



Recurso nº 203/2012

Resolución nº 220/2012

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

En Madrid, a 3 de octubre 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 requeridos por los centros del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Expdte. CA 12/050), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA en adelante) convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado los días 22 y 28 de agosto de 2012 respectivamente, y posterior rectificación de fecha 11 de septiembre en ambos diarios, licitación para adjudicar por tramitación ordinaria y procedimiento abierto el contrato de servicios antes citado, con un valor estimado de 349.051,30 euros.

Segundo. Con fecha 20 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 21 de septiembre de 2012 se remite a este Tribunal el correspondiente expediente, acompañado del informe del órgano de contratación.

Cuarto. El Tribunal, con fecha 1 de octubre 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. El trámite de alegaciones no ha sido evacuado al no existir otros interesados comparecidos en el procedimiento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas (PCAP y PPT en adelante) que establecen las condiciones que han de regir la contratación de la prestación de los servicios postales en los centros del INGESA, 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. Con carácter previo, al examen del fondo del asunto, interesa indicar que las cuestiones aquí planteadas han sido todas ellas resueltas por este Tribunal en sus resoluciones 143/2012 de 4 de julio, recursos 125-126/2012, y 187/2012 de 6 de septiembre, recurso 161/2012, a las cuales nos referiremos para resolver las cuestiones objeto de debate.

Quinto. UNIPOST solicita, en síntesis, en su alegación Cuarta, la nulidad de la cláusula 2.8.B) en relación con la cláusula 2.7.2, ambas del PCAP, por entender que las mismas vulneran los artículos 1 y 139 (en relación con el artículo 14 de la Constitución Española), 150 del TRLCSP y el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre Libre Prestación de Servicios. Añade UNIPOST que los criterios de adjudicación impugnados contravienen el TRLCSP puesto que en realidad *“son medios que pertenecen al licitador y que como tales, el TRLCSP los considera criterios de selección del contratista”*.



Indica además que los criterios de adjudicación –que se impugnan- sólo pueden beneficiar a un licitador –CORREOS- en detrimento de los demás, razón por la cual inciden de forma manifiesta y rotunda en el principio de concurrencia. También manifiesta que *“Los medios de que dispone el licitador es uno de los requisitos incluidos en el artículo 78 TRLCSP que miden la solvencia”*, añadiendo que el Tribunal Supremo (cita STS de 16 de febrero de 2010) *“ha declarado que la utilización de la experiencia como criterio de adjudicación determina la nulidad de dicho criterio de adjudicación”*. Concluye señalando que, *“dichos criterios de adjudicación son requisitos de solvencia que no son admisibles desde el punto de vista legal puesto que el PCAP exige que las empresas licitadoras estén debidamente clasificadas, clasificación que sustituye la acreditación de solvencia. En consecuencia son nulos de pleno derecho”*.

Frente a ello, expone el órgano de contratación que la disponibilidad de un mayor número de centros de atención al público en las capitales de provincia y ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, repercute directamente en la calidad del servicio a prestar, y esto es lo que se recoge en el punto b) del apartado B) de la cláusula 2.8 en relación con el tercer párrafo de la cláusula 2.7.2, ambas del PCAP. En cambio, como veremos en el fundamento octavo, el órgano de contratación sí acepta las alegaciones de UNIPOST respecto al punto a) del apartado B) de la cláusula 2.8 en relación con el segundo párrafo de la cláusula 2.7.2 del PCAP.

En concreto, las cláusulas del PCAP que se impugnan disponen lo siguiente:

“2.7.2. Contenido del sobre B (oferta técnica): Los licitadores deberán incluir la documentación que se relaciona a continuación:

- *Grado de cobertura en la distribución en red propia: declaración de la empresa indicando la red propia que posee, con detalle de la misma.*
- *Número de oficinas de atención al público: declaración de la empresa indicando el nº de oficinas de atención al público de que dispone.*

Los licitadores podrán incluir, además, toda la documentación que consideren necesaria para la valoración de sus ofertas técnicas”



“2.8. Criterios de valoración

En la fase previa a la apertura de las ofertas económicas, se valorarán las ofertas técnicas contenidas en el **sobre B**.

Para formular su propuesta al órgano de contratación, la Mesa tendrá en cuenta los criterios objetivos que se indican a continuación, por orden decreciente de importancia:

<u>Criterio</u>	<u>Ponderación</u>
A. Oferta económica	hasta 60 puntos
B. Oferta técnica	hasta 40 puntos
a) Grado de cobertura en la distribución en red propia	hasta 22 puntos
b) Nº de oficinas de atención al público	hasta 18 puntos

(...)

B) Oferta técnica.

- a) Grado de cobertura en la distribución en red propiahasta 22 puntos
- a. Red propia en todas las capitales de provincia, ciudades autónomas y en poblaciones de más de 20 mil habitantes22 puntos
- b. Red propia en todas las capitales de provincia, ciudades autónomas y en poblaciones de más de 50 mil habitantes18 puntos
- c. Red propia en todas las capitales de provincia y ciudades autónomas4 puntos
- b) Por tener un número de oficinas de atención al público superior a las exigidas en la cláusula 2.7.1 apartado c) de este Pliegohasta 18 puntos
- a. Por tener entre 100 y 200 oficinas más de atención al público sobre las exigidas18 puntos



- b. *Por tener entre 50 y 100 oficinas más de atención al público sobre las exigidas
.....10 puntos*
- c. *Por tener entre 1 y 50 oficinas más de atención al público sobre las exigidas
.....4 puntos*

La cláusula 2.7.1.c) del PCAP, a la que se refiere la reproducida cláusula 2.8.B), exige, en cuanto aquí interesa, que, además de la clasificación (Grupo R, subgrupo 9, categoría B), se acredite por los licitadores, como requisito de solvencia técnica y profesional, *“Que disponen de Oficinas de atención al público en cada capital de provincia y Ciudad Autónoma, con horario de apertura al público al menos de 6 horas diarias en jornada de mañana y tarde.”*; requisito éste también exigido en el apartado 3 de la cláusula 5 “Condición general del servicio” como una condición de ejecución del contrato

Sexto. Es cierto, como pone de manifiesto la recurrente en su escrito y así lo recogimos en nuestra resolución 187/2012 de 6 de septiembre, la necesidad de distinguir de forma clara las dos fases del procedimiento de licitación, por un lado la solvencia de la empresa y por otro su valoración. A estos efectos conviene traer a colación el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que con invocación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, expone que: *“El Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios de que he han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes”*.

De este modo, en el proceso de adjudicación de un contrato, en una primera fase se analizan los requisitos de solvencia de las personas físicas o jurídicas que han presentado oferta, y una vez que se entiende cumplido el requisito de solvencia, se reconocen como válidas las ofertas y se declara la admisión de los licitadores en el procedimiento; siendo el trámite siguiente el que consiste en el análisis de los criterios de adjudicación, que concluye, en términos generales, con la resolución de adjudicación del contrato a uno de los licitadores.



En cuanto a los elementos o circunstancias que han de ser tenidos en cuenta en cada una de estas dos fases, el mencionado informe 45/2002, concluye que *“La valoración de la solvencia de las empresas y la valoración de las ofertas son dos operaciones distintas que se rigen por normas diferentes, por lo que se ha de reiterar el criterio mantenido por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en anteriores informes que se han citado, en el sentido de que los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de la solvencia y que tienen por finalidad determinar la capacidad económica y técnica de las empresas para la ejecución del contrato, no pueden ser valorados para determinar la mejor oferta”*.

Se puede por tanto concluir que la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como también la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa que constituyen características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta, habiéndose utilizado esta diferenciación, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto.

Pues bien, examinados los criterios de adjudicación que impugna UNIPPOST, entiende este Tribunal que, no pueden admitirse sus pretensiones en el sentido de considerar los mismos como de solvencia, pues no se trata de características de la empresa lo que se pretende valorar con ellos, sino de características que afectarían clara y directamente a la oferta siempre que existiera la debida vinculación con el objeto del contrato –lo cual se analizará posteriormente-, por cuanto, es evidente, que cuanto mayor y mejor sea la red de oficinas, mejor será la prestación del servicio, lo cual incide claramente en la calidad del mismo, que no es otro, tal y como se contiene en el objeto del contrato (cláusula 1.2 del PCAP), que *“la prestación de los servicios postales requeridos por los Centros del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, en las condiciones descritas en el pliego de prescripciones técnicas”*.



Tampoco se puede admitir que los citados criterios impliquen que se esté utilizando –como afirma UNIPPOST- la experiencia como criterio de adjudicación, pues partiendo del hecho de que los medios de acreditación de la solvencia técnica tienen carácter tasado, de manera que sólo se puede exigir los que se encuentren recogidos, para este supuesto concreto, en el artículo 78 del TRLCSP, la experiencia estará en función de servicios prestados con anterioridad por cada licitador relacionados con el objeto del contrato, pero no vendrá determinada por el grado de cobertura en la distribución o el número de oficinas de atención al público. Así el artículo 78 del TRLCSP para valorar la experiencia, tratándose de la solvencia técnica en los contratos de servicios –que es el supuesto del expediente aquí impugnado-, señala que podrá requerirse “*Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los tres últimos años que incluya importe, fechas y destinatario, público o privado, de los mismos*”. Desde el punto de vista del derecho comunitario la Directiva 2004/18/CE, en su artículo 48.2, señala igualmente que las capacidades técnicas y profesionales podrán acreditarse mediante la presentación de una relación de los principales servicios efectuados durante los últimos tres años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario público o privado.

En definitiva, entiende este Tribunal que los criterios de adjudicación que impugna UNIPPOST no pueden considerarse requisitos de solvencia, por lo cual procede desestimar sus alegaciones a estos efectos.

Séptimo. Cuestión distinta a la anterior, es, de un lado, que los criterios de adjudicación que impugna UNIPPOST antes reproducidos (cláusula 2.7.2 y 2.8.B) del PCAP), resulten ajustados a derecho a tenor de los requisitos que, de acuerdo con la normativa y jurisprudencia –especialmente de la Unión Europea- contractual, deben reunir los criterios de adjudicación, y de otro, que sea legalmente aceptable la exigencia de que se disponga de una “red propia” en la distribución.

Respecto de la primera cuestión, valorar oficinas por encima del mínimo exigido en el pliego (cláusula 2.7.1.c) del PCAP), de forma que exista al menos una oficina abierta “*en cada capital de provincia y Ciudad Autónoma, con horario de apertura al público al menos de 6 horas diarias en jornada de mañana y tarde*” y se otorgue mayor puntuación a las empresas que ofrezcan un mayor número de oficinas, entiende este Tribunal que es un criterio contrario a los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación, no existiendo



además una vinculación directa con el objeto del contrato, como argumentaremos seguidamente.

La Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en su apartado 46 precisa que *“La adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Por consiguiente, conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa.”*

En la legislación nacional el artículo 150.1 del TRLCSP regula los criterios de valoración de las ofertas de la siguiente manera: *“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes”.*

En consecuencia, los criterios de adjudicación que los órganos de contratación prevean tienen que reunir, necesariamente, los requisitos siguientes: ser objetivos, estar referidos o directamente relacionados con la prestación objeto del contrato, permitir determinar cuál de las ofertas o proposiciones presentadas es la más ventajosa económicamente, y no hacer referencia a las características de las empresas.

Además, según ha manifestado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en diversas ocasiones, los criterios de adjudicación que se establezcan por parte de los órganos de contratación tienen que respetar, en todo caso, los principios fundamentales del derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que deriva de las



disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios.

Así lo recoge la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002 (Concordia Bus Finland) que en su apartado 52 señala *“La Comisión considera que los criterios de adjudicación de contratos públicos que pueden tenerse en cuenta para apreciar la oferta económicamente más ventajosa deben cumplir cuatro requisitos. A su juicio, dichos criterios deben ser objetivos, aplicables a todas las ofertas, estrictamente relacionados con el objeto del contrato de que se trate y suponer una ventaja económica que redunde en beneficio directo de la entidad adjudicadora”*. Señala esta misma sentencia que el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en los ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia. Finalmente en el apartado 85 señala que *“el hecho de que solo un número reducido de empresas, entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora, pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”*.

Por consiguiente procede valorar si en el caso concreto objeto del recurso se cumplen esos requisitos, esto es, si tales criterios están relacionados con el objeto del contrato, si se respetan los principios fundamentales del derecho comunitario, en particular los principios de concurrencia, no discriminación e igualdad de trato, y si, en definitiva, los mismos, permiten seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7976) afirma que *“el procedimiento de selección de contratista ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el supuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos”*.



Valorar las ofertas con respeto de los principios de no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva significa que, no se podrán valorar aquellos aspectos que aun cuando pueda parecer que están vinculados con el objeto del contrato, por sí mismos y de forma objetiva no impliquen una mejor proposición y, en definitiva, una mejor ejecución del contrato, de manera que con ellos lo que se está es limitando o restringiendo el acceso a licitadores que sí podrían cumplir con el objeto de la prestación.

A la luz de los principios generales de la contratación señalados y en aplicación de los requisitos que para el establecimiento de los criterios de valoración de las ofertas establece el artículo 150 del TRLCSP, según la interpretación de la jurisprudencia antes citada, cabe analizar el supuesto aquí planteado.

Así, de la documentación obrante en el expediente se observa que los Centros del INGESA para los que se quiere contratar el servicio están ubicados en Madrid, Valencia, Ceuta y Melilla (Anexo II del PPT), siendo el nº de envíos realizados en el año 2011 (Anexo I del PPT), en el ámbito local, aproximadamente 66.000 cartas ordinarias y 8.000 cartas certificadas, en el ámbito de capitales de provincia y poblaciones de más de 50.000 habitantes, aproximadamente 12.000 cartas ordinarias y 900 cartas certificadas, y en el resto de poblaciones, aproximadamente 15.000 cartas ordinarias y 183 cartas certificadas, siendo el resto de envíos aproximadamente 400, sin considerar los servicios adicionales que ascienden a 10.264 envíos, de los cuales los avisos de recibo son los más significativos con 9.042 envíos.

De acuerdo con la información anterior se observa que las entregas o envíos realizados en el ámbito local son las más significativas, representando aproximadamente el 72% de los envíos. En consecuencia, el valorar de forma indiscriminada, como hace la cláusula 12.8.B) del pliego, el número de oficinas superiores al mínimo exigido en la cláusula 2.7.1.c) del PCAP entiende este Tribunal resulta contrario a los principios de igualdad de trato y no discriminación, así como al de concurrencia, sin que exista la debida vinculación con el objeto del contrato, pues con ello lo que se hace es favorecer al licitador que disponga de un mayor número de oficinas sin considerar el efecto que ello puede tener sobre la oferta, al objeto de que el contrato se adjudique a la oferta más ventajosa, en cuanto que con un criterio de adjudicación, como el aquí impugnado, se valoran todas las oficinas adicionales



de los licitadores, incluso las situadas en poblaciones en las cuales no existen notificaciones o éstas sean poco significativas, lo cual es claro que no redundaría en una mejor oferta, siendo lo procedente valorar únicamente aquellas oficinas que por su situación o ubicación inciden de forma directa y efectiva en una mejor prestación del servicio, y por tanto permiten valorar la mejor oferta.

Por tanto, este Tribunal considera adecuado el que se pueda valorar un mayor número de oficinas sobre un mínimo exigido, si bien es requisito imprescindible que ese criterio de adjudicación cumpla con los requisitos anteriormente señalados, y entre ellos el respeto en la valoración de las ofertas a los principios fundamentales de igualdad de trato y no discriminación, así como el de concurrencia, de manera que el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa atendiendo al objeto del contrato.

Parece claro, examinado el objeto del contrato, la necesidad de existencia de oficinas en los lugares en los cuales se ubican los Centros del INGESA para los que se debe prestar el servicio, en cambio, al exigencia o valoración de oficinas fuera del ámbito local de los mismos, en la medida que entienda el órgano de contratación que pudieran resultar necesarias, tanto en cuanto a su exigencia como el que pueda utilizarse como criterio de valoración, sería necesario su acreditación y justificación en el expediente.

En consecuencia, procede admitir las alegaciones realizadas por la recurrente respecto del criterio aquí impugnado, debiendo anularse el criterio de adjudicación impugnado al objeto de que el mismo se elimine o se redacte teniendo en cuenta las consideraciones que se incluyen en este fundamento.

Sentado lo anterior, interesa indicar que la exigencia en la cláusula 2.7.1.c) del PCAP, como requisito de solvencia técnica, de una oficina de atención al público “*en cada capital de provincia y Ciudad Autónoma, con horario de apertura al público al menos de 6 horas diarias en jornada de mañana y tarde*”, no puede ser considerado como tal, pues la exigencia de clasificación sustituye a la solvencia (artículo 62.1 del TRLCSP), sin perjuicio de que dicho requerimiento sí pudiera considerarse una condición de ejecución expresamente establecida al respecto en el pliego, como así se recoge en la cláusula 5.2 del PPT, siempre que tal exigencia, por sí misma y de forma objetiva, estuviera vinculada al objeto del contrato y contribuyera a una mejor ejecución del mismo, dentro del marco de los principios generales



de la contratación, requisitos éstos que no se cumplen, en cuanto que resulta plenamente aplicable a las mismas las consideraciones realizadas anteriormente para el criterio de adjudicación impugnado y que determinan que éste Tribunal declare asimismo la nulidad de dichas cláusulas por no ser conformes a derecho.

Octavo. Respecto de la exigencia de que se disponga de una “red propia” en la distribución UNIPOST expone, en su alegación Quinta, que dicha exigencia es injustificada y no guarda relación con el objeto del contrato, citando al efecto diversas resoluciones de este Tribunal (130/2011 de 27 de abril, 228/2011 de 21 de septiembre y 16/2012 de 13 de enero).

Por su parte el órgano de contratación en su informe manifiesta que acepta la petición de UNIPOST en lo que se refiere a la distribución mediante red propia.

De acuerdo con lo anterior, aun cuando el órgano de contratación acepta las manifestaciones que UNIPOST realiza en este punto, a efectos expositivos y puesto que esta cuestión ha sido resuelta ya por este Tribunal en la resolución 187/2012 antes citada, respecto de un recurso interpuesto por UNIPOST, se hace conveniente reproducir a continuación el criterio de este Tribunal cuya conclusión se expone en el último párrafo del el fundamento séptimo de la misma, señalándose lo siguiente:

“De acuerdo con lo anteriormente expuesto, en virtud de que los criterios de adjudicación aquí impugnados son susceptibles de interpretaciones diversas, lo cual introduce arbitrariedad en su aplicación, se hace necesario que se modifique en el sentido expuesto en este fundamento la cláusula 2.1 del Anexo A2 del PCAP al objeto de que resulte claro que en la valoración del mismo no es exigible el título de dueño para las instalaciones y redes del contrato que aquí se impugna, pues es suficiente valorar la relación de instalaciones que los licitadores se comprometan a poner a disposición de la ejecución del contrato, sin perjuicio de que el órgano de contratación, con carácter previo a la adjudicación respecto del licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa compruebe la efectiva disponibilidad de las instalaciones que se incluyen en su oferta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 151.2 del TRLCSP.”

Noveno. Por último, en su alegación Sexta, solicita UNIPOST la nulidad de las cláusulas 2.10 y 3.5 del PCAP y 3.3.B.3) y 7 del 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.

De contrario a las alegaciones de la recurrente, el órgano de contratación en su informe expone que es una prerrogativa suya establecer aquellos requisitos técnicos en la prestación del servicio que, en la práctica de las notificaciones administrativas, viene establecido por la propia Ley 43/2010, de 30 de diciembre, al atribuir en su artículo 22.4 que la actuación del operador designado por el Estado para la prestación del servicio postal universal, gozará 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, surtiendo efectos jurídicos distintos a las practicadas por los demás operadores.

Décimo. La cuestión planteada en el fundamento anterior obliga a manifestarse sobre si las cláusulas del PCAP y del PPT a las que se refiere la recurrente son limitativas de la concurrencia, cuestión ésta examinada en nuestra resolución 143/2012 de 4 de julio.

Para examinar la cuestión objeto de controversia, se hace necesario reproducir el contenido de los pliegos cuya nulidad demanda la recurrente, así como la cláusula 2.7.1.c), pues de admitirse las pretensiones de la demandante ello implicaría igualmente la nulidad de la misma en cuanto al contenido que aquí se detalla. Así en la cláusula 2.10. "Adjudicación del contrato", del PCAP, se requiere:

"- En su caso, compromiso 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 2.7.1.c) del PCAP exige, en cuanto aquí interesa, que se acredite, como requisito de solvencia técnica y profesional, *“Tener un acuerdo de acceso a la red pública con el operador al que se le ha encomendado el Servicio Postal Universal, cuyas condiciones permitan realizar adecuadamente el objeto de la licitación.”*

Añade la cláusula 3.3.B.3) del PPT:

“B.3) Entrega bajo firma y con constancia de la entrega. Notificaciones administrativas.

Con el fin de que las notificaciones administrativas tengan como efecto la constancia fehaciente de su recepción, deberán ser realizadas en la forma que se determina en los artículos 39 y siguientes del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, y el adjudicatario se comprometerá a 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.”

Por otra parte, la cláusula 3.5 del PCAP “Demora en la ejecución y ejecución defectuosa”, establece determinadas penalidades, entre otras, para los incumplimientos siguientes:

“- Por no utilizar la red postal de Correos en la tramitación de las notificaciones: 30 € cada vez.

- Por no realizar las notificaciones conforme lo establecido en la sección 2ª del capítulo II del Reglamento para la Prestación de los Servicios Postales: 30 euros por cada notificación”

A estos efectos la cláusula 7 del PPT, referida a incidencias y penalizaciones, señala lo siguiente:

*“El adjudicatario se comprometerá a indemnizar al órgano contratante por las incidencias y extravío de los objetos que se le confíen, por no utilizar la red postal de Correos y Telégrafos en la tramitación de las notificaciones administrativas, por no realizar estas conforme a lo establecido en la cláusula 3.B.3) de este pliego, así como (...), en los términos y por las cantidades que se describen en la cláusula **3.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige esta licitación**”.*



Undécimo. La prestación objeto del contrato, servicios postales en los centros del INGESA, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 1 del PPT, se ajustará, además de a las particularidades que se indican en el pliego, a lo dispuesto en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, así como a las disposiciones que la desarrollan.

En este sentido interesa indicar que la referencia que efectúa el PPT a la Ley 24/1998, de 13 de julio, resulta errónea pues la misma ha sido derogada por 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).

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 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”, examinando 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.”*

Duodécimo. Seguidamente es preciso examinar, como ya se hizo en la resolución 143/2012, si la obligación de subcontratar las notificaciones administrativas resulta ajustada a derecho, pues aun cuando el pliego no lo exige explícitamente lo cierto es que para cumplir con sus exigencias, cuando el licitador no sea CORREOS, se hace imprescindible subcontratar con la citada sociedad parte de la prestación objeto del contrato.

A estos efectos 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 sí 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 2.7.1.c), 2.8.B) y 2.7.2 del PCAP y la 5.2 del PPT, en cuanto a la exigencia de una “red propia” y un número mínimo de oficinas, así como respecto de la valoración de esa red y del número de oficinas por encima del mínimo fijado



en el pliego, han ido más allá de la exigencia establecida en la Ley y consiguientemente deben considerarse nulas y modificarse en los términos señalados en esta resolución, pues, como se ha señalado, no es exigible el título de propiedad para las oficinas y redes objeto de valoración siendo suficiente valorar la relación de instalaciones que los licitadores se comprometan a poner a disposición de la ejecución del contrato, debiendo asimismo respetarse para los criterios de adjudicación y condiciones de ejecución los principios fundamentales del derecho comunitario (entre ellos los de igualdad, no discriminación y concurrencia) y la necesaria vinculación con el objeto del contrato.

Igualmente procede anular, por ser contrarias a derecho, las cláusulas 2.7.1.c), 2.10 y 3.5 del PCP y 3.3.B.3) y 7 del PPT, respecto al contenido detallado en el fundamento décimo de esta resolución, pues no resulta admisible que con base en la exigencia de fehaciencia, las notificaciones administrativas deban realizarse necesariamente por CORREOS, cuando, como hemos 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 parcialmente el recurso 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 requeridos por los centros del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Expdte. CA 12/050), 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.