



Recurso nº 925/2014

Resolución nº 922/2014

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

En Madrid, a 12 de diciembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. P.P.S. en representación de la empresa VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., contra el acuerdo de la Jefatura de la Sección Económico- Administrativa de la Base Aérea de Torrejón de 30 de octubre de 2014, por el que se adjudicó el contrato de *“Servicio de limpieza, conservación y mantenimiento de jardines y zonas rústicas de la Base Aérea de Torrejón”* (Expte. 42200140382), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Sección Económico-Administrativa de la Agrupación Base Aérea de Torrejón (Ministerio de Defensa) convocó, mediante anuncios publicados en el DOUE, en el BOE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público los días 16, 22, y 11 de septiembre de 2014, respectivamente, licitación para la adjudicación, mediante el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de *“Servicio de limpieza, conservación y mantenimiento de jardines y zonas rústicas de la Base Aérea de Torrejón”*, cuyo valor estimado es de 1.161.818,18 euros.

A dicha licitación concurrieron siete empresas, entre las que se incluye la recurrente.

Segundo. El día 29 de septiembre de 2014 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público una nota aclaratoria de la cláusula 5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), relativa al “Presupuesto”.

Tercero. Previos los trámites procedimentales oportunos, con fecha de 30 de octubre de 2014 el órgano de contratación resolvió adjudicar el referido contrato a la empresa ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A.



Cuarto. Con fecha de 17 de noviembre de 2014 D. P.P.S., en nombre y representación de la empresa VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. interpuso ante este Tribunal recurso especial contra el referido acuerdo de adjudicación, adjuntando el anuncio de dicho recurso efectuado ante el órgano de contratación en la misma fecha.

Quinto. El día 21 de noviembre de 2014 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Sexto. La Secretaría del Tribunal, en fecha de 24 de noviembre de 2014, dio traslado del recurso interpuesto a las empresas que concurrieron a la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado el trámite conferido la empresa adjudicataria, ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A., que en su escrito de 28 de noviembre de 2014 se opuso a la estimación del recurso especial, y la empresa ALTHENIA, S.L., que con la misma fecha solicitó la exclusión de la licitación de la empresa recurrente y la adjudicación del contrato a su favor.

Séptimo. El 28 de noviembre de 2014, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acto de adjudicación (artículo 45 del TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP, por ser el órgano de contratación un poder adjudicador integrado en el sector público estatal.

Segundo. La empresa recurrente ostenta legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP para la interposición del presente recurso especial, pues ha concurrido a la licitación y considera que la estimación del recurso determinaría, por los motivos que se expondrán posteriormente, la adjudicación del contrato a su favor.



Tercero. El contrato objeto de recurso es un contrato de servicios de la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP que, por su valor estimado, es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.b) del TRLCSP.

El acto objeto de recurso es el acuerdo de adjudicación del referido contrato, acto susceptible de recurso especial al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Consta en el expediente el anuncio del recurso al órgano de contratación previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Quinto. Entrando en el fondo de la cuestión, la empresa recurrente fundamenta su impugnación en los siguientes motivos:

- Como motivo principal de recurso, nulidad o, subsidiariamente, anulabilidad del acto de adjudicación por haberse incluido entre las ofertas admitidas y valoradas la de la empresa OBRASCÓN HUARTE LAIN, S.A. (en adelante, OHL) que excede del presupuesto base de licitación que, conforme a la cláusula 5ª del PCAP, es de 395.000 (IVA incluido), desglosándose en 347.665,30 euros correspondientes al importe del contrato sin impuestos, y 47.334,70 euros en concepto de IVA.

Señala que la oferta de OHL, que asciende a 395.816,94 euros, desglosada en 347.665,30 euros sin IVA y 48.151,64 euros en concepto de IVA, incurrió en un error al calcular el IVA, pues no tuvo en cuenta que, según la nota aclaratoria publicada el 29 de septiembre de 2014 por el órgano de contratación, los importes del presupuesto correspondientes a los servicios contratados (35% de zonas ajardinadas y 65% de zonas rústicas), estaban reflejados con IVA incluido (al tipo del 10% o del 21%, según se trate de servicios de limpieza o de conservación, respectivamente).

Y añade que, al superar la oferta de OHL el presupuesto base de licitación, dicha oferta debería haber sido excluida, siendo así que, de efectuarse el cálculo de las ofertas sin la proposición de OHL, la adjudicación del contrato debería recaer a su favor, por ser la



oferta de VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES S.A. la que, en tal caso, obtendría una mayor puntuación.

- En segundo lugar, argumenta que la actuación en la licitación de OHL y ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A., pertenecientes al mismo grupo empresarial, responde a una estrategia de ambas empresas para lograr que una de ellas resulte adjudicataria. En concreto, indica que OHL pretendió licitar por el presupuesto base de licitación con lo que, a su juicio, opta claramente por no ser adjudicataria al renunciar a la puntuación por precio y a los puntos correspondientes a las mejoras nº 1 y nº 3, en las que no ofertó nada, pero consigue con ello que la oferta económica de ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A. resulte mejor valorada. Y OHL ofertó un 35,44% en la mejora nº 2, desvirtuando la puntuación del resto de licitadores en este punto y consiguiendo así que no haya demasiada diferencia de puntuación en el resto de licitadores, y que la oferta de ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A., que no ofertó este tipo de mejora, no resulte perjudicada.

Invoca la doctrina del levantamiento del velo y sostiene que la actuación de las citadas empresas infringe el artículo 145.3 del TRLCSP pues se permite que el mismo licitador presente dos ofertas, apreciando riesgo de manipulación del procedimiento por la aparición de pactos colusorios que vulneran los principios de concurrencia competitiva, igualdad, transparencia, y deber de secreto.

- Señala que las ofertas de ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A. y de OHL no proporcionan precios unitarios de mercado a la hora de ofertar sus mejoras, sino sólo el importe final sin reseñar el número de unidades a ejecutar, y tampoco delimitan los precios unitarios con base a los cuales se realizarán las mejoras ofertadas, sin concretar la cantidad de unidades de cada mejora que van a realizar.

Por todo lo expuesto, solicita la anulación del acto de adjudicación, que se ordene la exclusión de la oferta de la empresa OHL y que se proceda a efectuar una nueva valoración, adjudicándose el contrato a la empresa que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa.

Sexto. En su informe al recurso especial, el órgano de contratación se aviene al primer motivo de recurso aducido por la empresa VALORIZA SERVICIOS



MEDIOAMBIENTALES, S.A. y, tras revisar el informe técnico de valoración, coincide con la recurrente en que la oferta de la empresa OHL debió haber sido excluida de la licitación, por superar el presupuesto base de licitación, que asciende a 395.000 euros.

Señala que todas las empresas licitadoras excepto OHL y ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A. siguieron las pautas indicadas en el cuadro explicativo de la nota aclaratoria publicada y entendieron que los porcentajes correspondientes a limpieza y conservación de zonas de jardines (35%) y de zonas rústicas (65%) incluían el IVA (el 10% para la limpieza y el 21% para actividades de conservación), y que sólo las dos mencionadas empresas entendieron que esos porcentajes (35% y 65%) correspondían a las bases sobre las que se debía aplicar el tipo correspondiente.

Procede a describir en su informe cómo debería haberse calculado la oferta y cómo la calculó la empresa OHL, radicando la diferencia, en síntesis, en que según el cuadro aclaratorio, el importe del que han de partir los cálculos es de 395.000 euros (Importe de licitación, IVA incluido), y la empresa OHL partió de un presupuesto base de licitación de 347.665,30 euros (importe de licitación, sin IVA).

Según la nota aclaratoria el cálculo debía partir del importe de licitación (IVA incluido), esto es, de 395.000 euros, a partir del cual se desglosan los porcentajes correspondientes a la parte de la prestación consistente en limpieza (el 65% del importe total de la licitación), y a conservación (35% restante), calculándose sobre cada una de esas partidas la base imponible que corresponde (por aplicación del tipo del 10% a las actividades de limpieza y el del 21% a las actividades de conservación). La empresa OHL tomó como importe base de licitación la cantidad de 347.665,30 euros (importe de licitación sin IVA), ofertando un importe total de 395.818,94 euros, que excede en 816,95 euros del presupuesto total de licitación.

Considera por ello que, tal y como solicita la empresa VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., se ha de anular la adjudicación y se ha de proceder a emitir una nueva resolución adjudicando el contrato a la empresa recurrente.

Séptimo. Por su parte, la empresa ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A., adjudicataria del contrato, se opone a la estimación del recurso argumentando, en síntesis, lo siguiente:



- Niega que el presupuesto base de licitación sea de 395.000 euros y sostiene que el mismo asciende a 347.665 euros, esto es, no incluye el IVA. Se basa para ello en la redacción literal de la cláusula 5 del PCAP y en el hecho de que el importe de 395.000 euros no aparezca en ningún punto de la documentación contractual.

Señala que la llamada "Nota aclaratoria" no es tal, pues dicho documento lleva por título "Presupuestación del Expediente 4.22.00.14.0382.00", y que no es más que una aclaración de cómo computar el IVA, que en limpieza es del 10% y en conservación es del 21%. Añade que el hecho de que la Nota haga un desglose del IVA no implica que el mismo haya de incluirse para calcular el presupuesto base de licitación del contrato. Señala que, dado la recurrente entiende que el presupuesto base de licitación es de 395.000 euros, que en el Pliego se indica textualmente que el presupuesto base de licitación es de 347.665,30 euros, y que en el documento de aclaración se alude a otro importe IVA excluido (384.243,75 euros), y habida cuenta de que ningún órgano de contratación establece tres presupuestos base de licitación distintos, procede estar a lo dispuesto en el PCAP, al que remite expresamente la propia Nota aclaratoria en su inciso final.

Aporta en apoyo de su criterio la Circular 4/2008, de 30 de julio, de la Abogacía General del Estado, sobre el cómputo del IVA en la garantía provisional.

- En segundo lugar, niega que su conducta y la de la empresa OHL incurran en algún tipo de irregularidad, y pone como ejemplo la actuación de otras empresas licitadoras al ofertar las mejoras.

- En cuanto al contenido de las mejoras por ella ofertadas, señala ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A. que optó en su proposición por una de las dos modalidades previstas al efecto en la cláusula 16.f) del PCAP (precios unitarios y/o alzados).

Octavo. Finalmente, la empresa ALTHENIA, S.L. aprovecha el trámite de alegaciones conferido en el seno del presente recurso especial para solicitar la exclusión del procedimiento de la empresa recurrente, argumentando que el porcentaje ofertado como mejora por la empresa VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. tiene por objeto desvirtuar la puntuación del resto de las licitadoras, siguiendo en este punto la



recurrente la misma estrategia que denuncia en OHL, y que de la suma de la oferta económica y de las mejoras ofertadas por la recurrente resultaría una baja desproporcionada e incurso en temeridad.

Noveno. Comenzando, por razones sistemáticas, por las alegaciones de la empresa ALTHENIA S.L., el Tribunal ha declarado reiteradamente (por todas, Resoluciones 77/2012, de 28 de marzo, 172/2014, de 28 de febrero, o 718/2014, de 26 de septiembre), que *“un escrito de alegaciones frente a un determinado recurso no puede ser utilizado para interponer, a su vez, un recurso con base en circunstancias distintas y sin cumplir los requisitos formales y de procedimiento legalmente exigibles para tal actuación”*.

No procede, por ello, examinar las alegaciones de la empresa ALTHENIA, S.L. relativas a la concurrencia de causas de exclusión de la oferta de la empresa recurrente, toda vez que dicha circunstancia no se ha hecho valer en tiempo y forma a través del correspondiente recurso especial.

Décimo. La empresa VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A solicita, siendo el motivo principal de su recurso, la anulación de la resolución de adjudicación por haber tomado en consideración el órgano de contratación, a efectos de determinar la oferta económicamente más ventajosa, la proposición de la empresa OHL que, por superar el presupuesto base de licitación, debería haber sido excluida, siendo así que con los nuevos cálculos efectuados sin considerar la oferta de OHL la adjudicación debería recaer a favor de la recurrente, pues la misma obtendría la mejor puntuación de acuerdo con los Pliegos.

El artículo 84 del RGLCAP dispone que *“si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal de que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.



Es doctrina consolidada del Tribunal (por todas, Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, 420/2014, de 30 de mayo, 779/2014, de 24 de octubre ó 786/2014, de 28 de noviembre) la que sostiene, a tenor del precepto transcrito, que son dos los requisitos a los que debe ajustarse la oferta económica de los contratos: el requisito material, que exige que no se supere el límite establecido en el pliego de cláusulas de que se trate, y el requisito formal, que exige que la oferta económica se adecue a las exigencias formales establecidas en el pliego, pero siempre siendo este aspecto formal de la oferta económica más flexible en su consideración, respecto al límite material. De lo anterior se desprende, a *contrario sensu*, que el artículo 84 del RGLCAP impone la exclusión necesaria o automática de aquella proposición que exceda del presupuesto base de licitación, por ser éste un requisito material u objetivo fácilmente constatable, y es doctrina reiterada del Tribunal (por todas, Resoluciones 27/2010, de 9 de diciembre, 94/2011, de 30 de marzo, ó 509/2014, de 4 de julio), la que sostiene que ha de considerarse correctamente rechazada aquella oferta que supere el precio de licitación en cualquiera de sus partidas.

De las alegaciones de la empresa recurrente y del informe al recurso presentado por el órgano de contratación se desprende que concurrirían en la proposición económica de OHL dos defectos distintos: un error en el procedimiento seguido para el cálculo del IVA aplicable (a tenor de lo que parece desprenderse de la nota aclaratoria de la cláusula 5 del PCAP publicada por el órgano de contratación) y, como consecuencia de dicho error, la formulación de una oferta económica que, con las peculiaridades que se examinarán más adelante, excede del presupuesto total de licitación (IVA incluido).

Y, respecto de esta última cuestión, se discute la concurrencia de la propia premisa en la que se asienta el requisito material del artículo 84 del RGLCAP, esto es, si la proposición económica presentada por la empresa OHL excede o no del presupuesto base de licitación. Y ello por cuanto que dicha oferta se ajustó al importe base de licitación, sin IVA, establecido en los Pliegos (347.665,30 euros), pero excedió del presupuesto base de licitación, IVA incluido, (395.000 euros), al superar la partida de IVA calculada por dicha empresa (48.151,64 euros) el importe máximo que, en función de las zonas ajardinadas o rústicas del contrato (35% y 65%, respectivamente), y el tipo impositivo del IVA aplicable a los trabajos de limpieza y conservación exigidos (el 10% y el 21%, respectivamente), resultaba admisible (47.334,70 euros).



En concreto, la oferta económica de OHL se expresó en los siguientes términos:

“IMPORTE DE LA OFERTA:

<i>LIMPIEZA:</i>	<i>225.982,45 €</i>
<i>10% IVA:</i>	<i>22.598,24 €</i>
<i>MANTENIMIENTO ZONAS VERDES:</i>	<i>121.682,86 €</i>
<i>21% IVA:</i>	<i>25.553,40 €</i>

TOTAL BASE IMPONIBLE

TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO EUROS CON TREINTA CÉNTIMOS (347.655,30 €)

Importe total de IVA: CUARENTA Y OCHO MIL CIENTO CINCUENTA Y UN EUROS CON SESENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (48.151,64 €)

(...)”

Por su parte la cláusula 5 del PCAP aplicable al contrato es del siguiente tenor:

“CLÁUSULA 5. Presupuesto.

El importe base de licitación de este contrato asciende a la cantidad de TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO EUROS CON TREINTA CÉNTIMOS (347.665,30 €).

El importe del impuesto sobre el valor añadido (IVA) asciende a la cantidad de CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO EUROS CON SETENTA CÉNTIMOS (47.334,70 €).

<u>AÑO</u>	<u>IMPORTE BASE LICITACIÓN</u>	<u>IVA</u>	<u>IMPORTE TOTAL</u>	<u>APP</u>
2014	39.607,45 €	5.392,55 €	45.000,00 €	14.022.122N2.212
2105	308.057,85 €	41.942,15 €	350.000,00 €	14.022.122N2.212

Siendo el valor estimado del contrato, calculado de acuerdo con el artículo 88 del TRLCSP, UN MILLÓN CIENTO SESENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO EUROS CON DIECIOCHO CÉNTIMOS (1.161.818,18 €), con arreglo a las siguientes anualidades:



Base imponible del expediente: 347.665,30 €

Modificaciones: 233.243,79

Prórrogas: 580.909,09 €

Otros eventuales: 0,00 €

Valor estimado del contrato: 1.161.818,18 €.

Toda oferta que supere el presupuesto total del contrato será automáticamente rechazada”.

El mismo PCAP dispone más adelante (cláusula 14.1) lo siguiente:

“1. OFERTAS ECONÓMICAS

Las ofertas económicas se realizarán por un importe no superior a límite de licitación establecido en el punto 2 del presupuesto” (sic).

Ante las dudas planteadas por los licitadores, el órgano de contratación publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público una nota aclaratoria de la cláusula quinta, con el siguiente contenido:

PRESUPUESTACIÓN DEL EXPEDIENTE 4.22.00.14.0382.00

		IMPORTE MENSUAL IVA INCLUIDO	
de octubre a marzo ambos incluidos	OTOÑO-INVIERNO	42.693,75 €	
	limpieza 10 %	27.750,94 €	65%
	conservación 21 %	14.942,81 €	35%
de abril a septiembre ambos incluidos	PRIMAVERA-VERANO	56.925,00 €	
	limpieza 10 %	37.001,25 €	65%
	conservación 21 %	19.923,75 €	35%



	IMPORTE EXP. IVA INCLUIDO	BASE IMPONIBLE	IVA
Del 01/11/2014 al			
limpieza IVA 10%	27.750,94 €	25.228,13 €	2.522,81 €
Conservación IVA 21%	14.942,81 €	12.349,43 €	2.593,38 €
TOTAL 2014	42.693,75 €	37.577,56 €	5.116,19 €
Del 01/12/2014 al			
limpieza IVA 10%	222.007,50 €	201.825,00 €	20.182,50 €
Conservación IVA 21%	119.542,50 €	98.795,45 €	20.747,05 €
TOTAL 2015	341.550,00 €	300.620,45 €	40.929,55 €
TOTAL EXPEDIENTE	384.243,75 €	338.198,01 €	46.045,74 €

Estos importes son en los que se ha basado la presupuestación para abono de un mes en el ejercicio 2014 (noviembre) y 7 meses del 2015 (diciembre 2014 y enero- junio 2015). Las diferencias con los importes descritos en la cláusula 5 del Pliego de Cláusulas Administrativas son por disponer de mayor dotación presupuestaria. El límite a la hora de realizar las ofertas es el que aparece en dicha cláusula.

Como puede apreciarse, el cuadro aclaratorio parte de los datos correspondientes a dos semestres (octubre- marzo, abril- septiembre) para calcular el importe mensual del contrato, IVA incluido, y a partir de ahí calcula el importe de las mensualidades objeto de contratación, extrayendo del importe total, IVA incluido, la correspondiente base imponible mediante la aplicación del tipo que proceda según la actividad de limpieza (10%) o conservación (21%), dándose la circunstancia de que los importe resultantes no coinciden con los de la cláusula 5 del PCAP, lo que explica que se debe a la circunstancia de *“disponer de mayor dotación presupuestaria”*, remitiendo, a la hora de realizar las ofertas, al límite que aparece en la cláusula 5 del PCAP.

Pues bien, en relación con el primero de los defectos de la oferta de OHL anteriormente apuntados (cálculo erróneo del IVA), el Tribunal no aprecia el referido error, toda vez que el resultado de aplicar los tipos de IVA de los trabajos de limpieza (10%) y conservación (21%) en función de las zonas, ajardinadas o rústicas del contrato (35% y 65%), coincidiría con el recogido por dicha empresa en su oferta.



Sin perjuicio de lo anterior, y aun admitiendo, a efectos meramente dialécticos, la existencia de dicho error, cabe señalar que las consecuencias de los errores en el cálculo del IVA en las proposiciones económicas de los licitadores han sido ampliamente examinadas por la doctrina y por este Tribunal. Así, en la Resolución 334/14, de 25 de abril, se invocaba el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (dictamen 7/2008, de 29 de septiembre), en el que se afirma que *“la valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público debe hacerse sin tomar en consideración el Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre el mismo”*, y ello para evitar las desigualdades que se producirían cuando algunos licitadores se encontrasen sujetos al IVA y otros no. Con base en dicho criterio de la Junta, el Tribunal ha entendido (por todas, Resoluciones 169/2011, de 22 de junio, 137/2012, de 20 de junio y 24/13, de 17 de enero) que no cabe apreciar que haya error manifiesto entre cifra y letra en una proposición económica a efectos de determinar la inviabilidad de la oferta cuando la discordancia o discrepancia afecta al importe total, es decir, al resultado de calcular el IVA aplicable al precio ofertado, pero no al importe ofertado sin IVA que, según lo indicado, es el que debe considerarse para valorar las ofertas económicas. Dicho de otro modo, siendo el importe ofertado sin IVA la cifra que ha de considerarse determinante a efectos de efectuar la valoración de las proposiciones económicas, las discrepancias en el cálculo del IVA aplicable a ese precio ofertado han de considerarse errores aritméticos que no determinan la inviabilidad de la oferta ni la procedencia de su rechazo. En numerosas ocasiones (por todas, Resolución 55/2011, de 2 de marzo), el Tribunal ha considerado aplicable a estos efectos el artículo 1.266 del Código Civil, relativo al error de cuenta, esto es, al que se produce al operar en el cálculo matemático, que conforme al citado precepto *“sólo dará lugar a su corrección”*.

En el mismo sentido se ha expresado la Abogacía General del Estado en su informe de 26 de marzo de 2009, Ref. A.G. Entes Públicos 28/09 (recogido en la Circular 4/2009, de 30 de marzo de 2009), en el que, tras citar la doctrina establecida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el dictamen 7/2008, antes citado, se afirma lo siguiente: *“Sí, de acuerdo con lo indicado, el importe del IVA no ha de considerarse en la valoración del precio como criterio de adjudicación, los errores o defectos que, en la expresión del importe del referido impuesto, existan en las proposiciones económicas de los licitadores tampoco resultan determinantes en dicha fase (...). Se trataría, en suma, de*



defectos no invalidantes ni excluyentes de la proposición económica, a efectos del artículo 84 de la LCSP”.

De lo expuesto se desprende que el eventual error en el cálculo del IVA aplicable en el que habría incurrido la oferta de OHL no sería determinante de su exclusión. Ocurre, sin embargo, que este error de cálculo tendría como consecuencia directa que el importe global ofertado por OHL exceda del presupuesto total (IVA incluido) del contrato en cuestión, con la particularidad de que OHL desglosa en su oferta el precio ofertado sin IVA (que coincide y, por lo tanto, no supera el que la cláusula 5 del PCAP califica como “importe base de licitación”), y de que el exceso es exclusivamente atribuible a la partida que en concepto de IVA se recoge en la proposición económica de OHL. En otras palabras, el precio ofertado por OHL sin IVA no excede, sino que iguala, el importe base de licitación recogido en la cláusula 5 del PCAP (347.665,30 euros), de tal manera que sólo cuando se suma el importe de IVA calculado (48.151,64 euros) al importe del precio ofertado por OHL sin IVA (347.665,30 euros), se supera (395.816,94 euros) el presupuesto total (IVA incluido) del contrato (395.000 euros).

A la vista de las circunstancias concurrentes, procede examinar si, a efectos de considerar que una oferta excede del presupuesto base de licitación (artículo 84 del RGLCAP), se ha de atender al precio del contrato sin IVA (como sostiene la adjudicataria) o con IVA (como sostiene la recurrente y ha entendido también el órgano de contratación en su informe al presente recurso).

Del expediente de contratación remitido se desprende que la cláusula 5 del PCAP, bajo la rúbrica “presupuesto”, establece como importe base de licitación el presupuesto del contrato sin IVA, y a dicha cláusula remite expresamente la nota aclaratoria de la cláusula 5 publicada en la Plataforma de Contratación, que sin embargo refleja unos importes distintos de los recogidos en dicha cláusula. La cifra correspondiente al presupuesto total del contrato (IVA incluido) no figura expresamente en los Pliegos, y ha de obtenerse sumando los importes totales recogidos en dicha cláusula para los ejercicios 2014 y 2015. Los anuncios de licitación tampoco aclaran la cuestión, pues tanto el BOE como la Plataforma de Contratación del Sector Público reflejaron ambos importes, neto y con impuestos, al referirse al presupuesto base de licitación: “*Presupuesto base de licitación: a) Importe neto: 347665,30 euros. Importe total: 395.000 euros*”. La cláusula 5 del PCAP



dispone que *“toda oferta que supere el presupuesto total del contrato será automáticamente rechazada”*, pero la aparente claridad de esta cláusula choca con la oscuridad de la cláusula 14.1 del propio PCAP, que dispone que *“las ofertas económicas se realizarán por un importe no superior a límite de licitación establecido en el punto 2 del presupuesto”*, siendo así que no hay ningún punto 2 en la cláusula 5, relativa al “Presupuesto”, y que no aparece en ella ningún *“límite de licitación”*, sino el referido *“importe base de licitación”* de 347.665,30 euros (presupuesto del contrato sin IVA).

A la vista de las circunstancias concurrentes, el Tribunal estima que un eventual error en el cálculo del IVA, determinante de que el importe global de la proposición económica de OHL supere el presupuesto total del contrato (IVA incluido), no justifica la exclusión de la oferta de OHL, y ello por los motivos que seguidamente se exponen:

1.- Partiendo de la ambigüedad de los Pliegos, que ha requerido la publicación de una nota aclaratoria de la cláusula 5 por parte del órgano de contratación cuyo contenido es, ciertamente, más confuso que el de la propia cláusula del Pliego que pretende aclarar, es innegable que dicha cláusula sí califica clara y expresamente como *“importe base de licitación”* la cantidad de 347.665,30 euros (presupuesto sin IVA), sin que la oscuridad de las cláusulas de un pliego pueda perjudicar a los licitadores, ajenos a su redacción. En caso de duda lo que parece claro es que, conforme a la cláusula 5 del PCAP, el *“importe base de licitación”* es el presupuesto, IVA excluido.

2.- En el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 26/08 de 2 de diciembre de 2008 referente a la *“Determinación de en qué supuestos debe considerarse que cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de precio, importe, valor estimado o cualquiera de los distintos conceptos similares que utiliza para aludir al aspecto cuantitativo de los contratos, incluye la cuota por el Impuesto sobre el Valor Añadido y en qué supuestos no”*, señala el citado órgano consultivo lo siguiente:

“2. La cuestión ha sido objeto de tratamiento y solución con carácter general en el informe nº 43/2008, de 28 de julio de conformidad con el cual ‘con referencia al valor de los contratos la Ley de Contratos del Sector Público utiliza tres conceptos principalmente que son precio, valor estimado y presupuesto, cuyas definiciones se contienen en los artículos 75 y 76 de la Ley y 131 del Reglamento’.



Junto a estos tres conceptos la Ley emplea otros términos no definidos por ella ni por las normas complementarias entre los que cabe citar como más frecuentes cuantía, importe o valor íntegro. La determinación del significado concreto de estos términos debe hacerse en función del contexto en que se incluyen y por tanto, al menos en principio, no cabe hacer una definición genérica. Ello no obstante, y por regla general cabe decir que deberán identificarse con el término que, en función de la fase en que se encuentre el contrato -fase de preparación y adjudicación o fase de ejecución- indique el valor del mismo con arreglo a la Ley. Así en la fase de preparación y adjudicación deberán entenderse los términos como referidos al presupuesto que deba servir de base para la celebración de la licitación pública y en la de ejecución deberá entenderse que los términos utilizados se refieren al precio de adjudicación del contrato, es decir el que deba percibir íntegro el contratista que hubiera resultado adjudicatario del contrato. Estas conclusiones, sin embargo, deberán matizarse en función del texto del artículo que contenga el término examinado. En base a ello, siempre que el término empleado sea distinto de precio, valor estimado o presupuesto, deberá entenderse que, por regla general, si el artículo hace referencia a la fase de preparación o adjudicación del contrato, el término que se emplea (cuantía, importe o cualquier otro similar) deberá referirse al concepto de presupuesto, lo cual supone estar a lo dispuesto en los artículos 131, 189 y 195 del Reglamento, si bien, en ningún caso, deberá considerarse incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido".

3.- En consonancia con ello, y respecto al concepto de "presupuesto de licitación" el Tribunal viene señalando (Resoluciones 185/2012, de 6 de septiembre, 281/2012, de 5 de diciembre, 310/2012, de 28 de diciembre, 499/2013, de 6 de noviembre ó 694/2014, de 23 de septiembre) que "el TRCSP en el artículo 87 establece las pautas para determinar el precio del contrato pero no contiene una norma expresa en la que se establezcan los conceptos que deba contener el presupuesto base de licitación de estos contratos. No obstante, si bien es cierto que el presupuesto de licitación no está definido en el TRLCSP, del contenido del artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP en adelante) referido al presupuesto en el contrato de obras, y de otros preceptos concordantes, se deduce que es el importe base de la licitación, IVA excluido, sin incluir las eventuales opciones, prórrogas y modificaciones. Es la referencia



básica para que los licitadores realicen su oferta económica y debe de aparecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares tal y como dispone el artículo 67 del RGLCAP”.

4.- Con independencia de lo anterior, resulta de especial trascendencia que la oferta de OHL, IVA excluido, sea una cantidad que iguala, pero no supera, el importe base de licitación establecido en los Pliegos. Si la oferta de OHL, IVA excluido, hubiese superado ese importe base de licitación, procedería indudablemente acordar su exclusión. Pero ese exceso sobre el presupuesto total sólo se produce con respecto al IVA, afectando, por tanto, a una relación jurídica de naturaleza impositiva distinta de la propiamente contractual, y cuyo importe no depende de la voluntad del licitador, sino de la estricta aplicación de la normativa tributaria.

Como se indica en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 25/2011, de 23 de noviembre, *“los simples errores de cálculo en la consignación del importe del IVA a repercutir, o en el tipo impositivo que resulte de aplicación, son meros defectos formales subsanables y por tanto, no invalidantes, ya que la consignación del tipo impositivo del IVA es un concepto que viene impuesto por la normativa tributaria que resulte de aplicación y no depende de la voluntad de los licitadores, tal y como ha señalado la STS de 28 de mayo de 2002: ‘... la legislación de contratación de las administraciones públicas no puede contener una regulación de la materia impositiva o tributaria, correspondiendo a los órganos de contratación velar por el cumplimiento de los requisitos de la adjudicación, pero no por los requisitos fiscales de los licitadores, en donde han de limitarse a ejercer un control meramente formal del cumplimiento de los mismos en la fase de adjudicación del contrato’.*” Y se concluye en dicho informe que, *“por lo expuesto, la mesa de contratación deberá excluir de la licitación aquellas ofertas cuyo precio antes de IVA exceda del presupuesto base de licitación”*, de donde a contrario sensu se desprende que no procede la exclusión de aquellas ofertas cuyo precio sin IVA no exceda del presupuesto base de licitación (IVA excluido), como es el caso.

5.- Cabe considerar aplicable a este supuesto la doctrina antes invocada sobre la irrelevancia del cálculo del IVA en la valoración de las ofertas económicas de los licitadores, pues su *ratio* o fundamento (la valoración del precio debe hacerse sin tomar



en consideración el Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre el contrato) resulta plenamente aplicable al caso.

Si el cálculo del IVA no es relevante al objeto de determinar la oferta económicamente más ventajosa y los errores en dicho cálculo no determinan la inviabilidad de la oferta ni su rechazo, tampoco ha de ser excluida una oferta que sólo por causa de un error en el cálculo del IVA excede del presupuesto total (IVA incluido) de licitación, pues lo determinante, a estos efectos, es el precio sin IVA ofertado por el empresario, siendo la imposición tributaria la que legalmente proceda aplicar a dicho importe, de tal forma que la mesa de contratación sólo habrá de excluir las proposiciones que excedan del presupuesto base de licitación, IVA excluido.

6.- A los anteriores argumentos se une la circunstancia de que este Tribunal, siguiendo a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 23/2008, de 29 de septiembre, entre otros muchos) viene invocando en materia de admisión o rechazo de una proposición la consolidada doctrina del Tribunal Supremo (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril) con arreglo a la cual en los procedimientos de adjudicación de los contratos debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos en la documentación que sirva de base a la licitación.

La proposición económica de OHL permite conocer claramente y sin ningún género de dudas cuál es el precio ofertado por dicha empresa, tanto por la expresión del precio total sin IVA ofertado, en letra y en número, como por el resultado de sumar los importes parciales, IVA excluido, ofertados por dicha empresa para las actividades de limpieza y conservación. Y dado que dicho importe sin IVA coincide, y no supera, el presupuesto base de licitación, en el que, conforme a lo indicado, se ha de excluir el IVA, procede concluir que no concurre causa de exclusión de la oferta de las previstas en el artículo 84 del RGLCAP

Undécimo. Un segundo motivo de recurso se refiere a la procedencia de rechazar las proposiciones presentadas por las empresas OHL y ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A. por infracción de lo dispuesto en el artículo 145.3 del TRLCSP, dado que forman parte del mismo grupo de empresas, y considera la recurrente que la presentación de proposiciones por ambas empresas incurre en fraude de ley y obedece



únicamente a una estrategia concebida para lograr que el contrato se adjudique a la segunda de ellas, la empresa ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A.

La empresa adjudicataria se opone a este motivo de recurso acudiendo a la actuación de otras empresas licitadoras, incluida la recurrente, al ofertar sus mejoras.

El artículo 145.3 del TRLCSP dispone que *“cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figura en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”*.

El supuesto de presentación de proposiciones por empresas de un mismo grupo no está regulado en el artículo 147.3 del TRLCSP sino en el artículo 147.4 de dicho texto legal, siendo así que la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas sólo determina su exclusión del procedimiento en los contratos de concesión de obra pública, y que *“en los demás contratos, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152”*, remisión que ha de entenderse efectuada al artículo 86 del RGLCAP.

Por tanto, la formulación de ofertas por empresas del mismo grupo en los contratos de servicios, como es el caso, resulta admisible y no determina la exclusión de la licitación, siendo así que la invocación de infracción de los principios en los que se asienta la contratación pública requiere pruebas o datos fundados y no meros indicios (Resolución 215/2011, de 14 de septiembre), máxime si lo que se pretende con ello es una consecuencia tan gravosa como la exclusión de una o varias empresas de la licitación.

Procede, en consecuencia, desestimar también este motivo de recurso.

Duodécimo. La misma suerte ha de correr el tercero de los motivos en los que la empresa VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. fundamenta su recurso, relativo a la falta de concreción del precio de las mejoras ofertadas por la empresa



adjudicataria, por no recoger precios unitarios ni, consecuentemente, definir la cantidad de unidades de cada mejora que va a realizar.

La cláusula 16.f) del PCAP dispone que *“se especificará el detalle que corresponda en relación con la posibilidad de licitación que se haya fijado en este pliego, reseñándose lo correspondiente, según los casos, respecto al precio total y las condiciones en las que se ofrece a realizar el servicio, así como los precios unitarios y/o alzados que el oferente propone aplicar al contrato con desglose del IVA o cualquier otro impuesto aplicable, así como el plazo de ejecución, etc.”*. La cláusula transcrita permite la presentación, a tal efecto, de precios unitarios o alzados, por lo que nada cabe objetar a que la empresa adjudicataria haya optado en su proposición económica por esta segunda posibilidad, pues el pliego no exige la consignación en la oferta de precios unitarios.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. P.P.S. en representación de la empresa VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., contra el acuerdo de 30 de octubre de 2014, por el que se adjudicó el contrato de *“Servicio de limpieza, conservación y mantenimiento de jardines y zonas rústicas de la Base Aérea de Torrejón”*.

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. 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 el artículo 47.5 del TRLCSP.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.