

RE 01/2011

Resolución de 21 de diciembre de 2011, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, por el que se resuelve el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la entidad mercantil «Artes Gráficas Gandolfo S.A.» contra la resolución de adjudicación de la licitación «Suministro de papeletas, sobres e impresos a utilizar en las elecciones al Parlamento de Andalucía de 2012 y contra su exclusión de la licitación». (Expte. 64/11/2), de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 29 de julio de 2011 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Suministro de papeletas, sobres e impresos a utilizar en las elecciones al Parlamento de Andalucía de 2012», convocado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía, a tramitar por el procedimiento abierto.

En el anuncio se señala que el plazo para la presentación de proposiciones finaliza a las 14 horas del día 5 de septiembre del 2011.

SEGUNDO.- Con fecha 7 de septiembre de 2011 se celebra la Mesa de Contratación para la apertura del *Sobre 1*, y la calificación de la documentación

general del expediente, en la que consta la presentación de ofertas de las siguientes empresas:

ARGAPRINT S.L.- CONTINFORM S.L.-IMPRENOVA S.L.

ANDALUZA DE PAPEL S.A. ANDUPAL
ROTOSA S.A.

ARTES GRAFICAS GANDOLFO S.A.

MAILING ANDALUCIA S.A.

AGPISA S.A.

Con fecha 13 de septiembre de 2011 la Mesa de Contratación celebra la sesión para verificar la subsanación de la documentación presentada en el Sobre 1 y proceder a la apertura del *Sobre 2*. En la citada Acta se refleja la exclusión de la empresa «*Mailing Andalucía S.A.*» por no acreditar el cumplimiento de la solvencia técnica.

Por último con fecha 29 de septiembre de 2011, la Mesa de Contratación celebra la sesión, para la propuesta de adjudicación del expediente de contratación de referencia, y la apertura del Sobre 3, dándose en primer lugar lectura de las puntuaciones obtenidas por las empresas en los criterios de adjudicación valorados en el informe técnico, y a continuación la lectura de las ofertas económicas de las distintas empresas

En el Acta de dicha mesa se refleja que las entidades, «ROTOSA» y «UTE ARGAPRINT-CONTIFORM-IMPRENOVA» quedan excluidas por no presentar las muestras de papel requeridas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Con fecha 24 de octubre de 2011, se celebra la última sesión, en la que se acuerda por la Mesa de Contratación, excluir del procedimiento de licitación a la empresa «ARTES GRAFICAS GANDOLFO S.A.», al no cumplir con lo dispuesto en el artículo 129.5 de la Ley, ya que de la oferta económica presentada por esta empresa no es posible determinar si los precios unitarios presentados incluyen o no el IVA.

TERCERO.- Con fecha 27 de octubre de 2011, la Secretaría General Técnica de la Consejería de Gobernación y Justicia, resuelve la adjudicación de la licitación denominada: «SUMINISTRO DE PAPALETAS, SOBRES E IMPRESOS A UTILIZAR EN LAS ELECCIONES AL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA DE

2012 (EXPTE. 64/11/2)» de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 135.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a favor de la entidad “Andaluza de Papel, S.A.” (ANDUPAL).

Con fecha 10 de noviembre de 2011, se notifica a las empresas licitadoras la resolución de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 135 de la citada Ley 30/2007.

CUARTO.- Con fecha 14 de noviembre de 2011, D. José Pablo Gandolfo Fariña, en nombre y representación de «ARTES GRÁFICAS GANDOLFO S.A.», interpone recurso especial en materia de contratación, contra la citada resolución de adjudicación, alegando lo siguiente:

- 1.- Que la oferta presentada por su empresa es la más ventajosa económicamente para la Administración, y con la máxima puntuación técnica.
- 2.- Que la empresa adjudicataria debe ser excluida al no indicar en los precios unitarios, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Asimismo es de hacer constar que con esa misma fecha, D. José Pablo Gandolfo Fariña, en nombre y representación de «ARTES GRÁFICAS GANDOLFO S.A.», interpone otro recurso especial de contratación, contra la exclusión al alegar que cumple con lo recogido en la Ley de Contratos de Sector Público.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sendos escritos se acumulan en un solo recurso especial en materia de contratación atendiendo a las circunstancias y naturaleza del objeto impugnado, por el órgano de contratación que ha tramitado el recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 316.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, con fecha 5 de diciembre el órgano de contratación, traslada copia del recurso de especial en materia de contratación a las distintas empresas licitadoras, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Solamente consta la presentación de alegaciones, con fecha 12 de diciembre, de la empresa adjudicataria en las que reitera que el procedimiento se ha realizado conforme a los requisitos que disponen los pliegos, y el artículo 129 de la Ley de Contratos del Sector Público.

SEXTA.- El citado recurso se interpone antes de la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante) y que entró en vigor, según la Disposición Final Única, el 16 de diciembre de 2011.

Por ello, de acuerdo con la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 34/2010, de 5 de agosto que modifica la Ley 30/2007, en relación con el artículo 37.4 de dicha Ley “serán competentes para resolver el recurso especial en materia de contratación los órganos de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública”, ello “sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas”

En virtud de ello, por el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, como órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional, al que corresponderán, en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores resolver los recursos especiales en materia de contratación regulados en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP.

La Disposición transitoria primera del citado Decreto 332/2011, dispone que:

“Los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad referidos en el artículo 1 que se encuentren pendientes de resolver en la fecha de inicio del funcionamiento del Tribunal Administrativo, serán resueltos por éste de conformidad con lo dispuesto en el presente Decreto”; añadiendo la Disposición Final Primera que se habilita a la Consejera de Hacienda y Administración Pública para dictar las disposiciones y realizar cuantas actuaciones sean necesarias en desarrollo y ejecución de lo dispuesto en el presente Decreto y, en particular para determinar el inicio del funcionamiento del Tribunal Administrativo, en todo caso en un plazo no superior a tres meses desde la entrada en vigor del presente Decreto.

En virtud de ello, por la Orden de la Consejera de Hacienda y Administración Pública de 14 de diciembre de 2011, publicada en el BOJA nº 248, de fecha de 21 de diciembre de 2011, se acuerda el inicio del funcionamiento de este Tribunal, indicando que:

“Los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad a que se refiere el artículo 1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de esta Orden, serán remitidos al Tribunal Administrativo, previa tramitación de los mismos por los órganos de contratación o entidad contratante ante quienes se interpusieron, conforme al procedimiento previsto en el artículo 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, acompañados del expediente administrativo y de un informe del órgano de contratación”.

SEPTIMO.- El recurso ha sido tramitado por el órgano de contratación conforme al procedimiento previsto en el artículo 314 de la Ley 30/2007.

Con fecha de 22 de diciembre ha tenido entrada en el Registro General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, el expediente relativo al

recurso citado, tramitado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Gobernación y Justicia, a efectos de su resolución por este Tribunal.

Hay que advertir, que el plazo para resolver el recurso vencía, de acuerdo con el artículo 317 de la Ley 30/2007, el día 19 de diciembre, por lo que a este Tribunal llega el citado recurso fuera del plazo establecido para resolver el mismo, al no haber resuelto de manera expresa el órgano de contratación en los plazos indicados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello y dentro de plazo, al no haber transcurrido entre la notificación de la resolución y la interposición del mismo más de los quince días hábiles que establece el artículo 314.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

SEGUNDO Asimismo y de conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre y el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, la competencia para resolver el citado recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

TERCERO. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 312 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, e igualmente se cumplen las prescripciones formales establecidas en el artículo 314 de la citada Ley.

CUARTO.- Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 310 de la Ley de Contratos, resultan susceptibles de recurso en esta vía.

Los actos recurridos son el Acuerdo por el que se excluye del proceso de licitación a la empresa ahora recurrente y la resolución de adjudicación del contrato citado, supuestos expresamente contemplados en el artículo 310.2 de la Ley de Contratos del Sector Público. Hay que concluir, por tanto, que se cumple también este requisito para poder presentar recurso especial en materia de Contratación.

QUINTO.- La cuestión de fondo sobre la que se plantea el recurso es la exclusión de la oferta económica de la recurrente por imposibilidad de poder determinar si los precios unitarios ofertados incluyen o no el IVA, de acuerdo con el artículo 129.5 de la Ley 30/2007, extendiendo el recurso a la resolución de adjudicación al considerar que su oferta es la más ventajosa económicamente para la Administración y con la máxima puntuación técnica y que la oferta de la empresa adjudicataria ANDUPAL debe ser excluida, al no cumplir con los requisitos del artículo 129.5 de la LCSP, por no indicar como partida independiente en los precios unitarios el importe del IVA.

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación de la Mesa de contratación se ajustó al régimen jurídico de la contratación del sector público (LCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que, junto con el Pliego de Prescripciones Técnicas, constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas, y de Prescripciones Técnicas, fueron aprobados mediante Resolución de la Secretaría General Técnica de fecha 27 de julio de 2011. En la cláusula 9.2.3 del PCAP se señalaba que “en la proposición económica deberá indicarse, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido” y la cláusula 2 señalaba que “en el anexo II se detallan las unidades e importes de los bienes a suministrar”.

Dicho Anexo especifica el objeto del contrato y recoge las cantidades orientativas de cada impreso a suministrar, según un cuadro en el que se

detallan el número de unidades aproximadas, el precio unitario máximo con IVA y el factor de ponderación sobre el 100%.

Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas, en el apartado de «Contenido de las Ofertas», dice de forma literal, en cuanto a la oferta económica que se *«deberá expresar los precios unitarios para cada modelo de impreso, sobre y papeleta objeto de la contratación que se relacionan en el Anexo 2, indicándose aquéllos en euros e incluyendo todos los gastos de elaboración, distribución y transporte hasta el lugar de destino, así como el I.V.A. y demás tributos que puedan gravar la contratación»*..

Estas previsiones del Pliego, fueron conocidas por todos los licitadores y aceptadas por los mismos, sin salvedad o reserva alguna, desde el momento de formular sus ofertas en los términos señalados en el artículo 129.1 LCSP, anteriormente transcrito, sin que conste en ningún caso la impugnación de los Pliegos que rigieron la licitación.

SEXTO.- El principio de igualdad de trato supone que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera; asimismo, el artículo 99.2 LCSP, en relación con los Pliegos de cláusulas administrativas particulares, establece que, *«en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo»*. Y en desarrollo de esta previsión, el artículo 129.1 LCSP, al regular las proposiciones de los interesados, dispone que *«las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna»*.

A ello hay que añadir que la necesidad de adaptación de las proposiciones al contenido de los pliegos es más evidente en relación a la oferta económica, la cual está sujeta a dos requisitos, uno material, puesto que no puede exceder del presupuesto base de licitación, y otro formal, ya que debe atenerse al modelo establecido en los pliegos sin introducir en él variaciones sustanciales.

Las proposiciones que no respeten estos requisitos deberán ser rechazadas por la Mesa de contratación en resolución motivada, tal y como dispone el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) cuando señala: *« 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 que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición».*

Conviene señalar, además, que el artículo 67 del RGLCAP, determina en su apartado 2 h) que los Pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán contener *«los documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones».*

En el mismo sentido se manifiesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 51/06, de 11 de diciembre, “Exclusión de proposiciones que adolecen de error”. Ante el hecho de que algunas empresas habían presentado oferta económica con el precio por unidad de producto, cuando el pliego y el modelo para presentar la oferta pedían cantidades globales para el conjunto de unidades a adquirir, la Junta concluye que deben rechazarse las ofertas presentadas en tales condiciones, no admitiendo la posibilidad de subsanación de dichos errores.

A estos efectos, el PCAP remarca que el presupuesto de licitación es el que se indica en el anexo I , 847.457,63€, IVA excluido , pero que la determinación del mismo se hará mediante precios unitarios, tal y como indica el anexo I del pliego y de acuerdo con el cuadro que recoge el anexo II.

En su oferta económica, el recurrente da un precio de licitación global excluido el IVA, tal y como establece el pliego y el artículo 129.5 de la LCSP; ahora bien, al enumerar los precios unitarios de cada elemento a suministrar no se indica si incluye o no el IVA en los mismos, por lo que resulta imposible calcular el precio final sobre la suma de los precios unitarios ofertados.

En su recurso alega que el artículo 129.5 LCSP exige que se indique como partida independiente el IVA y el hecho de que la determinación del precio que establece el anexo II del pliego recoja los precios unitarios con IVA incluido, es algo que aceptó al presentar su oferta y no recurrió, al formar parte de los Pliegos que rigieron la licitación.

Por tanto, no puede ahora el recurrente impugnar su exclusión, cuando su oferta no se ajustó a lo indicado en los pliegos y éstos no fueron, en su día, impugnados.

SEPTIMO.- La posibilidad de considerar la omisión de la indicación del IVA en el precio unitario como subsanable, aunque no la ha alegado el recurrente, en todo caso debe ser rechazada.

La subsanación de ninguna manera puede afectar a la oferta económica, por cuanto la subsanación de dicho defecto supondría una modificación de los términos de la oferta, y además se produciría posteriormente a la apertura y conocimiento público de la totalidad de las proposiciones económicas formuladas por los restantes licitadores admitidos.

En esencia, la posibilidad de subsanación de la oferta económica no se encuentra en ningún caso recogida en la legislación aplicable. Antes al contrario, el reproducido artículo 84 del RGLCAP establece con claridad que las proposiciones en las que se den determinadas circunstancias, que concurren sin lugar a dudas en la aquí controvertida —como ya ha quedado argumentado—, deben ser rechazadas por la mesa, en resolución motivada, lo que correctamente hizo la Mesa de contratación constituida en este procedimiento, sin otorgar la posibilidad de subsanación, ni trámite alguno de alegaciones, mas allá de la posibilidad de interponer el recurso que ahora se sustancia.

OCTAVO.- Por último, en cuanto a la pretensión de dejar si efecto la adjudicación realizada a la empresa ANDUPAL por incumplir el artículo 129.5 de la LCSP al no indicar en los precios unitarios como partida independiente el importe del IVA, incluyendo dicho importe en los precios, hay que señalar que la oferta presentada por dicha empresa se ajusta a lo establecido en el anexo II del Pliego en relación a la determinación del objeto del contrato; por lo que no puede imputarse a la misma lo que, en su caso, pudiera ser un defecto del pliego, que como ya hemos indicado , el recurrente asumió y no impugnó.

Pero además, el propio fundamento del recurso impediría atender a la oferta presentada por el recurrente, puesto que si se basa en que se incumplió el artículo 129.5 de la LCSP porque las ofertas presentadas no incluía como partida independiente el IVA; en el caso de la oferta presentada por el recurrente, los precios unitarios que recoge en su oferta no tienen ninguna indicación sobre si incluyen o no IVA y por eso mismo fue excluida.

En su virtud, y al amparo de lo establecido en el artículo 311.3 de la LCSP y de la Disposición transitoria primera del Decreto 332/2011 , por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y la Orden de 14 de diciembre de 2011, publicada en el BOJA nº 248 , de fecha de 21 de diciembre de 2011, este TRIBUNAL

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por la entidad mercantil «Artes Gráficas Gandolfo S.A.» contra su exclusión de la licitación y la resolución de adjudicación de la licitación «Suministro de papeletas, sobres e impresos a utilizar en las elecciones al Parlamento de Andalucía de 2012.» (Expte. 64/11/2), tramitado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 315LCSP, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 317. 4 LCSP

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

CUARTO.- Notificar la presente resolución al órgano de contratación que ha tramitado el recurso de acuerdo con lo indicado en la Orden de 14 de diciembre de 2011, a efectos de su conocimiento y notificación por el mismo al recurrente y a todos los interesados en este procedimiento.

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 Andalucía, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA