

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 24 de agosto de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de ASOCIACION PROFESIONAL DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA (en adelante ASEMPRE), contra el acuerdo del gerente del IAM de 5 de julio de 2023, por el que se adjudica el contrato “servicios postales para las notificaciones administrativas en papel del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos”, expediente 300/2023/00013, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 13 y 14 de abril de 2023, respectivamente, se publicó en la Plataforma de Contratos del Sector Público y en el DOUE el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado de contrato asciende a 79.563.763,31 de euros y un plazo de ejecución de 19 meses a partir del 1 de septiembre de 2023.

Segundo.- Con fecha 18 de mayo de 2023, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, mediante Resolución nº 202/2023, acordó desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de RD POST contra el anuncio de licitación y los pliegos que han de regir la licitación del contrato de referencia.

Con fecha 29 de mayo de 2023, se celebró la sesión de la mesa de contratación de IAM para proceder a la calificación previa de la documentación administrativa y apertura del sobre de criterios no valorables en cifras y porcentajes de este contrato, dando cuenta del único licitador presentado: SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELEGRAFOS S.A. S.M.E. (en adelante, CORREOS).

Con fecha 2 de junio de 2023, se celebró la sesión de la mesa de contratación de IAM para proceder a la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor y la apertura del sobre que contiene la proposición económica. En la misma sesión se acordó elevar al órgano de contratación propuesta de adjudicación del contrato a favor de la empresa CORREOS, por ser la única empresa que ha presentado oferta y ajustarse a lo establecido en los pliegos.

Con fecha 5 de julio de 2023, el gerente de IAM acordó la adjudicación del contrato siendo publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 6 de julio de 2023.

Tercero.- El 27 de julio de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por ASEMPRE contra la adjudicación del contrato de referencia a CORREOS.

Cuarto.- El 4 de agosto de 2023, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al

ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP y el artículo 21 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Sexto.- La secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, presentando escrito con fecha 11 de agosto de 2023, de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la adjudicación fue publicada el 6 de julio de 2023 e interpuesto el recurso el 27 del mismo mes, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- La recurrente se encuentra legitimada para recurrir de conformidad con el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

Así mismo, se acredita la representación de la recurrente.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

- 1- Los pliegos de condiciones que se recurren además de ilegales, pueden constituir una infracción penal de manipulación del precio de las cosas, e infracción penal por conducta anticompetitiva.
- 2- El acuerdo de adjudicación impugnado confirma el grave perjuicio causado a los trabajadores por la no previsión en los pliegos de subrogación de los trabajadores, en contra de lo dispuesto en el convenio colectivo que rige para los trabajadores de RD POST.
- 3- El acuerdo de adjudicación a la única licitadora confirma que los pliegos infringen el principio de igualdad y no discriminación en la contratación pública, porque favorecían claramente al mayor operador postal de nuestro país, adjudicataria del contrato.
- 4- Los criterios de adjudicación son arbitrarios y no están dirigidos a lograr adjudicar el contrato al licitador que lo pueda prestar con calidad.
- 5- El estudio económico financiero del expediente de licitación infringe el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, de ahí que el acuerdo de adjudicación provoqué un grave perjuicio al presupuesto del Ayuntamiento de Madrid y con ello al interés general.
- 6- Nulidad de la oferta de CORREOS, por incluir IVA exento, en contra de lo dispuesto por la ley reguladora del IVA.
- 7- CORREOS se haya incurso en causa de prohibición de contratar.
- 8- Vulneración del art 150.1 de la LCSP: comunicación previa CNMC por conductas colusorias.

1- Respecto a los motivos primero al quinto, hay que manifestar, que si bien se dirigen contra la adjudicación del contrato, lo que realmente están cuestionando es el contenido de los pliegos que han de regir la licitación.

Debemos recordar que la asociación ahora recurrente no presentó recurso contra dichos pliegos, consintiendo el contenido de los mismos, por lo que en este momento procedimental debemos considerar que nos encontramos, como señala la adjudicataria, ante una impugnación indirecta de los pliegos.

La doctrina de este Tribunal al respecto se puede resumir en nuestra Resolución 436/2022, de 17 de noviembre donde manifestábamos: *“Vistas las alegaciones de las partes, procede destacar que la jurisprudencia viene admitiendo excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refieren la jurisprudencia del TJUE o que incurran en motivos de nulidad de pleno derecho, motivos que se deben apreciar de forma excepcional y restrictiva.*

La STS de 22 de marzo de 2021 resume de manera diáfana los criterios jurisprudenciales al respecto: “5º Por tanto, lo relevante para esta casación se ventila en dos planos: la posibilidad de impugnar los pliegos al atacarse directamente un acto de aplicación y por qué causas o motivos.

3. Delimitado así lo relevante para esta casación cabe decir lo siguiente respecto de la posibilidad de impugnación indirecta:

1º Es jurisprudencia constante de esta Sala que los pliegos son la ley del contrato y una vez aceptados, al no impugnarse en plazo, no pueden ser impugnados extemporáneamente: se tienen por firmes y consentidos, sin perjuicio de acudir al procedimiento de revisión de oficio, todo ello conforme al artículo 34 de la LCSP 2011,

hoy artículo 41 de la LCSP 2017 (cfr. la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 4 noviembre 1997, apelación 1298/1992).

2º Tal regla general se basa en obvias razones de seguridad jurídica, por lo demás comunes a la preclusión de todo plazo impugnatorio, tanto si se trata de

recursos administrativos ordinarios o el especial como el jurisdiccional; además en el ámbito contractual hay que añadir las razones de buena fe que presiden la vida del contrato: no la habrá si se aceptan y no se impugnan los pliegos, y se reacciona sólo cuando su aplicación resulta adversa.

3º En consecuencia, de no impugnarse los pliegos quedan convalidados, salvo que se inste su declaración de nulidad de pleno Derecho por el cauce ordinario de la revisión de actos firmes; y aun así la jurisprudencia siempre ha declarado que esa posibilidad debe administrarse con prudencia, debe ser una posibilidad apreciada excepcional y restrictivamente (cfr. sentencia 1615/2018, de 14 de noviembre, de esta Sección, recurso de casación 4753/2017).

4º A esta jurisprudencia se añade la ya citada sentencia eVigilo, que matiza la regla general de inatacabilidad de los pliegos consentidos. Así en lo procedimental el plazo preclusivo para impugnarlos se inicia cuando el licitador "tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción", y en lo sustantivo esa infracción se concreta en qué pliegos le sean "incomprensibles o [carezcan] de claridad". En otras palabras, es posible la impugnación indirecta cuando un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión". Obviamente tales circunstancias deben estar probadas.

4. Aparte de las causas de impugnación indirecta deducibles de tal sentencia eVigilo, a estos efectos se plantea cuál es el alcance de las irregularidades que afectan a los principios de la contratación pública del artículo 18 de la Directiva 2014/24, si la causa de la ilicitud de los pliegos -la ausencia de criterios de valoración de las ofertas- debe integrarse en los motivos de nulidad del artículo 47.1 o si cabe su extensión a cualquier otra infracción conforme al artículo 48 de la Ley 39/2015. Esta Sala entiende que debe integrarse con los motivos de nulidad de pleno Derecho por las siguientes razones:

1º Se trata de compaginar una excepción a la regla general de que los pliegos firmes y consentidos son inatacables por las razones expuestas en el anterior punto 3 de este Fundamento de Derecho. Por tanto, tal posibilidad de impugnación indirecta

debe apreciarse restrictiva y excepcionalmente.

2º Ese criterio restrictivo no es novedoso y no deja de ser ilustrativo -como referencia-, la jurisprudencia de esta Sala para los casos en los que las bases de las convocatorias en el ámbito del Empleo Público devienen firmes y vinculantes: el dogma de su inatacabilidad se ha exceptuado sólo si incurren en una causa de nulidad de pleno Derecho por infracción de un derecho fundamental (cfr. la sentencia 1040/2019, de 10 de julio, de esta Sala y Sección, recurso de casación 5010/2017).

3º Esa referencia a los casos de nulidad de pleno Derecho se confirma con el criterio que inspira el artículo 50.1.b) párrafo cuarto de la LCSP 2017 que prevé lo siguiente: " Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho".

En el caso que nos ocupa, aplicando el criterio jurisprudencia procede destacar en primer lugar, que no se aprecia que se den las exigencias requeridas por el TJUE en la citada sentencia e-Vigilo en cuanto que *"licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión"*.

Tampoco se aprecia el cumplimiento a los requisitos que para tal fin son exigidos por la jurisprudencia del TS, en cuanto que el recurso debe fundamentarse en una causa de nulidad de pleno derecho, que no ha quedado acreditada en la fundamentación del recurso.

Por tanto, se ha producido una impugnación extemporánea de los pliegos de conformidad con el artículo 50.1 b) de la LCSP, por lo que procede la inadmisión de los motivos de primero al quinto, inclusive.

Todo ello, sin perjuicio de que prácticamente la totalidad de los motivos contra los pliegos fueron resueltos por este Tribunal en su Resolución 202/2023, que desestimó el recurso presentado por RD POST, que fue objeto de recurso contencioso-administrativo que se encuentra en fase de tramitación.

2- Respecto al motivo sexto, se fundamenta en que la oferta presentada por CORREOS no repercute IVA los servicios de notificaciones ofertados, con clara elusión de la obligación legal.

Manifiesta que *“Es grave este hecho por cuanto, el sujeto pasivo del tributo es el órgano de contratación, y si CORREOS no aplica el IVA en su facturación, él tiene el deber legal de pagarlo. Los servicios postales objeto de este contrato, están sujetos y no exentos, por cuanto estamos ante un contrato negociado individualmente, como queda claramente reflejado por el procedimiento de contratación aplicado”*. Sustenta esta tesis en base a la consulta vinculante, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Dirección General de Tributos, y de fecha 4 de abril de 2013, Referencia AF 1682-11, con registro nº 38972-11, SUBDIRECCION 04.

Por su parte, el órgano de contratación trae a colación el artículo 20 de la Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA) establece: *“Artículo 20. Exenciones en operaciones interiores.*

Uno. Estarán exentas de este impuesto las siguientes operaciones:

1.º Las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a ellas que constituyan el servicio postal universal siempre que sean realizadas por el operador u operadores que se comprometen a prestar todo o parte del mismo.

Esta exención no se aplicará a los servicios cuyas condiciones de prestación se negocien individualmente”.

Considera que en la oferta económica de CORREOS los servicios que declara estar exentos de IVA son los correspondientes al servicio postal universal, aquellos que cualquier usuario puede contratar en cualquiera de sus oficinas, no conteniendo

ninguna condición de prestación distinta de lo que legalmente se define como servicio postal universal. Sin embargo, en los servicios adicionales sí oferta precios con el 21% de IVA.

Además, en este contrato no se ha negociado individualmente con CORREOS ya que como así consta en los pliegos y demás documentación se ha utilizado el procedimiento abierto recogido en el artículo 156.1 de la LCSP que determina que: *“1. En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores”*.

En defensa de sus postulados apela a la Resolución 248/2019 del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que desestimó el recurso presentado por RD POST en un supuesto semejante.

Por su parte, CORREOS alega que el citado artículo 20.Uno.1º de la Ley del IVA hace referencia a las *“condiciones de prestación negociadas individualmente”*. Tanto la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2009 (asunto C-357/07), como la actual Ley española del impuesto exceptúan de la aplicación de la exención en el IVA a los servicios postales integrantes del SPU cuyas condiciones de prestación se negocien individualmente. Esto significa que la exención en el IVA se aplica a los servicios postales que formen parte del servicio postal universal y que sean prestados por Correos, con excepción de aquellos cuyas condiciones de prestación se negocien individualmente. La introducción de esta *“excepción a la exención”* obedece a lo señalado por el TJUE en la sentencia de 23 de abril de 2009 mencionada anteriormente.

Añade que esta limitación es aplicable a aquellos casos en que Correos pacte con un determinado cliente (normalmente empresas) condiciones de prestación del servicio absolutamente individualizada, que quede fuera de las características que legalmente definen, de acuerdo con los artículos 22 y siguientes de la Ley Postal, la

forma de prestación del SPU (calidad determinada y cobertura y frecuencia permanentes). Por el contrario, las condiciones de prestación del SPU a que se atiene Correos y que son las que ha ofrecido a IAM no derivan de una negociación individual, sino que se aplican por ministerio de la Ley (artículo 2, 2º párrafo, y disposición adicional primera de la Ley Postal) en los términos del artículo 22.3 de dicha Ley.

Respecto a los descuentos que Correos aplica sobre sus tarifas oficiales, alega que la posibilidad de que Correos ofrezca descuentos a sus clientes está prevista en el artículo 35 de la Ley Postal. Esos descuentos, si cumplen las condiciones que se prevén en dicho artículo, se pueden ofrecer también en los precios del Servicio Postal Universal (SPU). En este caso hay que atender a si los descuentos ofrecidos por Correos cumplen con los requisitos del artículo 35 de la Ley Postal. ASEMPRE no ofrece la más mínima prueba de que esto no sea así, más allá de decir que no todos los ciudadanos reciben el mismo descuento, lo que no deja de ser una obviedad, pues es evidente que el descuento que Correos ofrece a cada cliente es distinto por cuanto cada cliente tendrá sus propios volúmenes de envíos y su propia forma de presentarlos.

Vistas las alegaciones de las partes, procede analizar, en primer lugar, el objeto del contrato. En el Anexo1 apartado 1 se especifica: *“El objeto del contrato es la prestación de los servicios postales para la práctica de notificaciones administrativas en papel del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos, con garantía de fehaciencia en la entrega, rehúse o imposibilidad de entrega de las notificaciones.*

Los servicios postales consistirán en la recogida, admisión, clasificación, transporte y entrega en el domicilio de los destinatarios de los objetos postales demandados por el Organismo autónomo Informática Ayuntamiento de Madrid (en adelante, IAM) y la Agencia Tributaria de Madrid (en adelante, ATM) como centros de remisión, así como las actividades complementarias, adicionales o específicas que requieran los diferentes servicios, incluida la devolución o destrucción de los objetos postales cuando no pueda efectuarse la entrega al destinatario, con las garantías y modalidades establecidas por la normativa vigente”.

El artículo 20 de la Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA) establece: *“Artículo 20. Exenciones en operaciones interiores.*

Uno. Estarán exentas de este impuesto las siguientes operaciones:

1.º Las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a ellas que constituyan el servicio postal universal siempre que sean realizadas por el operador u operadores que se comprometen a prestar todo o parte del mismo.

Esta exención no se aplicará a los servicios cuyas condiciones de prestación se negocien individualmente”.

En el caso que nos ocupa, el objeto del contrato básicamente incluye servicios postales que formen parte del servicio postal universal (notificaciones nacionales) y que son prestados por Correos. No se trata de servicios de interés particular que requieren de prestaciones adicionales que no engloba el servicio postal tradicional. Estas prestaciones están exentas de IVA. Sin embargo, las prestaciones adicionales que se recogen en los pliegos como gestión y entrega de turno de tarde, aviso de recibo electrónico, aviso de recibo nacional, servicio de preparación de notificaciones y servicio complementario de notificación, si incluyen el IVA de 21%, tal como se recoge en el acuerdo de adjudicación.

Por otro lado, este contrato no se ha negociado individualmente con CORREOS ya que como así consta en los pliegos y demás documentación se ha utilizado el procedimiento abierto recogido en el artículo 156.1 de la LCSP que determina que: *“1. En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores”.* No hay condiciones de prestación negociadas individualmente con CORREOS, que ha ofrecido como servicios exentos de IVA los servicios estándar que conforman el SPU, que se van a prestar de forma ordinaria.

Por otro lado, como señala la TACRC en su Resolución 1676/2021, de 19 de noviembre: *“Es indudable que las ofertas económicas se valoran sin tener en cuenta el IVA aplicable, como no puede ser de otra forma, pues precisamente es la única*

manera de tratar con igualdad o de forma homogénea las ofertas de las empresas que estén exentas de IVA con las que no lo estén. Y es que la diferencia de trato fiscal no puede suponer ninguna ventaja a la hora de hacer las ofertas; por ello tampoco se tiene en cuenta a la hora de valorar el coste del servicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 102.1 de la LCSP.

(....)

La singularidad en la exención del IVA prevista en el artículo 20.Uno.1 de la Ley 37/1992 reguladora de este impuesto, no puede ser el motivo jurídico para la exclusión de una oferta económica que ha sido evaluada sin IVA, para garantizar la igualdad de condiciones de todas las licitadoras concurrentes, sino que en su caso, y escapándose de la competencia revisora de este Tribunal la facturación de los servicios prestados por la contratista al órgano de contratación con o sin repercusión del IVA se halla extramuros de la labor fiscalizadora del Tribunal y se adentra en el marco de las competencias de revisión tributaria que genera el prestador del servicio con el órgano de contratación. Al respecto, existen varias contestaciones vinculantes a consultas emitidas desde la Dirección General de Tributos, sirvan de ejemplo, la nº V1565-20, de 25 de mayo de 2020, y la nº V0140-21, de 1 de febrero de 2021”.

De todo lo anterior, cabe concluir que la oferta presentada por CORREOS fue ajustada a Derecho, por lo que procede la desestimación del presente motivo.

3- Respecto del motivo séptimo del recurso, la recurrente alega que CORREOS está incurso en causa de prohibición de contratar, pues ha sido sancionada con carácter firme en varias ocasiones por infracción muy grave, relativa disciplina en el mercado y falseamiento de la competencia. Cita la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Tercera Sentencia núm. 663/2018 de fecha 24 de abril de 2018, que, afirma, confirma la infracción, consistente en haber abusado de su posición de dominio en el mercado de servicios mayoristas de acceso a la red postal pública y en el mercado de servicios minoristas de notificaciones administrativas mediante su negativa a continuar suministrando servicios mayoristas de acceso a la red postal pública de notificaciones administrativas en las condiciones establecidas por el artículo 59 de la Ley 30/1992, y

le imponía una sanción de 3.319.607 euros.

En conclusión, manifiesta que el procedimiento en el supuesto que se formalizara el contrato a CORREOS sería nulo de pleno derecho, por cuanto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.1.b) LCSP, CORREOS esta incurso en causa de prohibición de contratar, pues ha sido sancionada con carácter firme en varias ocasiones, por infracción muy grave, relativa disciplina en el mercado y falseamiento de la competencia.

Por su parte, el órgano de contratación se opone a las pretensiones de la recurrente, citando la Resolución 248/2019 del TRCJA, en un caso semejante.

Por su parte, el adjudicatario alega que *“ASEMPRE no solamente hace gala de una manifiesta temeridad y mala fe en su alegación, sino que, en esencia, miente de forma deliberada. De esta forma, trae a colación unos pronunciamientos de manera completamente descontextualizada (pues nada tienen que ver estos procedimientos con cuestiones de contratación pública) con el fin de sembrar la duda y generar confusión sobre una cuestión que, técnicamente, se presenta de forma clara y transparente. Conviene recordar que la prohibición de contratar no se constituye como automatismo legal derivado de la firmeza de una resolución sancionadora, sino que, por el contrario, debe ser convenientemente declarada por la autoridad competente - como reproche accesorio a los ya comunes de multa y cesación de la conducta- y tramitada a través de un procedimiento específico”*.

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación el artículo 72 de la LCSP establece expresamente que: *“2. La prohibición de contratar por las causas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas.*

3. La competencia para fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar

en el caso de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior, en los casos en que no figure en la correspondiente sentencia o resolución, y la competencia para la declaración de la prohibición de contratar en el caso de la letra e) del apartado primero del artículo anterior respecto de la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 82.4 y en el artículo 343, corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, o a los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas en el caso de la letra e) citada. A efectos de poder dar cumplimiento a lo establecido en el párrafo anterior, el órgano judicial o administrativo del que emane la sentencia o resolución administrativa deberá remitir de oficio testimonio de aquella o copia de esta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sin perjuicio de que por parte de este órgano, de tener conocimiento de su existencia y no habiendo recibido el citado testimonio de la sentencia o copia de la resolución administrativa, pueda solicitarlos al órgano del que emanaron”.

El artículo 73.3 de la LCSP señala: *“Las prohibiciones de contratar contempladas en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 71 producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquella o esta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición. En el resto de supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente”.*

La resolución 248/2019, de 30 de julio del TRCJA, citada anteriormente, analiza un supuesto idéntico en el que la recurrente apela a la prohibición para contratar de CORREOS basándose en la misma sentencia del Tribunal Supremo. En dicha resolución se hace constar: *“No acreditando la recurrente que las Sentencias del Tribunal Supremo que cita se hayan pronunciado expresamente sobre la prohibición de contratar, ni recogiendo tal prohibición en las mismas como ha tenido ocasión de constatar este Tribunal, ni en las de la Audiencia Nacional que se analizan por el Alto Tribunal, ha de examinarse si CORREOS figura incurso en prohibición de contratar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector*

Público o en el de la Comunidad Autónoma de Andalucía (artículo 73.2 de la LCSP). Al respecto, se constata por este Tribunal que en dichos registros respecto a la entidad CORREOS actualmente no constan prohibiciones vigentes para contratar”.

En el caso que nos ocupa, no queda constatado la existencia de prohibición para contratar en los términos legales y doctrinales señalados por lo que procede la desestimación del presente motivo.

4- Respecto al octavo motivo de recurso, la recurrente alega que se ha producido vulneración del artículo 150.1 de la LCSP al no haberse realizado comunicación previa CNMC de conductas colusorias.

Considera que la mesa de contratación ha tenido indicios de conducta colusoria por vulneración de la libre competencia y no ha dado traslado a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos.

A su juicio, la exclusión fáctica de RD Post al no poder presentar oferta supone una conducta colusoria prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDCU) al implicar una decisión que produce el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta: *“ASEMPRE está lanzando una acusación a los miembros de la mesa de contratación sin ninguna prueba, lo que podría estar tipificado en el Código Penal como un delito. La Mesa de Contratación siempre ha actuado conforme a Derecho sin que se haya detectado ninguna vulneración en materia de competencia”.*

Por su parte, CORREOS alega que *“A estas alturas, es más que patente que ASEMPRE interpone recurso especial en materia de contratación realizando una serie*

de afirmaciones del todo maliciosas, si bien las mismas carece de motivación y fundamentación alguna, en tanto que ASEMPRE no aporta dato relevante ninguno, como ejemplo, no aportando justificación suficiente sobre el hecho de que “la exclusión fáctica de RD Post al no poder presentar Oferta, entendemos que supone una conducta colusoria”, incumpliendo así lo dispuesto en los artículos 51.1 de la LCSP. Es decir, ASEMPRE simplemente se limita a culpar al propio Órgano de Contratación de que RD POST no haya presentado oferta a la licitación, sin expresar ni explicar los motivos por los que no lo ha hecho”. En consecuencia, procedería la inadmisión del REMC interpuesto por ASEMPRE, por carecer el recurso de fundamentación, tal y como se establece en el artículo 116 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación el artículo 150.1 de la LCSP: “1. La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación.

Para realizar la citada clasificación, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, pudiéndose solicitar para ello cuantos informes técnicos se estime pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la mejor oferta es la que incorpora el precio más bajo.

En los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren cualquiera de las entidades sujetas a la presente ley, si se apreciaren indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación en tramitación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el órgano de contratación, de oficio o a instancia de la mesa de contratación, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente con el fin de que, en el plazo de 20 días hábiles, emita un informe sobre el carácter fundado o no de tales indicios.

El traslado a que alude el párrafo anterior deberá incluir una explicación

detallada sobre los indicios detectados y sobre las razones para considerar su carácter presuntamente colusorio e irá acompañado del expediente de contratación, incluida la totalidad de las ofertas presentadas por todos los licitadores, sin perjuicio del deber de confidencialidad previsto en el art. 133 LCSP. La autoridad de defensa de la competencia podrá solicitar documentación adicional al órgano de contratación siempre que guarde relación con los indicios mencionados en la remisión. En este supuesto, deberá ponerse la documentación requerida a disposición de la autoridad de competencia en un plazo máximo de 3 días hábiles.

La remisión de esta documentación a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente supondrá la inmediata suspensión de la licitación, la cual no será notificada a los licitadores ni tampoco será objeto de publicación. El órgano de contratación deberá mantener en todo momento la debida confidencialidad de estas actuaciones.

Una vez recibido el informe de la autoridad de competencia, si el mismo no concluye que existen tales indicios fundados de conductas colusorias, el órgano de contratación dictará resolución alzando la suspensión, que tampoco será objeto de notificación ni publicación, y continuará con la tramitación del procedimiento de contratación sin la exclusión de ningún licitador por este motivo”.

La definición de conducta colusoria de la RAE es la siguiente. *“En derecho de la competencia, conducta prohibida que consiste en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas, protagonizadas por cualquier operador económico autónomo en el mercado, que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte de determinado mercado (el español, en el caso del derecho estatal español, y el mercado común, en el caso del derecho europeo)”.*

Por consiguiente, para la aplicación del procedimiento previsto en el citado artículo 150.1 de la LCSP, la mesa de contratación a la vista de las ofertas presentadas, puede apreciar que hay prácticas concertadas entre licitadores para restringir o falsear la competencia, en cuyo caso iniciaría el procedimiento previsto en

el citado artículo, remitiendo a la CNMC las ofertas de las empresas licitadoras y el expediente de contratación.

Sería absurdo que el propio órgano de contratación apreciase de oficio prácticas colusorias respecto a sus propios pliegos porque un potencial licitador no haya presentado oferta.

Difícilmente pueden existir prácticas concertadas entre los licitadores para falsear la competencia cuando existe una única oferta presentada.

Finalmente, conviene resaltar que no puede fundamentarse un motivo de recurso como en el presente basado en una argumentación tan simple como *“la exclusión fáctica de RD Post al no poder presentar oferta supone una conducta colusoria prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDCU) al implicar una decisión que produce el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”*, sin aportar la más mínima justificación de tal afirmación.

Por todo ello, procede la desestimación del presente motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de ASOCIACION PROFESIONAL DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA, contra el acuerdo del gerente del IAM de 5 de julio de 2023, por el que se adjudica el contrato “servicios postales para las

notificaciones administrativas en papel del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos”, expediente 300/2023/00013.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.