



Roj: **SAN 2047/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2047**

Id Cendoj: **28079230042014100169**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **07/05/2014**

Nº de Recurso: **3617/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a siete de mayo de dos mil catorce.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso administrativo número 3617/2012, interpuesto por **UNIPOST, S.A.**, representado por el Procurador de los Tribunales D. Pablo Sorribes Calle contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; habiendo sido parte en las presentes actuaciones, además del actor, Correos y Telégrafos, S.A., representada por la Abogacía del Estado, la Tesorería General de la Seguridad Social defendida por la Letrada de la Seguridad Social.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso jurisdiccional contra la resolución 187/2012, de 6 de septiembre de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) por la que se estima parcialmente el recurso especial interpuesto por la actora contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que habrá de regir la prestación de los servicios postales a la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) así como contra la hoja informativa referida a la citada prestación.

SEGUNDO.- Presentado, admitido a trámite el presente recurso jurisdiccional y anunciado en los Diarios Oficiales, se reclamó el expediente administrativo; una vez recibido, se confirió traslado del mismo a la parte demandante para que en el plazo legal formulase Demanda.

TERCERO.- La parte actora basa sus pretensiones, en síntesis, en lo siguiente:

1º Impugna del PCAP los criterios de valoración y la prohibición de subcontratación porque vulneran los artículos 1, 22, 116, 139, 145, 150, 151 y 227 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, LCSP) en relación con el artículo 14 de la Constitución Española y el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre libre prestación de servicios.

2º Expone el régimen de liberalización de los servicios postales en la Unión Europea a partir de la Directiva 97/67/CE, de 15 de diciembre, modificada por la Directiva 2002/39/CE, de 10 de junio, y la Directiva 2008/6/CE, de 20 de febrero, todas del Parlamento Europeo y del Consejo.

3º Tal normativa fue traspuesta primero por la Ley 24/1998, de 13 de julio, y luego por la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal (en adelante, Ley 43/2010), por lo que a partir del 1 de enero de 2011 desapareció el ámbito de reserva y los derechos especiales, si bien Sociedad Anónima Estatal CORREOS Y TELÉGRAFOS, SA (en adelante, CORREOS) es designada como operador postal encargado de la prestación del servicio postal universal.

4º En España se parte históricamente de una situación de monopolio de CORREOS, para lo que expone cómo ha evolucionado su personificación. Sin embargo pese a que debería estarse ante un mercado liberalizado,



quien concurre y gana es CORREOS, que ostenta una posición de dominio en el mercado postal, lo que va en contra del ordenamiento comunitario.

5º Invoca diversas Sentencias estimatorias de esta Sala en las que se anulan resoluciones ministeriales y convenios de colaboración formalizados con CORREOS para la prestación de servicios postales que excedían de los que tenía reservados por la legislación postal.

6º En el caso de autos la TGSS se aparta de esos pronunciamientos que obligan a que la prestación de servicios postales de los Ministerios sean objeto de licitación pública para así posibilitar efectiva y no aparentemente la competencia.

7º La resolución impugnada confirma del PCAP aspectos contrarios a los principios básicos de la contratación pública y a los artículos 1, 22 y 139 del LCSP (efectiva utilización de los fondos públicos, igualdad de trato, libre competencia, libre prestación de servicios de promoción de las pequeñas y medianas empresas). Su objetivo es beneficiar a CORREOS frente al resto de operadores postales, en particular a la actora que es su principal competidor.

8º En cuanto a los criterios de valoración de la oferta técnica, suman 32 de los 40 puntos y la mayor puntuación es para el licitador con más de 1.500 unidades de reparto y oficinas de atención al público con apertura mínimo 5 horas en horario de mañana de lunes a viernes, que tenga más de 500 oficinas de atención al público distribuidas en territorio nacional con apertura de mañana y tarde y más de 52 centros de tratamiento de envíos postales. Esas exigencias no se razonan y sólo las reúne CORREOS; UNIPOST SA, como segundo operador postal, podría igualar a CORREOS pero los Pliegos prohíben la subcontratación.

9º El TACRC y el PCAP confunden los criterios de selección del contratista, cuyo fin es medir su solvencia técnica o profesional (artículo 78 LCSP), con los criterios de valoración para la adjudicación, infringiendo el artículo 150 LCSP . Los primeros valen para evaluar la solvencia o capacidad del licitador, pero no la oferta tal y como se deduce de los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que cita.

10º Rechaza el breve y poco fundamentado razonamiento del TACRC según el cual cuanto mayor y mejor sea la red de oficinas, unidades de reparto y centros de tratamiento de los envíos, mejor se prestará el servicio, pues el PCAP se desvincula de la oferta técnica de los licitadores, no solicita una oferta técnica como tal sino que la oferta consiste en enumerar unos medios materiales con independencia de la solución técnica concreta ofrecida en la proposición.

11º La prohibición de subcontratación no puede fundarse en el artículo 227.1 LCSP y vulnera la norma general de que el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, luego debe aplicarse en casos justificados y restrictivamente máxime cuando ni en el PCAP ni en el Expediente se motiva su establecimiento, lo que infringe el artículo 54 y el artículo 53.2 ambos de la Ley 30/1992 .

12º Tal prohibición choca con los principios contractuales de no discriminación, concurrencia, eficiencia (artículo 22.1 LCSP), igualdad de trato, libre prestación, máxime cuando el contrato, por razón de su objeto, no tiene una naturaleza y condiciones que exijan su directa ejecución por el adjudicatario.

13º El TACRC se contradice pues admite que la prohibición no se compadece con las finalidades del concreto contrato, con los principios generales de licitación pública, no favorece el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos y la admite para los contratos cuya naturaleza y condiciones no exijan la directa ejecución por el adjudicatario y facilita la libre concurrencia. Sin embargo confirma la prohibición porque el artículo 227 LCSP permite vetarla en los Pliegos y exige sólo que se justifique formalmente.

14º El TACRC hace una aplicación literal y descontextualizada del artículo 227.1, ajena a la normativa comunitaria según la cual la subcontratación facilita la libre concurrencia y eficiencia en la prestación de servicios.

15º Alega que procede interpretar el Derecho interno conforme al Derecho comunitario, con independencia de si es de aplicación directa o no, a lo que añade el principio del "efecto útil" del Derecho comunitario pues de confirmarse el criterio del TACRC se imposibilitaría el efecto útil tanto de la Directiva 2004/18/ CE como de las Directivas postales ya citadas.

16º Tal prohibición no está justificada, no garantiza una mejor prestación del contrato ni unos mejores precios y sólo beneficia a CORREOS que mantiene un *status quo* monopolístico y resulta el único licitador clasificado y adjudicatario, sociedad que percibe además una aportación anual en los presupuestos generales del Estado.

17º Alega que en el Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares que habrá de regir para la contratación de servicios por el procedimiento abierto, de la TGSS, la cláusula 15.3 permite la subcontratación.



Así es público que CORREOS viene subcontratando muchos de esos trabajos en los que consiste el contrato de autos, particularmente los de transporte, definidos como "servicios postales" en el artículo 3.1 de la Ley 43/2010, para lo que se remite a los anuncios publicados en el perfil del contratante de CORREOS.

CUARTO.- Conforme a tales fundamentos, es pretensión de la parte demandante que se declare la disconformidad a Derecho y consiguiente nulidad de la resolución impugnada y de los Pliegos en los dos concretos puntos discutidos: por valorar los medios de que dispone el licitador mediante un criterio de adjudicación y la prohibición de subcontratación en el caso concreto.

QUINTO.- Conferido traslado al Abogado del Estado fundó su pretensión desestimatoria en los siguientes motivos:

1º Ante todo expone que se ha personado en nombre y representación de CORREOS y no del TACRC, órgano éste que no es parte demandada en el proceso contencioso-administrativo según el artículo 21.3 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA). Por tanto, es CORREOS quien tiene legitimación pasiva como parte interesada en el recurso por haber sido, primero licitador y, finalmente adjudicatario.

2º Se remite a la resolución impugnada (Fundamentos de Derecho Sexto a Octavo) y respecto de los criterios de adjudicación, rechaza que sean criterios de solvencia, pues con ellos lo que se valora no es a la empresa sino su oferta, luego es conforme al artículo 150 LCSP.

3º Es evidente que cuanto mayor y mejor sea la red de oficinas, unidades de reparto, centro de tratamiento de los envíos y un control de los plazos de entrega, mejor se prestará el servicio, lo que incide en su calidad, teniendo presente que el objeto del contrato es la prestación de servicios postales y la distribución de notificaciones con aviso de recibo y de comunicaciones (Cláusula 1ª).

4º La prohibición de subcontratar se ajusta al artículo 227.1 LCSP. Puede ser cierto que de haberse permitido la subcontratación se hubiera facilitado el principio de la libre concurrencia, pero también lo es que la LCSP faculta a la Administración contratante para no permitir la subcontratación, no sólo porque por razón de la naturaleza y condiciones del contrato deba ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

SEXTO.- Personada en autos como parte codemandada la TGSS, se opuso a la demanda alegando, en síntesis, lo siguiente:

1º No pone en duda la liberalización de los servicios postales, cuya evolución y régimen jurídico expone la actora, de ahí que haya convocado un procedimiento de licitación por procedimiento abierto bajo el principio de publicidad y concurrencia.

2º Carece de fundamento alegar que se valoren los medios de que dispone el licitador mediante un criterio de adjudicación. Alega que en todo procedimiento de selección hay dos fases: la primera para determinar la capacidad y solvencia de los licitadores (artículos 54 y 62 LCSP) y la segunda en la que se valoran ya las ofertas de los seleccionados.

3º En el caso de autos al tratarse de un contrato de servicios con valor igual o superior a 120.000 euros, el artículo 55.1 LCSP sustituye la exigencia de poseer condiciones de solvencia económica, financiera y profesional o técnica por estar clasificado, lo que es el caso de la recurrente, por lo que el único criterio de solvencia exigido en el PCAP es la clasificación.

4º En cuanto a los criterios de valoración, para la solución técnica el PCAP otorga 40 puntos según el mayor número de oficinas, unidades de reparto, centro de tratamiento de envíos y control. Esta solución técnica no es subsumible, tal y como sostiene la actora, en el artículo 78 LCSP referido a la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios. La razón es que se valora el grado de cobertura en el territorio español de oficinas, unidades de reparto y centros de tratamiento, lo que afecta al objeto del contrato (cf. Cláusula Primera PCAP)

5º Teniendo presente las competencias de la TGSS, las notificaciones se tienen que practicar en todas las entidades locales tal y como establece el Pliego de Prescripciones Técnicas, de ahí que se otorgue más puntuación a los licitadores que tengan un mayor grado de implantación para así lograr una mejor prestación del servicio, luego los criterios de valoración están vinculados al servicio objeto de contratación (artículo 150 LCSP).

6º Respecto de la prohibición de subcontratar, es cierto que el artículo 227.1 LCSP permite subcontratar, salvo el contrato o los Pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario, lo que explica la cláusula 19 PCAP.

7º Expone la evolución normativa de la que se deduce, ya desde la Ley de Contratos del Estado de 1965 hasta el artículo 227.1 LCSP, que la subcontratación es posible salvo que prohíba en el contrato o en los Pliegos



o que por razón de la naturaleza y condiciones del contrato se deduzca que el contrato administrativo debe ejecutarse por el contratista.

8º En el caso de autos se está en el primer supuesto, de forma que la Administración contratante dispone de total autonomía para prever en el Pliego esa prohibición.

11º En todo caso, y en ejecución de la resolución del TACRC impugnada, en el expediente se ha justificado la necesidad de la ejecución directa por el adjudicatario, lo que se razona con base a que en los servicios postales de la TGSS tienen como destinataria a toda la población nacional, en grandes y en pequeñas poblaciones, debiendo contar los usuarios con los mismos derechos en cuanto a recibir la correspondencia con todas las garantías.

12º De esta manera la TGSS puede ejercer mayor control tanto de los envíos como del adjudicatario, hay más seguridad en la buena prestación del servicio en todo el proceso de tratamiento y entrega de la correspondencia, seguimiento exhaustivo y periódico y controles de calidad.

13º Es ajeno a este procedimiento tanto que en otras licitaciones CORREOS haya subcontratado, como el hecho de que la Cláusula 15.3 del Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares que habrán de regir la contratación de servicios por el procedimiento abierto de la TGSS, establezca la subcontratación, pues así lo prevé salvo que se establezca otra cosa, tal y como ha ocurrido en el caso de autos,

SÉPTIMO.- Acordado por Auto de 2 de septiembre de 2013 el recibimiento a prueba del pleito y fijada la cuantía del presente pleito en indeterminada, tras formular escritos de conclusiones, se acordó señalar para votación y fallo el día 30 de abril de 2014, en el que tuvo lugar a las 10,30 horas.

OCTAVO.- Que en la tramitación de la presente causa se ha observado las prescripciones legales previstas en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ, Presidente de la Sección, quien expresa el parecer de la Sala conforme a los siguientes

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por Resolución de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social se anunció la licitación del expediente 12/2406 para la contratación de los servicios postales, la distribución de notificaciones con aviso de recibo y de comunicaciones a los ciudadanos de los Servicios Centrales, Direcciones Provinciales de la TGSS y unidades periféricas. Tal servicio se describe en el apartado 1 del PPT, se define en el subapartado 1.1. y se concreta por cada tipo de envío en los subapartados 1.2. a 1.11.

SEGUNDO.- La parte actora no lo invoca, pero viene a plantear que la convocatoria de autos incurre en desviación de poder: bajo la apariencia de libre concurrencia de un procedimiento abierto, exigible por razón del actual régimen de liberalización de los servicios postales, se ha diseñado un PCAP que lleva a que se adjudique el servicio no a la oferta más ventajosa, sino al único operador postal que contaría con medios que le den la posibilidad cierta de ser adjudicatario, CORREOS, lo que en, efecto así ha sido. De esta manera CORREOS, que ha ostentado durante décadas el monopolio de los servicios postales bajo sus distintas formas de personificación, mantendría de hecho tal posición gracias a una convocatoria pensada en su favor.

TERCERO.- Si la Sala menciona la desviación de poder no es para enjuiciar el acto impugnado desde las señas de identidad de tal patología en el ejercicio de las potestades administrativas pues, de ser así, se exigiría a la demandante la carga de razonar y probar la concurrencia de los requisitos propios de la desviación de poder. Como esto no lo planteado la actora, si la Sala alude a la desviación de poder es, más bien, para comprender lo que para UNIPOST SA está detrás de los dos aspectos que impugna del PCAP: lo referido a los criterios de valoración de las ofertas conjugado, en segundo lugar, con la prohibición de subcontratar

CUARTO.- Sin abundar en la evolución jurídica del servicio postal ni en la personificación de CORREOS, sí se dejar constancia de dos aspectos. Primero, que la historia es la que es y es inevitable que CORREOS tras décadas de monopolio cuente ahora con una infraestructura y experiencia que le da ventaja respecto de sus competidores, luego tenga una posición de dominio como el mayor operador postal, de ahí que sea el operador garante de la prestación del servicio postal universal ex Disposición Adicional Primera Ley 43/2010 , lo que hace que la afectación a la libre competencia por abuso de esa posición de dominio se ventile en sede de tutela de la libre competencia. Y en segundo lugar, que las Sentencias que cita la actora de esta Sala anularon convenios de colaboración, mientras que en autos se está ante un procedimiento abierto y competitivo de contratación.



QUINTO.- Impugna la demandante del PCAP que los criterios de valoración de las ofertas en realidad lo que encierran son criterios de solvencia técnica del contrato de prestación de servicios y que regula el artículo 78 LCSP . A tal efecto es cuestión pacífica el distingo entre ambos criterios: con los criterios de valoración de la solvencia -cuando no se exija la clasificación- lo que se valora es que empresario puede ser considerado contratista del sector público según cada tipo de contrato; con los criterios de valoración de la oferta se determina ya quien presenta la oferta más ventajosa de entre los empresarios que tienen el nivel exigible para ser contratista y por eso pueden concurrir a la licitación.

SEXTO.- De esta manera, atendiendo a las reglas generales y para personas jurídicas, el artículo 54 LCSP regula lo que, genéricamente, es la aptitud para contratar en el sector público, aptitud que se integra atendiendo a dos conceptos: capacidad y solvencia. De esta manera se exige para ser contratista plena capacidad de obrar (artículos 72 y 73) y no estar incurso en una de las prohibiciones para contratar del artículo 60. A estos efectos el artículo 57 exige que el contrato al que se aspira y, en su caso, se adjudica, comprenda prestaciones que estén dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad de la persona jurídica, según sus estatutos o reglas fundacionales.

SÉPTIMO.- En cuanto a la solvencia el artículo 62 exige acreditar que se cuenta con las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que determine el órgano de contratación, salvo que se exija en su lugar estar clasificado, lo que sustituye a la acreditación de esa solvencia para contratar en los casos y términos del artículo 65 y con los criterios del artículo 67. Para acreditar esa solvencia, el artículo 74 prevé que se aporten los documentos que determine el órgano de contratación de entre los previstos en los que regulan la solvencia económica y financiera y la técnica según los distintos tipos contratos típicos (artículos 75 a 78), más la profesional o técnica de los restantes contratos (artículo 79).

OCTAVO.- En cuanto al contrato de prestación de servicios, la solvencia se determina apreciando los conocimientos técnicos, la eficacia, experiencia y la fiabilidad de quien quiera ser contratista del sector público (artículo 78). Tales conceptos se integran acudiendo a uno o varios de los medios que relaciona el citado precepto: los trabajos de los últimos años; instalaciones, maquinaria, material y equipo técnico; medidas que para garantizar la calidad y su control, de estudio e investigación; titulaciones académicas y profesionales del empresario, del personal responsable de la ejecución del contrato y del personal directivo e importancia de éste durante los tres últimos años y plantilla media anual; medidas de gestión medioambiental y el propósito de subcontratar.

NOVENO.- Respecto de los criterios de valoración de las ofertas -como paso que lleva a la adjudicación del contrato- el artículo 150 LCSP apela a diversos conceptos con los que se valoran las proposiciones y permiten determinar qué oferta es económicamente la más ventajosa, atendiendo siempre al objeto del contrato. Se barajan así respecto de cada proposición la calidad, el precio y la fórmula de revisión, plazo de ejecución, coste de utilización, características medioambientales, satisfacción de exigencias sociales, rentabilidad, valor técnico, características estéticas o funcionales, disponibilidad y coste de repuestos, mantenimiento, asistencia técnica, servicio postventa u otros semejantes.

DÉCIMO.- El PCAP litigioso fija dos criterios de solvencia para concurrir a la licitación de servicios postales: disponer de autorización administrativa singular y estar clasificado en el Grupo R (servicios de transporte), subgrupo 9 (servicios de mensajería, correspondencia y distribución) y categoría D (anualidad media igual o superior a 600.000 euros). Ambos requisitos llevan a la Ley 43/2010 según la cual la autorización administrativa singular permite prestar los servicios propios del servicio postal universal, para lo que puede acceder a la red gestionada por el operador del servicio postal universal. Tal acceso debe hacerse en condiciones iguales o equivalentes a las aplicadas por el gestor de la red a sus propias filiales, empresas, entidades asociadas o colaboradoras, a los remitentes de envíos masivos o a los preparadores del correo de varios clientes.

UNDÉCIMO.- Sin perjuicio de que en la resolución por la que se otorga al titular de la autorización administrativa singular se le impongan obligaciones de servicio público específicas y modulaciones para la sujeción al servicio postal universal, lo relevante es que la solvencia empresarial que exige la TGSS lleva a una sustancial equiparación con el operador del servicio postal universal, esto es, con CORREOS. Desde esta perspectiva es como cabe enjuiciar la razonabilidad de los criterios de valoración de las ofertas en cuanto a lo que aquí se denomina oferta técnica, para diferenciarla de la solución técnica en sentido estricto. Tal oferta técnica comprende la solución técnica y la calidad de prestación en cuanto a la medición de los plazos de entrega.

DUODÉCIMO.- A partir de lo expuesto la Sala juzga razonable el criterio de valoración de las ofertas por los siguientes motivos:

1º La previsión del PCAP se juzga razonable atendido el objeto del contrato. Así para un servicio especialmente sensible como es la comunicación postal oficial con empresas y beneficiarios de la Seguridad Social, con los



efectos jurídicos propios del régimen de notificaciones, la TGSS quiere que el servicio lo preste el operador que disponga de una red postal lo más extensa posible, por lo que valora las ofertas sobre la base de la extensión de tal red.

2º La actora ha planteado su impugnación sobre una cuestión de principio: primero, porque se fijan unos conceptos evaluables que entiende que sólo la adjudicataria está en condiciones de satisfacer y, segundo, porque lo que se evalúa para determinar la mejor oferta son los criterios para tener la consideración de licitador. No ha llevado el enjuiciamiento del PCAP planteando que su oferta técnica fuese más ventajosa, interesando una prueba técnica que así lo justificase.

3º La mejor oferta puede obtener hasta 100 puntos máximos, 60 por la oferta económica y 40 por la técnica, de esta 32 por la solución técnica y 8 por calidad. Lo litigioso se ciñe a los 32 de la solución técnica y a 3 de los 8 por la calidad, pues respecto de ésta la actora sólo discute los 3 puntos por los sistemas de medición de los plazos de entrega y no los 5 restantes (3 el por sistema de gestión y resolución de incidencias y reclamaciones y 2 por los plazos para hacerlo).

4º Los 32 puntos de la solución técnica se gradúan en tramos según el número de unidades de reparto, de atención al público y de centros de tratamiento de los envíos. Esto, en sí, es razonable y no implica evaluar como oferta lo que son los requisitos de solvencia técnica, sino que a partir de una base común que permite ser licitador -tener las condiciones de prestación del servicio postal universal-, lo que se evalúa de cada oferta es la extensión de la red postal que oferta y será aquí donde tiene relevancia prohibir la subcontratación pues con tal prohibición se impide ofertar una red mayor acudiendo a terceros.

DÉCIMO TERCERO.- Por lo expuesto se confirma en ese aspecto el PCAP, a partir de lo cual se aborda la legalidad de prohibir la subcontratación, motivo distinto del anterior si bien está vinculado. Al respecto es cuestión pacífica que permitir la es la regla general tal y como se deduce del artículo 227.1 LCSP pues fomenta la competitividad y la libre concurrencia, así como el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública. De esta manera prohibir lo que es esa regla general cabe en dos supuestos: que el contrato o los pliegos establezcan esa prohibición o que la imposibilidad de subcontratar venga dada porque el contrato, por razón de su naturaleza y condiciones, deba ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

DÉCIMO CUARTO.- Del artículo 227.1 no cabe deducir una decisión enteramente discrecional, sino que debe tener una razón, un fundamento; es más, que el artículo 227.1 separe las dos hipótesis o supuestos de prohibición no significa respecto de la primera -que se prevea en el contrato o en los pliegos- que no tenga que responder a razón explícita alguna. Por tanto del citado precepto cabe deducir que la Administración siempre debe dar una razón de por qué prohíbe subcontratar; una está ya determinada *ex lege* - que por razón del objeto y condiciones, el contrato deba ejecutarlo directamente el adjudicatario- y otra es indeterminada -que lo prevea el contrato o los pliegos- pero en ambos casos tal decisión debe integrarse y responder a una razón excepcional, explícita y objetiva, luego contrastable.

DÉCIMO SEXTO.- En el presente caso el TARCR advirtió que la prohibición tal y como se deducía del PCAP no tenía una razón objetiva, luego se basaba en el puro formalismo de introducirla en el PCAP. Interpuesto el recurso especial y tras el trámite de alegaciones el TARCR resolvió que es conforme a Derecho la prohibición por preverse en el PCAP pero exigió, dentro de la lógica de la estimación parcial del recurso, que la TGSS razonase y motivase el por qué de prohibir la subcontratación. El caso es que si bien en el Expediente remitido a la Sala no consta tal motivación, es cuestión pacífica que esa omisión se subsanó al adjudicar y que las razones son las que la TGSS expone en su contestación a la demanda.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Conocidas esas razones procede desestimar la demanda por lo siguiente:

1º Tanto en la demanda como en conclusiones -y esto es lo relevante pues ya sabía las razones-, UNIPOST SA plantea, de nuevo, una cuestión de principio: que la libre concurrencia y el fomento de la competitividad, en consonancia con la liberalización del sector postal, exigen que la licitación de contratos para prestar servicios postales deba estar abierta a la subcontratación.

2º Esto no lo niega la Sala, es más, cabe admitir que los 40 puntos de la oferta técnica los pueden lograr otros operadores postales competidores si se les diese la oportunidad de construir su oferta acudiendo a terceros.

3º Ahora bien, conocidas las razones de la prohibición, la carga procesal de alegar y, en su caso, de probar, cambia de signo: lo que hay que combatir de la cláusula 19 del PCAP ya no es la prohibición en cuanto tal, sino las razones dadas y razonar que no obedecen a un motivo real, objetivo y contrastable, carga que no se ha asumido.

4º Al ser una carga de quien demanda, no cabe que la Sala enjuicie de oficio la admisibilidad de las razones ofrecidas, pues tal motivo de impugnación se centra ya en un juicio técnico pues es de tal naturaleza enjuiciar



si, como asegura la TGSS, concurren razones de mayor control, seguridad y seguimiento exhaustivo y periódico en la prestación del servicio en cuanto a su calidad para exigir que el servicio lo preste directamente el adjudicatario.

DÉCIMO OCTAVO.- Por último, que la cláusula 15.3 del Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares del la TGSS prevea la subcontratación nada añade, pues con tal alegato se vuelve al pronto de arranque: se confirma que esa es al regla general, no que la misma excluya la prohibición. Y que CORREOS subcontrate muchos de los trabajos en que semejantes al servicio de autos, nada añade, pues lo que se discute no es cómo preste CORREOS los servicios postales, sino la legalidad de que el adjudicatario no pueda subcontratar este servicio, ya sea CORREOS u otro.

DÉCIMO NOVENO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa , se hace imposición de costas a la parte demandante por haberse desestimado la demanda.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de **UNIPOST, SA** contra la resolución reseñada en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, debemos declarar y declaramos que es conforme a Derecho, confirmándola; se hace imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, contra la cual cabe recurso de casación que podrá prepararse en el plazo y forma previsto en el artículo 89 LJCA , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por El Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.