



Roj: **SAN 3144/2014 - ECLI:ES:AN:2014:3144**

Id Cendoj: **28079230042014100260**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **09/07/2014**

Nº de Recurso: **262/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA MARIA SANGÜESA CABEZUDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3144/2014,**
STS 5395/2015

SENTENCIA

Madrid, a nueve de julio de dos mil catorce.

Visto por la Sección Cuarta de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional el presente Recurso tramitado con el número 262/2013, seguido a instancia de **UNIPOST SA**, quien actúa representado por el procurador **Don Pablo Sorribes Calle** y defendido por el letrado Don Sergi Chimenos Minguella, contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 24 de julio de 2013, siendo demandada la Sociedad Estatal Correos y **Telégrafos SA**, representada por la procuradora Doña María Jesús Gutiérrez Aceves y defendida por el letrado Don Juan Risquete Fernández, sobre exclusión de la licitación

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de julio de 2013 fue presentado escrito por el procurador Don Pablo Sorribes Calle, interponiendo recurso contencioso-administrativo frente a la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 24 de julio de 2013 (Recurso 350/2013) por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por el que se excluyó la oferta de UNIPOST SA del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de " Prestación de Servicios Postales en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (excepto Dirección General del Catastro) y Organismos Públicos".

SEGUNDO.- Admitido a trámite el escrito se tuvo por interpuesto el recurso, se acordó su sustanciación de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, teniendo por personado y parte al procurador indicado, y reclamado el expediente se dio traslado a la recurrente; evacuando el traslado conferido, mediante escrito de demanda en el que tras exponer los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se declare no conforme a derecho la resolución impugnada, con la consiguiente nulidad de la misma, y declare la nulidad de la adjudicación del contrato a CORREOS y la retroacción de actuaciones a la fase de admisión de ofertas.

Subsidiariamente, solicitaba que al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se plantee cuestión prejudicial sobre si el artículo 7.1 de la Directiva 2008/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de febrero de 2008 por la que se modifica la Directiva Postal en relación con la plena liberalización del mercado interior de servicios postales comunitarios debe interpretarse en el sentido de que los Estados Miembros pueden otorgar, en exclusiva, al operador postal designado por el Estado para prestar el servicio postal universal, un derecho especial o compensatorio consistente en concederle la presunción de veracidad y fehaciencia para la gestión de las notificaciones administrativas.



TERCERO.- Dado traslado de la demanda, la Sociedad Estatal Correos y **Telégrafos** (CORREOS) presentó escrito en el que, se opuso a la demanda en mérito a los hechos y fundamentos que estimó de aplicación al caso, y terminó suplicando que se dictara sentencia de conformidad a derecho.

CUARTO.- A instancia de la parte actora las partes presentaron sus escritos de conclusiones, en los que tras exponer los fundamentos que estimaron de aplicación al caso, reiteraron los pedimentos contenidos en sus escritos de demanda y contestación.

QUINTO.- Cumplimentados los trámites, quedaron los autos pendientes que señalamiento para votación y fallo, el cual quedó fijado para el día 2 de julio de 2014,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante anuncio publicado el 3 de mayo de 2013 la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas convocó licitación por el procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de servicios " Prestación de servicios postales en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (Excepto Dirección General del Catastro) y organismos públicos", con un precio estimado de 11.072.646,76 €.

UNIPOST SA presentó oferta si bien con fecha 6 de junio de 2013 la Junta de Contratación acordó su exclusión del procedimiento de adjudicación porque entendió que no se había subsanado el requisito básico para un correcto desarrollo del objeto del contrato *"al no haber aportado UNIPOST SA ninguna medida que pueda garantizar la constancia de las notificaciones administrativas, en particular, en los casos de rehúse o de imposibilidad de entrega"* .

La Junta de Contratación expresa en el acuerdo de 6 de junio de 2013 que había detectado que el licitador debía subsanar la documentación, ya que no había presentado ninguna acreditación de "disponer de un sistema que garantice la constancia, por cualquiera de los medios admitidos en derecho de la distribución, entrega, recepción, rehúse o imposibilidad de entrega de las notificaciones de las certificaciones en soporte papel", como exigía el pliego de cláusulas administrativas particulares (cláusula 5.3.4.2.). A juicio de la Junta el licitador aportó dentro de plazo documentación justificativa, que consistía en la descripción de un procedimiento similar al exigido al operador postal universal en los artículos 40 y siguientes del Real Decreto 1829/1999, de 3 diciembre , por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de la Ley 24/1998, de 13 julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales. Sin embargo, la Junta de Contratación entiende que este procedimiento es válido para el operador postal universal porque ostenta la presunción de veracidad y fehaciencia atribuida en el artículo 22.4 de la Ley 43/2010 ; si bien respecto de UNIPOST argumenta que *"Este licitador no es el operador postal universal por lo que debería haber aportado los medios por los que las notificaciones administrativas realizadas surtirían efectos, especialmente en los supuestos de rehúse e imposibilidad de entrega. Debe recordarse que tener constancia de que se ha realizado una correcta notificación de los actos administrativos es esencial para asegurar el buen fin de los procedimientos administrativos objetos de notificación, por ejemplo, los procedimientos desarrollados por los tribunales económico administrativos; los actos derivados de los expedientes extranjería...; los procedentes de expedientes de carácter sancionador"* .

Disconforme con dicha resolución la entidad excluida del procedimiento de contratación interpuso recurso especial ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales solicitando que se dictara resolución declarando nula la exclusión de UNIPOST y ordenando retrotraer las actuaciones al momento de la admisión de las ofertas.

SEGUNDO.- El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que ya ha reconocido en la resolución 264/2013 que "no cabe considerar que la atribución de una especial eficacia a los actos del operador designado del servicio postal universal puede servir de base para fundamentar la impugnación de unos pliegos de cláusulas administrativas particulares, ni mucho menos, añadimos ahora, de un acto administrativo de exclusión del licitador por no ofertar un sistema de notificación de actos que permite atribuirle la condición de fehaciente con arreglo al derecho interno español".

Destaca que el carácter fehaciente de las actuaciones no deriva de una cualidad intrínseca de los actos sino de una condición atribuida por ley, y recuerda que el artículo 22.4 de la Ley 43/2010 de 30 diciembre del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal dispone que "la actuación del operador designado gozará de la 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 la realizada 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 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del



Procedimiento Administrativo Común". Por su parte el artículo 39 del Real Decreto 1829/1999 de 3 diciembre dispone que "la entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales realizada por el operador al que se ha encomendado la prestación de 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 reservado, cuyos efectos se registrarán por las normas de derecho privado".

A tenor de dichas normas considera que la eventual discriminación entre operadores no deriva de los pliegos impugnados sino de una disposición de carácter reglamentario ajena a la contratación pública.

Sin embargo razona que no puede atenderse la pretensión de UNIPOST SA porque la cláusula 5.3.4.2. del pliego de clausuras administrativas particulares exige, además de la solvencia indicada con carácter general, que cualquier licitador que acredite habilitación y aptitud para ser operador encargado de la prestación del servicio postal universal, o cumpliendo determinados requisitos que se indican, debe **"disponer de sistema que garantice la constancia, por cualquiera de los medios admitidos en derecho de la distribución, entrega, recepción, rehúse o imposibilidad de entrega de las notificaciones o de las certificaciones en soporte papel"**. Considera que lo que se exige es una constancia indubitada de forma que al órgano administrativo le conste sin posible discusión desde el punto de vista legal la realización de la notificación o la imposibilidad de llevarla a efecto. El problema de tal exigencia queda resuelto en el caso del operador del servicio postal universal porque la ley le atribuye en el campo de las notificaciones administrativas un carácter fehaciente, pero en el caso de los restantes operadores precisa del cumplimiento de los requisitos propios que el derecho privado prevé al efecto para que sus actuaciones tengan la misma eficacia probatoria.

De ahí que, en el caso de licitador excluido, "al ofrecer como medio fehaciente de acreditar el rechazo de una notificación el mismo procedimiento empleado por Correos SA, queda incumplido el requisito en cuestión puesto que sus actuaciones en este campo carecen del efecto fehaciente que la ley atribuye a las de Correos SA como operador designado"; y consiguientemente entiende no cumplidas las condiciones exigidas en el pliego, inadmitiendo su oferta.

TERCERO.- A través del presente recurso la demandante solicita la nulidad de la adjudicación efectuada a favor de Correos y la retroacción de las actuaciones a la fase de admisión de las ofertas. Alega en apoyo de su pretensión que el efecto conseguido con la resolución impugnada es el mismo que el conseguido cuando se denegaba a UNIPOST la posibilidad de solicitar la realización de notificaciones administrativas, supuestos en los que viene impugnando con éxito los pliegos de cláusulas administrativas particulares reguladoras de los contratos de servicios postales, que imponían la obligación del adjudicatario de depositar los envíos de notificaciones administrativas en las unidades del operador del servicio postal universal; recursos que fueron estimados en sentencias de 18 abril 2008 , de 27 mayo 2008 o de 23 junio 2008 de esta Sala.

La demandante realiza una breve exposición del contexto normativo en el que tuvo lugar la licitación, destacando la Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 febrero por la que se modifica la directiva postal en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios (DOUE 27 febrero 2008) que establece la plena liberalización del mercado postal comunitario con fecha 31 diciembre 2010 (artículo 7.1); y la Ley 43/2010 es de 30 diciembre del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, que incorpora la directiva 2008/6/CE. Con la entrada en vigor de la Ley 43/2010 desaparece el ámbito de reserva y los derechos especiales, y se designa como operador postal de la prestación del servicio postal universal a Correos. El artículo 22.4 establece los principios y requisitos de la prestación del servicio postal universal, si bien se remite en materia de notificaciones a lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 30/1992 de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , que no distingue y ni favorece entre operadores postales, y no exige ni regula el requisito de la fehaciencia. Según el artículo 22.4 de la Ley 43/2010 todas las notificaciones administrativas deben ajustarse a dicho artículo 59 de la Ley 30/1992 que es la norma que regula las notificaciones, su procedimiento y efectos, y en la medida en que el operador cumple estos requisitos las notificaciones surtirán plenos efectos.

Alega que la exclusión del procedimiento de licitación no se ajusta ni al pliego de cláusulas administrativas particulares ni a la ley, porque ni la cláusula 5.3.4.2. del pliego de condiciones ni el artículo 59.1 de la Ley 30/92 exigen el requisito de la fehaciencia que ha motivado la exclusión de UNIPOST. Sostiene que el modelo de documento de "control con devolución" aportado al procedimiento, a pesar de que no obra en el mismo (doc. 1 de la demanda), permite hacer constar todos los datos que son necesarios para el caso de imposibilidad de entrega o rehúse de la recepción de la notificación, y permite tener constancia de la recepción o no recepción por el interesado, ajustándose perfectamente a la cláusula 5.3.4.2 del pliego de cláusulas administrativas y al artículo 59 de la Ley 30/1992 .



CUARTO.- El marco normativo de la prestación de los servicios postales es el que describe el demandante, cuya finalidad es la plena liberalización del sector, con prohibición expresa de derechos exclusivos o reservados, como sucedía con la precedente Ley 24/1998, de 13 de julio del Servicio Postal Universal (derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal), cuyos artículos 18 y 19 reservaron una serie de servicios a favor del operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal así como la realización de las notificaciones administrativas, a las que dota de una presunción de fehaciencia y veracidad. El artículo 19 establecía unos "derechos especiales y exclusivos" a favor del operador universal, y en particular: "*c)El derecho a entregar notificaciones de órganos administrativos y judiciales, con constancia fehaciente en su recepción, sin perjuicio de la aplicación, a los distintos supuestos de notificación, de lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

Los demás operadores podrán realizar este tipo de notificaciones en el ámbito no reservado y sus efectos se regirán por las normas del derecho privado.

Reglamentariamente, se establecerán las condiciones de dichas entregas, así como la obligación de realizarlas por parte del operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal".

Este panorama se modifica con la Ley 43/2010 de 30 de Diciembre (servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal). La Ley nace, como expresa su Exposición de Motivos, de la necesidad de transponer antes del 31 de diciembre de 2010 la Directiva 2008/6/CE, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE del Parlamento europeo y el Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales en la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio. Pretende, así, proporcionar al mercado "un equilibrado y justo marco para el ejercicio de la libre competencia basado en la protección del interés general y en la ponderación de los intereses de los distintos agentes, públicos y privados, que operan en este mercado"; principio que se proclama en el artículo 1, 2 y 37 de la Ley 43/2010 ("La prestación de servicios postales se realizará en régimen de libre competencia sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y su normativa de desarrollo", preceptúa este último).

De acuerdo con esta norma, los servicios incluidos en el servicio de prestación universal, como la entrega o recepción de notificaciones administrativas, o la certificación del envío ("aquel que, previo pago de una cantidad predeterminada a tanto alzado, comporta una garantía fija contra los riesgos de pérdida, robo o deterioro, y que facilita al remitente, en su caso y a petición de éste, una prueba de depósito del envío postal o de su entrega al destinatario" - artículo 3 Ley 43/2010 -), pueden ser realizados por el operador postal universal o por otros operadores en régimen de competencia puesto que los derechos exclusivos dejan de ser regulados. Ello no es sino la consecuencia de las previsiones de la Directiva 2008/6/CE que da una nueva redacción al artículo 7 de la Directiva 97/67, de acuerdo con el cual "los Estados miembros no podrán otorgar o mantener en vigor derechos especiales o exclusivos para el establecimiento y la prestación de servicios postales. Los Estados miembros podrán financiar la prestación del servicio universal conforme a uno o varios de los sistemas previstos en los apartados 2, 3 y 4, o a cualquier otro sistema que resulte compatible con el Tratado".

QUINTO.- La cláusula 5.4.3.2. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, exige a los licitadores disponer de las habilitaciones, licencias o permisos necesarios, y además precisa que "Dadas las características del objeto del contrato, además de la solvencia indicada en la cláusula anterior (5.3.4.1.), se exigirá de cualquier licitador, que acredite la habilitación y condiciones de aptitud, por ser operador encargado de la prestación del servicio postal universal o cumpliendo los requisitos siguientes:

- Disponer de autorización administrativa singular para la prestación de servicios postales incluidos en el ámbito del servicio postal universal.

- Disponer de autorización administrativa singular para la prestación de servicios postales no incluidos en el ámbito del servicio postal universal (inscripción en el Registro General de Empresas Prestadoras de servicios postales).

- Disponer de sistema que garantice la constancia, por cualquiera de los medios admitidos en derecho de la distribución, entrega, recepción, rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones o de las certificaciones en soporte papel".

Este último inciso es el fundamento de la decisión que ha llevado a la exclusión del licitador, como hemos visto anteriormente, pretextando la Junta Central de Contratación y el Tribunal que pese a que el operador postal cuenta con un sistema de acreditación de la entrega o no entrega similar al previsto en el artículo 40 y ss del RD 1829/1999, al no acreditar la fehaciencia en los casos de rehúse o imposibilidad de entrega de la que, por el contrario, vienen dotadas las actuaciones realizadas por el operador postal universal.



El artículo 59 de la Ley 30/1992 exige una serie de formalidades para llevar a cabo la notificación, y en especial acreditar la misma a través de cualquier medio que permita su constancia, que debe incorporarse al expediente, como prueba de la misma. Y así dispone que :

"1.Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente.

2.En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo.

Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.

4.Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento. (...)"

Como no podía ser de otro modo, la cláusula 5.3.4.2. se adapta a las previsiones del artículo 56.1 de la Ley 30/1992 , exigiendo que se garantice la constancia, por cualquiera de los medios admitidos en derecho de la distribución, entrega, recepción, rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones o de las certificaciones en soporte papel.

Tal y como alega el demandante entre las condiciones de solvencia técnica no se recoge la condición de la "fehaciencia", sino que se acredite la "constancia" por cualquiera de los medios admitidos en derecho, que es algo distinto, en tanto que permite la acreditación a través de cualquier medio. La constancia fehaciente solo aparece otorgada por ley al operador universal, en el artículo 22.4 de la Ley 43/2010 .

Dicho artículo establece que "4. La actuación del operador designado gozará de la 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 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

Las notificaciones practicadas por los demás operadores postales surtirán efecto de acuerdo con las normas de derecho común y se practicarán de conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común "

A su vez el artículo 16 ("Derecho a la prueba de depósito y entrega de los envíos certificados"), prevé que: "El operador designado para prestar el servicio postal universal deberá facilitar al remitente de cualquier envío certificado, a petición del mismo y previo pago del importe que corresponda, resguardo acreditativo de su admisión, donde conste la fecha y hora de su presentación, y asimismo de su recepción por el destinatario de su envío.

El resto de los operadores, cuando de forma voluntaria ofrezcan servicios certificados a los usuarios deberán hacerlo en las condiciones establecidas en el párrafo anterior".

SEXTO.- El Tribunal Administrativo Central en otros recursos planteados frente a las cláusulas particulares de los pliegos condiciones , en los que se exigían determinadas obligaciones al licitador que pretendiera prestar el servicio postal a favor de una Administración (en particular, el compromiso por escrito de depositar las notificaciones administrativas en los centros de admisión del operador encargado de la prestación del servicio postal universal.), el Tribunal resuelve sin ambages que el contexto interpretativo es el de la plena concurrencia de los operadores en la contratación de los servicios postales, y la posibilidad de que todos ellos realicen o puedan realizar notificaciones administrativas, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 43/2010 (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución de 26 de septiembre de 2012, rec. 193/2012 y de 4 de julio, recursos 125-126/2012).

La diferencia entre la intervención de uno y otro es que la Ley dota de presunción de veracidad y fehaciencia a las notificaciones administrativas y judiciales realizadas por el operador universal, Correos, pero ello no impide que las realizadas por otros operadores puedan tener efectos jurídicos de acuerdo con las norma de derecho privado, en caso de ser cuestionadas. El Tribunal al resolver el recurso 193/2012 expresa lo siguiente :" 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 ."

El Tribunal trae a colación el acuerdo 29/2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que en relación a la cuestión controvertida, ponía de manifiesto lo siguiente:

- 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 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."

SÉPTIMO.- La interpretación de las condiciones técnicas de solvencia (cláusula 5.3.4.2. del Pliego de cláusulas administrativas particulares) efectuada por la Junta de Contratación y por el Tribunal Central, no se ajusta a la literalidad de la misma, ni a las exigencias del artículo 59 de la Ley 30/1992 , que dese luego no requieren otra cosa que la constancia de la notificación por cualquier medio. El rigor que exige la Junta no se acomoda a la letra del pliego ni al artículo 59 citado.

Pero es que además, esas exigencias, más allá de lo previsto en el pliego comportan una vulneración de las normas establecidas en la Ley 43/2010, en tanto que vienen a imponer un serio obstáculo a la participación en el proceso de licitación de operadores distintos de Correos, lo que sitúa la actuación realizada por la Administración fuera del plano de la libre competencia, plasmado en la Ley 43/2010 y en la Directiva 2008/6/CE que traspone. La interpretación que hace el Tribunal, en contra de sus precedentes, coloca al operador universal en una posición de dominio frente a los demás operadores que por ley carecen del privilegio de la presunción de veracidad y fehaciencia. En efecto, si se interpreta la cláusula 5.3.4.2. del Pliego en el sentido de que solo ofrecen solvencia técnica aquellos operadores que pueden acreditar de forma fehaciente que han practicado la notificación siguiendo las indicaciones del artículo 59 de la Ley 30/1992 , resulta que solo el operador del servicio universal podrá participar y realizar la notificaciones administrativas, pues solo el operador designado,



Correos , goza de esa prerrogativa, que le ha sido conferida por ley. Y quedarán fuera de la licitación todos los demás.

Es patente que este no es el efecto querido por la Ley 43/2010 y por la Directiva 2008/6/CE, desde el momento en que imponen la desaparición de derechos especiales y en exclusiva, y dan entrada a los operadores habilitados para la realización de notificaciones administrativas y para certificar el envío, con las diferencias apuntadas en los efectos jurídicos. Con estas premisas, y una interpretación acorde al derecho comunitario (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Gran Sala, Sentencia de 27 Octubre 2009, rec. C-115/2008 , Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 11 Enero 2007, proc. C-208/2005 , y sentencias de 4 de febrero de 1988, Murphy y otros, 157/86, Rec. 673, apartado 11 , y de 26 de septiembre de 2000 , Engelbrecht, C-262/97 , Rec. p. I-7321, apartado 39 citadas en aquellas)), que es la que debemos propugnar al interpretar la norma que traspone la Directiva, debemos entender que la resolución impugnada ha vulnerado el pliego de cláusulas administrativas (cláusula 5.3.4.2.) así como los artículos 59 de la Ley 30/1992 y 22.4 de la Ley 43/2010 . La consecuencia es que debió admitirse la oferta de UNIPOST habida cuenta que acreditó que el procedimiento de constancia era semejante al del operador universal previsto en los artículos 40 y ss del RD 1829/1999 , y cumplía con los requisitos.

El acto de exclusión es nulo, siendo procedente retrotraer las actuaciones, admitir la oferta de UNIPOST y proseguir el procedimiento; lo que comporta que todos los actos posteriores al declarado nulo deben anularse (artículo 64 Ley 30/1992), aunque el acto originario era el de exclusión únicamente. En efecto, el acto impugnado y al que debe ceñirse el recurso, de acuerdo con el carácter revisor de esta jurisdicción y con el fin de no incurrir en desviación procesal, es únicamente el acto del Tribunal Administrativo Central que conoció de la exclusión del licitador . De ahí que no quepa pronunciarse, en principio, sobre la adjudicación como acto autónomo, ya que no fue objeto del recurso especial. No obstante, la estimación del recurso implica anular la exclusión y retrotraer el procedimiento al momento de admisión de la oferta de UNIPOST, lo que a su vez implica que todos los actos posteriores sean igualmente nulos, como consecuencia de la declaración y transmisibilidad de nulidad a los actos posteriores (artículo 63.1 y 65 Ley 30/1992 Ley 30/1992).

OCTAVO .- La estimación del recurso, en los términos que hemos indicado hace innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial (artículo 267 TFEU), que de forma subsidiaria solicitaba la demandante. El planteamiento no viene demandado cuando es posible una interpretación conforme al ordenamiento jurídico comunitario. Y de otro lado, hemos de apuntar que las cuestiones que plantea la parte demandante al solicitar el reenvío prejudicial pueden ofrecer relevancia en materia de valoración de las ofertas o de adjudicación, pero resultan poco operativas en el momento del procedimiento de concurrencia que examinamos - admisión de ofertas en función de la solvencia técnica- . Lo relevante para la resolución del recurso no son los efectos jurídicos de los que vienen dotadas las notificaciones administrativas (artículo 22.4 Ley 43/2010) y la valoración discriminatoria que pudieran merecer, sino si el pliego de condiciones y las normas complementarias exigen una notificación que deje la debida constancia o una notificación fehaciente.

Resuelto el problema en el sentido que hemos razonado, el reenvío prejudicial no deviene necesario, pues las normas internas y los principios plasmados en la Ley 43/2010 conforme a la Directiva 2008/6/CE nos ofrecen la pauta para resolver el recurso, sin que sea preciso acudir a la instancia comunitaria para descubrir la verdadera interpretación requerida por el derecho derivado en la materia que nos ocupa, supuesto en el que sería oportuno y necesario el reenvío (artículo 267 TFUE). El Tribunal de Justicia ha mantenido de forma constante que dicho "Tribunal no es competente para pronunciarse, en el marco del artículo 267 TFUE , sobre la interpretación de disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales ni sobre la conformidad de tales disposiciones con el Derecho de la Unión (véanse, en particular, las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 33, y de 23 de marzo de 2006 , Enirisorse, C-237/04 , Rec. p. I-2843, apartado 24 y jurisprudencia citada) (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 13 Feb. 2014, C-162/2012). El problema a resolver es una cuestión de derecho interno, y por lo tanto, no es preciso el planteamiento de la cuestión prejudicial.

NOVENO.- Debe estimarse el recurso, con condena en las costas causadas a la demandada, de acuerdo con el criterio del vencimiento objetivo que establece el artículo 139.1 de la LJCA , en la redacción dada por Ley 37/2011.

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

ESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO promovido por **UNIPOST SA** , contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 24 de julio de 2013, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la resolución de la Junta de Contratación



del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por el que se excluyó la oferta de UNIPOST SA del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de " Prestación de Servicios Postales en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (excepto Dirección General del Catastro) y Organismos Públicos", por no ser conforme a derecho.

Y en su lugar, se anula dicha resolución así como la resolución de la Junta de Contratación que confirma, y se acuerda la admisión de la oferta de UNIPOST SL, siendo procedente retrotraer las actuaciones, a tal fin, con los efectos previsto en el fundamento de derecho séptimo, y proseguir el procedimiento hasta su finalización.

Las costas causadas se imponen al demandado.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que frente a ella cabe recurso de casación que habrá de interponerse ante esta Sala, previa consignación del preceptivo depósito para recurrir, en el plazo de en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de la notificación de aquélla, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos .

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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