

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

En Madrid, a 6 de marzo de 2015.

VISTA la reclamación presentada por don I.B.L. y don M.T.V., en nombre y representación de Delion Communications, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación, de fecha 2 de febrero de 2015, por el que no se toman en consideración las proposiciones económicas en el procedimiento para contratar el servicio de impresión, ensobrado y acabado de documentos, de la entidad Canal de Isabel II Gestión, S.A. (Contrato 152/2014), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 8 de noviembre de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio para la contratación de los servicios de impresión, ensobrado y acabado de documentos de la entidad Canal de Isabel II Gestión, a adjudicar mediante procedimiento abierto y criterio único el precio más bajo, por el sistema de precios unitarios. El valor estimado del contrato asciende a 3.250.000 euros. Asimismo la convocatoria se anunció en el Boletín Oficial del Estado, el 4 de diciembre y en el de la Comunidad de Madrid, el 1 de diciembre de 2014.

El modelo de oferta económica recogido en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) consiste en un cuadro comprensivo de los productos y actuaciones objeto del contrato indicando el número máximo de unidades, respecto de los que se deberá ofertar el precio unitario y el precio total de la línea, con un alcance mínimo del importe total propuesto, IVA excluido, situado en el 50% de acuerdo con lo establecido en la cláusula 3.2 del indicado pliego.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron, según certificado del subdirector de contratación, cuatro empresas entre ellas la recurrente. Una vez examinada la documentación administrativa, tal y como consta en el Acta de la Mesa de contratación correspondiente al acto de apertura de ofertas, del 27 de enero de 2015, dos de las empresas no acreditan los requisitos de solvencia exigidos en el pliego por lo que sus ofertas no se toman en consideración.

En dicho Acta se hace constar el importe de las ofertas de las licitadoras, IVA excluido, proponiéndose la adjudicación a la recurrente por importe de 2.068.337 euros, IVA excluido.

Con posterioridad a la apertura de ofertas, tal y como se hace constar en Acta de la Mesa de contratación de 2 de febrero de 2015, se explica que las dos únicas ofertas admitidas no hacen constar si los importes ofertados incluyen o no el IVA, circunstancia que se afirma, no es imputable a las mismas, sino a un defecto de redacción del PCAP, que no es subsanable porque afecta al precio mismo del contrato, considerando además, que la interpretación de que la falta de referencia al IVA implica que la oferta es neta, esto es, sin IVA, no es evidente por sí misma, no pudiendo conocerse con certeza y de forma indubitada por el órgano de contratación. Como consecuencia de lo anterior se acuerda que las ofertas no sean tomadas en consideración. El Acuerdo de la Mesa se comunica a los licitadores el día 3 de febrero de 2015.

Tercero.- Previo el anuncio a que se refiere el artículo 104 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), la empresa Delion Communications, S.L., presenta reclamación ante este Tribunal el día 19 de febrero de 2015, que el mismo día lo remitió a Canal de Isabel II Gestión.

La recurrente solicita que se anule el Acuerdo de 2 de febrero de 2015 y en consecuencia se retrotraiga el procedimiento para proceder a adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa. Aduce para ello que su proposición económica cumple literalmente con lo exigido en el modelo de propuesta económica del PCAP, y que en el acto del día 27 de enero de apertura de ofertas el ente contratante facilitó una comunicación preparada para la sesión de apertura en la que se recoge expresamente que el importe del contrato es IVA excluido, sin que se hiciera constar ningún error. A ello añade que la medida tomada por el órgano de contratación es totalmente desproporcionada, vulnerando el principio de proporcionalidad del artículo 19 de la LCSE. Asimismo manifiesta que debe entenderse que la oferta se realizó excluido el IVA no solo por el contenido de la comunicación más arriba indicado, sino teniendo en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal Central de Recursos Contractuales sobre el tratamiento que debe darse a las ofertas en las que no se sabe si se realizan IVA incluido o no. Además considera que la oscuridad en el pliego no puede favorecer a quien la ha propiciado, que en este caso es Canal de Isabel II Gestión S.A., y que en todo caso el órgano de contratación puede pedir aclaraciones, citando para ello abundante jurisprudencia, a lo que coadyuva la flexibilidad en la regulación del desarrollo del procedimiento de valoración de ofertas contemplado en la LCSE.

Por último considera que la normativa citada como fundamento del acto impugnado no es aplicable, en los términos que expone y que el indicado acto supone la vulneración del principio de selección de la oferta económica más ventajosa.

Canal de Isabel II Gestión, S.A. en el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 105 de la LCSE señala que *“El órgano de contratación no puede entender, como pretende el reclamante, que la oferta presentada no incluye el IVA, ya que dicha interpretación no es evidente por sí misma y dicho hecho no puede conocerse con certeza y “de forma indubitada” por el órgano de contratación. La falta siquiera de una mención a si el importe ofertado incluía o no el IVA no constituye un error formal de escasa entidad sino que afecta al precio mismo del contrato, que es el elemento más fundamental y determinante de la oferta”* y que *“no cabe realizar con posterioridad subsanaciones que necesiten de manifestaciones de los licitadores que pueden realizarse tanto en un sentido como en otro, debido al silencio de las ofertas respecto de la inclusión o no del IVA en el precio”*, llamando la atención sobre el hecho de que ambas licitadoras podrían haber sostenido: que sus ofertas incluían el IVA, que sus ofertas no incluían el IVA, que una incluía el IVA y otra no.

Asimismo da respuesta a cada una de las afirmaciones de la recurrente.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia al resto de interesados en el procedimiento, no se ha presentado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La licitación convocada para la contratación, por procedimiento abierto, del servicio de ensobrado, impresión y acabado de documentos, se rige por la LCSE, pues la actividad de la entidad contratante se encuentra comprendida en el artículo 7 de la LCSE. Los servicios objeto del contrato se contemplan en la categoría 15 de su Anexo II A y el valor estimado del contrato supera el importe de 414.000 euros, previsto en el artículo 16 de la misma, para los contratos de servicios y suministros, por lo que se encuentra dentro del umbral establecido para la aplicación de la citada Ley.

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver las Reclamaciones formuladas en los contratos sometidos a la LCSE .

Segundo.- El acto recurrido, esto es la declaración de no considerar las ofertas, es un acto susceptible de recurso, De acuerdo con el artículo 40 del TRLCSPP. “2. *Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:*

“a)(...).

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.”

En este caso el acto dictado, constituye un acto de trámite que impide la continuación del procedimiento y además necesariamente debe implicar la declaración de desierto del procedimiento de licitación al no haber ofertas admisibles a juicio de la Mesa de contratación. Efectivamente tal y como establece el artículo 151.3 TRLSP “*No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego*”. En relación con el anterior el artículo 22 g) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP al regular las funciones de la Mesa de contratación previene que “*En aquellos casos en que, de conformidad con los criterios que figuren en el pliego, no resultase admisible ninguna de las ofertas*

presentadas propondrá que se declare desierta la licitación”. Por lo tanto la declaración de desierto se configura como el trasunto de la adjudicación en el caso de que no exista ninguna oferta admisible.

Tercero.- La reclamante está legitimada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE *“Podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”.*

Se acredita asimismo la representación con que actúan los firmantes de la reclamación.

Cuarto.- El artículo 104.2 de la LCSE, establece que el plazo para la interposición de la reclamación será de 15 días hábiles desde que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia.

La reclamación se interpone ante este Tribunal el 19 de febrero y se dirige contra el Acuerdo de la Mesa de no considerar las ofertas de las licitadoras adoptado el 2 de febrero y notificado el día 3, por lo que la reclamación está dentro de plazo.

Quinto.- Por la reclamante se ha presentado ante la entidad contratante el anuncio previo de su propósito de interponer la reclamación en los términos previstos en el artículo 104.1 de la LCSE.

Sexto.- Entrando a considerar el fondo de la reclamación, el mismo se contrae a dilucidar si el Acuerdo de la Mesa de 2 de febrero de 2015 es ajustado a derecho, siendo en tal caso procedente no considerar las ofertas de las licitadoras o por el contrario si dichas ofertas pueden ser tenidas en cuenta y por lo tanto procede retrotraer el procedimiento para adjudicar el contrato a la oferta económica más

ventajosa como solicita la recurrente.

Debemos partir de la consideración de que el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, no forma parte del precio, no pudiendo lógicamente ser objeto de oferta, ni por tanto de valoración, como ya señalaba entre otros el Informe de la Junta Consultiva de Contratación 7/2008, de 29 de septiembre, al señalar 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”*. Esta conclusión responde a la naturaleza del impuesto que no retribuye la ejecución de la prestación objeto del contrato, característica determinante de su consideración como precio o no. De ahí que en la generalidad de los casos y así suele constar en los modelos de pliegos aprobados por las distintas Juntas Consultivas, se indique que la oferta se realizará IVA excluido, que deberá consignarse como partida independiente, respondiendo los modelos de oferta económica a este planteamiento.

Sentado que la inclusión del IVA en la oferta es irrelevante con carácter general, puesto que no es susceptible de valoración, cabe señalar por otro lado, que como es sabido, los pliegos de cláusulas administrativas particulares conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. Así debe acudir en primer lugar a los pliegos como parámetro para interpretar si la oferta debía entenderse realizada con o sin IVA, que como no puede ser de otro modo, deben ajustarse a lo establecido en la ley.

Señala la recurrente respecto de la interpretación de los pliegos que la oscuridad en los mismos no puede afectar a quien la ha propiciado, que en este caso es Canal de Isabel II Gestión.

Como ha señalado este Tribunal (Vid. Resolución nº 110/2013) sobre la interpretación de los Pliegos, la Sentencia de Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 2009, que recoge el criterio de anteriores sentencias como la de 15 de febrero de 2000, de la Sala Tercera (RJ 2000, 2645), en el recurso de casación 1073/94, sobre dudas en la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos, establece *“que ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado”*. Si bien dicho principio es aplicable al ámbito de la contratación pública, no es menos cierto que en este caso no hay partes con intereses contrapuestos como ocurre en las relaciones sinalagmáticas propias de la contratación, sino un proceso de concurrencia competitiva donde si hay intereses enfrentados son los de los licitadores, pero no entre los licitadores y el órgano de contratación, cuyo único interés debe ser el de la adjudicación a la oferta económica más ventajosa.

Desde estas premisas se aprecia que en el modelo cumplimentado por las licitadoras y facilitado por el órgano de contratación no constaba específicamente la mención al contenido del IVA en la oferta, pero en el texto PCAP se hacen dos referencias al impuesto. Así en la cláusula relativa al contenido de los sobres y en concreto al sobre 3 de la proposición económica se indica *“en la proposición deberá indicarse como partida independiente el importe del impuesto sobre el valor añadido que debe ser repercutido”*.

Por su parte el punto 3.2 del Anexo I del PCAP señala que *“Canal de Isabel II Gestión se obliga con el adjudicatario a solicitar las prestaciones objeto del contrato por un importe equivalente al 50% del importe total propuesto IVA excluido, por el adjudicatario al escenario hipotético de valoración de ofertas referido en el Anexo II al presente pliego”*.

De la primera mención podría desprenderse, que aunque en el modelo no

hubiera una columna específica para indicar el importe del IVA, el mismo debería ser señalado en forma independiente, luego la falta de consignación de tal importe independiente podría ser constitutiva de un incumplimiento en la forma de presentación de la oferta, pero podría llevar a entender que el precio ofertado no incluye el IVA.

Por otro lado el artículo 87 del TRLCSP, traído a colación a efectos interpretativos al no incluirse en la LCSE un precepto relativo al precio, aunque sí al valor estimado de los contratos, establece que el importe del IVA debe indicarse como partida independiente al establecer que *“2. El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración”*. Asimismo la DA1ª de la LCSE establece que *“en las cantidades establecidas en la presente ley, no se considerará incluido el importe correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido (...)”*.

En el mismo sentido en el artículo 145.5 del TRLCSP se establece que *“En la proposición deberá indicarse, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido.”*

A todos estos elementos hay que sumar la circunstancia de que, en el acto de apertura de las ofertas se facilitaron comunicaciones en las que se hacía constar que las ofertas realizadas eran IVA excluido, sin que ninguna de las licitadoras manifestara su disconformidad ante dicha circunstancia, que no es de entidad menor puesto que implicaría incrementar o disminuir sustantivamente el importe de las ofertas.

Todos estos elementos si bien por sí solos no permitirían tener por incluido o excluido el IVA del precio ofertado si no se especifica nada al respecto, constituyen a juicio de este Tribunal, piezas que permiten tener por cierto que las ofertas se realizaron IVA excluido tal y como afirma la recurrente lo que es congruente con el contenido tanto de los pliegos como de la Ley.

Cabe reforzar esta presunción si se tiene en cuenta la importancia relativa de la incidencia del impuesto sobre la bajada efectuada por las licitadoras, específicamente la recurrente. Así considerando como decimos que su oferta es neta, esto es IVA excluido, la baja real supone un 36% respecto del presupuesto de licitación, lo que supone un porcentaje de baja asumible y normal en el ámbito de la contratación de servicios públicos, mientras que en el caso de considerar que la oferta incluía el IVA dicha baja se eleva hasta el 57%, que supone realizar el contrato por menos del 50% del valor estimado, lo que si bien no puede tacharse de imposible, resulta cuando menos llamativo para este tipo de contratos.

No cabe desconocer como plantea el Órgano de contratación, que el artículo 88 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), contiene una presunción legal cuando establece *“En las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas al impuesto cuyos destinatarios fuesen entes públicos se entenderá siempre que los sujetos pasivos del impuesto, al formular sus propuestas económicas, aunque sean verbales, han incluido dentro de las mismas el Impuesto sobre el Valor Añadido que, no obstante, deberá ser repercutido como partida independiente, cuando así proceda, en los documentos que se presenten para el cobro, sin que el importe global contratado experimente incremento como consecuencia de la consignación del tributo repercutido.”* Pero no lo es menos que se trata de una presunción a la que no es preciso acudir en este caso y de hecho en la práctica el sistema es el contrario: las ofertas se realizan IVA excluido, y los precios se consideran IVA excluido, sin perjuicio de las obligaciones tributarias de los sujetos pasivos.

Cabe concluir que de la redacción de los pliegos interpretada en su conjunto, así como de la actitud de las licitadoras aceptando tácitamente la interpretación de que las ofertas se realizaban IVA excluido, y del importe de las bajas, resulta que la oferta de la recurrente era neta, sin que sea preciso acudir a la presunción contenida en la LIVA en tal sentido, al existir suficientes elementos de juicio para tal conclusión.

Sentado lo anterior, no procede pedir aclaración alguna de las ofertas, como solicita la recurrente, pero a mayor abundamiento debe señalarse que las ofertas no podrían ser objeto de aclaración o de subsanación por parte de las licitadoras en este momento, puesto que al no tener ningún elemento externo que permita avalar la veracidad de lo que se aclara, cualquier aclaración a la postre podría suponer una modificación de la oferta a la vista de la de otras licitadoras. Es cierto que hubiera sido aconsejable por una elemental prudencia y en virtud del principio de proporcionalidad invocado por la recurrente que se hubiera procedido a solicitar aclaraciones de las ofertas presentadas en el sentido de si incluían o no el IVA, pero no lo es menos que ello no puede verificarse en este momento procedimental, ni una vez abiertas y leídas en acto público, y además como decimos puede considerarse que la no oposición a la consideración de la oferta sin IVA implica una suerte de ratificación de la oferta en tal sentido.

Por último los principios de concurrencia y de proporcionalidad, traídos a colación por la recurrente otorgan una base sólida a juicio de este Tribunal que avala la interpretación de la oferta de la recurrente, a la luz tanto de los pliegos, como la legislación en materia de contratación de pública, y que resulta perfectamente respetuosa con los principios igualdad de trato y transparencia consagrados en el artículo 19 LCSE.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 4.3 del

TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Estimar la reclamación presentada por don I.B.L. y don M.T.V., en nombre y representación de Delion Communications, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación, de fecha 2 de febrero de 2015, por el que no se toman en consideración las proposiciones económicas en el procedimiento para contratar el servicio de impresión, ensobrado y acabado de documentos de la entidad Canal de Isabel II Gestión (Contrato 152/2014).

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE .

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.