



Recurso nº 655/2013 C.A Castilla-La Mancha 124/2013

Resolución nº 503/2013

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

En Madrid, a 14 noviembre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. N.F.F., en nombre y representación de la sociedad ZARDOYA OTIS S.A. contra el acuerdo de la mesa de contratación de la Consejería de Hacienda de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de fecha 18 de septiembre de 2013, dictado en el expediente 15-02-13-SER-001 por el que se excluyó a la recurrente del contrato sobre el *“Acuerdo marco de homologación de los servicios de mantenimiento para los edificios de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus Organismos Autónomos”*, el Tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Hacienda de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha aprobó, mediante resolución de 7 de Mayo de 2013, el expediente de contratación del Acuerdo marco de homologación de los servicios de mantenimiento de los edificios de la citada Junta de Comunidades y de sus Organismos Autónomos, publicándose los anuncios correspondientes en los respectivos Boletines Oficiales de la Unión Europea, del Estado y de la Comunidad Autónoma.

A la citada convocatoria concurren 78 licitadores, siendo uno de ellos la actual recurrente, la sociedad ZARDOYA OTIS S.L.

Segundo. La mesa de contratación procedió al examen de la documentación presentada, advirtiendo que la oferta económica de la licitante ZARDOYA OTIS S.A. no sólo no se había presentado en el formato excel que se indicaba en la cláusula 15.3.1 del pliego de

condiciones contractuales y que se había puesto a disposición de todos los licitadores a través del perfil de contratante, sino que adolecía además de un defecto no subsanable consistente en que no se expresaba el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido correspondiente a cada precio unitario de forma separada, tal como se exige en el pliego y en el propio Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 145.5, y ni tan siquiera se aclaraba en la oferta si los precios ofertados comprendían o no el importe del IVA que, según el artículo 145.5 del TRLCSP, debe indicarse en todas las proposiciones económicas como “*partida independiente*”, acordando en consecuencia la exclusión de la licitadora al tratarse de un defecto sustancial no susceptible de subsanación.

Tercero. Contra esta resolución de exclusión, la entidad ZARDOYA OTIS S.A., tras anunciar la interposición del presente recurso especial en materia de contratación ante el órgano correspondiente, ha interpuesto el presente recurso ante este Tribunal basándose fundamentalmente en que, si bien es cierto que su proposición económica no se ajustó estrictamente al modelo proporcionado e incluso que no se hizo constar expresamente como partida separada el importe del IVA correspondiente a cada uno de los precios ofertados, ello sólo puede suponer sin embargo un mero defecto formal que no puede determinar la invalidez de la oferta, pues, además de que ello implicaría una infracción de lo dispuesto en los pliegos y en la normativa legal en materia contractual, el error formal cometido no impidió en ningún caso el perfecto conocimiento por parte de la Mesa del importe real ofertado por la recurrente.

Cuarto. Por su parte, el órgano de contratación ha remitido su preceptivo informe en el que se rechazan las argumentaciones de la recurrente haciendo constar que, aunque el hecho de no haber presentado la oferta económica en los modelos indicados en los pliegos, que son, por otra parte, de obligado cumplimiento para todos los licitadores, tal como dispone el artículo 145.1 del TRLCSP, podría quizá no ser suficiente por sí sólo para la exclusión de la oferta por tratarse de un defecto meramente formal; en cambio la circunstancia de no haber consignado de forma separada, tal como exigen los pliegos y el artículo 145.5 del TRLCSP, el importe del IVA y ni tan siquiera haber expresado en la oferta si los precios ofertados incluían o no el IVA, impide por completo su admisión al resultar imposible conocer de forma indubitada el precio real ofertado, sin que en tal caso

pueda admitirse la subsanación del defecto indicado, pues la subsanación sólo esta prevista para los defectos señalados en el artículo 82 del Reglamento de Contratación mientras que el artículo 84 ordena en cambio la inadmisión de todas aquellas proposiciones que incurran en alguno de los defectos señalados por dicho precepto. Por todo lo cual entiende el órgano de contratación que no puede admitirse ni la subsanación de este defecto sustancial por la licitadora ni la interpretación por la Mesa de que la oferta presentada incluye el IVA, pues en tal caso *“la Mesa estaría, sin duda alguna, completando y subsanando una oferta defectuosa”*.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, en fecha 29 de octubre de 2013, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

Sexto. Al amparo de lo previsto en el artículo 46.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), el órgano de contratación procedió a la remisión del expediente, acompañado del correspondiente informe en los términos y con el contenido antes indicados, informe mediante el que se opone a la estimación de recurso interpuesto por las razones antedichas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud del Convenio entre el Ministerio de Economía y Hacienda y la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha publicado mediante Resolución de 22 de octubre de 2012 que atribuyó a este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 41.3, párrafo 4 del TRLCSP, el conocimiento de cuantos recursos especiales en materia de contratación se interpongan contra actos de la citada Junta de Comunidades y de sus Entidades Locales, en relación con los actos enumerados en el artículo 40.1.a) de dicha Ley.

Segundo. La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada Ley, a cuyo tenor: *“Podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

En efecto, la entidad recurrente ostenta un claro interés legítimo en la medida en que es una de las entidades que han concurrido al procedimiento para la adjudicación del contrato objeto de licitación, habiendo resultado excluida del mismo en virtud del acuerdo recurrido.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles a partir del siguiente al de la notificación del acto impugnado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto. El contrato objeto del recurso es un contrato de servicios comprendido en la categoría 1 (Servicios de mantenimiento y reparación) del Anexo II del referido TRLCSP con un valor estimado superior a 200.000 euros, por lo que el acuerdo de exclusión de dicho contrato es susceptible del recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1.a) del mismo texto legal en lo referente a la naturaleza del contrato, y en el artículo 40.2.b) en cuanto a la naturaleza del acto recurrible al tratarse de un acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, teniendo este carácter *“los actos de la mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de los candidatos”*.

Quinto. En cuanto al fondo de la cuestión planteada en el recurso, ésta se reduce esencialmente a resolver si la omisión por parte de la licitadora en su oferta económica del importe del IVA correspondiente a los precios ofertados e incluso la falta de especificación de si dichos precios incluían o no el IVA, debe considerarse como un defecto sustancial de la oferta de imposible subsanación por impedir que el órgano de contratación pueda conocer de forma indubitada el precio real ofertado o si, por el contrario, debe entenderse que se trata de un simple defecto formal que no impide el conocimiento del precio real al suponerse que todos los precios de los contratos deben entenderse en principio sin IVA cuando no se diga expresamente otra cosa.

Sexto. Para enfocar adecuadamente la cuestión planteada debe partirse de que tanto el TRLCSP como los pliegos del contrato establecen claramente la necesidad de que se haga constar en las ofertas económicas, de forma separada, el importe del IVA correspondiente a cada uno de los precios. En efecto, la cláusula 15.3.1 del pliego, además de exigir que la proposición económica se presente en el modelo que se indica en el mismo, establece que *“Los precios se indicarán en euros y en los mismos se entenderán incluidos todos los gastos ordinarios precisos para la prestación del servicio de acuerdo con lo previsto en el apartado 10 del Pliego de Prescripciones Técnicas. Asimismo, comprenderán los impuestos, tasas y gravámenes de todo tipo, excepto el IVA: **El importe del impuesto sobre el valor añadido deberá ser consignado como partida independiente**”*. Por su parte, el artículo 145 del TRLCSP, además de imponer también en su apartado primero la obligación de presentar las proposiciones ajustándose a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, establece en su apartado 5, que *“**En la proposición deberá indicarse, como independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido**”*. No puede haber duda alguna por tanto, a la luz de los preceptos y cláusulas transcritos, de que el licitador estaba obligado a presentar su proposición en la forma y con arreglo al modelo indicado en los pliegos y, sobre todo, que debía indicar de forma separada e independiente del precio el importe del IVA aplicable al mismo. Tampoco hay ninguna duda, puesto que se trata de un hecho evidente y reconocido por el propio licitador, de que éste incumplió las obligaciones antedichas pues ni presentó la proposición en el modelo preceptivo ni incluyó el IVA como partida separada y ni tan siquiera advirtió en su oferta si el precio ofertado incluía o no el IVA.

Séptimo. Ahora bien, así como la falta de presentación de la oferta en el modelo establecido, tanto en su formato electrónico como en papel, no podría estimarse por sí sola como determinante de su invalidez, admitiendo el propio órgano de contratación en su informe que *“la utilización de un modelo distinto al establecido para la presentación de las ofertas no sería en sí mismo motivo de rechazo si la licitadora hubiera recogido los importes del IVA o, al menos, expresado si sus precios lo incluyen o no, de forma que la Mesa, con una simple operación aritmética, hubiera podido conocer los precios en sus justos términos”*, en cambio la omisión de este dato fundamental constituye, a juicio del órgano de contratación, *“una omisión no subsanable por afectar al contenido sustancial*

de la oferta, ya que de haber permitido al licitador, después de abiertas y conocidas todas las ofertas económicas, decidir si el importe correspondiente al IVA se hallaba o no incluido en sus precios, se le estaría concediendo a ZARDOYA la oportunidad de alterar su oferta inicial, lo cual atenta contra el principio de igualdad y no discriminación e incumple la obligación legal de mantener la confidencialidad de las ofertas”.

Octavo. Frente a esta argumentación se alega por la recurrente la clara distinción existente, tanto en la normativa contractual como en los propios pliegos del contrato, entre el precio del contrato y los impuestos que gravan el mismo, en especial, el IVA. Así, el artículo 87.2 del TRLCSP, al regular el precio de los contratos, indica las diversas fórmulas posibles para su fijación, *”bien en términos de precios unitarios..... o a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato”*, aclarando que, *“En todo caso, se indicará como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración”*, añadiendo el artículo 88.1 al regular el cálculo del valor estimado de los contratos que *“A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido”*, lo que demostraría supuestamente, a juicio de la recurrente, que siempre que en materia contractual se hable de precios del contrato, debe entenderse que se trata de los precios en si mismos, con inclusión de las diversas tasas y tributos pero con exclusión del IVA, para el que se exige siempre que se haga constar de forma separada precisamente porque no forma parte del precio. Se invoca también en este sentido la cláusula 15.3.1 del pliego de condiciones del contrato, la que en su párrafo tercero dispone que *“los precios se indicarán en euros y en los mismos se entenderán incluidos todos los gastos ordinarios previstos para la prestación del servicio de acuerdo con lo previsto en el apartado 10 del Pliego de Prescripciones Técnicas. Asimismo comprenderán los impuestos, tasas y gravámenes de todo tipo, excepto el IVA. El importe del Impuesto sobre el Valor Añadido deberá ser consignado como partida independiente”*. Como consecuencia de todo lo anterior, entiende la recurrente que al haberse declarado en la proposición los precios ofertados, la mesa debió entender que se trataba de los precios sin IVA, admitiendo por tanto la oferta presentada.

Noveno. Es doctrina constantemente reiterada por este Tribunal así como por la jurisprudencia existente y por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que la

posibilidad de subsanación de defectos u omisiones prevista por el artículo 81.2 del Reglamento de Contratación se refiere exclusivamente a la documentación del artículo 146.1 del TRLCSP, es decir, a la documentación administrativa o acreditativa del cumplimiento de los requisitos de personalidad y solvencia de los licitadores y ello además con un alcance limitado a la acreditación de la existencia de tales requisitos en el momento de finalización de los plazos de presentación de las solicitudes y no al cumplimiento posterior de tales requisitos. Como se indicó en la Resolución 147/2013 de este Tribunal, en relación con esta facultad de subsanación *“Se trata, por tanto, de una potestad otorgada al órgano de contratación para requerir la subsanación de los errores u omisiones que se aprecien en dicha documentación, pero no en la que se contenga en los sobres relativos a las ofertas técnica o económica propiamente dichas. Pero aún en el supuesto de que se entendiera que el precepto mencionado puede aplicarse por analogía también a la documentación relativa a la oferta..., no debe perderse de vista que ésta exige, en todo caso, que tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material, pues, de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas”*.

Esta misma posición es también la mantenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual, en su sentencia de 29 de marzo de 2012, declaró que permitir que el poder adjudicador pida aclaraciones respecto de una oferta imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas *“entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta de dicho candidato, de que el poder adjudicador había negociado confidencialmente la oferta en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato”*, y si bien el Tribunal no se opuso a que, *“excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual para una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos”*, ello requeriría siempre que *“esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta”*, puesto que a fin de cuentas *“la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos”*.

Décimo. La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto analizado nos lleva a la conclusión de que, ante el incumplimiento de su deber de diligencia por el licitador en la formulación de su oferta económica, imprecisa y no ajustada a las especificaciones técnicas, el órgano de contratación no tenía obligación ni tampoco potestad alguna para permitir su subsanación posterior salvo que se tratara, como dijo el Tribunal Europeo en la sentencia citada, de *“una mera aclaración o subsanación de error manifiesto”*. En el caso que nos ocupa la omisión del IVA en la oferta económica y el hecho de que ni tan siquiera se hubiera manifestado por el licitador en dicha oferta si el precio ofertado incluía o no el IVA, lo que hubiera permitido a la mesa calcular su importe mediante una simple operación aritmética, no se puede considerar como un simple error material susceptible de ser subsanado con una simple aclaración posterior, puesto que afecta al elemento más fundamental y determinante de la oferta económica como es el precio del contrato y no a pequeños y *manifiestos* errores materiales que se puedan detectar con facilidad. Circunstancia ésta que impidió de hecho a la mesa conocer con certeza y *“de forma indubitada”* el precio real ofertado pues, aunque es cierto que tanto la normativa legal como el pliego distingue entre el precio estimado del contrato y el IVA, exigiendo precisamente por ello su formulación separada e independiente, y que, en razón de ello, podría haberse entendido que la falta de cualquier referencia al IVA en la oferta económica significaba que el precio ofertado era neto sin IVA, esta interpretación no era evidente en sí misma ni obligada para la mesa de contratación, a la que no se puede imponer la obligación de tener que subsanar los errores u omisiones sustanciales imputables únicamente a la falta de diligencia del licitador mediante interpretaciones dudosas que pueden perjudicar a otros licitadores que sí cumplieron rigurosamente las exigencias formales y sustanciales establecidas para la presentación de sus ofertas, con lo que, como se declaró en la Resolución 147/2013, *“de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proporciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas”*.

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 la entidad ZARDOYA OTIS S.A. contra el acuerdo dictado por la Mesa de Contratación de la Consejería de Hacienda de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha el 18 de Septiembre de 2013 por el que se excluyó a la citada entidad del procedimiento de contratación denominado *“Acuerdo marco de homologación de los servicios de mantenimiento para los edificios de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha y sus organismos autónomos”*.

Segundo. Declarar que no concurre por parte de la entidad recurrente mala fe o temeridad en la interposición del recurso a los efectos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.