



Recurso nº246/2013 Comunidad Valenciana 011/2013

Resolución nº 216/2013

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

En Madrid, a 12 de junio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.J.D.O.G. en representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Muro de l'Alcoi (Alicante) por el que se clasifican las ofertas admitidas a la licitación convocada para adjudicar el contrato de gestión de servicios públicos para la "Recogida y transporte de residuos urbanos", el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante y en el Perfil de Contratante el día 28 de marzo de 2013, el Ayuntamiento de Muro de l'Alcoi convocó licitación por procedimiento abierto para la adjudicación del contrato mencionado, con un precio estimado para los diez años de duración de 3.681.910,60 €.

Segundo. El procedimiento de licitación se tramitó de conformidad con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP), habiéndose acordado por el Pleno con fecha 6 de mayo, como resultado de ello la clasificación de las ofertas por el siguiente orden: 1ª) La presentada por SECOPSA MEDIOAMBIENTE, S.L.U., 92,04 puntos; 2ª) La presentada por la recurrente que mereció una puntuación de 65,14 puntos.

Tercero. La empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. ha presentado contra dicho acto el presente recurso especial, que tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el día 20 de mayo de 2013, por el que solicita la declaración de nulidad del acto impugnado y la adjudicación a favor de ella y, subsidiariamente, la anulación del procedimiento de licitación por incumplimiento de las normas que lo rigen.



Cuarto. El recurso, junto con el expediente de contratación y el informe preceptivo del órgano de contratación, fue remitido a este Tribunal con fecha 22 de mayo y recibido en él el siguiente día.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores el 28 de mayo del presente año, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiéndolo hecho con fecha 31 del mismo mes SECOPSA MEDIOAMBIENTE, S.L.U. mediante escrito en que, tras los razonamientos que estima convenientes a su derecho, solicita la desestimación del recurso.

Sexto. Con fecha 23 de mayo de 2013, este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por aplicación del Convenio de Colaboración de la Generalitat de Valencia con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas suscrito el 22 de Marzo de 2013 y en virtud del cual se atribuye al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales la competencia para la resolución de los recursos, solicitudes de adopción de medidas provisionales y cuestiones de nulidad de los actos del procedimiento de adjudicación y contratos a que se refieren los arts. 40,1, 43 y 37 del Texto Refundido RDL 3/2011 interpuestos contra actos y contratos de la Comunidad Autónoma de Valencia y Entidades Locales de su ámbito territorial.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del citado Texto Refundido, al tratarse de una empresa que ha participado en el proceso de concurrencia, por lo que sus derechos e intereses legítimos se encuentran afectados por el acto recurrido.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.b) del citado texto legal, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha en que se tuvo conocimiento del acto impugnado y la de presentación del recurso.



Cuarto. El análisis de los requisitos de admisión debe llevarnos, asimismo, a la conclusión de que ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 en relación con el 40.2 b) del tantas veces referido texto legal.

Quinto. La mercantil recurrente funda su recurso en que la oferta presentada por la adjudicataria no se ajusta al modelo previsto en el pliego de cláusulas alterando sustancialmente el mismo en lo relativo al precio, toda vez que declara excluido del importe de las amortizaciones el Impuesto sobre el Valor Añadido y, por el contrario, no menciona su exclusión en relación con el importe de los costes de prestación del servicio. Asimismo, entiende que la mesa de contratación infringió de forma patente el principio de no discriminación al solicitar aclaración a SECOPSA MEDIOAMBIENTE, S.L.U. sobre el contenido de la oferta presentada, permitiendo, de hecho, la modificación de la misma una vez cerrado el plazo de presentación, dando, con ello, lugar a que realmente presentara dos ofertas. Cita en apoyo de su tesis diversas resoluciones de este Tribunal.

Por su parte, el órgano de contratación entiende que la solicitud de aclaraciones cuando la oferta presentada por alguno de los licitadores plantee dudas acerca de un posible error cometido está avalada por la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión, apartado 56) a tenor de la cual, cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias o cuando se trate de corregir errores materiales de redacción, resultaría contraria al principio de buena administración su desestimación sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones, cuando la ambigüedad detectada en la formulación de una oferta pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente.

En base a ello, y tomando como fundamento el contenido de nuestra resolución 64/2012, de 7 de marzo, indica que cuando el órgano de contratación se enfrenta a una oferta ambigua, una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica en vez de optar por su desestimación pura y simple.

Asimismo que no puede aceptarse la conclusión de la recurrente de que la oferta presentada por la adjudicataria altere sustancialmente el modelo de oferta establecido en el pliego y añade que, en cualquier caso, incluso aunque se entendiera, como pretende la



recurrente, que se considere que en la oferta seleccionada debe sumarse el importe del IVA al importe de las amortizaciones, ésta obtendría mejor puntuación que la suya y, en consecuencia, obtendría la adjudicación.

Concluye solicitando que se aprecie la mala fe de la recurrente así como el perjuicio que causa a la Corporación Municipal y, consiguientemente con ello, se le imponga una multa de quince mil euros, a tenor de lo dispuesto en el artículo 47.5 del TRLCSP y se le condene al pago de la indemnización que proceda por el retraso en la adjudicación con fundamento en el artículo 1902 del Código Civil.

Finalmente, SECOPSA MEDIOAMBIENTE, S.L.U. en su escrito de alegaciones niega que se pueda hablar de alteraciones sustanciales en la oferta por ella presentada, entendiéndose que se trata de un mero error de transcripción subsanable de conformidad con el principio de eficacia.

Sexto. Pues bien, centrados los términos del debate, corresponde ahora dar debida solución al mismo.

En primer lugar, la cuestión a resolver es la relativa a si la oferta presentada por SECOPSA MEDIOAMBIENTE, S.L.U. adolece de los vicios invalidantes a que se refiere la recurrente o no. En efecto, esta última entiende que la citada oferta entra de lleno en el supuesto de exclusión previsto en el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto que éste dispone: *“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”*.

Para valorar esta alegación, debemos primeramente referirnos al contenido de la cláusula 8.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en la que se establece: *“La proposición económica de los licitadores se presentará de conformidad con el Anexo 111 del presente Pliego, indicándose el precio total anual que se oferta al Ayuntamiento, el cual quedará desglosado indicando la parte correspondiente a la Amortización y a los Costes (excluido el IVA). A los efectos de presentación y valoración de la oferta económica, el*



PRECIO DE LICITACIÓN tendrá los siguientes importes MÁXIMOS: AMORTIZACIÓN: 134.271'46 euros anuales. -COSTES: 194.933'00 euros anuales SIN IVA. Cada una de estas cantidades podrá ser mejorada a la baja por los licitadores, indicando en sus ofertas como partida independiente el Impuesto sobre el Valor Añadido”.

De la redacción de esta cláusula cabe deducir que la exclusión del IVA se menciona dos veces, la primera de ellas, en el primer párrafo y tal como aparece redactada podría entenderse que va dirigida tanto al importe de las amortizaciones como al de los costes de la gestión y, la segunda, en el párrafo siguiente relacionándola tan solo con el último de los dos conceptos mencionados. A ello debe añadirse una última referencia al mismo concepto tributario en el párrafo final para indicar que debe hacerse figurar como partida independiente.

Así las cosas, y sin necesidad de mayores consideraciones, resulta claro que la cláusula permite entender que la exclusión del IVA puede referirse a cualquiera de los dos conceptos y no exclusivamente al segundo, por lo que, cuando menos, es necesario reconocer que la defectuosa redacción de la misma podía inducir a error.

Buena prueba de ello es que la propia recurrente solicitó aclaración sobre la cuestión mediante escrito de fecha 5 de mayo del presente año. Es precisamente la aclaración formulada por el Ayuntamiento y publicada en el perfil de contratante lo que sirve de base a la recurrente para entender que la adjudicataria ha presentado una oferta que no se ajusta a lo previsto en los pliegos, siendo así que, como acabamos de ver, la referencia de los pliegos a la forma en que debe expresarse el precio resulta, cuando menos, confusa en su redacción. Por tanto, resulta difícil entender que la oferta de la adjudicataria altera sustancialmente el contenido que el pliego le asigna, habida cuenta de que el propio pliego no resulta nada claro en este respecto.

Así las cosas, entiende el Tribunal que la petición de aclaración formulada por el órgano de contratación a través de la mesa de contratación se encontraba suficientemente justificada. Por ello, debemos reconocer que la cita que el Ayuntamiento hace de la Sentencia del Tribunal de Justicia del caso Antwerpse Bouwwerken, así como la referencia a nuestra resolución 64/2012 son acertadas, puesto que nos encontramos exactamente ante un supuesto en que resulta justificada la solicitud de aclaración.



Séptimo. Los argumentos expuestos son suficientes para justificar la desestimación del recurso. No obstante, la adecuada fundamentación de esta resolución nos exige un análisis más profundo de la cuestión planteada. En tal sentido, debemos indicar que una adecuada interpretación de los dos conceptos que integran el precio a satisfacer anualmente por la Administración contratante como contrapartida de la gestión del servicio debe llevarnos a la solución definitiva del problema.

Tales conceptos son el importe de las amortizaciones del equipo utilizado para la gestión del servicio, de una parte, y de otra, el coste de prestación del mismo. Pues bien, el primero de los conceptos representa una parte proporcional a la duración inicial de la concesión del coste de las inversiones efectuadas para prestar el servicio. Ese coste está compuesto, no sólo por el precio de adquisición de los bienes de equipo, sino también por los impuestos indirectos que recaigan sobre ellos. Sin embargo, en función de los bienes de que se trate, de su procedencia y de si son de primera o ulterior adquisición, los bienes pueden estar gravados con distintos tributos, tales como IVA, tributos aduaneros o análogos o Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, sin entrar en el análisis de otros tributos, como el de Actos Jurídicos Documentados que, igualmente, puedan gravar la realización de las inversiones. Pues bien, en función de cuál de ellos grave cada una de éstas el tipo impositivo será diferente, incluso en el caso de que se trate de un mismo gravamen, pues no debe olvidarse que el tipo de gravamen del IVA puede variar según el acto gravado.

Todo ello pone de manifiesto que cuando el órgano de contratación en su aclaración a la consulta formulada por la recurrente habla de que las amortizaciones deben cuantificarse en la oferta con inclusión de los impuestos, no se está refiriendo a uno sólo. Por otra parte, en aquellos casos en que el IVA, como impuesto indirecto por excelencia, debe ser soportado como adquirente final por el licitador (lo que ocurrirá con carácter general con relación a los bienes de equipo), su importe debe entenderse incluido en el precio de adquisición al contabilizar la inversión, toda vez que el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, expresamente permite que los impuestos indirectos que gravan los elementos del inmovilizado material se incluyan en el precio de adquisición o coste de producción cuando no sean recuperables directamente de la Hacienda Pública.



Por otra parte, junto a los impuestos indirectos que gravan la adquisición de los bienes de equipo, debe considerarse el IVA que grava la retribución del concesionario y que corre a cargo del Ayuntamiento. El importe de este impuesto debe figurar en partida aparte, no solo a tenor de lo dispuesto en la cláusula del pliego que antes transcribimos, sino, sobre todo, en base a lo dispuesto en el artículo 145.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de conformidad con el cual *“en la proposición deberá indicarse, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido”*.

En consecuencia, cuando el adjudicatario hizo constar en su proposición, con respecto al importe anual de las amortizaciones, que el IVA estaba excluido, debería haberse entendido de conformidad con el precepto que acabamos de transcribir, es decir, relacionándolo con el IVA que grava el importe de la oferta y que, con arreglo al mencionado artículo, debe figurar en partida aparte. No tiene sentido que se pretenda relacionarlo con el IVA que gravó en el momento de su adquisición el inmovilizado material adscrito a la gestión del servicio público, pues su cálculo en razón de lo expuesto anteriormente resulta extraordinariamente complejo cuando no imposible.

Así las cosas, entiende el Tribunal que la alegación formulada por la recurrente en el sentido de que la oferta de la mercantil que resultó adjudicataria debió ser excluida por alterar sustancialmente el contenido de la proposición tal como aparece regulada en el pliego de cláusulas administrativas particulares, carece de fundamento y debe ser desestimada.

Con ello, asimismo, queda desestimada la pretensión de que se adjudique la concesión a la recurrente, cuestión para la que, además, dado el carácter revisor de esta vía de recurso, el Tribunal carece de competencia.

Octavo. Resuelta la anterior cuestión en términos desestimatorios, resulta irrelevante analizar la alegación relativa a si el órgano de contratación ha incurrido en una infracción grave del procedimiento al solicitar del licitador adjudicatario aclaración sobre su oferta, pues, tal como acabamos de señalar, una correcta interpretación de la misma debió hacerla innecesaria.

De igual modo, tampoco procede plantear la pretensión articulada como subsidiaria por el órgano de contratación en el sentido de que se retrotraiga el procedimiento a la fase de valoración para proceder nuevamente a la misma teniendo en cuenta el incremento del



importe de las amortizaciones, pues, sentado que éste debió ser considerado desde el principio correctamente expresado en la oferta presentada, carece de fundamento su rectificación.

Noveno. Queda, finalmente, por referirnos a la pretensión expuesta por el Ayuntamiento de Muro de l'Alcoi en el sentido de que se imponga a la recurrente una multa de quince mil euros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.5 del TRLCSP por apreciar que ha actuado de mala fe y se le condene, asimismo, al pago de la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a la Corporación Municipal como consecuencia de la suspensión de la ejecución del contrato durante el tiempo que el Tribunal ha necesitado para resolver el recurso.

A este respecto, debe indicarse que el Tribunal considera el recurso en los términos planteados como ejercicio del derecho de recurso que asiste a los licitadores, sin que existan indicios que puedan motivar, ni la imposición de la sanción pecuniaria solicitada, ni la condena al pago de indemnización alguna.

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. F.J.D.O.G. en representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Muro de l'Alcoi (Alicante) por el que se clasifican las ofertas admitidas a la licitación convocada para adjudicar el contrato de gestión de servicios públicos para la "Recogida y transporte de residuos urbanos", que se confirma en todos sus extremos.

Segundo. Levantar la suspensión del acto impugnado acordada de conformidad con lo establecido en el artículo 45 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 sanción prevista 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 la Comunidad Valenciana, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.