



Recurso nº 264/2013

Resolución nº 235/2013

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

En Madrid, a 20 de junio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. P.R.S., en nombre y representación de UNIPOST S.A., contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que han de regir la contratación para la "Prestación de los servicios postales en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (excepto Dirección General del Catastro) y Organismos Públicos" del expediente 13/13/01, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 30 de abril de 2013 fue remitida por la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas al Diario Oficial de la Unión Europea, convocatoria para la celebración de licitación por procedimiento abierto para la adjudicación del contrato mencionado. La convocatoria fue asimismo anunciada en la Plataforma de Contratación del Estado con fecha 30 de abril y el 10 de mayo en el Boletín Oficial del Estado. El valor estimado del contrato asciende a 11.072.646,76 €.

Segundo. El 30 de mayo de 2013, se interpone por UNIPOST S.A. recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen la licitación y el contrato, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y en el que tras argumentar lo que a su derecho conviene termina solicitando se declare la nulidad de varias cláusulas.

Tercero. Por su parte, el órgano de contratación remitió el 6 de junio de 2013 el expediente administrativo junto con el informe en el que formula su oposición al recurso, y en 11 del

mismo mes y año formuló alegaciones la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. oponiéndose, asimismo, al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo con el artículo 41.1 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto, de acuerdo con el artículo 42 del citado Texto Refundido y dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 a) del mismo, de conformidad con la interpretación que le viene dando este Tribunal.

Tercero. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe concluir con la determinación de si el acto recurrido es susceptible de impugnación por dicho cauce debiendo aceptarse tal posibilidad ex artículo 40.1 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Cuarto. En cuanto al fondo del asunto, UNIPOST S.A. impugna *“las cláusulas 6.4 y 12.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y la cláusula II.1.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT). En concreto: Del PCAP: Cláusula 6.4: cuando se dispone que para la valoración de la primera fase se tendrá en cuenta el mayor volumen de oficinas ofertado, que exceda del exigido como mínimo, requerido en los medios a adscribir a la ejecución del contrato. Cláusula 12.1: cuando se establece una penalidad por no realizar las notificaciones administrativas conforme a lo establecido en la Sección 2º, Capítulo II, Título II del Reglamento para la Prestación de los Servicios Postales. Del PPT: Cláusula II.1.5: cuando dispone que las notificaciones administrativas deberán ser realizadas en la forma que se determina en los arts. 39 y siguientes del Reglamento para la Prestación de los Servicios Postales a fin de que tengan como efecto la constancia fehaciente de su recepción”*. Funda su pretensión en la doctrina de este Tribunal, especialmente en la Resolución 220/2012, de 3 de octubre.

Por su parte, la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sostiene en su informe que no pueden admitirse las alegaciones que en fundamento de su

pretensión formula la recurrente, pues la valoración de la red de oficinas prevista en el pliego se prevé exclusivamente para aquellas que excedan del número mínimo exigido como condición especial de solvencia. En cuanto a la exigencia de que las notificaciones se efectúen a través del operador del servicio postal universal, simplemente niega que pueda deducirse de la redacción de las cláusulas impugnadas, pues en ellas sólo existe una remisión al contenido del artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre y 39 y siguientes del Reglamento para la Prestación de los Servicios Postales, en los que se admite la posibilidad de que los operadores distintos de Correos efectúen las notificaciones a través de esta entidad o independientemente de ella, con sujeción, por lo que al carácter fehaciente se refiere, a las normas de derecho privado.

Finalmente, la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. en su escrito de alegaciones reitera el sentido del informe del órgano de contratación, citando en apoyo del mismo la Sentencia Concordia Bus Finland del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así como las resoluciones 220/2012 y 187/2012 de este Tribunal.

Quinto. Centrada la cuestión de debate corresponde ahora dar cumplida solución a la misma. Para ello debemos comenzar por examinar la primera de las causas de impugnación, es decir la pretendida ilegalidad de la cláusula 6.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares. Dicha cláusula, en lo que aquí interesa, dispone: *“Se valorará el mayor volumen de oficinas ofertado, que exceda del exigido como mínimo, requerido en los medios a adscribir en la ejecución del contrato”*. Por su parte, la cláusula 5.3.4.3, a tenor de lo dispuesto en el artículo 64.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establece cuál es el número mínimo de oficinas de que deberá disponer el adjudicatario para la ejecución del contrato.

En consecuencia la cuestión que se plantea es la de si las condiciones de solvencia pueden servir, a su vez, de base para la valoración de las ofertas. Planteada en términos generales, es evidente que no cabe admitir tal posibilidad. A esta cuestión nos hemos referido en nuestra resolución 187/2012, de 6 de septiembre, en la que hacíamos hincapié en la necesidad de distinguir *“dos fases del procedimiento de licitación, por un lado la de valoración de la solvencia de las empresas y por otro la de valoración de sus ofertas. 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, se 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”.

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”.

Este doctrina fue acogida por este Tribunal en su resolución 220/2012, de 3 de octubre, en la que señala: “Se puede por tanto concluir que la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como también la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como 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”.

En base a estas consideraciones, debemos concluir que los criterios que sirven para de verificar la aptitud de los licitadores para contratar y los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de tal aptitud no deben servir de base para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

Sin embargo, este no es el caso que analizamos en la presente resolución. Expresamente declara el pliego de cláusulas, en aquella que es objeto de impugnación en el presente recurso, que la valoración versará sobre *“el mayor volumen de oficinas ofertado, que exceda del exigido como mínimo”*. Es decir, no se valoran los medios cuya adscripción a la ejecución del contrato se considera indispensable para acreditar que se dispone de la solvencia técnica suficiente, sino precisamente los que exceden de ello. Y esta valoración es pertinente atendiendo la circunstancia ya declarada por nosotros en la resolución 220/2012, que acertadamente se invoca en este punto por el órgano de contratación y por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A., de conformidad con la cual no pueden admitirse las pretensiones de la recurrente *“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 afectan clara y directamente a la oferta, por cuanto, es evidente, que cuanto mayor y mejor sea la red de oficinas, unidades de reparto, centros de tratamiento de los envíos y un control sobre los plazos de entrega, mejor será la prestación del servicio, lo cual incide claramente en la calidad del mismo”*.

Los anteriores razonamientos expresan la idea de que aunque la valoración cualitativa del licitador y la cuantitativa de su oferta debe hacerse utilizando criterios de diferente naturaleza, ello no significa una ruptura radical entre ambos tipos de criterios pues no ofrece duda que determinadas cualidades de la empresa, en circunstancias concretas, pueden servir a su vez para determinar la calidad de la oferta. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Concordia Bus Finland despejó toda duda a este respecto al permitir que criterios medioambientales, que se configuran por la Directiva como elementos definidores de la solvencia técnica, puedan, sin embargo, tenerse en consideración para valorar la oferta siempre que en ellos concorra la condición de vinculación con el objeto del contrato.

Frente a estas afirmaciones, no cabe aducir el argumento utilizado en el Fundamento de Derecho Séptimo de la mencionada resolución en el que se consideraba desproporcionada la utilización del criterio en cuestión y ello, por dos razones: en primer lugar, porque el objeto del contrato se circunscribía a tan sólo cuatro localidades, por lo que no tenía sentido valorar oficinas no situadas en los lugares de referencia, y, en segundo, porque se exigía que los licitadores dispusieran de “red propia”.

Ninguno de estos dos requisitos concurre en el supuesto que analizamos, puesto que los servicios a prestar por el adjudicatario se refieren a la totalidad del territorio y, además, en ningún punto de la documentación complementaria del contrato a adjudicar se exige que la red de oficinas sea propia del adjudicatario, admitiéndose la posibilidad de disponer de ellas por cualquier otro título jurídico e incluso de subcontratar parte de los servicios objeto de la adjudicación.

De cuanto antecede se desprende que en lo tocante a esta alegación el recurso no puede prosperar.

Sexto. La segunda de las cuestiones planteada por la recurrente como fundamento de su impugnación se refiere a la nulidad de las cláusulas 12.1 del pliego de las administrativas particulares que establece una penalidad por no realizar las notificaciones administrativas conforme a lo establecido en la Sección 2ª, Capítulo II, Título II del Reglamento para la Prestación de los Servicios Postales y II.1.5 del pliego de prescripciones técnicas que dispone que las notificaciones administrativas deberán ser realizadas en la forma que se determina en los arts. 39 y siguientes del Reglamento para la Prestación de los Servicios Postales a fin de que tengan como efecto la constancia fehaciente de su recepción.

Dicha alegación, dicho sea desde ahora, no puede prosperar. La recurrente funda su pretensión de que se declare la nulidad de las mencionadas cláusulas en el hecho de que implican la obligación de utilizar los servicios de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. para obtener la eficacia exigida respecto al carácter fehaciente de las notificaciones a efectuar, citando para ello nuestra resolución 220/2012, ya mencionadas varias veces.

Sin embargo, tal afirmación no puede ser aceptada, pues entre el supuesto contemplado en la resolución que menciona y el que se somete al juicio de este Tribunal en el presente recurso no existe identidad alguna. En efecto, la resolución citada se refiere a un supuesto en el que el pliego de cláusulas administrativas particulares exigía un *“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 Título 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”*, así como *“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”. Añadiendo, el pliego de prescripciones técnicas que “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 lo establecido en el referido Real Decreto”. Es decir, en el pliego enjuiciado en aquella resolución se establecía, efectivamente, la obligación del adjudicatario de valerse de los servicios del operador designado para prestar el Servicio Postal Universal, en la realización de, al menos, una parte de la actividad contemplada como objeto del contrato.

Sin embargo, el pliego que rige la contratación objeto del presente recurso no contempla en absoluto dicha obligación. Basta con la lectura de las dos cláusulas impugnadas para comprobar esta afirmación. La cláusula 12.1 del pliego de administrativas particulares establece que *“en el caso de que el adjudicatario incurra en ejecución defectuosa o demora, respecto al cumplimiento del contrato, por causas imputables al mismo...”*, se impondrán las sanciones que indica, entre las cuales figura *“por no realizar las notificaciones conforme a lo establecido en Sección 2ª, Capítulo II, del Título II del Reglamento para la prestación de los Servicios Postales: 1,00 €”*.

Por su parte, la cláusula II.1.5 del pliego de prescripciones técnicas considera sujeta al contrato, entre otras, la entrega de notificaciones con constancia de firma.

Ante todo, es necesario aclarar que las mencionadas cláusulas afectan a la ejecución del contrato y, por consiguiente, su posible anulación, en ningún caso debería afectar a la celebración del procedimiento de adjudicación en todas sus fases, pues a lo sumo supondría la anulación de las mismas que no podrían tenerse en cuenta en el momento de la ejecución contractual.

Pero además, su redacción no pone de manifiesto ningún incumplimiento legal que pudiera servir de base a este Tribunal para declarar su nulidad.

En efecto, en el supuesto contemplado en la resolución 220/2012 nos referíamos a unas cláusulas de las que necesariamente se deducía la obligación del adjudicatario de acudir al operador designado para la prestación del Servicio Postal Universal con objeto de cumplir adecuadamente el contrato. Por el contrario, en el caso que analizamos, la única obligación que se impone es la de realizar las entregas de las notificaciones, dejando constancia de la firma, lo que implica dar cumplimiento a lo dispuesto en el Título II, Capítulo II, Sección 2ª, del Reglamento para la prestación de los servicios postales, lo cual debe ser interpretado en el sentido que se desprende del artículo 39 y siguientes del mismo. Pues bien, del análisis de los mencionados preceptos sólo se desprende que la notificación deberá hacerse de conformidad con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin más diferencia entre el operador designado para la prestación del servicio y los demás operadores que la derivada del artículo 39 en el que se dispone que *“la entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales realizada por el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal tendrá como efecto la constancia fehaciente de su recepción, sin perjuicio de que los demás operadores realicen este tipo de notificaciones en el ámbito no reservado, cuyos efectos se regirán por las normas de derecho privado”*. Obviamente la referencia del pliego a estos preceptos no puede ser considerada, en ningún caso, como discriminatoria pues se trata de la remisión a un precepto legal vigente. La discriminación en cuanto al carácter fehaciente de las notificaciones se debe exclusivamente a lo establecido en una disposición de carácter reglamentario ajena a la regulación de la contratación pública y plenamente en vigor. En consecuencia no son los pliegos impugnados los que discriminan a la recurrente, si es que tal discriminación existiera, sino una disposición legal la que establece distinto modo de producir el efecto indicado en función de cual sea el operador que realice las notificaciones. Pero no se olvide que esta diferenciación en absoluto puede ser interpretada en el sentido de que a los operadores no designados se les niegue la posibilidad de dotar de efecto fehaciente a sus notificaciones, sino que, de conformidad con el artículo 39 citado, dicho efecto lo conseguirán siguiendo para ello las pautas marcadas en el derecho privado.

Resulta así que la impugnación de las cláusulas citadas, en cuanto no supone restricción para la concurrencia ni son discriminatorias de aquellos licitadores que no sean la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. no puede prosperar.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. P.R.S., en nombre y representación de UNIPOST S.A., contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que han de regir la contratación para la "Prestación de los servicios postales en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (excepto Dirección General del Catastro) y Organismos Públicos" del expediente 13/13/01, confirmando la legalidad de las cláusulas impugnadas.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.