

**Recurso 257/2015****Resolución 2/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 14 de enero de 2016.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO NEAT, S. L.** contra la resolución del Director Gerente de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, de 21 de octubre de 2015, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de dispositivos domiciliarios del servicio andaluz de teleasistencia de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía” (Expte. CA-12/2015), convocado por la citada Agencia, ente instrumental de la Junta de Andalucía, adscrito a la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 25 de julio de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento. Asimismo el citado anuncio fue publicado el 6 de agosto de 2015 en el Boletín Oficial del Estado núm 187 y el 20 de julio de 2015 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 13.915.873,69 euros.

**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

**TERCERO.** Tras la tramitación del procedimiento de licitación, mediante resolución de la Director Gerente de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, de 21 de octubre de 2015, se acuerda la adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución, a la entidad TUNSTALL IBÉRICA, S.A.U.. La adjudicación fue publicada en el perfil de contratante y remitida a GRUPO NEAT, S.L. el 28 de octubre de 2015, en la comunicación de la adjudicación se le notificaba que su oferta fue excluida por la Mesa de contratación al no haber acreditado con la documentación aportada la solvencia económica y financiera exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

**CUARTO.** El 13 de noviembre de 2015, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad GRUPO NEAT, S.L. (en adelante GRUPO NEAT) contra la citada resolución, de 21 de octubre de 2015, por el que se adjudica el mencionado contrato de suministro.

Dicho recurso, el informe al mismo y el expediente de contratación fueron remitidos por el órgano de contratación, teniendo entrada en este Tribunal con fecha 16 de noviembre de 2015.



Posteriormente, por la Secretaría de este Tribunal se solicitó al órgano de contratación, con fecha 18 de noviembre de 2015, el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones y, con fecha 1 de diciembre de 2015, se procedió a la devolución del expediente de contratación para que se remitiese nuevamente a este Tribunal debidamente encuadrado.

Dicha documentación solicitada fue remitida por el órgano de contratación y recibida en este Tribunal con fecha 18 de noviembre y 4 de diciembre, ambos de 2015.

**QUINTO.** Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 18 de noviembre de 2015, se solicita a la recurrente que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la recurrente teniendo entrada en el Registro de este Tribunal el 20 de noviembre de 2015.

**SEXTO.** Previa petición del órgano de contratación de levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de licitación, y vistas la alegaciones presentadas en plazo por la recurrente, este Tribunal en resolución, de 30 de noviembre de 2015, acuerda el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro citado en el encabezamiento de la presente resolución.

**SÉPTIMO.** Con fecha 30 de noviembre de 2015, por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones. En el plazo concedido para ello ha presentado alegaciones la empresa TUNSTALL IBÉRICA, S.A.U. (en adelante TUNSTALL).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales



de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra algunos de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un órgano con la condición de poder adjudicador, siendo su valor estimado de 13.915.873,69 euros, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Al respecto, procede indicar que la recurrente no combate la adjudicación, sino la exclusión de su oferta, circunstancia de la que ha tenido conocimiento al ser notificada del acto de adjudicación del contrato. En este sentido, es necesario poner de manifiesto que aún cuando sustantivamente el recurso se dirija contra la exclusión, el acto formalmente impugnado es la adjudicación y a éste debemos atenernos para examinar los restantes requisitos de admisión del recurso. En particular para la fijación del día de inicio del cómputo del plazo o “*dies a quo*” para la interposición del mismo.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que “*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente*



*a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”.*

En el supuesto examinado, la resolución de adjudicación impugnada fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la ahora recurrente con fecha 28 de octubre de 2015, presentándose el recurso en el Registro del órgano de contratación el 13 de noviembre de 2015, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

Con carácter previo al estudio del fondo, es necesario analizar la primera alegación de la recurrente en la que manifiesta, a modo de introducción del resto de su alegato, que *“la exclusión es una medida limitativa de la concurrencia que debe aplicarse muy restrictivamente”*. Alega la recurrente que la doctrina de los Tribunales no se muestra nada proclive a la restricción de la concurrencia que supone la exclusión de los licitadores de los procesos selectivos. Para reforzar su alegato trae a colación las STS, de 6 de julio de 2004, en donde, con cita en otras sentencias del citado Tribunal, se señala que *“El criterio expuesto toma en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia (...)”*.

A juicio de este Tribunal, cuando la recurrente afirma que la exclusión es una medida limitativa de la concurrencia que debe aplicarse muy restrictivamente, con apoyo en la citada STS, de 6 de julio de 2004, confunde la exclusión *per se* con el excesivo formalismo que conlleva a la no admisión de licitadores por simples defectos formales, fácilmente subsanables. La exclusión en si no es limitativa de la concurrencia, es absolutamente necesaria cuando los licitadores no cumplen con los



requisitos exigidos. En cambio, si lo es el excesivo formalismo que pueda conducir a la exclusión de los licitadores por simples defectos formales, fácilmente subsanables.

**SEXO.** En cuanto al fondo del asunto, la recurrente centra su recurso en que, a su juicio, su oferta no debió de ser excluida pues en la misma se justifica la solvencia económica y financiera exigida.

Al respecto, funda su alegato en una serie de motivos que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

En el primero de los motivos del recurso la recurrente alega que no existe una resolución expresa en la que el órgano de contratación haya conformado la exclusión del proceso de licitación acordada por la Mesa de contratación, considerando la recurrente una grave irregularidad el hecho de que se haya procedido a la apertura de las ofertas técnicas de los licitadores admitidos sin que haya mediado previamente una resolución del órgano de contratación confirmando la exclusión decidida en su día por la Mesa de contratación.

Asimismo, continúa manifestando la recurrente, la decisión de excluir una propuesta de un proceso de licitación no es competencia de la citada Mesa sino del órgano de contratación.

1. En cuanto a la primera parte del primer alegato de la recurrente, esto es que no existe una resolución expresa en la que el órgano de contratación haya conformado la exclusión del proceso de licitación acordada por la Mesa de contratación, considerando la recurrente una grave irregularidad el hecho de que se haya procedido a la apertura de las ofertas técnicas de los licitadores admitidos sin que haya mediado previamente una resolución del órgano de contratación confirmando la exclusión decidida en su día por la Mesa de contratación, este Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse en varias ocasiones, entre las más recientes en su resoluciones 405 a 407/2015, de 25 de noviembre, sobre la normativa aplicable en materia de



contratación a la notificación de las exclusiones de los licitadores, que es en definitiva la cuestión alegada por la recurrente. En dichas resoluciones se señalaba lo siguiente:

*El artículo 151.4 del TRLCSP establece, en lo que aquí interesa, que “La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.*

*La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.*

*En particular expresará los siguientes extremos:*

*a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.*

*b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.*

*c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.*

*Será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 153.*

*En todo caso, en la notificación y en el perfil de contratante se indicará el plazo en que debe procederse a su formalización conforme al artículo 156.3.*

*La notificación se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario. En particular, podrá efectuarse por correo electrónico a la dirección que los licitadores o candidatos hubiesen designado al presentar sus proposiciones, en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. Sin embargo, el plazo para considerar rechazada la notificación, con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, será de cinco días.”*

Del transcrito artículo 151.4 se infiere la imposición expresa al órgano de contratación



de la obligación de notificar la adjudicación a los candidatos descartados y a los licitadores excluidos. Asimismo el artículo 40.2 del TRLCSP, al que se remite el citado artículo 151.4, en su apartado b) establece que podrán ser objeto de recurso *“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.”*

En consecuencia, el TRLCSP establece dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión: por un lado, el recurso especial contra el acto de adjudicación y, por otro lado, el recurso especial contra el acto de trámite cualificado. Estas dos posibilidades son subsidiarias, no siendo por tanto acumulativas, de tal manera que en el caso de que la Mesa de contratación no notifique debidamente al licitador su exclusión, éste podrá impugnarla en el acto de adjudicación.

Asimismo, de lo anterior se infiere que la normativa contractual no obliga a la Mesa de contratación a notificar de forma individualizada la exclusión, pudiendo diferir el órgano de contratación, a su voluntad, la comunicación de la exclusión al momento de la notificación del acuerdo de adjudicación, circunstancia que ha tenido lugar en el presente supuesto. Sin embargo, la más correcto desde el punto de vista administrativo es notificar de forma separada e individualizada cada una de las exclusiones, aunque como se ha expresado anteriormente no existe una obligación legal que imponga esta forma de actuar a la Mesa de contratación o, en su caso, al órgano de contratación.

No puede, por tanto, prosperar la alegación de la recurrente de que no existe una resolución expresa en la que el órgano de contratación haya conformado la exclusión del proceso de licitación acordada por la Mesa de contratación, considerando una grave irregularidad el hecho de que se haya procedido a la apertura de las ofertas técnicas de los licitadores admitidos sin que haya mediado previamente una



resolución del órgano de contratación confirmando la exclusión decidida en su día por la Mesa de contratación. Pues como se ha analizado anteriormente, la normativa contractual no obliga a la Mesa de contratación a notificar de forma individualizada la exclusión, pudiendo diferir el órgano de contratación, a su voluntad, la comunicación de la exclusión al momento de la notificación del acuerdo de adjudicación, como de hecho ha ocurrido en el presente supuesto.

2. En cuanto a la segunda parte del primer alegato de la recurrente, esto es que la decisión de excluir una propuesta de un proceso de licitación no es competencia de la Mesa de contratación sino del órgano de contratación, no puede ser aceptada en su integridad, pues existen supuestos en los que la exclusión es competencia de la Mesa de contratación, y supuestos en los que la exclusión es competencia del órgano de contratación.

Así, y para el supuesto de incumplimiento de los requisitos previos, como es el caso de la solvencia económica y financiera, la normativa contractual en el caso del procedimiento abierto que es el que nos ocupa, atribuye a la Mesa de contratación la competencia para admitir o excluir a los licitadores. Dicha afirmación se infiere, sin ningún género de dudas, de lo señalado en el artículo 22.1, apartados a) y b), del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, que establece que *“1. Sin perjuicio de las restantes funciones que le atribuyan la Ley de Contratos del Sector Público y sus disposiciones complementarias, la mesa de contratación desempeñará las siguientes funciones en los procedimientos abiertos de licitación:*

*a) Calificará las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (146.1 del TRLCSP), así como la garantía provisional en los casos en que se haya exigido, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación. A tal fin se reunirá con la antelación suficiente, previa citación de todos sus miembros.*



b) *Determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.*”. El contenido de dicho artículo 22.1 del Real Decreto 817/2009, se reproduce por el artículo 7.1 del Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados.

No puede, por tanto, prosperar la alegación de la recurrente de que la decisión de excluir una propuesta de un proceso de licitación no es competencia de la Mesa de contratación sino del órgano de contratación, pues como se ha analizado en el párrafo anterior, para el supuesto del incumplimiento de los requisitos previos, como es el caso de la solvencia económica y financiera, en el caso del procedimiento abierto que es el que nos ocupa, el artículo 22.1 del citado Real Decreto 817/2009 atribuye a la Mesa de contratación la competencia para admitir o excluir a los licitadores.

En consecuencia, debe desestimarse este primer motivo del recurso.

**SÉPTIMO.** En el segundo de los motivos del recurso la recurrente alega infracción de los artículos 151.4 del TRLCSP y 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y cláusula 10.8 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), pues, a su juicio, la resolución de adjudicación, respecto a su exclusión, no está lo suficientemente motivada.

Al respecto, en cuanto a la falta de motivación del acuerdo de exclusión, es doctrina reiterada de este Tribunal -manifestada, entre otras más recientes, en las Resoluciones 77/2015, de 24 de febrero, 306/2015, de 3 de septiembre y 431/2015, de 29 de diciembre- que la adjudicación y por ende, la exclusión se entenderán motivadas adecuadamente si al menos contienen la suficiente información que permita al licitador interponer el recurso en forma suficientemente fundada. De no ser así, se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso



eficaz, produciéndole por tanto indefensión.

Sobre el particular, el artículo 151.4 del TRLCSP establece que la resolución de adjudicación del contrato sea motivada y se notifique a todos los licitadores y respecto a los licitadores excluidos, el precepto legal señala que deberá expresarse en forma resumida las razones por las que no se haya admitido su oferta.

Quiere decirse, pues, que cuando el acto de exclusión de la oferta sea susceptible de recurso especial independiente -como sucede en el supuesto examinado- por haberse notificado individualmente a la recurrente, se impone su motivación como mínimo en los términos que recoge el artículo 151.4 del TRLCSP para la exclusión notificada a los licitadores con motivo de la comunicación de la adjudicación del contrato. Es por ello que hemos de atenernos a lo expresado en este precepto legal, cuyo tenor es el siguiente:

*“La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.*

*La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.*

*En particular, expresará los siguientes extremos:*

*(...)*

*b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.*

*(...)*”

Del precepto transcrito, cabe señalar, en primer lugar, que el objetivo que persigue el legislador con la motivación es suministrar a los licitadores excluidos la información suficiente sobre cuáles fueron las razones que determinaron su exclusión o descarte, con el fin de que aquellos puedan contradecir mediante la interposición del correspondiente recurso, las razones argumentadas como fundamento del acto recurrido.



En segundo lugar, el citado precepto regula la determinación concreta de cómo se ha de entender cumplida en cada caso la exigencia de motivación. En el caso del apartado b) establece que, respecto de los licitadores excluidos -como lo es la empresa recurrente- contendrá, en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta. La referencia a esta “*forma resumida*” determina que no hayan de incorporarse al acto notificado, todos y cada uno de los extremos determinantes de la decisión, siempre que la notificación contenga las razones que justificaron la exclusión.

En tercer lugar, la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hechos y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio y STS de 13 enero 2000).

Al respecto, como señala la Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la exigencia constitucional de motivación no impone una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto a punto. Solo una motivación que por arbitraria deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución. La motivación puede ser escueta y concisa siempre que de su lectura se pueda comprender la reflexión tenida en cuenta para llegar al resultado o solución contenida en el acto.

Abundando en el criterio expuesto, la reciente sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2013, dictada en el asunto T-165/2012 señala que la obligación de motivación de las entidades adjudicadoras puede cumplirse por medio de comentarios sucintos sobre la oferta seleccionada y la no seleccionada y que lo determinante es que los licitadores puedan comprender la justificación de sus puntuaciones.



En el caso que nos ocupa, procede pues examinar si la notificación del acuerdo de exclusión contiene la motivación suficiente para que la recurrente, si así lo desea, pueda interponer un recurso suficientemente fundado.

Al respecto, consta en el expediente la adjudicación, de 21 de octubre de 2015, notificada a la recurrente y publicada en el perfil de contratante, la citada notificación señala en su apartado primero lo siguiente: *“Por la mesa de contratación, en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 7.1.b) del Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados, y conforme a lo establecido en el artículo 22.1.b) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, tras las subsanaciones que constan en el expediente, entregadas en tiempo y forma, se acuerda la exclusión del procedimiento de la oferta de la entidad GRUPO NEAT, S.L., justificada en no haber acreditado con la documentación aportada la solvencia económico – financiera exigida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige este procedimiento de contratación”*.

De lo anterior se infiere que la entidad ahora recurrente fue excluida por la Mesa de contratación, conforme a las facultades que ostenta la misma según el citado artículo 22.1.b) del Real Decreto 817/2009 (en el mismo sentido se expresa el artículo 7.1.b) del mencionado Decreto 39/2011), por no haber acreditado la solvencia económica y financiera. Quedando claro que en la citada notificación se le comunica que había sido excluida por el órgano de competente para ello, esto es la Mesa de contratación.

En cuanto a la motivación de la exclusión, si bien este Tribunal comparte la alegación de la recurrente de que la notificación realizada carece de la motivación suficiente, no es menos cierto que dicha motivación se contiene en el acta de la Mesa de contratación en donde se toma ese acuerdo. Acta que según consta en el expediente y reconoce la propia recurrente, fue remitida a ésta con fecha 2 de octubre de 2015.



Por tanto, aún cuando la notificación de la adjudicación, en la que se le comunica a la recurrente el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación, adolecía de la suficiente motivación, la remisión a la recurrente del acta de la Mesa de contratación en donde se toma ese acuerdo de exclusión, enviada con fecha 2 de octubre de 2015, subsana la citada insuficiencia de motivación, pues desde ese momento la recurrente conocía los motivos y razones que habrían justificado la decisión adoptada por la Mesa de contratación de excluir su oferta.

No puede admitirse la alegación de la recurrente de que cuando recibe la notificación de la exclusión desconoce a ciencia cierta si las razones esgrimidas por la Mesa de contratación, en dicho acuerdo de exclusión, han sido las que, finalmente, hayan podido llevar al órgano de contratación a conformar y asumir la decisión de su exclusión, dado que dicho acuerdo de exclusión de la Mesa de contratación se adopta por el órgano competente para ello, como se ha expuesto en más de una ocasión a lo largo de esta resolución, careciendo el órgano de contratación de competencias para la modificación del mismo, como parece desprenderse del escrito del recurso, pues como se ha analizado anteriormente la recurrente parte del razonamiento erróneo de que la exclusión, en el presente supuesto, ha de adoptarla el órgano de contratación.

En consecuencia, procede la desestimación de este segundo motivo del recurso, toda vez que la recurrente en el momento de la interposición del mismo, disponía de la información necesaria para interponerlo en forma suficientemente fundada, como así lo hizo en su tercera y última alegación que será analizada en el siguiente fundamento de derecho, no habiéndosele producido, por tanto, indefensión.

**OCTAVO.** En el tercer y último de los motivos del recurso la recurrente alega que las razones que llevan a la Mesa de contratación a excluir su oferta no son jurídicamente admisibles. Entiende la recurrente que para acreditar la solvencia económica y financiera hay que partir de que la cantidades previstas en el PCAP, lo son impuesto sobre el valor añadido (IVA) excluido. Alega la recurrente que la facturación presentada al objeto de acreditar su solvencia económica y financiera durante el ejercicio 2014, no incluye IVA, como no podía ser de otra manera, pues conforme se



indica en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, que en el apartado 11º de la tercera parte, cuentas anuales, normas de elaboración de las cuentas anuales, *“El importe neto de la cifra anual de negocios se determinará deduciendo del importe de las ventas de los productos y de las prestaciones de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, el importe de cualquier descuento (bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas) y el del impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente relacionados con las mismas, que deban ser objeto de repercusión.”*

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta de contrario que para acreditar la solvencia económica y financiera hay que partir de la anualidad máxima del contrato, que incluye el IVA, pues así está establecido en el PCAP.

Por su parte, TUNSTALL, como entidad interesada concluye que la recurrente no acreditó la solvencia económica mínima exigida en el pliego, pues su cifra de negocios de menor importe de los tres últimos ejercicios no resultaba superior al triple del importe de la anualidad máxima del contrato (incluido IVA) y tampoco completó dicha falta de solvencia económica con los medios permitidos en el pliego.

Vista las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del asunto. Al respecto es necesario recordar en lo que aquí interesa lo que sobre la solvencia económica y financiera establece el PCAP:

Cláusula 6.2. Solvencia, apartado a): *“Para celebrar contratos, las personas empresarias deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y técnica que se especifican en la cláusula 9.2.1.1.apartados c) y d) del pliego, en las que, asimismo, se indicará la documentación requerida para acreditar las mismas.*

*Para acreditar la solvencia necesaria, la persona empresaria podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades (...)”*



Cláusula 9.2.1.1. Documentación acreditativa de los requisitos previos, apartado c) *“Documentos que acreditan la solvencia económica y financiera. La justificación de la solvencia económica y financiera se acreditará por los medios previstos en el artículo 75 del TRLCSP.*

*Tanto los medios para justificar la solvencia como los criterios de selección se especificarán en el IV-B.”*

Anexo IV-B. Sobre 1 - Documentación general. Documentación acreditativa de los requisitos previos. Solvencia económica y financiera:

*“La solvencia económica y financiera se acreditará por el medio o los medios que se señalan a continuación:*

*(...)*

*X Mediante declaración relativa a la cifra global de negocios en el curso de los últimos tres ejercicios.*

*(...)*

*En función de la documentación exigida en el apartado anterior, se considerará que la empresa tiene solvencia económica y financiera si cumple con el criterio o los criterios que se señalan:*

*(...)*

*X Que de la declaración relativa a la cifra global de negocios resulta que la menor importe de los tres últimos años es superior al triple del importe de la anualidad máxima del contrato.”*

Por tanto, para acreditar la solvencia económica y financiera la licitadores deberán presentar una declaración relativa a su cifra global de negocios en el curso de los tres últimos ejercicios, de tal forma que la cifra de negocios de menor importe de esos tres últimos ejercicios sea superior al triple de la anualidad máxima del contrato.

Visto lo anterior, en el presente supuesto la controversia se sitúa, por un lado, en que a juicio de la Mesa de contratación y del órgano de contratación dentro de la anualidad máxima del contrato ha de incluirse el IVA y, por otro lado, a juicio de la



recurrente dentro de la anualidad máxima del contrato no ha de incluirse el IVA.

Al respecto es necesario traer a colación el artículo 1 y 139 del TRLCSP, en concreto el primer párrafo del citado artículo 1 establece que *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”*. Por su parte el artículo 139 señala que *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia.”*

De ambos preceptos anteriores se infiere que los contratos públicos financiados total o parcialmente con cargo al presupuesto público se ajustarán a los principios de transparencia, proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación. De este modo, según reiterada jurisprudencia comunitaria (entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99), el órgano de contratación ha de respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores y, como consecuencia, la igualdad de oportunidades de todos ellos.

Así, el principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (en este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, y de 12 de diciembre de 2002,



Universale-Bau y otros, C-470/99).

De seguirse la tesis de la Mesa de contratación y del órgano de contratación de entender incluido el IVA en la anualidad máxima del contrato, se estaría conculcando dicho principio de igualdad de trato, pues aquellos licitadores que estuviesen exentos del pago del impuesto - - o aquellos otros que estuviesen sujetos al mismo en un porcentaje inferior al del establecido en el pliego, como puede ocurrir en determinados países de la Unión Europea, estarían en clara desventaja sobre aquellos otros licitadores que estuviesen sujetos en un porcentaje superior al establecido en el pliego.

En efecto, en tales casos puede resultar perjudicado un licitador que estando exento del pago del IVA, o sujeto en un menor porcentaje, presente una cifra de negocios que, atendiendo exclusivamente al importe IVA excluido, pueda ser de importe superior a la presentada por otros licitadores no exentos y sujetos a un mayor porcentaje, y que, sin embargo, computado el Impuesto, suponga una cifra de negocio inferior.

En tales casos queda claro que no debe computarse a efectos del importe de la cifra de negocios el Impuesto sobre el Valor Añadido.

En este mismo sentido, se ha expresado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 07/08, de 29 de septiembre, aunque referido a la valoración del precio como criterio de adjudicación cuando concurren licitadores exentos de IVA junto con otros no exentos: *“En un primer análisis de la cuestión parece que debería tenerse en consideración el principio establecido en el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público: “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”. Precepto que aparece reiterado en el artículo 123 (139 del TRLCSP) de la misma a cuyo tenor “los órganos de contratación darán a los licitadores y*



*candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”. De conformidad con ambos artículos, y, con objeto de evitar la discriminación que se derivaría de la diferente posición en relación con el pago del Impuesto sobre el Valor Añadido de los diferentes licitadores, el importe de éste no debería tomarse en consideración a la hora de valorar el precio como criterio de adjudicación de los contratos.*

*Frente a ello cabría entender que precisamente la Ley reguladora del Impuesto, al declarar la exención a favor de determinadas personas lo que ha hecho es establecer un criterio discriminatorio a favor de ellas, por lo que de no tomarse en consideración el Impuesto a la hora de valorar el precio de las ofertas presentadas en una licitación pública se estaría dejando sin efecto, indirectamente, lo establecido por la norma fiscal. Sin embargo, a juicio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa debe tenerse en consideración en primer lugar que el reconocimiento de una exención subjetiva en materia fiscal es siempre una norma de carácter excepcional que como tal debe ser interpretada restrictivamente. Es decir, no puede extenderse a personas que no sean estrictamente las indicadas en la Ley ni a actos respecto de los cuales sea dudosa la procedencia de aplicarla. Tal es precisamente el caso de la contratación administrativa en la que impera el interés general que debe presidirla, y exige el tratamiento no discriminatorio de todos los licitadores. Principio de no discriminación que, además, es una exigencia del propio derecho comunitario que se incorpora en nuestra legislación por mor del contenido de las directivas sobre la materia. Tampoco cabe argumentar que la interpretación preconizada en el presente dictamen, supone dejar sin contenido la exención reconocida en el artículo 20.1 8º) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, de conformidad con el cual se reconoce la exención del Impuesto a favor de las entidades de Derecho público o las entidades o establecimientos de derecho privado de carácter social por las prestaciones de esta misma naturaleza que realicen. Y no cabe aducirlo porque el beneficio se hace efectivo en relación con todas las actividades de carácter social que dichas entidades realicen y que no tengan como destinatario inmediato a un poder adjudicador incluido en el ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público. De igual manera, el beneficio fiscal se hace efectivo, también en los casos en que la*



*prestación sea objeto de un contrato de los regulados en esta Ley, pues en caso de resultar adjudicataria la entidad que tiene derecho a él, quedará exenta del pago del impuesto tantas veces mencionado.*

*A idéntica conclusión llegó la Abogacía General del Estado en la Instrucción nº 1 del año 2003 sobre unificación de criterios en la emisión, por parte de las Abogacías del Estado de los departamentos ministeriales, de informes sobre pliegos de cláusulas administrativas (...)*”.

La conclusión a la que llegó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el citado informe 7/08 es clara, 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.

Asimismo, en ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus resoluciones 137/2012, 20 de junio y 186/2013, de 23 de mayo. En la 137/2012, aunque refiriéndose a la divergencia entre cifra y letra en la proposición de la recurrente, añade un argumento en esta cuestión: *“A mayor abundamiento, de acuerdo con el Informe 7/08 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa “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”. Aplicando este criterio al caso aquí planteado no habría dudas en cuanto al importe a considerar, pues en ambas ofertas, la del adjudicatario y la del recurrente, la discrepancia tiene su causa en el importe total, no en el importe ofertado sin IVA que es como hemos visto el importe a utilizar para valorar la oferta económica.”*

Por su parte el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en su resolución 20/2012, de 16 de octubre, referido asimismo a la valoración de las ofertas, reitera el criterio ya sentado estableciendo lo siguiente: *“Cuestión distinta -y determinante para la resolución del presente recurso- es si al valorar las ofertas*



*debe considerarse el importe del I.V.A. o si, por el contrario, debe excluirse esta partida. Esta cuestión ya ha sido resuelta en varios informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros en los Informes 7/2008, de 29 de septiembre, y 26/2008, de 2 diciembre, cuyo criterio se ha seguido por otras Juntas Consultivas de Contratación, por ejemplo, por la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 25/2011, de 23 de noviembre. En los citados informes se concluye que no debe tenerse en cuenta el I.V.A. a la hora de valorar el precio en las ofertas cuando concurren empresas exentas con empresas sujetas a I.V.A., sin perjuicio de que estas últimas hagan constar por separado en su oferta el importe del citado impuesto. Lo contrario supondría incurrir en una desigualdad y tratamiento discriminatorio a los licitadores, que iría en contra de lo establecido en el artículo 1 del TRLCSP (...)*”.

Por lo tanto, sobre la base de las consideraciones anteriores se puede concluir que no debe computarse el Impuesto sobre el Valor Añadido a efectos de la determinación del importe de la cifra de negocios para la acreditación de la solvencia económica y financiera.

Procede, pues, estimar este tercer motivo del recurso y, en consecuencia, anular el acto impugnado con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al acuerdo de exclusión de la recurrente adoptado por la Mesa de contratación, para que por ésta se proceda a una nueva valoración de la documentación aportada para la acreditación de la solvencia económica y financiera y admisión, en su caso, de la entidad recurrente, teniendo en cuenta lo establecido en el presente fundamento de derecho de esta resolución, con continuación del procedimiento, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



## ACUERDA

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO NEAT, S.L.** contra la resolución del Director Gerente de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, de 21 de octubre de 2015, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de dispositivos domiciliarios del servicio andaluz de teleasistencia de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía” (Expte. CA-12/2015), convocado por la citada Agencia, ente instrumental de la Junta de Andalucía, adscrito a la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, y en consecuencia, anular la citada resolución debiendo procederse conforme ha quedado expuesto en el fundamento octavo de esta resolución.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal en Resolución de 30 de noviembre de 2015.

**TERCERO.** Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

