



**Recurso nº 193/2012**

**Resolución nº 210/2012**

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 26 de septiembre de 2012.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. P.R.S., en representación de la empresa UNIPOST, S.A. (UNIPOST en adelante), contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato de servicios postales generados en el ámbito de la Mutualidad General Judicial (Expdte. 6/2012), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** La Mutualidad General Judicial (MUGEJU en adelante) convocó, mediante anuncio enviado al Diario Oficial de la Unión Europea el 27 de julio de 2012 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 4 de agosto de 2012, licitación para adjudicar por tramitación ordinaria y procedimiento abierto el contrato de servicios antes citado, con un valor estimado de 610.087,72 euros.

**Segundo.** Con fecha 6 de septiembre de 2012 tuvo entrada, en el registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el escrito de recurso presentado por la representación de UNIPOST contra la citada licitación, en el que, tras alegar lo que estima conveniente a la defensa de sus derechos, solicita la anulación del procedimiento de licitación.

**Tercero.** Con fecha 10 de septiembre de 2012 se remite a este Tribunal el correspondiente expediente, acompañado del informe del órgano de contratación.

**Cuarto.** El Tribunal, con fecha 18 de septiembre de 2012, acordó, conforme a lo establecido en el artículo 43.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, suspender el procedimiento de contratación hasta la resolución del recurso.

**Quinto.** La Secretaría del Tribunal, el 11 de septiembre de 2012, dio traslado del recurso a la otra empresa que había participado en la licitación, Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaba oportuno, formulase las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que se haya evacuado este trámite por la interesada.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** El presente recurso se interpone contra los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas que establecen las condiciones que han de regir la contratación del servicio postal generado en el ámbito de la Mutualidad General Judicial, correspondiendo a este Tribunal su resolución de conformidad con el artículo 41.1 del TRLCSP, al integrarse el organismo citado en el ámbito de la Administración General del Estado.

**Segundo.** El acto recurrido son los pliegos de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

**Tercero.** La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP.

**Cuarto.** Antes de entrar a analizar el fondo del asunto, procede examinar si el recurso ha sido interpuesto en plazo, pues el órgano de contratación ha formulado alegaciones entendiéndose que el recurso ha sido interpuesto fuera de plazo toda vez que entre la fecha de publicación de los pliegos en el perfil de contratante (31 de julio) y la de interposición del recurso (6 de septiembre) han transcurrido más de los quince días hábiles previstos en el artículo 44.2. a) del TRLCSP.

Con respecto al cumplimiento del requisito temporal para la interposición del recurso debemos plantearnos si se ha cumplido en los términos previstos en el artículo 44 del TRLCSP. En efecto, de conformidad con el apartado 2, letra a) del mismo, *“cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”*.

En relación a esta cuestión el Tribunal ya se ha pronunciado en la resolución 21/2011 de 9 de febrero de 2011, dictada en el recurso número 58/2010, en la que se pone de manifiesto, en relación con el cómputo del plazo para interponer el recurso contra los pliegos, lo siguiente: *“La cuestión que se suscita aquí es la de determinar el momento a partir del cual debe computarse el plazo establecido en el artículo 314.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público -vigente art. 44.2 TRLCSP- para la interposición del recurso especial en materia de contratación, según el cual éste será de “quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado”, añadiendo en su apartado a) que “cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 142 de esta Ley -vigente art. 158 TRLCSP-”. Así, de acuerdo con el citado artículo 142 habrá que distinguir si el acceso a los pliegos e información complementaria se realiza por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o si por el contrario no se facilita el acceso por dichos medios”.*

Puesto que el acceso a los pliegos a que se refiere el presente recurso se ha facilitado por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante, debe entenderse que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores -el 6 de septiembre de 2012-, y ello porque cuando el artículo 44.2, letra a) del TRLCSP se refiere a la cuestión lo hace mencionando el artículo 158 del citado texto legal, el cual se refiere a la obligación que incumbe a los órganos de contratación de suministrar los pliegos y demás documentación complementaria a quienes lo solicitaran, pero sin hacer mención alguna al otro supuesto.

Concretamente el citado precepto dice que *“cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”.* La aplicación de este precepto en relación con el 44.2 del TRLCSP nos llevaría a entender que el plazo para

interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede coincidir o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones. Precisamente por ello, debe entenderse con respecto a aquellos supuestos en que los pliegos y demás documentación complementaria se hayan puesto a disposición de los posibles licitadores a través del perfil de contratante o de la Plataforma de Contratación del Estado debe procederse a la aplicación analógica del citado precepto. Así lo declara este Tribunal en la resolución antes mencionada al decir que ante la imposibilidad *“de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos”*.

Pues bien, aplicando al caso presente el criterio anterior, debe concluirse que el recurso fue presentado dentro de plazo toda vez que su fecha de presentación (6 de septiembre) coincide con la fecha límite para la presentación de ofertas. En consecuencia, el recurso debe ser admitido.

**Quinto.** UNIPOST solicita, en síntesis, la nulidad de las cláusulas 8.2.1 F) y 12.3.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), por entender que son restrictivas de la competencia, en cuanto que en las mismas se reconoce a favor de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. (CORREOS en adelante), un derecho exclusivo y excluyente a realizar las notificaciones administrativas. En defensa de sus argumentos, la recurrente detalla el contexto normativo de los servicios postales (comunitario y nacional), cita y reproduce diversas sentencias (del TJUE y de Tribunales nacionales), así como informes de organismos reguladores de la competencia y el acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

A estos efectos interesa indicar, como señala la recurrente en su recurso, que las cuestiones aquí planteadas fueron todas ellas resueltas por este Tribunal en su resolución 143/2012 de 4 de julio, recursos 125-126/2012.

De contrario a las alegaciones de la recurrente, el órgano de contratación en su informe, además de señalar la extemporaneidad del recurso -cuestión ésta ya resuelta-, se limita a recoger los antecedentes del expediente y a manifestar que los pliegos se han redactado conforme a la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, así como del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, habiendo sido objeto de informe favorable por la Abogacía del Estado del Departamento.

**Sexto.** El recurso planteado obliga a manifestarse sobre una única cuestión, si las cláusulas del PCAP y del PPT a las que se refiere la recurrente son limitativas de la concurrencia.

Para examinar la cuestión objeto de controversia, se hace necesario reproducir el contenido de los pliegos cuya nulidad demanda la recurrente. Así en la cláusula 8.2.1. “Documentación acreditativa de la personalidad y capacidad de obrar”, en su apartado F), referido a la acreditación de la habilitación empresarial de las diferentes prestaciones objeto del contrato, se requiere:

- “- Disponer de un acuerdo de acceso a la red pública postal con el operador encargado de la prestación del servicio universal, que le permita depositar envíos postales reservados a éste en al red pública postal.*
- Compromiso por escrito de depositar las notificaciones administrativas en los centros de admisión del operador encargado de la prestación del servicio postal universal, para que éste realice la entrega a los destinatarios de acuerdo con lo establecido en la sección 2ª del capítulo II del Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, aprobado por Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, modificado por el Real Decreto 503/2007, de 20 de abril”.*

La cláusula 12.3.2. "Limitación y autorización previa de subcontratistas", también impugnada, exige que *"Únicamente se podrá subcontratar con el operador encargado del servicio postal universal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 TRLCSP"*.

Finalmente, la cláusula 6 del PPT, bajo el título "Condiciones especiales de ejecución", señala lo siguiente:

*"En relación con los servicios postales que la citada Ley 43/2010, reserva con carácter exclusivo al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal, y con el fin de salvaguardar este derecho del citado operador, el adjudicatario deberá prestar dichos servicios a través de un acuerdo de acceso a la red del citado operador que le permita depositar en la misma los envíos postales reservados. El depósito de estos envíos se realizará en el marco y en las condiciones establecidas en el citado acuerdo."*

*Igualmente, con el fin de que las notificaciones administrativas tengan como efecto la constancia fehaciente de su recepción, tal como determinan el artículo 39 y siguientes del R.D. 1829/1999, de 3 de diciembre, el adjudicatario deberá depositar los citados envíos en las unidades de admisión del operador encargado de la prestación del servicio postal universal, para su posterior tratamiento de acuerdo con los establecidos en el referido Real Decreto."*

**Séptimo.** La prestación objeto del contrato, servicios postales generados en el ámbito de MUGEJU, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 1 del PPT, deberá ajustarse, además de a las particularidades que se indican en el pliego, a lo dispuesto en la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal (Ley 43/2010 en adelante), así como a las disposiciones que la desarrollan.

En cuanto aquí interesa, la Ley 43/2010 en su disposición adicional primera designa a CORREOS como operador para prestar el servicio postal universal, recogándose en su artículo 21 las actividades que se incluyen en el ámbito del servicio postal universal (envíos postales nacionales y transfronterizos de cartas, tarjetas postales y paquetes postales, así como los envíos de publicidad directa, libros, catálogos y publicaciones periódicas, hasta un determinado peso, incluidos los servicios de certificado y valor

declarado). El artículo 22.4 establece, en relación a las notificaciones efectuadas por medio de operadores postales, que la entrega de notificaciones, tanto física como telemática, de órganos administrativos y judiciales realizadas por CORREOS tienen como efecto la constancia fehaciente de su recepción y la presunción de veracidad en la distribución, con aplicación en lo que proceda de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC en adelante), sin perjuicio de que los demás operadores realicen este tipo de notificaciones, cuyos efectos se rigen por las normas de derecho común, practicándose de acuerdo con el artículo 59 de la LRJPAC. Señalando el artículo 42 que se requerirá autorización administrativa singular para la ejecución de cualesquiera prestaciones en relación con los servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal, citados anteriormente.

De otro lado, la Ley 43/2010, cuando se refiere al régimen de prestación de los servicios postales, en sus artículos 2 y 37, señala que son servicios de interés económico general que se realizarán en régimen de libre competencia, con las limitaciones establecidas en la Ley y su normativa de desarrollo.

De la regulación anterior no es posible, por tanto, extraer la conclusión de que la normativa postal reserva en régimen de exclusividad las notificaciones administrativas a CORREOS, y ello porque se admite que las actividades incluidas en el ámbito del servicio postal universal puedan ser realizadas por operadores distintos a CORREOS, previa obtención de la correspondiente autorización administrativa.

Así pues, la Ley 43/2010 no impide que actúen otros operadores distintos a CORREOS ni tampoco reserva a éste en exclusiva la realización de las notificaciones administrativas, sin perjuicio de contar, en su caso, con las autorizaciones administrativas necesarias. Desde este punto de vista y en principio, la exigencia de los pliegos de que los licitadores deban aportar un acuerdo y compromiso con la sociedad CORREOS para que sea ésta quien realice las notificaciones administrativas no puede considerarse ajustada a la Ley.

Esta circunstancia exige que deba plantearse con carácter general si es posible desde el punto de vista legal que los pliegos (PCAP y PPT) exijan requisitos que vayan más allá de lo legalmente establecido. A este respecto conviene recordar que, como ya ha

señalado algún sector de la doctrina, la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público como elemento condicionante de la regulación de los contratos públicos para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca la garantía de la libre de concurrencia. Ello, que aparece consagrado en nuestro TRLCSP de modo expreso en los artículos 1 y 139, tiene su origen en las diferentes Directivas comunitarias, y, en lo que respecta al momento actual, en la Directiva 2004/18/CE del Consejo y el Parlamento Europeo. Pues bien, partiendo de la idea básica de que la regulación de los contratos públicos, ante todo debe garantizar la libre concurrencia de las empresas, tanto la Directiva como, en consecuencia, el TRLCSP, admiten la posibilidad de exigencia de títulos habilitantes para el ejercicio de actividades y que éstos sean requisito para poder contratar con un poder adjudicador. Pero este requisito, en la medida en que constituye una limitación al principio de libre concurrencia, así como al principio de igualdad de trato, debe ser interpretado de forma restrictiva. En consecuencia, la atribución a un único operador, en este caso CORREOS, de la posibilidad de realizar notificaciones administrativas debe ser interpretado de tal forma que la exigencia se ajuste al sentido literal de la norma que la establece. A tal respecto, de acuerdo con los preceptos de la Ley 43/2010 antes descritos, no puede entenderse que CORREOS sea el único operador postal que pueda realizar las notificaciones administrativas, sin perjuicio de las consideraciones que posteriormente realizaremos sobre la posibilidad de subcontratación del servicio, y que abundan en la necesidad de anular las cláusulas de los pliegos aquí impugnadas.

Por último interesa indicar que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre, en relación a un “Acuerdo marco de contratación centralizada de los servicios postales y telegráficos para la Administración de la Comunidad autónoma de Aragón, sus Organismos Autónomos y restantes Entes públicos autonómicos y locales adheridos”, un supuesto análogo al aquí planteado, entiende que el citado acuerdo supone una restricción a la competencia. En concreto concluye señalando que, *“Por ello, debe admitirse este primer argumento del recurrente, y considerar que el acuerdo marco en cuestión, por su dimensión y operatividad —la ausencia de lotes— supone una limitación a la competencia ,y favorece indirectamente al anterior operador dominante, quebrándose por ello el principio de igualdad de trato referido por el artículo 1 LCSP, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del*



*TJUE —de la que resulta que el principio de igualdad de trato prohíbe cualquier forma encubierta de discriminación que, mismo resultado (entre otras, SSTJUE de 5 de diciembre de 1989, 16 de enero de 2003, y 1 de julio de 2004) —, así como el artículo 101 LCSP que establece que los pliegos deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia. Por lo demás, no debe desconocerse que un régimen jurídico que facilite el acceso y favorezca la competencia de forma efectiva constituye un requisito imprescindible para llevar a cabo un gasto público eficiente, premisa en la que se justifica este acuerdo marco y que será de difícil realización por los argumentos expuestos.”*

**Octavo.** En cuanto al examen de si la previsión de subcontratación de las notificaciones administrativas resulta ajustada a derecho, procede traer a colación el acuerdo 29/2011, antes citado, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que en su fundamento quinto expone lo siguiente:

*“QUINTO.- Por último debe analizarse si la previsión de subcontratación de las notificaciones administrativas resulta ajustada a derecho, al exigirse que, con el fin de que las mismas tengan como efecto la constancia fehaciente de su recepción —tal y como determinan los artículos 39 y ss. del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre— el adjudicatario se comprometerá a subcontratar y depositar los citados envíos en las unidades de admisión del operador encargado de la prestación del servicio postal universal, para su posterior tratamiento de acuerdo con lo establecido en el referido Real Decreto.*

*Es cierto que la Ley 43/2010 reconoce al operador dominante la facultad de presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, tanto las realizadas por medios físicos, como telemáticos, y sin perjuicio de la aplicación, a los distintos supuestos de notificación, de lo dispuesto en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sin embargo, las notificaciones practicadas por los demás operadores postales surtirán efecto de acuerdo con las normas de derecho común, y se practicarán de conformidad con el artículo 59 de la citada Ley procedimental administrativa.*

*Esto significa que, como consecuencia de dicho proceso liberalizador y de la apertura general del mercado a los operadores postales, y por tanto a la competencia, los operadores postales con autorización singular para la prestación del servicio postal universal, así como el operador postal designado a tal efecto, podrán practicar notificaciones de órganos administrativos y judiciales. En este sentido, y en virtud del artículo 22 de la Ley 43/2010, los operadores postales podrán prestar libremente dicho servicio, ya sea directamente, ya sea a través del operador postal designado, ya sea a través de otros operadores.*

*La diferencia en el actuar de los prestadores de servicios postales se encuentra en los efectos jurídicos atribuidos por la Ley a las notificaciones administrativas realizadas por los diferentes operadores postales. Por un lado, la actuación de notificación llevada a cabo por el prestador de servicios designado ostentará por ley la presunción de veracidad y fehaciencia, en lo que respecta a la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de las notificaciones. Sin embargo, la actuación de notificación de órganos administrativos o judiciales llevada a cabo por el resto de operadores postales con autorización singular, tendrá efectos jurídicos de acuerdo con las normas de derecho privado, y en este sentido su realización carecerá de presunción de fehaciencia, debiéndose probar en el caso de ser cuestionado, por elementos probatorios de derecho privado.*

*Por lo expuesto, la previsión recurrida vulnera el artículo 22 de la Ley 43/2010, al obligar a los operadores postales adjudicatarios a realizar las notificaciones administrativas a través del operador postal designado, dado que impiden y penalizan que dichas notificaciones las realicen los operadores postales autorizados a través de sus propios medios, utilizando los mecanismos jurídicos pertinentes en orden a poder probar la realización de los diferentes actos hasta llegar a la notificación. Igualmente quedan vulnerados los artículos 2 y 37 de dicha Ley 43/2010, al desarrollarse la prestación del servicio postal en ausencia de libre competencia, dado que se impide que operadores distintos al designado lleven a cabo ese tipo de notificaciones por sí mismos, haciendo uso de los mecanismos jurídicos que permitan acreditar frente a terceros su realización.*

*En consecuencia, debe estimarse también este motivo de recurso y entender que dicha cláusula resulta ilegal, en tanto tiene por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura del contrato público a la competencia.*

*Además, tal y como ya han advertido los organismos reguladores de la competencia (Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, Expediente I.1/2011), esta cláusula sería susceptible de vulnerar el artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, toda vez que restringe la competencia en el mercado de los servicios postales, y su conducta no se encuentra amparada en una Ley que la justifique (artículo 4.1 de la Ley de Defensa de la Competencia), ya que la restricción de la competencia en la prestación de dicho servicio postal no encuentra justificación alguna, ni objetiva, ni razonable, ni proporcionada, toda vez que la legislación especial aplicable al efecto permite a los operadores postales con autorización singular realizar por si mismos dicho servicio o a través de terceros, debiendo hacer uso de los medios de prueba contemplados en el derecho privado para justificar la realización del acto de notificación.”*

Sentado lo anterior, es claro que las cláusulas 8.2.1.F) y 12.3.2 del PCP, así como la cláusula 6 del PPT, en cuanto al contenido detallado en el fundamento sexto de esta resolución, han ido más allá de la exigencia establecida en la Ley y consiguientemente deben considerarse nulos, al requerir que, con base en la exigencia de fehaciencia, las notificaciones administrativas deban realizarse necesariamente por CORREOS, cuando como se ha señalado, las citadas notificaciones pueden ser realizadas por otros operadores postales con autorización singular, pudiendo hacer uso de cualquiera de los elementos probatorios admitidos en derecho.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar interpuesto por D. P.R.S., en representación de la empresa UNIPOST, S.A., contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato de servicios postales generados en el ámbito de la Mutualidad General Judicial (Expdte. 6/2012), anulando el procedimiento de contratación y debiéndose convocar una nueva licitación en la que

deban servir de base unos nuevos pliegos adaptados a los pronunciamientos contenidos en los fundamentos de esta resolución.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 417.5 del TRLCSP.

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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.