



**Recurso nº 492/2015 C.A. Illes Balears 27/2015**

**Resolución nº 560/2015**

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

En Madrid, a 12 de junio de 2015.

**VISTO** el recurso formulado por D. A.M.B., en nombre y representación de la sociedad EME PRODUCCIONS ARTÍSTIQUES, S.L., contra el acuerdo de exclusión y adjudicación dictado por el Pleno del Ayuntamiento de Ferreries (Illes Balears) en el procedimiento para la licitación del contrato para el mantenimiento, gestión, programación y explotación del auditorio y centro de formación del municipio, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El órgano de contratación, el Pleno del Ayuntamiento de Ferreries, aprobó el 12 de enero de 2015, el inicio del procedimiento para la licitación del contrato para el mantenimiento, gestión, programación y explotación del auditorio y centro de formación del municipio. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas se aprobaron el 29 de enero de 2015. El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en el BOP el día 28 de febrero del mismo año.

**Segundo.** El 24 de marzo de 2015 el ahora recurrente presentó su oferta. No obstante, el 31 de marzo de 2015, cuando ya había finalizado el plazo de presentación de ofertas, presentó un escrito solicitando que el sobre D presentado inicialmente fuera sustituido por el que se aportaba con dicho escrito.

**Tercero.** El 14 de abril de 2015 se reunió la mesa de contratación para la apertura del sobre A, correspondiente a la documentación administrativa, con el resultado que obra en el expediente. El 17 de abril del mismo año se procedió a la apertura en acto público de los



sobres B y C que contenían la oferta técnica y los criterios sujetos a juicio de valor, procediéndose a continuación a la valoración de las ofertas presentadas.

**Cuarto.** A la vista de las mismas, el 24 de abril de 2015 la mesa de contratación acuerda, por un lado, proponer al órgano de contratación la exclusión de la ahora recurrente por no ajustarse su oferta a las prescripciones técnicas de los pliegos y, por otro lado, aprobar la valoración efectuada por los técnicos del resto de ofertas.

**Quinto.** El 27 de abril de 2015 se procede a la apertura del sobre D, que contiene las ofertas evaluables mediante fórmula. El mismo día, el Pleno del Ayuntamiento acepta la propuesta de la mesa y acuerda la exclusión de la ahora recurrente, acuerdo que es notificado el 28 de abril. El 4 de mayo de 2015 se reúne nuevamente la mesa, proponiendo la adjudicación a favor de la entidad ATENEU MUSICAL DE FERRERIES. La propuesta es aprobada por el pleno en sesión de 8 de mayo de 2015, procediéndose a su notificación a los interesados.

**Sexto.** El 13 de mayo de 2015 se presenta en el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación pública dirigido a este Tribunal por el representante de EME PRODUCCIONS ARTISTIQUES, S.L., recurso que se dirige tanto contra el acuerdo de exclusión, como contra el de adjudicación. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, se procede a la tramitación del recurso legalmente prevista, procediendo el día 2 de junio a dar trámite de audiencia al resto de interesados en el expediente, sin que ninguno de ellos haya hecho uso de su derecho.

**Séptimo.** Por resolución de 1 de junio de 2015 se acuerda mantener la suspensión inicialmente producida de forma automática, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

### **Primero. Competencia del Tribunal.**

El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al



efecto el 29 de noviembre de 2012 entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Illes Balears y publicado en el BOE el día 19 de diciembre de 2012.

**Segundo. Adecuación del procedimiento. Naturaleza jurídica del contrato.**

El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 b) TRLCSP, por tratarse de un acto de trámite de exclusión de licitadores, así como del acto de adjudicación, de conformidad con el apartado c) del mismo artículo.

En cuanto al procedimiento de contratación, la cuestión que ha de dilucidarse es la de la naturaleza jurídica del contrato. Efectivamente, el artículo 40.1 TRLCSP establece:

*“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

*a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.*

*b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros y*

*c) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.*

*Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.”*

Según la cláusula 1 del PCAP, el contrato se configura como un contrato administrativo especial de servicios, remitiéndose al artículo 19.1 b) TRLCSP. Por el contrario, el recurrente considera que no se dan en este caso las características propias de los contratos



administrativos especiales, sino que el objeto de la prestación se enmarca dentro de los supuestos recogidos en el artículo 10 TRLCSP, por lo que cabe considerar que se trata de un contrato de servicios y por lo tanto susceptible de recurso especial, de conformidad con el artículo 40.1 b) o incluso, el 40.1 a), pues según la categoría en que se considere adscrito el objeto de la prestación, cabría incluso entender que se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada.

El órgano de contratación, por su parte, entiende que no es un contrato de servicios, por cuanto el riesgo y ventura de la operación se transmite al adjudicatario, que se resarcirá mediante el cobro de los precios públicos que se fijen. En todo caso señala que el valor estimado del contrato no superaría los 207.000 euros y que además el recurrente debió haber formulado el oportuno recurso contra los pliegos.

En una primera aproximación, debe rechazarse de plano la calificación de este contrato como un contrato administrativo especial, de los regulados en el artículo 19.1 b) TRLCSP. Según dicho precepto serán contratos administrativos especiales:

*“Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.”*

Un ejemplo típico de los contratos administrativos especiales son los contratos de explotación de una cafetería o comedor situado en una instalación de carácter público. Así se ha señalado en diversas ocasiones por este Tribunal, por ejemplo en resolución 239/2015, y ello debido a que *“no se trata de un servicio que deba necesariamente ser realizado por la entidad contratante, si bien sí se considera que se trata de un servicio vinculado al giro o tráfico de dicha Administración, complementario o auxiliar para la consecución de sus fines; abonándose la retribución de la empresa contratista directamente por los usuarios”*.



En el presente caso, si bien se prevé también la posibilidad de que el adjudicatario explote el servicio de cafetería en el edificio, no es éste el objeto principal del contrato, sino que su objeto es el mantenimiento y la gestión del edificio del Auditorio de Ferreries, prestaciones que sí deben ser consideradas como de la competencia propia del Ayuntamiento y por tanto realizadas por la entidad contratante, como titular del edificio a mantener y de conformidad con lo señalado en el artículo 25.2 m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, que establece como competencia propia de los Ayuntamientos la promoción de la cultura y equipamientos culturales.

Lo anterior, sin embargo, no agota la cuestión sobre la auténtica naturaleza del contrato, pues, según afirma el órgano de contratación, en este caso la retribución del contratista se hace depender del cobro de los precios públicos que obtenga por la explotación del auditorio, transfiriendo a éste el riesgo de la operación. Esta afirmación nos reconduce a la figura de los contratos de gestión de servicios públicos, que solo serían recurribles ante este Tribunal cuando los gastos de primer establecimiento fueran superiores a 500.000 euros y el plazo de vigencia del contrato fuera superior a 5 años, requisitos que a todas luces no concurren en este caso.

Los contratos de gestión de servicios públicos están definidos en el artículo 8.1 del TRLCSP, según el cual:

*“1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante.”*

La cuestión sobre la diferente naturaleza de los contratos de servicios y los contratos de gestión de servicios públicos, ha sido tratada en diferentes resoluciones del Tribunal, que parten de la premisa de que las cosas son lo que son, al margen de la denominación utilizada por las partes o, dicho de otro modo, la denominación que a un contrato le dé el pliego no vincula al Tribunal. Así, en la Resolución 551/2014, de 18 de julio, se indicaba:



*“Sin embargo, nuestro análisis no estaría completo si no profundizásemos un poco más en la verdadera naturaleza del contrato. Es bien conocido que la doctrina de este Tribunal ha perfilado los criterios de distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos al que alude la parte recurrente. Nuestra doctrina, recogida por ejemplo en nuestra Resolución 346/2013, destaca que la ley ha configurado un sistema en el que la diferenciación entre las definiciones aplicables a los dos contratos antes citados no permite en algunos casos separar nítidamente ambos conceptos. Tampoco la Directiva 2004/18/CE permitía hacerlo, puesto que para el derecho comunitario no siempre es fácil deslindar este concepto que, en nuestro derecho patrio tiene una honda raigambre. Y es que el contrato de gestión de servicios públicos, especialmente en su modalidad concesional, se vincula también a la prestación de servicios, sin más diferencia inicial con el contrato de servicios que la forma de establecer la contrapartida para el contratista. Realmente se trata de una cuestión compleja cuyo tratamiento ha ido variando al mismo tiempo que evolucionaba la percepción de las autoridades judiciales europeas. La cuestión es, dijimos entonces, de gran trascendencia porque la integración de un contrato en uno u otro concepto tiene consecuencias con respecto al régimen jurídico que le es aplicable. Así, en el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se señaló que se trata de una “cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico de la contratación pública porque de la conceptualización de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos o no depende su exclusión o no de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. En efecto, la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo en ello la pauta marcada por la Directiva 2004/18/CE, considera como contratos sujetos a regulación armonizada, o lo que es lo mismo a las exigencias contenidas en la citada Directiva, a los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales establecidos en la Directiva y recogidos en la Ley. Por el contrario, el contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen. Esta ha sido la razón por la que tanto la Directiva 2004/18/CE como la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas han definido y configurado la concesión de servicios en la forma que han considerado más adecuada.” Esta circunstancia tiene también una consecuencia añadida cual es la posibilidad de que el*



*contrato de gestión de servicios públicos pudiera no estar sujeto en otros casos a la competencia de este Tribunal si no se cumplen los requisitos que establece la ley y concretamente, que el presupuesto de gastos de primer establecimiento supere los 500.000 € y el plazo de duración sea superior a 5 años.”*

Para deslindar un tipo de contrato u otro, ha de estarse a la forma en que se haya establecido la retribución del contratista, siendo esencial que exista una transferencia al adjudicatario del riesgo de explotación, transferencia que en este caso se produciría de conformidad con el PCAP, según afirma el órgano de contratación.

Para entender cuando se produce esa transferencia de riesgos, es doctrina de este Tribunal, puesta de manifiesto entre otras en resolución 634/2014, que procede acudir, a efectos meramente interpretativos, a lo dispuesto en la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, cuyo artículo 5.1 establece: *“Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”*.

La transferencia del riesgo de explotación no tiene porqué ser total, sino que cabe una transferencia parcial, siempre y cuando la misma no sea “meramente nominal o desdeñable”.

Según la cláusula VIII del PCAP, la financiación de la actividad objeto del contrato en este caso se prevé por las siguientes vías:

a) Aportación municipal, que equivaldrá al 78% del precio anual del contrato.

b) Aportación para usos de los espacios y/o instalaciones: se trata de los precios públicos que se fijen por el adjudicatario dentro del máximo establecido en el PPT *“en concepto de alquiler por la utilización de los diferentes espacios e instalaciones”*.



- c) Ingresos por taquilla: los que se obtengan por los espectáculos programados por el adjudicatario.
- d) Ingresos por patrones o sponsors: los ingresos que se obtengan por esta vía se repartirán al 50% entre el adjudicatario y el Ayuntamiento, si bien estableciéndose que estos ingresos deben ser invertidos en la programación y difusión de actividades y nunca en la gestión del espacio.
- e) Ingresos por la explotación del servicio de bar, que serán enteramente para el adjudicatario, que deberá también sufragar los gastos derivados de dicha explotación
- f) Otros ingresos que puedan ser pactados.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, solo los ingresos previstos en el apartado a) son fijos e independientes del resultado de la actividad desarrollada por el adjudicatario, y según el propio PCAP tales ingresos cubrirán un 78% de los costes asociados al servicio. No obstante, la suma de los distintos ingresos a percibir por el adjudicatario durante la licitación del contrato hace que la transmisión del riesgo no sea significativa, pudiendo calificarla como desdeñable, por lo que ha de considerarse que estamos ante un contrato de servicios.

Se ha señalado por el órgano de contratación que, en todo caso, el valor estimado del contrato no supera los 207.000 euros, por lo que tampoco procedería el recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 b) TRLCSP, al tratarse de servicios que se encuentran en las categorías 24 y 26 del Anexo II del mismo.

Sin embargo, ha de darse la razón en este punto al adjudicatario en el sentido de que en este caso el valor estimado del contrato no ha sido calculado correctamente por el órgano de contratación, al no haber tenido en cuenta las prórrogas previstas en el contrato y que hacen elevar dicho valor estimado a 406.000 euros, lo que evidencia la competencia de este Tribunal para conocer del presente recurso, puesto que el recurso se formula contra los actos de exclusión y adjudicación, actos contra los que cabe el presente recurso, según establece el artículo 41.2 a) y b) TRLCSP.

### **Tercero. Legitimación del recurrente y plazo para de interposición del recurso.**





El presente recurso ha sido formulado en plazo y por persona legitimada para ello, al ser el licitador excluido. Señala el órgano de contratación que el recurrente carecería de legitimación puesto que en todo caso habría de quedar excluido como consecuencia del escrito que presentó el 31 de marzo de 2015, solicitando la sustitución del sobre D presentado con su oferta por el que aporta en ese momento, algo totalmente improcedente.

Efectivamente, el 31 de marzo de 2015, el interesado presenta un escrito con el siguiente contenido (sic):

*“( ) Que per un error meu s’envia enlloc del sobre D amb l’oferta econòmica una proposta econòmica errònia i que no es correspon al cost de dita adjudicació.*

*Que acompanyo a data d’avui un nou sobre tancat D amb la proposta econòmica correcta, que ve a suplir l’entrega’t erròniament en data 24/03/2015*

*(...)”.*

Desde luego, esta nueva oferta no puede ser admitida por el órgano de contratación y ello de conformidad con el principio de intangibilidad de las ofertas, trasunto del principio de transparencia y de igualdad de trato.

Esa segunda propuesta por tanto en ningún caso debe ser admitida, pero ello tampoco conlleva la exclusión del licitador, sino que habrá de aceptarse la oferta presentada por éste en el sobre D inicial, sin perjuicio de la posibilidad del recurrente de retirar su oferta, con las consecuencias legalmente previstas.

Por todo lo anterior, ha de afirmarse la legitimación del recurrente para la formulación del presente recurso, en la medida en que, de estimarse, podría conllevar la retroacción del procedimiento a la fase de valoración de las ofertas evaluables mediante fórmula lo que eventualmente podría dar lugar a la adjudicación a su favor, lo que constituye un beneficio concreto suficiente para afirmar la existencia de un interés legítimo, de conformidad con lo señalado en el artículo 42 TRLCSP.

#### **Cuarto. Alegaciones del recurrente y contestación del órgano de contratación.**

El recurrente considera que no existían motivos suficientes para acordar su exclusión. En particular señala:

a) En cuanto a la referencia a la obligación del Ayuntamiento de “realizar” los 24 usos y que según el órgano de contratación supondría un incumplimiento de los pliegos, el recurrente entiende que el órgano de contratación ha interpretado erróneamente dicha expresión, pues en esos casos se estaba refiriendo a los 24 usos que el Ayuntamiento se comprometía a abonar al adjudicatario, siendo obvio que es éste y no el Ayuntamiento quien debe llevarlos a cabo, pues tal es precisamente el objeto del contrato.

b) En cuanto a los precios públicos, el adjudicatario considera en primer lugar que el Ayuntamiento no ha explicado cual es el motivo por el que considera que no están sujetos a IVA, teniendo en cuenta el criterio de la Dirección General de Tributos a este respecto y en todo caso tampoco especificó en los pliegos que los precios públicos en ellos señalados incluyeran el IVA, remitiéndose a los criterios establecidos para fijar los precios de licitación, los cuales no incluyen el IVA, según lo señalado en el artículo 87 TRLCSP. En todo caso, tratándose de una cláusula oscura, el error en la interpretación no puede imputarse al licitador sino al órgano de contratación.

El órgano de contratación da respuesta a tales alegaciones considerando que:

a) El pliego era muy claro en cuanto a que era el adjudicatario quien debía llevar a cabo los 24 usos fijados en el pliego, pero en todo caso considera que no es ésta la causa determinante de la exclusión, sino la inclusión del IVA en los precios públicos.

b) En relación con los precios públicos ofertados por el licitador, el órgano de contratación considera que era evidente que los precios públicos no incluían el IVA pues se habían calculado con base en diversos costes, muchos de los cuales no llevan incluido el IVA y además se señalaba que se habían calculado con arreglo a los criterios utilizados para la fijación del precio de licitación, lo que incluía todos los gastos y conceptos, tal y como se señala en el PCAP y en el PPT, por lo que debían entenderse que incluía el IVA.



**Quinto. Causas de exclusión de un licitador por no corresponderse la oferta con los pliegos que rigen la licitación. Doctrina administrativa y aplicación al caso concreto.**

Se ha dicho por este Tribunal que el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse *ab initio* que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento.

Cabe así citar la Resolución de este Tribunal nº 250/2013:

*“ una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato –como sucede con la forma en que se realizarán las tareas de acondicionamiento e instalación a las que ahora nos referimos- sólo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución (Resolución 211/2012), y otra bien distinta es que sean admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador (como acuerdan por tal motivo las resoluciones 246/2012, 91/2012, 90/2012, 219/2011), pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (Cfr.: Resoluciones 325/2011 y 19/2012)”.*

De la doctrina anteriormente transcrita se deduce que lo que debe valorarse es si de la documentación aportada por la recurrente, de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas, cabe deducir un incumplimiento claro de las prescripciones técnicas exigidas en el pliego que permita deducir sin género de dudas que la descripción técnica del producto ofrecido no se corresponde con lo exigido en el pliego.

Pues bien, en relación con la primera de las causas que se señalaron para la exclusión del licitador, el propio órgano de contratación reconoce en su informe que la misma no era significativa y que de hecho no fue la determinante de la exclusión.



En este sentido no podemos si no considerar que la interpretación efectuada por el órgano de contratación era excesivamente restrictiva, siendo así que existía otra forma de interpretar la expresión utilizada por el licitador de forma que resultara conforme con los pliegos, lo que, en atención al principio de libre concurrencia debió haber hecho. En todo caso, si tenía alguna duda sobre la forma de interpretar tales expresiones, pudo haber solicitado la oportuna aclaración, tal y como reiteradamente ha señalado este Tribunal, pudiendo citar al respecto las resoluciones 463 y 319 ambas de 2014 o la resolución 14/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón.

Resulta entonces procedente analizar si la inclusión del IVA en los precios públicos señalados en el pliego supone un incumplimiento de éste, al dar lugar a un precio total superior al establecido en el pliego.

El pliego de cláusulas administrativas particulares en su cláusula VII.2 se señala:

*“Se establecerán unos precios públicos por cada uno de los espacios, Auditorio, Centro de formación y espacio exterior, que se relacionarán en el Plan de explotación y deberá aprobar el Ayuntamiento, en concepto de alquiler por la utilización de los diferentes espacios e instalaciones, teniendo en cuenta el tipo de actividad, la amortización de los equipos y el espacio, los gastos de personal y otros en general.*

*Los precios que proponga el adjudicatario no podrán superar los relacionados en las condiciones técnicas, los cuales se han calculado utilizando los módulos y/o criterios que se han utilizado para fijar el precio de licitación. Estos se especifican en el pliego de condiciones técnicas.”.*

Por otra parte, el pliego de prescripciones técnicas establece en el punto 7 una relación de los distintos precios públicos por la utilización de los espacios y/o instalaciones, sin dar mayores indicaciones en relación con la inclusión o no del IVA en los mismos. Así por ejemplo, respecto del Auditorio establece como desglose de precios el siguiente:

*“1 uso tarde-noche € 1050*

*doble función tarde-noche € 1.400*

*1 uso matinal (con montaje el mismo día) € 650*



*2 usos seguidos tarde-noche € 1.700  
Ensayo en el espacio € 650”.*

Desde luego no es competencia de este Tribunal pronunciarse sobre la sujeción a IVA o no de los precios públicos, pero sí sobre si esa partida debía entenderse incluida en el precio total establecido en el PPT como precio máximo. A este respecto, no habiéndose especificado en el pliego y teniendo en cuenta que la cláusula VII.2 antes vista se remite expresamente a los criterios aplicables a la fijación del precio de licitación, no podemos sino acudir a lo dispuesto en el artículo 87 TRLCSP, donde se establece:

*“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”.***

Por lo tanto, si los criterios utilizados para fijar los precios públicos eran los mismos que los utilizados para fijar el precio de licitación, es evidente que el IVA, si procedía, debía haber sido consignado mediante una cantidad independiente, sin que pueda en ningún caso entenderse incluido en el precio fijado en el PPT como precio máximo, por lo que la oferta del licitador era admisible.

En todo caso, si el órgano de contratación entiende que los precios públicos no estaban sujetos a IVA, entonces con más razón resultaba improcedente la exclusión, pues el licitador había establecido como precio público el fijado en el PPT, limitándose a señalar que los precios no llevaban incluido el IVA, por lo que si el mismo no era procedente entonces es evidente que sí cumplía el pliego.

En este sentido, respecto del error en la consignación de la partida relativa al IVA, se ha manifestado ya este Tribunal señalando en su resolución nº 922/2014 lo siguiente:

*“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”.*



Por todo lo anterior, la exclusión del licitador no fue conforme a derecho, debiendo anularse dicho acto y por ende la adjudicación del contrato. En el presente caso, al no ser necesario modificar las valoraciones realizadas por la mesa de contratación en relación con los criterios sujetos a juicio de valor, pues la exclusión se produjo después de la emisión de dicho informe, resulta posible retrotraer el procedimiento al momento de la apertura de la oferta relativa a los criterios evaluables mediante fórmula para que se proceda a la apertura del sobre D presentado el 24 de marzo de 2015 por el ahora recurrente y sin que quepa tener en consideración la oferta improcedentemente aportada el 31 de marzo de 2015. A la vista de la misma se procederá a realizar una nueva valoración de las ofertas, continuando el procedimiento por sus trámites.

Todo ello sin perjuicio de la posibilidad que asiste al recurrente de retirar la oferta presentada si efectivamente considera que la oferta económica que aportó inicialmente no cubría los costes de la adjudicación (según su escrito de 31 de marzo), en cuyo caso tal renuncia tendrá las consecuencias legalmente establecidas, de conformidad con lo señalado en el artículo 60.2 d) TRLCSP.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación

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

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D. A.M.B., en nombre y representación de la sociedad EME PRODUCCIONES ARTÍSTIQUES, S.L., contra el acuerdo de exclusión y adjudicación dictado por el Pleno del Ayuntamiento de Ferreries (Illes Balears) en el procedimiento para la licitación del contrato para el mantenimiento, gestión, programación y explotación del auditorio y centro de formación del municipio, anulando dichos acuerdos y ordenando la retroacción del procedimiento al momento de la apertura del sobre D relativo a los criterios evaluables mediante fórmula.

**Segundo.** Levantar la suspensión acordada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46 TRCLSP.

**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 Illes Balears, 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.