrario, solo habilita el recurso contra dichos actos en sí mismos, como tales, con independencia del contrato respecto del que se dicten, y por ello solo respecto de contratos mencionados en el artículo 40.1 del TRLCSP, que es la norma sustantiva que determina el ámbito objetivo*

contractual respecto del que es susceptible la interposición del recurso especial frente a otros recursos administrativos, y aplicable ex artículo 40 de dicho TRLCSP al tratarse de expedientes que se rigen por la normativa anterior a la Ley 9/2017.

Este Tribunal considera que el ámbito objetivo de los contratos respecto de los que cabe interponer recurso especial en vez de otros recursos administrativos en el caso de expedientes que se rijan por el TRLCSP al haberse iniciado antes de la vigencia de la Ley 9/2017, es, con arreglo a lo determinado en la Disposición Transitoria Primera.1, el determinado en el artículo 40.1 del TRLCSP en el caso de que el acto recurrido se haya dictado con posterioridad a su vigencia. Lo que implica que, si bien los actos recurribles son los del artículo 44.2 de la Ley 9/2017, cuyo elenco es mayor que el del TRLCSP, los contratos respecto de los que se dicten han de ser en ese periodo transitorio, los contratos que menciona el artículo 40.1 del TRLCSP, y, además, significa que la nueva Ley ha ampliado el ámbito objetivo del recurso especial solo respecto de los actos en sí mismos considerado dictados en expedientes iniciados con posterioridad a su vigencia. Por tanto, los actos mencionados en el artículo 44.2 de la nueva Ley que antes de su vigencia no eran recurribles, sí lo serán no solo cuando se dicten en expedientes iniciados con posterioridad a la vigencia de aquella Ley, sino también cuando hayan sido dictados en expedientes iniciados antes, pero dictados con posterioridad a dicha vigencia.

De esa forma se armoniza y adquiere cabal sentido el contenido de la Disposición Transitoria Primera, 1, con el de su apartado 4, párrafo segundo, de forma que no se amplía el ámbito sustantivo de los contratos respecto de los que cabe el recurso en ese periodo transitorio, en contra de lo que determina el apartado 1 de dicha Transitoria Primera, pero sí los actos que pasan a ser susceptibles de recurso especial.

Lo anterior se funda en lo siguiente:

1. Interpretación sistemática de los apartados 1 y 4, párrafo segundo, de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017.

Si el apartado 1 de dicha Transitoria Primera determina que los expedientes iniciados con anterioridad a su vigencia se rigen por la normativa anterior, el TRLCSP, ha de entenderse que el ámbito objetivo de los contratos susceptibles de recurso, en cuanto norma sustantiva determinante del régimen de recurso en tales contratos, es el que determina la normativa anterior, siendo aplicable el artículo 40.1, que es la norma

sustantiva que delimita los contratos típicos respecto de los que cabe el recurso especial, eso sí, afectados por el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE a partir de abril de 2016 en que debió haberse procedido a su transposición.

Por ello mismo, al no establecer dicho apartado 1 de la Transitoria Primera excepción sustantiva alguna, ha de interpretarse el apartado 4, párrafo segundo, en lo referente a los actos dictados en expedientes iniciados con anterioridad, en el sentido de que se refiere a un determinación procesal, en concreto, a los singulares actos que pasan a ser recurribles con la nueva norma legal, en especial, actos de trámite consistentes en admisiones, encargos, modificados y rescates, especialmente estos tres últimos, ya que no son actos precontractuales, ni contractuales en el caso de los encargos.

En otro caso, se llegaría a un resultado absurdo, pues podría llevar a que un licitador excluido mediante acto dictado el 7 de marzo de 2018 en un contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada, de valor estimado superior a 100.000 euros con licitación publicada antes de la vigencia de la nueva Ley, no podría interponer el recurso especial, pero si otro licitador en esa misma licitación hubiera sido excluido el día 9 de marzo, vigente ya la nueva norma legal, sí podría interponer el recurso especial. Incluso un mismo licitador interesado en dos actos dictados en distintas fechas, antes y después de la vigencia de dicha Ley, se vería que no podría recurrir en esta vía respecto del primero, pero sí respecto del segundo.

2.- En segundo lugar, mediante una interpretación sistemática y lógica se llega a esa misma conclusión.

Así, si la delimitación del ámbito objetivo de los contratos respecto de los que procede el recurso especial es materia sustantiva delimitadora de su régimen jurídico sustantivo, ha de entenderse que los contratos respecto de los que procede el recurso es una materia distinta a la de los actos susceptibles de recurso especial, de forma que estos sí serían materia procesal o de procedimiento, mientras que aquel ámbito objetivo contractual sería sustantivo. Además, si la determinación de qué contratos están sujetos a regulación armonizada y por ello son susceptibles de recurso, integra el régimen sustantivo de los mismos, es indudable que esa determinación integra su régimen jurídico, que, por aplicación de la Transitoria Primera, 1, será el aplicable a todo el expediente de

contratación, incluido el régimen de recursos que se pueden interponer contra los actos que se dicten en el mismo.

Ello determina que se aplica la Transitoria Primera.1, de la Ley 9/2017 para determinar los contratos susceptibles de recurso, que serán en los expedientes iniciados con anterioridad, los del TRLCSP, artículo 40.1. Y se aplicará la Transitoria Primera,4, párrafo segundo, para la determinación de los concretos actos susceptibles de recurso en expedientes iniciados con anterioridad, pero dictados después de la vigencia de dicha Ley, actos que son los del artículo 44.2 de la Ley 9/2017.

Apoya ese argumento el que en el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley se diferencia entre el ámbito objetivo contractual al que se vincula el recurso especial y los actos susceptibles de recurso especial, al determinar y referirse, por una parte, a los primeros, y por otra, separadamente, a los segundos, cuando dice

“Se amplía el ámbito de aplicación de este recurso, sin que dicha ampliación afecte a la necesaria agilidad que debe tener el sistema en la resolución de estos recursos, dejando de estar vinculado a los contratos sujetos a regulación armonizada, de tal manera que se puede interponer en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones y contratos de servicios y de suministros cuyo valor supere los cien mil euros)”,

y en otro párrafo distinto, se refiere a los actos contra los que se puede interponer, citando que:

“Para concluir la referencia al recurso especial, este se podrá interponer contra los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos de esta Ley, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, así como modificaciones contractuales, encargos a medios propios siempre que no cumplan las condiciones previstas en esta Ley y acuerdos de rescate de concesiones.”

Esa referencia separada pone de relieve que una cosa son los contratos a los que se vincula el recurso, que es norma sustantiva, y otra los actos susceptibles de recurso, que es norma procedimental.

3.-En el mismo sentido se puede argumentar examinando el contenido de la *Transitoria Primera, 4*, que se refiere al régimen transitorio de los procedimientos de recurso especial. Dicha norma determina:

“4. Las revisiones de oficio y los procedimientos de recurso iniciados al amparo de los artículos 34 y 40, respectivamente, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.

En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”.

Es indudable que se refiere a los procedimientos de recurso en curso y a los actos recurribles solo en relación a los expedientes iniciados antes de la vigencia, pero comprendidos, como tales actos, en el artículo 44.2, es decir, esa Transitoria solo regula aspectos procesales no sustantivos, por lo que solo se refiere a los actos recurribles del artículo 44.2 de la Ley.

En ese sentido, debe recordarse que esa Transitoria Primera, 4, reproduce la Transitoria Octava del TRLCSP, que era diferente de su transitoria Primera, de carácter sustantivo, cuyo texto es el siguiente:

“Disposición transitoria octava. Procedimientos en curso.

1. Los procedimientos de recurso iniciados al amparo del artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en la redacción vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.

2. En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 40 de esta Ley, contra actos susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”.

Como puede apreciarse esa Transitoria Octava se refiere a los procedimientos en curso, es decir, tiene un contenido puramente procesal, no sustantivo, por lo que no afectaba a los contratos respecto de los que los actos dictados eran recurribles.

Esa Transitoria Octava, a su vez, procedía de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, de su Disposición transitoria tercera, que determinaba:

“Procedimientos en curso.

1. Los procedimientos de recurso iniciados al amparo del artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, o los de reclamación que se hayan iniciado al amparo del artículo 101.1 a) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, en la redacción vigente con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.

2. En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público y la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, contra actos susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”

La coincidencia es absoluta, pero la particularidad más reseñable es que esa última Ley creaba los Tribunales de Recursos Contractuales, retirando la competencia para resolver el recurso especial a los órganos de contratación, pero no ampliaba ni variaba el ámbito objetivo de los contratos respecto de los que eran recurribles lo actos dictados. Sí ampliaba éstos, en especial en cuanto suprimía la distinción entre actos de adjudicación provisional y actos de adjudicación definitiva, que refundió en uno, y atribuyó a dichos tribunales el conocimiento de las cuestiones de nulidad. Por tanto, los actos recurribles a que se refería eran éstos en sí mismos, pues los contratos respecto de los que se dictaban no habían variado y no variaba el ámbito contractual respecto del que se admitía el recurso especial.

4.- Por otra parte, la propia Transitoria Primera pone de relieve que cuando establece una excepción a la norma que determina la aplicación de la normativa anterior se refiere solo a actos dictados con posterioridad respecto de contratos que se rigen por la normativa anterior, y lo dice expresamente. Este es el caso de la Transitoria Primera. 2, que somete

los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, a la normativa anterior, pero establece en su apartado 3 unas excepciones solo referidas a determinados actos, no a los contratos respecto de los que se dictan, cuando determina:

“3. La presente Ley será de aplicación a los acuerdos de rescate y a los encargos que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor. Deberá entenderse que un encargo se ha realizado cuando haya sido objeto de la correspondiente formalización documental”.

De ese texto resulta que el régimen sustantivo de los encargos y los rescates si se realizan con posterioridad a la vigencia de la nueva Ley, es el de la propia Ley, aunque se refieran a contratos anteriores (en el caso de rescates), pero no dice lo mismo respecto de los modificados, que se rigen por la norma que rija el contrato que se modifica. No obstante, unos y otros son susceptibles de recurso especial en el caso de que deriven de expedientes iniciados con anterioridad, si el acto se dicta con posterioridad a la vigencia de la nueva, si bien su régimen jurídico ha de ser el propio de la normativa que lo rige, que es la que rige el expediente.

En conclusión, si una cosa es el ámbito sustantivo del recurso, y otra los actos susceptibles de recurso, frente a los actos dictados con posterioridad a la vigencia de la nueva Ley en expedientes que se rigen por la normativa anterior, solo cabe el recurso respecto de contratos que se rigen y determinan por la normativa anterior, aunque se puede interponer contra cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 44.2 de la nueva Ley dictados con posterioridad a la vigencia de la nueva ley.

Por tanto, rige en esta contratación ex Disposición Transitoria Primera, 1 y 4, de la Ley 9/2017, el TRLCSP, el artículo 40 de la TRLCSP, en cuanto determina los contratos respecto de los que son recurribles los actos que enumera en su apartado 2, actos que pasan a ser los del artículo 44.2, de la ley 9/2017, aplicable con arreglo a lo dispuesto en la Transitoria citada, apartado 4”.

Aplicando cuanto acaba de exponerse al supuesto que nos ocupa, y tratándose el acto recurrido del acuerdo de adjudicación, no puede entenderse de aplicación lo previsto en la disposición transitoria primera apartado cuarto de la LCSP sino en el apartado primero, quedando sujeto al régimen de impugnación previsto en el TRCSP y por tanto excluido del recurso especial en materia de contratación (ex art 40.1.a del citado cuerpo legal).

Tercero. Por lo que se refiere al carácter o no de poder adjudicador de la Sociedad Estatal, este Tribunal, hasta el momento, ha reconocido su competencia para conocer de las reclamaciones formulados frente a la citada Sociedad de conformidad con el apartado cuarto del artículo 41.5 del TRLCSP en relación con el 3.3.b del mismo cuerpo legal. Sin embargo, a la vista de lo manifestado por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A en su escrito de alegaciones y en el informe adjunto al mismo de la Abogacía General del Estado de fecha 13 de febrero de 2018, debemos reconsiderar nuestra posición.

1. Antes de entrar a analizar el citado informe, es necesario indicar que la conclusión a la que llega el mismo resulta de aplicación con independencia de que por la fecha de publicación del anuncio de la licitación, la reclamación se regule por el TRLCSP o por la nueva LCSP, y ello porque el cambio normativo apenas ha tenido incidencia respecto de los criterios para considerar a una sociedad mercantil como poder adjudicador, sino que el cambio viene motivado por la evolución histórica de la actual Sociedad Estatal Correos y Telégrafos.

2. Comenzaremos en todo caso haciendo referencia al ámbito de aplicación subjetivo recogido en ambos textos legales.

En efecto, el artículo 3.3.b) del TRLCSP consideraba poderes adjudicadores a:

“Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”.

Por su parte, el artículo 3.3.d) de la LCSP considera poderes adjudicadores a:

“Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen

su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”

Así las cosas, son dos los requisitos que deben concurrir para que podamos considerar a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos como poder adjudicador. De un lado, que haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y; de otro, que se encuentre sujeto al control de un poder adjudicador.

Tal y como reconoce el informe de la Abogacía General del Estado, este segundo requisito resulta evidente desde el momento en que la totalidad del capital social pertenece a SEPI, entidad de Derecho Público adscrita al Ministerio de Hacienda y Función Pública, quien como tal accionista único nombra a través de la Junta General a la totalidad de los miembros del Consejo de Administración.

Sin embargo, considera, y este Tribunal así lo comparte, que no puede entenderse cumplido el primero de los requisitos dado que las necesidades de interés general que satisface tienen carácter industrial o mercantil. Dicha conclusión es resultado de un extenso análisis tanto de la situación del Sector Postal como de las circunstancias que motivaron la creación de Correos como sociedad mercantil estatal que el Tribunal hace suyo en su totalidad y cuyos hitos más importantes son los que se exponen a continuación.

3. El citado informe pone de manifiesto que si bien históricamente el Sector Postal se organizó como un sector fuertemente intervenido, como consecuencia de la liberalización de los servicios postales iniciado por la Unión Europea con la Directiva 97/67/CE, la Ley 24/1998, de 13 de julio del Servicio Postal Universal supuso la transformación de la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos en una sociedad anónima estatal, de manera que la creación de Correos como sociedad estatal, según señala el citado informe, obedece al propósito de favorecer la liberalización del Sector Postal, lo cual es un importante indicio de que su actividad tiene naturaleza mercantil o industrial.

Ello no obstante, y si bien dicha liberalización fue de carácter parcial, ya que continuaban reservándose determinadas actividades a Correos en su condición de prestador del Servicio Postal Universal (ex art 18 y DA 1ª de la Ley 24/1998), la Ley 43/2010, 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, por la que se trasponía la Directiva 2008/6/CE de

20 de febrero impuso la plena liberalización del Sector Postal, al indicar en su artículo 2 que *“Los servicios postales son servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia”*.

Así, y sin perjuicio de que continuara manteniéndose un Servicio Postal Universal, el mismo no supuso una merma de la plena liberalización del Sector Postal, ya que se previó que pudieran ser varias las empresas que puedan ser designadas proveedoras del servicio postal universal. En el informe de la Abogacía General del Estado se hace referencia en concreto a otro de la CNMC de 21 de diciembre de 2017 en el que constan inscritos en el Servicio Postal Universal más de 300 operadores, por lo que resulta evidente que el sector postal funciona en régimen de libre competencia.

4. Posteriormente, y partiendo de ese régimen de libre competencia como un importante indicio de que su actividad es industrial o mercantil, atiende a la concreta actividad realizada por la sociedad, al amparo del criterio seguido por el TJUE en sentencias como la de 22 de mayo de 2003 en el asunto C-18/01, lo que impone la necesidad de ponderar elementos tales como la competencia, la existencia de un ánimo de lucro o la asunción de los riesgos derivados de la actividad.

Se centra para ello en primer lugar en el estudio de su objeto social, tal y como se delimita por sus estatutos (artículo 2), para concluir que está destinada a una necesidad de interés general que, de carácter mercantil o industrial, dado que, de conformidad con lo dispuesto en la DA 3ª de la Ley 15/2009 de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, los servicios de recogida, transporte y distribución de envíos postales tiene naturaleza mercantil.

Analiza a continuación la incidencia que en dicha conclusión pueden tener tanto el régimen de fijación de los precios de los servicios incluidos dentro del Servicio Postal Universal como la compensación percibida por Correos en su condición de prestador del Servicio Postal Universal.

Por lo que se refiere al régimen de fijación de los precios, sostiene que lo fundamental, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, entre los criterios a ponderar para determinar el carácter mercantil o industrial de una entidad está el relativo al modo de fijación de los precios y, en particular, si se atiende exclusivamente a la oferta y la demanda o, por el contrario, dicho procedimiento es inferido por las autoridades públicas. Y que del artículo

34 de la Ley 43/2010 se deduce claramente que Correos goza de plena libertad para fijar los precios de los servicios comprendidos en el Servicio Postal Universal, y que la consecuencia de no seguir los criterios del citado artículo (ser asequibles, transparentes, no discriminatorios y fijarse teniendo en cuenta los costes reales del servicio), sería la de reducir la compensación percibida por Correos por la carga financiera negativa del Servicio Postal Universal, por lo que en definitiva puede entenderse que la fijación de los citados precios se reconduce a criterios fácilmente identificables con la ley de la oferta y la demanda.

Y en cuanto a la citada compensación, se indica que durante el ejercicio 2016 Correos percibió con cargo a los Presupuestos Generales del Estado ciento ochenta millones de euros, lo de que acuerdo con la memoria de Correos de dicho ejercicio supone el 10,72% de sus ingresos por servicios postales, telegráficos y paquetería (o el 10,22% atendiendo a los ingreso totales y por todos los conceptos), de manera que el 89,78% de sus ingresos se obtienen del mercado, lo que a juicio del citado informe es un dato más que impide rectificar la consideración de mercantil o industrial de la actividad de Correos.

5. Así las cosas, este Tribunal comparte la argumentación realizada en el informe aportado por la Sociedad Mercantil Correos y Telégrafos para llegar a la conclusión de que no nos encontramos ante un poder adjudicador, en los términos indicados tanto en el TRLCSP como en la LCSP, al tener la mayor parte de su actividad carácter industrial o mercantil, como consecuencia de realizarse en un régimen íntegramente liberalizado, lo que viene reforzado por la idea de que está prevista que dicha liberalización sea plena al abrirse a terceras empresas la posibilidad de ser designado operador del Servicio Postal Universal a partir del 1 de enero de 2026, de conformidad con la DA 1ª de la Ley 43/2010 en relación con la DF 7ª de la misma norma.

Consecuencia de cuanto acaba de exponerse es que este Tribunal no resulta competente para conocer de los recursos que puedan interponerse frente a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, al no tener este la condición de poder adjudicador.

Cuarto. No siendo competente para conocer este Tribunal del acto recurrido, no procede analizar las cuestiones de fondo planteadas.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. A.M.E., en representación de DESARROLLO ORGANIZACIONAL, PERSONAS Y PRODUCTIVIDAD S.L (DOPP CONSULTORES), frente al acuerdo de adjudicación del procedimiento “*4 Pasos para liderar: Aplicación práctica de liderazgo transformador*” de fecha 21 de mayo de 2018.

Segundo: Levantar la suspensión del procedimiento.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 de TRLCSP de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.