

Recurso 407/2020

Resolución 167/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 6 de mayo de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SMS 91, S.L.** contra el anuncio de licitación del contrato denominado “Servicios postales y telegráficos”, convocado por el Organismo Provincial de Asistencia Económica y Fiscal (OPAEF), ente instrumental adscrito a la Diputación de Sevilla (Expte. P9100004B-2020/000082-PEN), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de noviembre de 2020, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, mediante procedimiento negociado sin publicidad, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 10.516.389,6 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por



el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 2 de diciembre de 2020, la entidad SMS 91, S.L. (SMS, en adelante) presentó en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el anuncio de licitación del contrato. En el escrito de impugnación solicitaba, asimismo, la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 3 de diciembre de 2020, se dio traslado al órgano de contratación del recurso interpuesto y se le requirió la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, posteriormente, fue recibida en este Tribunal.

QUINTO. El 22 de diciembre de 2020, el Tribunal dictó resolución denegando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

SEXTO. Habiéndose conferido trámite de alegaciones, por plazo de cinco días hábiles, con traslado del escrito de recurso al único licitador interesado en el procedimiento, la SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., S.M.E. (CORREOS, en adelante), se han recibido las formuladas por dicha entidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en los apartados 1 y 4 del artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por un ente instrumental de la Diputación de Sevilla, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio formalizado, el 26 de septiembre de 2012, entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Diputación de Sevilla, al amparo del apartado 3 del artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.



SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, primer párrafo: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

El propio tenor literal del precepto muestra que se reconoce legitimación para recurrir no solo a los que han participado en la licitación, sino también a otras personas que acrediten la titularidad de derechos o intereses legítimos que se hayan visto perjudicados o bien puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo reiteradamente en sus resoluciones, invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, la recurrente pone de manifiesto que la licitación convocada dificulta y limita la concurrencia en un sector liberalizado como el postal. Por tanto, queda acreditada su legitimación para recurrir, pues precisamente las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El recurso se dirige contra el anuncio de licitación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado asciende a 10.516.389,6 euros, que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, resulta procedente el recurso especial interpuesto de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 apartado a) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante”

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación se publicó en el perfil de contratante el 11 de noviembre de 2020, habiéndose presentado el recurso en el registro electrónico de este Tribunal el 2 de diciembre de 2020 dentro del plazo legal.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta. SMS solicita la anulación de la licitación y funda su pretensión en varios motivos que se analizarán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En un primer motivo, SMS alega indefensión por falta de publicación de los pliegos. Señala que solo se ha publicado el anuncio de licitación y solicita, al amparo del artículo 52 de la LCSP, el examen del expediente y copia de los pliegos, así como del informe justificativo de la elección del procedimiento.

Frente al motivo, el órgano de contratación y CORREOS oponen, en síntesis, que se trata de un procedimiento negociado sin publicidad no siendo necesario la publicación de los pliegos.

Pues bien, en la presente licitación se ha acudido al procedimiento negociado sin publicidad conforme a lo previsto en el artículo 168 a) 2º de la LCSP, al considerar el órgano de contratación que no existe competencia por razones técnicas y de exclusividad, justificando la concurrencia de esta causa en la memoria del expediente que fue publicada en el perfil el mismo día en que lo fue el anuncio de licitación, es decir, el 11 de noviembre de 2020.

Sin prejuzgar en este alegato la concurrencia o no en la licitación del supuesto de procedimiento negociado sin publicidad utilizado por el órgano de contratación, lo cierto es que el artículo 168 de la LCSP regula los supuestos tasados en que cabe acudir al citado procedimiento señalando que el mismo no requiere la previa publicación de un anuncio de licitación.



En el supuesto enjuiciado, pese a no existir obligación legal de publicar el anuncio conforme a la LCSP, la publicación se ha producido en los términos previstos en la disposición adicional séptima de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, y ello ha permitido a la recurrente conocer la existencia de esta licitación y poder impugnarla.

El hecho de que los pliegos no se hayan publicado en el perfil junto con el anuncio no supone, en este caso, infracción legal alguna; ni cabe sostener que tal omisión de publicidad haya generado indefensión a la recurrente por varias razones: primero, porque la memoria justificativa del contrato sí se publicó en el perfil con el anuncio de la licitación y SMS pudo acceder a la misma para comprobar tanto el supuesto legal de procedimiento negociado utilizado como su motivación o justificación; segundo, porque pudo solicitar al órgano de contratación el examen del expediente y copia de los pliegos si es que la memoria publicada le hubiese resultado insuficiente para la defensa de sus intereses, lo que no consta que hiciera y tercero, porque los propios motivos en que se ampara la recurrente evidencian que conoce los aspectos esenciales de la licitación que precisamente impugna.

Es reiterada la doctrina de este Tribunal (por todas se cita la reciente Resolución 102/2021, de 18 de marzo) que, con invocación de sentencias del Tribunal Constitucional, sostiene que la indefensión constitucionalmente relevante es aquella que impide materialmente el ejercicio de derecho de defensa lo que no concurre en el supuesto enjuiciado. Además, no cabe acceder a la solicitud formulada por la recurrente de acceso al expediente en sede de este Tribunal al amparo del artículo 52 de la LCSP, en la medida que no se da el presupuesto habilitante para ello. En este sentido, no consta que se haya requerido previamente el citado acceso al órgano de contratación y que este haya incumplido su obligación de facilitarlo en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. Solo este incumplimiento previo habilitaría el acceso instado en el recurso al amparo del citado precepto legal.

No procede, pues, acoger este primer alegato del recurso.

SEXTO. En los dos siguientes motivos, que se analizarán conjuntamente, SMS esgrime que el procedimiento negociado es extraordinario y excepcional no concurriendo las condiciones para su aplicación, así como la innecesariedad de la presunción de veracidad y fehaciencia en el régimen jurídico de las notificaciones. En concreto, alega lo siguiente:



1. Vulneración del artículo 168 a) 2º de la LCSP al existir sustitutos razonables a CORREOS. Se han establecido como condiciones necesarias de la licitación la veracidad y fehaciencia en la práctica de las notificaciones sin justificación legal. Se trata, pues, de una mera conveniencia utilizada como barrera de acceso a otros operadores prestadores de servicios legalmente liberalizados, distintos a CORREOS.

2. En la regulación del régimen de las notificaciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (artículos 40 y siguientes) no se exige forma para la notificación, ni existe obligación que imponga la fehaciencia de la misma, bastando con acreditar su entrega al destinatario por cualquier medio. Sí se exige para su validez y eficacia la acreditación de la fecha de su práctica, la identidad del receptor y el contenido del acto notificado.

3. De acuerdo con el artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, las notificaciones administrativas que se practiquen por medios postales podrán realizarse por el operador designado o por el resto de operadores como es el caso de la recurrente. No existe una determinación legal que justifique la necesidad de la presunción de veracidad y fehaciencia y expulse al resto de operadores postales habilitados. Así pues, la presente licitación mediante procedimiento negociado vulnera el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de junio, de garantía de unidad de mercado, relativo al principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

4. Los requisitos para exigir la fehaciencia vulneran *“la Directiva de Unidad de Mercado, la Directiva de Servicios en el Mercado Interior, las Directivas Postales, y por supuesto el TFUE”*. Asimismo, la recurrente cita y transcribe parcialmente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 18 de diciembre de 2007 (C-220/2006), refiriéndose entre otros a su considerando 67 cuando afirma que *“los Estados miembros no pueden ampliar según su voluntad los servicios reservados a los proveedores del servicio postal universal en virtud del artículo 7 de la Directiva 97/67, ya que tal ampliación sería contraria a la finalidad de dicha Directiva, que, en virtud de su octavo considerando, persigue establecer una liberalización progresiva y controlada en el sector postal”*.

5. La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, coincide con la legislación administrativa en la ausencia de necesidad de la presunción de veracidad y fehaciencia. En concreto, SMS cita el artículo 572 de la ley procesal civil para señalar que *“En el artículo citado, se establece que la obligación de la entidad*



acreedora consiste en probar que ha realizado la notificación de la liquidación de la cantidad exigible al deudor y al fiador en su caso, con carácter previo al ejercicio de la acción judicial, como requisito de validez para despachar la ejecución por parte del juzgador; pero en ningún caso se establece la forma en que debe practicarse la notificación”.

6. El procedimiento para la entrega de las notificaciones administrativas está normativamente reglado (artículos 41 y siguientes del Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, aprobado por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre) y resulta suficiente para que el acto comunicado adquiera plena validez jurídica.

En su informe al recurso, el órgano de contratación opone que la naturaleza de su actividad es eminentemente tributaria, por lo que la mayor parte de sus actuaciones están sometidas al régimen de notificación previsto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT). Asimismo, alega que la mayor parte de los sujetos pasivos son personas físicas a las que no resulta de aplicación obligatoria el régimen de notificación electrónica, debiendo ser notificados mediante correo postal, conforme a los criterios previstos en los artículos 109 y siguientes de la citada LGT.

Concluye, pues, que el único operador postal cuya actuación goza de la presunción de veracidad y fehaciencia es el operador designado y este actualmente es CORREOS, de acuerdo con el artículo 22.4 y con la disposición adicional primera de la Ley 43/2010. Esa fehaciencia, continúa señalando el órgano de contratación, resulta necesaria para que, sin necesidad de pruebas complementarias, la declaración del notificador baste para tener por constatados el rechazo o la imposibilidad de la notificación. En apoyo de sus alegatos cita algún pronunciamiento del Tribunal Económico Administrativo Central y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 2015, dictada en el recurso contencioso-administrativo 3156/2014.

Por último, CORREOS, como entidad interesada, se opone al recurso con parecidos argumentos a los del órgano de contratación y que aquí se dan por reproducidos.

SÉPTIMO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la controversia que se ciñe a determinar si, habida cuenta el objeto de la presente contratación, resulta ajustada a derecho la utilización del procedimiento negociado sin publicidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 168 a) 2º de la LCSP, o



por el contrario existen sustitutos razonables a CORREOS que podrían ejecutar la prestación sin que sea necesaria la presunción de veracidad y fehaciencia en el régimen jurídico de las notificaciones objeto de la contratación proyectada, extremos estos en los que se fundamenta el escrito de recurso para instar la nulidad de la licitación.

El artículo 168 a) 2º de la LCSP establece que *“Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:*

a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que:

1.º (...)

2.º Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”.

Por su parte, el apartado 1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece que:

«El artículo 4 de los Estatutos del Organismo, aprobados por el Pleno de la Corporación, en sesión de fecha 26 de febrero de 2015, establece que constituye el objeto del Organismo Autónomo:

“1. En relación a la recaudación, gestión, cobro e inspección de tributos, impuestos y demás ingresos de los Entes locales y de aquellas otras Administraciones públicas que así lo acuerden:

a). La cobranza, tanto en período voluntario como en el ejecutivo, de los recursos de Derecho Público que los Entes locales de la Provincia le deleguen a través de la Diputación, en los términos que se deduzcan de los correspondientes convenios.

b). La recaudación de los recursos de Derecho Público que deba cobrar la Comunidad Autónoma de Andalucía y que ésta le encomiende a través de la Diputación, así como de las cuotas propias de cualesquiera otros Entes Públicos o Corporaciones que estos puedan encomendarle, conforme a los pactos que a tal efecto se establezcan con los mismos. Asimismo, realizará la cobranza de los



recursos públicos o privados de la propia Diputación que esta, o alguna de sus sociedades instrumentales, le encomiende, en este caso, conforme a las condiciones que se convenien.

c) El ejercicio de las facultades de gestión, liquidación e inspección que la Ley atribuye a los Ayuntamientos, Comunidades Autónomas o Administración del Estado, en materia tributaria, y que le sean delegadas a la Diputación.

2. El ejercicio, por delegación, de la competencia sancionadora municipal (...)"

El régimen general de las notificaciones tributarias se recoge en los artículos 109 a 112 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT en adelante), que constituyen una sección específica dentro del Capítulo II dedicado a las normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios, incluido en el Título III sobre la aplicación de los tributos. Estas normas tienen una gran relevancia ya que resultan aplicables a todos los procedimientos tributarios, incluso sancionador y de revisión en vía administrativa. Para la notificación de las liquidaciones tributarias se establecen unas normas específicas sobre su contenido y requisitos en el artículo 102 de la LGT.

(...) El Servicio postal universal es el conjunto de servicios postales cuya prestación garantiza el Estado de forma permanente en todo el territorio nacional y a precio asequible para todos los usuarios.

(...) De cuanto antecede podemos concluir que procede como procedimiento el negociado sin publicidad, conforme a lo establecido en el artículo 168.a).2º de la LCSP, porque la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., con C.I.F. A-83.052.407, es la única que puede prestar íntegramente el servicio, ya que el Estado le ha encomendado la prestación del servicio postal universal hasta el año 2026 ((Disposición adicional primera de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal) y le ha atribuido, con carácter exclusivo, 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...”(artículo 22.4 de dicho texto legal), requisito imprescindible para las notificaciones en las que hay que acreditar su recepción como son las tributarias que realiza el OPAEF y que tiene, además, la capacidad para poder asumir el altísimo volumen de notificaciones que el Organismo hace en periodos determinados como es el de la cobranza en voluntaria, llegando a todas las localidades y municipios de España.

(...) Finalmente decir que la necesidad a la que se pretende dar satisfacción mediante el contrato es practicar las notificaciones de los procedimientos tributarios tramitados por el OPAEF (...)"



En idénticos términos a los del apartado 1.2 del PCAP que acaba de exponerse se pronuncia la memoria justificativa sobre la necesidad e idoneidad del contrato, que fue publicada en el perfil de contratante y a la que ha podido acceder la entidad recurrente al igual que lo hizo al anuncio de la licitación examinada.

Pues bien, expuesta la regulación de los pliegos en cuanto a la naturaleza de la entidad contratante que ha de practicar la notificación y al carácter eminentemente tributario de las notificaciones objeto del contrato, procede abordar si la utilización del procedimiento negociado sin publicidad por razones técnicas (artículo 168 a) 2º de la LCSP) al que acude el órgano de contratación es o no ajustado a derecho.

Al respecto la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 -relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, modificada por la Directiva 2008/6/CE- establece en su artículo 7 que los Estados miembros no podrán otorgar o mantener en vigor derechos especiales o exclusivos para el establecimiento y la prestación de servicios postales, si bien en su artículo 8 señala que las disposiciones del artículo anterior se entienden sin perjuicio del derecho de los Estados miembros de organizar el servicio de correo certificado utilizado en el marco de procedimientos judiciales o administrativos, con arreglo a su Derecho interno.

Asimismo, en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico interno, la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, incorpora la Directiva 2008/6/CE y en su artículo 22.4 prevé 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 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”. La referencia ha de entenderse realizada a los artículos 41.5 y 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.



Y la Disposición adicional primera de la citada ley, bajo el título “Operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal” establece que *“La «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima» tiene la condición de operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal por un período de 15 años a partir de la entrada en vigor de la presente ley, y en su virtud queda sujeto a las obligaciones de servicio público consistentes en la prestación de los servicios que se recogen en el título III, que deberá cumplir conforme a los principios, requisitos y condiciones que se establecen en esta Ley y en el plan a que se refiere el artículo 22”*.

Así pues, de la regulación expuesta se desprende que CORREOS, como operador designado por el Estado, goza en su actuación 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. Siendo ello así, las Administraciones Públicas españolas, en razón de las ventajas inherentes a la citada presunción, pueden, al amparo de lo establecido en el artículo 8 de la Directiva 97/67/CE, adoptar medidas organizativas dirigidas a asegurar la fehaciencia en las notificaciones administrativas practicadas. Entre tales medidas, cuando se opte por contratar el servicio de notificaciones administrativas es posible acudir al procedimiento negociado sin publicidad para seleccionar al licitador cuya actuación goce de la presunción legal antes señalada y que, en el actual marco legal, es CORREOS como operador designado por el Estado.

En el sentido expuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5395/2015) señala en sus fundamentos de derecho séptimo, octavo y noveno lo siguiente:

“SÉPTIMO. Abordando ya esa controversia principal del actual litigio, debe decirse que está constituida por estas dos cuestiones: (I) si la "fehaciencia" reconocida para la práctica de las notificaciones de órganos administrativos en el artículo 22.4 de la Ley 43/2010 al operador designado para la prestación del servicio postal universal (actualmente la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS SA) es o no justificada; y (II) si las Administraciones públicas españolas, en razón de las ventajas inherentes a esa "fehaciencia", pueden, al amparo de lo establecido en el artículo 8 de la Directiva 97/67/CE, adoptar medidas organizativas dirigidas a asegurar en las notificaciones administrativas la presencia de esas ventajas.

La respuesta a uno y otro interrogantes tiene que ser afirmativa por lo que seguidamente se explica.



OCTAVO. En lo que hace a la primera de las dos cuestiones antes apuntadas, ha de decirse que la meta de eficacia que para la actuación de las Administraciones públicas proclama el artículo 103.1 de la Constitución impone establecer los medios para que dicha actuación no pueda quedar obstaculizada bien por la resistencia o negativa de alguno de los interesados a recibir la notificación administrativa que les sea dirigida, o bien por la imposibilidad de localizarlos; y que uno de esos medios es esta prescripción del artículo 59.4 de la Ley 30/1992: "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".

También ha de subrayarse que la constancia del rechazo de la notificación, para que pueda tener el valor de prueba eficaz, deberá provenir de un órgano inserto o dependiente de la Administración pública a quien la ley confiera "fehaciencia" en su actividad notificadora; y, de no ser así, por haber sido encomendada la notificación a una empresa privada, no bastará con la documentación que unilateralmente esta haya confeccionado o con la simple manifestación de sus interesados, pues para asegurar la imparcialidad u objetividad de la justificantes del rechazo o la imposibilidad de la notificación será necesario que estos sean acompañados de las declaraciones de un tercero ajeno a dicha empresa privada.

Y lo que se deriva de lo anterior es lo siguiente: (a) que la "fehaciencia" reconocida a órganos o entidades dependientes de la Administración pública ("CORREOS" tiene esa dependencia por su condición de sociedad estatal) no es un privilegio injustificado o arbitrario sino un mecanismo dirigido a asegurar el principio constitucional de eficacia administrativa); y (b) que el reconocimiento de esa fehaciencia únicamente a órganos de la Administración Pública o a entidades directamente dependientes de ella está relacionado con el principio de objetividad que debe regir en toda actuación administrativa por imperativo del antes citado artículo 103.1 de la Constitución

NOVENO.- Por lo que se refiere a la segunda de esas dos cuestiones que han sido enunciadas, también debe responderse en sentido afirmativo que las Administraciones públicas españolas, en razón de las ventajas inherentes a esa "fehaciencia", pueden, al amparo de lo establecido en el artículo 8 de la Directiva 97/67/CE , adoptar medidas organizativas dirigidas a asegurar en las notificaciones administrativas la presencia de esas ventajas.

Y ha de señalarse que estas medidas organizativas, cuando se opte por contratar el servicio de notificaciones administrativas, podrán consistir en una de estas dos: (a) utilizar el procedimiento



negociado previsto en la legislación de contratos públicos para elegir un licitador que reúna esa "fehaciencia" de que se ha venido hablando (fue el caso resuelto en la sentencia de 10 de junio de 2015 dictada por esta Sala y Sección en la casación 1374); o (b) utilizar un procedimiento abierto no solo limitado a licitadores que tengan reconocida esa "fehaciencia", pero con la exigencia de que quienes carezcan de esa calidad ofrezcan un sistema de constancia que, en lo que se refiere a la prueba del rechazo o imposibilidad de la notificación, supla las ventajas que son inherentes a la "fehaciencia" con parecidas cotas de eficacia y mediante elementos de prueba ajenos a la documentación unilateral de la empresa o al testimonio de sus empleados."

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2015 (ROJ STS 3541/2015) declara que *"(...) esa fehaciencia resulta necesaria para que, sin necesidad de pruebas complementarias, la declaración del notificador baste para tener por constatados el rechazo o la imposibilidad de la notificación que consideran los apartados 4 y 5 del artículo 59 de la Ley 30/1992 [la referencia habrá de entenderla efectuada en el marco legal actual a los artículos 41.5 y 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre], bien para tener por efectuado el trámite o bien para permitir que la notificación se efectúe en los tablones de edictos de los Ayuntamientos o en los boletines oficiales."*

Concluyendo, pues, en el supuesto enjuiciado, habida cuenta el objeto del contrato consistente en el servicio de notificaciones administrativas de naturaleza eminentemente tributaria, la garantía de fehaciencia que, legalmente, solo es predicable de la actuación del operador postal designado (CORREOS, conforme a la disposición adicional primera de la Ley 43/2010) justifica la opción elegida por el poder adjudicador de utilización del procedimiento negociado al amparo de lo dispuesto en el artículo 168 a) 2º de la LCSP. Concorre, pues, en dicho operador la nota de exclusividad en el carácter fehaciente de sus actuaciones que determina la inexistencia de alternativa o sustituto razonable en los términos del citado precepto, estando, por lo demás, motivada la elección del procedimiento negociado en el apartado 1.2 del PCAP y memoria justificativa publicada en el perfil de contratante.

Por último, hemos de indicar que la controversia aquí suscitada ya fue abordada y resuelta en idénticos términos por este Tribunal en su Resolución 295/2018, de 18 de octubre.

Con base en las consideraciones realizadas el recurso debe desestimarse.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SMS 91, S.L.** contra el anuncio de licitación del contrato denominado “Servicios postales y telegráficos”, convocado por el Organismo Provincial de Asistencia Económica y Fiscal (OPAEF), ente instrumental adscrito a la Diputación de Sevilla (Expte. P9100004B-2020/000082-PEN).

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

