

11/09 RECURRIBILIDAD DE LAS DECISIONES DE LAS MESAS SOBRE EXCLUSIÓN DE LICITADORES QUE NO INCLUYEN EN LA OFERTA LA MENCIÓN «IVA EXCLUIDO»

Acuerdos de exclusión de ofertas por las mesas de contratación expresión del impuesto sobre el valor añadido en las ofertas. Dictamen sobre si las decisiones de las Mesas de contratación Pública por las que se excluyen licitadores en procedimientos de contratación a los que resulta de aplicación el recurso especial previsto en el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público, son recurribles autónomamente. Remisión a la Circular 4/2009, de 30 de marzo, según la cual los pliegos de condiciones deben expresar claramente que las ofertas económicas deben formularse con la reserva de que en ellas se excluye el Impuesto sobre el valor añadido y que debe reflejarse, como partida independiente, el importe de cada tributo y no el porcentaje o tipo de gravamen¹.

ANTECEDENTES

1.º Como se expresa en el informe emitido por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento, la consulta que da origen al informe versa sobre la calificación del recurso especial en materia de contratación presentado por diversos licitadores en el procedimiento para la adjudicación del contrato de servicios para el control y vigilancia de las obras del proyecto «Cercanías de Madrid. Acceso ferroviario al Aeropuerto de Barajas. Superestructura, electrificación e instalaciones».

El recurso se dirige contra el acuerdo adoptado por la Mesa de contratación, y comunicado a los licitadores el día de la apertura de las proposiciones económicas, en cuya virtud se rechazaron las ofertas de éstos que no incluían, a continuación del importe ofertado, la indicación «IVA excluido».

2.º Tras analizar con todo detalle y rigor las cuestiones planteadas, la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento llega a las siguientes conclusiones:

¹ Dictamen de la Abogacía General del Estado de 27 de julio de 2009 (ref.: A.G. Fomento 7/09). Ponente: Francisco Sanz Gandasegui.

«Primera. El acuerdo adoptado por la mesa de contratación no es susceptible de ser impugnado mediante el recurso especial en materia de contratación, si bien el escrito presentado por los licitadores puede ser tramitado como reclamación, al amparo del párrafo 2º del artículo 37.2 de la LCSP.

Al tramitar el escrito como reclamación presentada al amparo del artículo 37.2, párrafo segundo se consigue que, en lugar de inadmitirlo por motivos formales, pueda entrarse a conocer sobre el fondo del asunto.

Segunda. El caso concreto que se plantea es si procede excluir de la licitación una oferta que no añade, a continuación de la cantidad en euros, la expresión “IVA excluido”. Analizada la oferta, esta Abogacía del Estado considera que, conforme a lo razonado en este informe, no procede excluir por tal motivo dicha oferta, puesto que resulta ajustada al modelo de proposición que figura en el pliego.

Tercera. En cualquier caso, el acuerdo por el que el órgano de contratación resuelva esta reclamación tramitada al amparo del artículo 37.2, párrafo segundo, deberá incluir la indicación de que contra aquél podrá interponerse recurso especial en materia de contratación (siempre que por razón del objeto y el importe del contrato, esté comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 37 de la LCSP).»

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. El artículo 295 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP) regula las Mesas de contratación como órganos de asistencia al órgano de contratación previendo que «salvo en el caso en que la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, en los procedimientos abiertos y restringidos y en los procedimientos negociados con publicidad a que se refiere el artículo 161.1, los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una Mesa de contratación, que será el órgano competente para la valoración de las ofertas. En los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación, la constitución de la Mesa será potestativa para el órgano de contratación».

La Mesa se configura, en consecuencia, como un órgano que asiste al órgano de contratación en la decisión de adjudicación, tramitando un procedimiento administrativo previo para la depuración de las candidaturas y ofertas y, por tanto, selección de la oferta económicamente más ventajosa.

La Mesa de contratación no tiene competencias resolutorias del procedimiento de selección, puesto que lo que formula es una propuesta al órgano de contratación. Así se deduce del artículo 144.1 de la LCSP en el que se prevé que el órgano competente para la valoración de las proposi-

ciones, una vez las examine y valore, formulará «la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación». Por su parte, el artículo 144.2 dispone que «la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión».

Ahora bien, como se expondrá a continuación, esto no quiere decir que la Mesa no adopte actuaciones jurídicas que se integran en la tramitación del procedimiento que son susceptibles de producir efectos frente a terceros y que pueden ser impugnadas autónomamente.

En el ámbito reglamentario debe tenerse en cuenta el contenido del recientemente aprobado Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP que dispone en sus artículos 21 y 22, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

«Artículo 21. Composición de las mesas de contratación.

1. Los órganos de contratación de las administraciones públicas estarán asistidos en los procedimientos de adjudicación abierto, restringido y negociado con publicidad por una mesa de contratación que será competente para la valoración de las ofertas.

(...)

Artículo 22. Funciones de las mesas de contratación.

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, 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.

c) Abrirá las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 182.4 de la Ley de Contratos del Sector Público.

d) Cuando el procedimiento de valoración se articule en varias fases, determinará los licitadores que hayan de quedar excluidos por no superar

11/09 el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

e) Valorará las distintas proposiciones, en los términos previstos en los artículos 134 y 135 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, clasificándolas en orden decreciente de valoración, a cuyo efecto podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

f) Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo.

g) Fuera del caso previsto en la letra anterior, propondrá al órgano de contratación la adjudicación provisional a favor del licitador que hubiese presentado la proposición que contuviese la oferta económicamente más ventajosa según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la licitación. Tratándose de la adjudicación de los acuerdos marco, propondrá la adjudicación a favor de los licitadores que hayan presentado las ofertas económicamente más ventajosas. En aquellos casos en que, de conformidad con los criterios que figuren en el pliego, no resultase admisible ninguna de las ofertas presentadas propondrá que se declare desierta la licitación. De igual modo, si durante su intervención apreciase que se ha cometido alguna infracción de las normas de preparación o reguladoras del procedimiento de adjudicación del contrato, podrá exponerlo justificadamente al órgano de contratación, proponiéndole que se declare el desistimiento.

2. En el procedimiento restringido, la mesa de contratación examinará la documentación administrativa en los mismos términos previstos en el apartado anterior. La selección de los solicitantes corresponderá al órgano de contratación, quien podrá, sin embargo, delegar en la mesa esta función haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Una vez hecha la selección de candidatos y presentadas las proposiciones, corresponderán a la mesa de contratación las mismas funciones establecidas en los apartados *c)*, *d)*, *e)*, *f)* y *g)* del párrafo anterior.

3. En el procedimiento negociado, la mesa, en los casos en que inter venga, calificará la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público y, una vez concluida la fase de negociación, valorará las ofertas de los licitadores, a cuyo efecto podrá pedir los informes técnicos que considere precisos, y propondrá al órgano de contratación la adjudicación provisional.»

Estas previsiones reglamentarias han derogado el 79 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,

aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, aun manteniendo, en cuanto no se opongan a la LCSP, el resto de los preceptos que regulan la actuación de la Mesa, siendo relevantes las siguientes previsiones:

1.^a Calificación de la documentación y defectos u omisiones subsanables (art. 81):

«(...)

2. Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.

3. De lo actuado conforme a este artículo se dejará constancia en el acta que necesariamente deberá extenderse.»

2.^a Valoración de los criterios de selección de las empresas (art. 82):

«La mesa, una vez calificada la documentación a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley y subsanados, en su caso, los defectos u omisiones de la documentación presentada, procederá a determinar las empresas que se ajustan a los criterios de selección de las mismas, a que hace referencia el artículo 11 de este Reglamento, fijados en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con pronunciamiento expreso sobre los admitidos a la licitación, los rechazados y sobre las causas de su rechazo.»

3.^a Apertura de las proposiciones (art. 83):

«1. Una vez realizadas las actuaciones previstas en los dos artículos anteriores, el acto público de apertura de las proposiciones se celebrará en el lugar y día que previamente se haya señalado.

2. Comenzará el acto de apertura de proposiciones dándose lectura al anuncio del contrato y procediéndose seguidamente al recuento de las proposiciones presentadas y a su confrontación con los datos que figuren en los certificados extendidos por los jefes de las oficinas receptoras de las mismas, hecho lo cual se dará conocimiento al público del número de proposiciones recibidas y nombre de los licitadores, dando ocasión a los interesados para que puedan comprobar que los sobres que contienen las ofertas se encuentran en la mesa y en idénticas condiciones en que fueron entregados.

3. En caso de discrepancias entre las proposiciones que obren en poder de la mesa y las que como presentadas se deduzcan de las certificaciones de que dispone la misma, o que se presenten dudas sobre las condiciones de secreto en que han debido ser custodiadas, se suspenderá el acto y se realizarán urgentemente las investigaciones oportunas sobre lo sucedido, volviéndose a anunciar, en su caso, nuevamente en el tablón de

11/09 anuncios del órgano de contratación o del que se fije en los pliegos la reanudación del acto público una vez que todo haya quedado aclarado en la debida forma.

4. El Presidente manifestará el resultado de la calificación de los documentos presentados, con expresión de las proposiciones admitidas, de las rechazadas y causa o causas de inadmisión de estas últimas y notificará el resultado de la calificación en los términos previstos en el artículo anterior.

5. Las ofertas que correspondan a proposiciones rechazadas quedarán excluidas del procedimiento de adjudicación del contrato y los sobres que las contengan no podrán ser abiertos.

6. Antes de la apertura de la primera proposición se invitará a los licitadores interesados a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que en este momento pueda aquélla hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de corrección o subsanación de defectos u omisiones a que se refiere el artículo 81.2 de este Reglamento.»

4.^a Rechazo de proposiciones (art. 84):

«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.»

5.^a Observaciones, igualdad de proposiciones, acta de la mesa y devolución de documentación (art. 87):

«1. Determinada por la mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato. Sobre la vigencia de este artículo se hará una referencia especial más adelante.

2. La mesa de contratación concretará expresamente cuál sea la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa sobre la

que formulará propuesta de adjudicación del contrato. En las subastas, si se presentasen dos o más proposiciones iguales que resultasen ser las de precio más bajo, se decidirá la adjudicación de éstas mediante sorteo.

3. Concluido el acto, se levantará acta que refleje fielmente lo sucedido y que será firmada por el Presidente y Secretario de la mesa de contratación y por los que hubiesen hecho presentes sus reclamaciones o reservas.

4. Las proposiciones presentadas, tanto las declaradas admitidas como las rechazadas sin abrir o las desestimadas una vez abiertas, serán archivadas en su expediente. Adjudicado el contrato y transcurridos los plazos para la interposición de recursos sin que se hayan interpuesto, la documentación que acompaña a las proposiciones quedará a disposición de los interesados.»

De la normativa que se acaba de transcribir se deduce que en la intervención de la Mesa pueden diferenciarse dos fases distintas.

Una primera fase, en que la Mesa comprueba que los candidatos y ofertas presentadas se ajustan a las previsiones de los pliegos y que pueden ser objeto de valoración. En esta primera fase, el Reglamento autoriza a la Mesa a excluir a aquellos ofertantes que no reúnan las condiciones exigibles. A estos efectos, debe subrayarse que el nuevo Reglamento utiliza la expresión «determinará» que parece respaldar el hecho de que la Mesa adopta una verdadera decisión que produce efectos directos en el interesado.

Una segunda fase, en la que la Mesa de contratación analiza las ofertas que se han considerado admisibles, las valora y propone al órgano de contratación la selección de la oferta que entiende económicamente más ventajosa y a la que debe atribuirse el contrato. En la segunda fase no existe duda de que la función de la Mesa es la de preparar la adjudicación por el órgano de contratación y que no adopta en consecuencia decisión alguna. La decisión la adopta el órgano de contratación a través del acto de la adjudicación provisional que es objeto de recurso autónomo. Ahora bien, puede suceder que en esta segunda fase la Mesa de contratación aprecie alguna causa de exclusión de alguna oferta que resulte de su análisis y valoración.

II. La cuestión objeto de consulta se plantea en los supuestos en que, en ambas fases, la Mesa adopta la decisión de excluir una o varias ofertas. En estos casos, no es evidente si las funciones de la Mesa carecen de eficacia jurídica si no son ratificadas por el órgano de contratación o si, aun siendo decisiones sometidas al control y supervisión del órgano de contratación, constituyen verdaderos actos de trámite impugnables en la medida en que se pronuncian sobre el fondo e impiden la continuación del procedimiento. En definitiva, se trata de analizar si los acuerdos de exclusión de ofertas que pueda dictar la Mesa de contratación constituyen actos administrativos susceptibles de impugnación, en su caso, a través del

11/09 recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 37 de la LCSP cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada.

Partiendo de la configuración de la Mesa como órgano de asistencia al órgano de contratación, caben al efecto dos opciones distintas:

– Considerar que sus actos, incluidos los que adopte en la primera fase (y las exclusiones acordadas en la denominada como segunda fase) son «propuestas» de actos de trámite que precisan para su eficacia de la ratificación por el órgano de contratación y que hasta entonces carecen de eficacia jurídica. Las comunicaciones de exclusiones a los licitadores no serían sino propuestas frente a las que caben alegaciones por los licitadores que luego se elevarían para su decisión y que cuando se ratificaran obtendrían realmente eficacia y serían recurribles. Una variante de esta opción es considerar que estos actos sólo pueden recurrirse cuando se resuelva la adjudicación provisional.

– Otra manera de comprender la actuación de la mesa es que se trata de actos de trámite que dicta en el ejercicio de la competencia que la norma le atribuye en el procedimiento de selección de ofertas y que, por ello, son impugnables. De esta manera, se trataría de actos de trámite recurribles y equiparables a los que pueda dictar un instructor de un procedimiento.

La jurisprudencia que se ha podido analizar sobre esta materia no presenta un criterio unánime al respecto. Algunas sentencias abordan decisiones de exclusión de las Mesas de contratación y las fiscalizan sin considerar si son o no competentes para dictar actos administrativos de ese tipo. Otras sentencias consideran este hecho y entienden que la Mesa carece de competencias para excluir una oferta, pero analizan de igual manera su actuación, llegando a la conclusión de que se trata de un acto impugnabile. Este es el caso de la sentencia de 26 de enero de 2005 del Tribunal Supremo. En esta sentencia, el Alto Tribunal recoge los argumentos utilizados por la sentencia de instancia (del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) sobre los que, sin embargo, no se pronuncia expresamente pero tampoco censura y en la que se impugnaba una resolución de una Mesa de contratación.

La sentencia se manifiesta en los siguientes términos:

«Primero. El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2001 por la Sección Octava del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la causa 1880/1997 en cuya virtud acuerda estimar el recurso presentado por la representación de ‘Compañía Electrónica de Técnicas Aplicadas’ contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación del Servicio Central de Suministros en el Concurso 2/97 (ratificado por Acuerdo de 4 de agosto del mismo año), por el que se excluye a la hoy actora del expresado concurso en razón a que el bastanteo del Abogado del Estado de la garantía

provisional aportada dentro del plazo de subsanación llevaba fecha posterior al cierre de presentación de plicas de dicho concurso.

Se hace preciso, pues, destacar de los fundamentos TERCERO: «Ciertamente que la Mesa de Contratación –único órgano que ha adoptado la decisión de excluir a la actora del concurso (basta analizar el contenido de las Actas obrantes en el expediente)– carece de facultades decisoras. Es un mero órgano de asistencia y propuesta del órgano de contratación (art. 82 de la Ley 13/95), pero no es menos cierto que esa decisión –que, entiende la Sala, corresponde al órgano de contratación quien debería haber ratificado la ‘propuesta-decisión’ de la Mesa– cierra el procedimiento para la demandante en cuanto le impide continuar en el concurso por lo que, cuando menos, es un acto de trámite cualificado susceptible de impugnación autónoma por el excluido.»

Por el contrario, en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2004, el Alto Tribunal considera que la exclusión de una oferta no puede acordarse por la Mesa de Contratación, cuando, en sus fundamentos jurídicos cuarto y quinto dice:

«Cuarto. A solución distinta hemos de llegar al pronunciarnos sobre los demás motivos, en los que se invoca en definitiva por las partes recurrentes el principio de conservación de la eficacia de los actos administrativos, con cita y referencia como infringidos por la Sentencia impugnada del artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (motivo cuarto de ambos recursos), el artículo 64 de la misma Ley (motivo quinto del recurso del Ayuntamiento), y el artículo 65 del citado texto legal (motivo sexto del recurso del Ayuntamiento). Sin embargo la afirmación anterior no significa que debamos acoger todos los motivos.

Así no debe acogerse el motivo sexto del recurso del Ayuntamiento. El artículo 65 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se refiere a los actos viciados que contengan elementos de otro distinto que pueda reputarse válido. En el caso de autos se trata del acto de trámite de exclusión de una oferta por la Mesa y del acto definitivo de adjudicación del contrato. Hay que tener en cuenta que el artículo 65 citado se está refiriendo a supuestos en que se hayan dictado dos actos definitivos, por lo que no es aplicable cuando uno de los dos actos es un acto de trámite.

Pero debemos llegar a una solución distinta respecto al motivo cuarto de ambos recursos y al motivo quinto del recurso del Ayuntamiento, en los que se alega vulneración de los artículos 63.2 y 64 de la Ley 30/1992, si bien para ello debemos hacer uso de la facultad de integrar en los hechos admitidos por el Tribunal a quo otros omitidos por éste, facultad que nos otorga el artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional). En el presente supuesto esa integración se refiere al dato decisivo que alegan las partes recurrentes y que se desprende de los autos de que, pese a que formalmente se había excluido la oferta por la Mesa de Contratación, la referida oferta fue considerada por la Comisión Informativa y sobre ella versó al menos en parte el debate del Pleno del Ayuntamiento. Esta integración de hechos es tanto más pertinente cuanto que la razón de decidir de la Sentencia, que se apoya en cita expresa de la Sentencia de este Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1998, es que la Mesa excluyó la oferta y la exclusión

supone privar al órgano resolutorio de facultades para considerar aquella oferta excluida.

Toda vez que en este caso ello no sucedió así, debemos pronunciarnos sobre los motivos citados que se invocan. Al hacerlo hemos de concluir que efectivamente existió un defecto de forma o procedimiento, ya que la Mesa de Contratación no debió excluir la variante de la oferta sino proponer su exclusión, pero ello no impidió al órgano resolutorio de la adjudicación del contrato considerar la variante de la oferta presentada. En consecuencia el acto no carecía de los requisitos necesarios para alcanzar su fin ni produjo indefensión (art. 63.2 de la Ley 30/1992). Esta última afirmación se refiere al acto definitivo. En cuanto al acto de trámite dictado por la Mesa se trataba de un acto del procedimiento que adolecía de un defecto determinante de anulabilidad pero no implicaba la de los actos sucesivos del procedimiento, en este caso la adjudicación del contrato. Pues como se ha apuntado antes la cuestión decisiva es que la oferta formalmente excluida fue considerada en el debate del Pleno del Ayuntamiento.

Por ello, a la vista de que el Tribunal a quo, como consecuencia de haber omitido la apreciación de determinados hechos, en el supuesto el de que por el órgano resolutorio se deliberó sobre la oferta, hemos de entender que la Sentencia impugnada vulneró por inaplicación los artículos 63.2 y 64 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Por tanto debemos acoger los motivos cuartos de ambos recursos y el motivo quinto del recurso de Ayuntamiento, estimar los recursos citados, y declarar que ha lugar a la casación de la Sentencia impugnada.

Quinto. A la vista de ello debemos resolver con plena potestad de jurisdicción el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto. Pero de los Fundamentos de Derecho anteriores ya se deduce que debe ser desestimado. No obstante haber existido un defecto de forma, pues la Mesa de Contratación no debió excluir la variante de la oferta sino proponer su exclusión, la anulabilidad de este acto de trámite no implicó la de los actos sucesivos del procedimiento. La adjudicación del contrato que realizó el Pleno del Ayuntamiento, tras debatir sobre esta propuesta como también sobre las demás, no supuso la carencia en dicho acto definitivo de los elementos necesarios para que cumpliera su fin, ni produjo indefensión.

Por ello debe desestimarse el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia y confirmarse la adjudicación por el Ayuntamiento del contrato administrativo.»

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1998, citada en la sentencia que se acaba de transcribir, no censura, como de ella parece deducirse, que la decisión de exclusión pueda ser adoptada por la Mesa, cuando dice:

«Cuarto. El motivo de impugnación expuesto plantea la cuestión de si la Mesa de Contratación procedió conforme a derecho al excluir a (...) del concurso por no haber presentado el documento original del aval prestado como garantía provisional para participar en el mismo, o si, en lugar de la exclusión, al apreciar el defecto en que incurría la documentación aportada, debió conceder a (...) un plazo de tres días

para su subsanación, aplicando el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado.

(...)

El artículo 101, párrafo segundo, inciso segundo, del Reglamento General de Contratación del Estado previene que si la Mesa observare defectos materiales en la documentación presentada podrá conceder, si lo estima conveniente, un plazo no superior a tres días para que el licitador subsane el error. La presentación de un resguardo que acredita la prestación del aval, en lugar del documento original en que éste se constituye, debe calificarse como un defecto material y, en consecuencia, subsanable, pues no se trata de la falta de aportación de un documento, sino de su justificación por un medio cuyo defecto puede fácilmente corregirse, dando tres días a la empresa interesada para la presentación del referido documento original.

La Mesa de Contratación, al no considerar el defecto subsanable y excluir definitivamente a (...) del concurso, incurrió en infracción del artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado, lo que determina que, en este punto, debamos desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Servicio Andaluz de Salud y confirmar la anulación de los actos administrativos impugnados que decreta la Sentencia de 13 de septiembre de 1991, y, como consecuencia de dicha anulación, la del contrato suscrito con 'Eurolimp, S.A.»

En la sentencia de 15 de enero de 1999, el Tribunal Supremo tampoco censura el hecho de que la decisión de exclusión fuera adoptada formalmente por la Mesa de contratación, contra la que, además, se interpuso recurso de alzada, sino que se pronuncia directamente sobre el fondo, como se deduce de su fundamento jurídico segundo cuando expresa:

«Segundo. El artículo 101, párrafo segundo, inciso segundo, del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (redactado conforme al Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre), establece que si la Mesa observare defectos materiales en la documentación presentada podrá conceder, si lo estima conveniente, un plazo no superior a tres días para que el licitador subsane el error.

En el supuesto sobre el que versa la apelación que examinamos no se trata de la falta de presentación del documento que acredita la prestación de la fianza provisional para tomar parte en el concurso. Tampoco es un caso en que dicha fianza, aportada en la modalidad de aval bancario, se encontrase extendida a favor de una tercera persona ajena al concursante. El aval bancario estaba constituido a favor de don (...), que era el socio de don (...) (el firmante de la proposición), habiendo ambos explotado conjuntamente el servicio de cafetería del (...), objeto del concurso, como constaba en el contrato celebrado con la Administración el 2 de enero de 1989. Esta circunstancia le fue hecha presente a la Mesa de Contratación por don (...). Sin embargo la Mesa, en lugar de conceder tres días para la subsanación del defecto, excluyó al concursante don (...) por no estar debidamente documentada la relación social que se alegaba.

Al constar presentado el documento en que se formalizaba el aval bancario y manifestarse por los interesados la relación social que los unía, que figuraba en el anterior contrato celebrado con la Administración para la explotación de los servicios de Bar-Cafetería en el (...), objeto del nuevo concurso, debemos entender, como lo ha hecho la Sala de primera instancia, que el defecto apreciado era un defecto material y subsanable, con la simple acreditación de la relación social entre los interesados o mediante la presentación de un aval a favor del socio que suscribió la proposición del contrato. No existe un defecto sustancial de falta de presentación del aval o de aval extendido a favor de un tercero ajeno a la persona del concursante. Hay un defecto material en la confección del aval a favor de uno de los socios, en lugar de hacerlo a favor del otro, fácilmente subsanable y que se puso de manifiesto a la Mesa de Contratación en el momento del examen y calificación de la documentación presentada por las empresas que tomaban parte en el concurso. Al no conceder un plazo de tres días para la subsanación del defecto la Mesa infringió lo prevenido en el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado, lo que determina que debemos confirmar la Sentencia de 27 de noviembre de 1991, objeto de la presente apelación, que obliga a la Mesa a verificar el aludido trámite.

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, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores Sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972, 27 de noviembre de 1984 y 19 de enero de 1995.

La Mesa de Contratación no dispone de facultades discrecionales para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación, sino que, ante un defecto como el que se cuestiona, debió conceder tres días para su subsanación, como establece el artículo 101 del Reglamento General de Contratación. La frase «si lo estima conveniente», contenida en el indicado precepto, debemos referirla a la correcta apreciación por la Mesa de la naturaleza del defecto concurrente, no a la concesión de unas facultades discrecionales que excluyan su criterio de revisión a través de los oportunos recursos.»

III. Como se avanzaba, la jurisprudencia no tiene un planteamiento claro sobre esta cuestión y más parece que atiende a las circunstancias del caso con el objetivo de analizar la cuestión sustantiva de la exclusión más allá de las objeciones procedimentales sobre la impugnabilidad o no del acuerdo.

Al análisis hasta ahora realizado sobre la cuestión debe añadirse la perspectiva y exigencias del Derecho comunitario, máxime tratándose de

un contrato sujeto a regulación armonizada y en ello es fundamental la cita de la Directiva 89/665/CE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) que la interpreta. Es conocido que el Derecho Comunitario exige que los Estados Miembros adopten un sistema de recursos ágiles y eficaces que permitan que las presuntas vulneraciones del procedimiento contractual puedan ser impugnadas por los licitadores en tiempo útil, de modo que no se constituyan situaciones irreversibles que mermen la eficacia de la estimación de un recurso.

A estos efectos, resulta de particular interés la cita de la sentencia del TJCE (Sala Sexta), de 19 junio 2003, asunto C-249/2001, en un caso en el que se aborda precisamente la impugnabilidad del acto de exclusión de una oferta con carácter previo a su valoración.

El Tribunal reconoce que aunque es posible acordar la exclusión de una oferta en la fase de decisión sobre la adjudicación del contrato siempre que se motive y se dé oportunidad para recurrir, lo deseable es que la exclusión de la oferta, entendiendo como tal la decisión mediante la cual la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a esta selección, sea una decisión contra la cual sea posible la interposición autónoma de un recurso.

En palabras del propio Tribunal:

«22. A este respecto, es preciso recordar que, como se desprende de sus considerandos primero y segundo, la Directiva 89/665 pretende reforzar los mecanismos existentes destinados a garantizar, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos, en particular en la fase en que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse. A tal efecto, el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que las decisiones ilícitas adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (véanse, en concreto, las sentencias Alcatel Austria y otros, antes citada, apartados 33 y 34, y de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/1999, Rec. pg. I-0000, apartado 74).

23. Pues bien, es preciso señalar que se pondría en entredicho la plena consecución del objetivo que persigue la Directiva 89/665 si el órgano responsable de los procedimientos de recurso previstos por esta Directiva pudiera denegar el acceso a dichos procedimientos a un licitador que alega la ilegalidad de la decisión de la entidad adjudicadora que no consideró que su oferta fuera la más ventajosa, debido a que la propia entidad adjudicadora cometió el error de no descartar dicha oferta antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta.

24. En efecto, no cabe ninguna duda de que la decisión mediante la cual la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a esta selección constituye una decisión contra la cual debe ser posible la interposición de un recurso, en virtud del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, ya que esta disposición es aplicable a todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras

que están sujetas a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos (véanse, en particular, las sentencias de 18 de junio de 2002, HI, C-1992/2000, Rec. pg. I-5553, apartado 37, y de 23 de enero de 2003, Makedoniko Metro y Michaniki, C-57/2001, Rec. pg. I-0000, apartado 68) y no establece ninguna restricción por lo que se refiere a la naturaleza y el contenido de dichas decisiones (véanse, en particular, las sentencias Alcatel Austria y otros [TJCE 1999, 255], apartado 35, y HI [TJCE 2002, 202], apartado 49, antes citadas).

25. En consecuencia, si la oferta del licitador hubiera sido descartada por la entidad adjudicadora en una fase anterior a la de la selección de la mejor oferta, debería haberse permitido impugnar la legalidad de la decisión de exclusión de su oferta mediante los procedimientos de recurso previstos por la Directiva 89/665, como persona que se ha visto perjudicada o que puede verse perjudicada por dicha decisión.

26. En estas circunstancias, el hecho de que el órgano responsable de los procedimientos de recurso deniegue el acceso a dichos procedimientos a un licitador que se encuentra en una situación como la del señor (...) tendría el efecto de privarle no solamente de su derecho de recurso respecto a la decisión cuya ilegalidad alega, sino también del derecho a impugnar la fundamentación del motivo de exclusión invocado por dicho órgano para denegarle la condición de persona que se ha visto o que puede verse perjudicada por la ilegalidad alegada.

27. Si bien es cierto que, con el fin de paliar esta situación, se reconoce al licitador el derecho a impugnar la fundamentación de dicho motivo de exclusión en el marco del procedimiento de recurso promovido por éste para impugnar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora que no consideró que su oferta fuera la más ventajosa, no cabe excluir que, al final de este procedimiento, el órgano que conoce del recurso llegue a la conclusión de que dicha oferta debería efectivamente haberse descartado previamente y que el recurso del licitador debe ser desestimado debido a que, por esta circunstancia, no se ha visto o no puede verse perjudicado por la infracción que alega.

28. No obstante, a falta de una decisión de exclusión de la oferta del licitador adoptada por la entidad adjudicadora en la fase adecuada del procedimiento de adjudicación, debe considerarse que la forma de proceder descrita en el apartado anterior es la única que puede garantizar a dicho licitador el derecho a impugnar la fundamentación del motivo de exclusión sobre la base del cual el órgano responsable de los procedimientos de recurso tiene previsto declarar que no se ha visto o que no puede verse perjudicado por la decisión cuya ilegalidad alega y, por consiguiente, la única que puede asegurar la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos en todas las fases del procedimiento de adjudicación.

29. A la luz de las anteriores consideraciones, procede contestar a la segunda cuestión que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 se opone a que se deniegue a un licitador el acceso a los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva para impugnar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora de no considerar que su oferta fuera la más ventajosa debido a que esta oferta debería haber sido des-

cartada previamente por dicha entidad adjudicadora por otras razones y que, por este motivo, el licitador no se ha visto ni puede verse perjudicado por la ilegalidad que alega. En el marco del procedimiento de recurso que puede así instar dicho licitador, debe permitírsele impugnar la fundamentación del motivo de exclusión sobre la base del cual el órgano responsable de los procedimientos de recurso tiene previsto declarar que no se ha visto o que no puede verse perjudicado por la decisión cuya ilegalidad alega.»

IV. En el informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento se considera que la Mesa de contratación no adopta o dicta actos administrativos, porque sólo es un órgano de asistencia al órgano de contratación. La mesa únicamente formularía propuestas, como la propuesta de adjudicación provisional o la de exclusión de un licitador (por defectos no subsanados o insubsanables en su documentación, por apartarse su proposición del modelo aprobado por el órgano de contratación, etc.). Al no encontrarse, además, entre los actos citados en el artículo 37 de la LCSP, sus actos no serían recurribles, de modo que sólo cabría contra ellos las reclamaciones por defectos en la tramitación previstas en el artículo 37.2 de la LCSP, sin perjuicio de poder interponer dicho recurso contra el acto administrativo que dictara el órgano de contratación al resolver la reclamación. El licitador excluido podría también interponer el recurso especial contra la adjudicación provisional por indebida exclusión del procedimiento.

Ahora bien, a la vista del Derecho Comunitario y de la propia configuración normativa de las Mesas de contratación, antes expuesta, el carácter de órgano de asistencia de la mesa de contratación no puede ser un obstáculo para que algunas de sus decisiones puedan calificarse de verdaderos actos administrativos, aunque se trate de actos de trámite.

Aunque la decisión de la mesa de excluir a un licitador es una propuesta al órgano de contratación para que la confirme (implícita o tácitamente, al realizar la adjudicación provisional de acuerdo con la propuesta de la mesa y, por tanto, sin considerar la proposición de la empresa excluida) o la modifique (por ejemplo, modificando expresamente la previa decisión de la mesa o separándose de la propuesta de adjudicación provisional por haber excluido ésta indebidamente –a juicio del órgano de contratación– a un licitador), no cabe duda de que tal decisión produce efectos frente al licitador excluido. Así, la decisión de la mesa sería un acto administrativo ejecutivo, puesto que produce el inmediato efecto de separar del procedimiento a la empresa o licitador excluido, sin que para ello haya que esperar a la confirmación del órgano de contratación; es decir, se trata de una decisión que determina que el procedimiento de contratación prosiga en sus fases de valoración de las proposiciones y formulación de una propuesta de adjudicación sin el concurso ya del excluido.

Así se consideró por este Centro Directivo en el informe AEH Subsecretaría 3/05, de 22 de septiembre de 2005, citado en el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, bien es cierto que con la

11/09 peculiaridad que en el caso se analizaba la actuación de la Junta de Contratación del Ministerio de Economía y Hacienda en cuyas competencias confluyen las propias de la Mesa y del Órgano de contratación cuando se razona:

«Pues bien, el supuesto que se examina tiene perfecto encaje en una de las excepciones que acaban de indicarse a la regla de la irrecurribilidad separada de los actos de trámite, cual es la de los actos de esta clase que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento. En efecto, si por consecuencia del acto de calificación, por parte de la Junta de Contratación, de la documentación presentada por los licitadores, uno o varios de ellos quedan excluidos del procedimiento de licitación, no puede negarse que dicho acto de calificación (acto de trámite) determina la imposibilidad de continuar el procedimiento de contratación respecto del licitador o licitadores excluidos (sin perjuicio de que continúe hasta su conclusión respecto de los no excluidos, lo que, a los efectos de que se trata aquí, resulta indiferente); es justamente la caracterización del procedimiento de contratación como un procedimiento de concurrencia competitiva y, por tanto, como un procedimiento con múltiples interesados lo que determina que la excepción de que se trata deba considerarse en relación con cada uno de ellos para que pueda ser apreciada: basta con que por consecuencia del acto de trámite quede excluido un interesado para que pueda entenderse que el acto de trámite determina respecto de él la imposibilidad de continuar el procedimiento. Si a la anterior consideración se une el criterio, reiteradamente mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid., por todas, la sentencia de 15 de marzo de 1997, Ar. 1677), de que la categoría de los actos de trámite debe ser interpretada de manera limitada y restrictiva, debiendo decidirse los casos dudosos a favor de su recurribilidad por postularlo así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, habrá que entender que el acto de calificación, por la Junta de Contratación, de la documentación presentada por los licitadores que tenga por consecuencia la exclusión de uno o varios de ellos será recurrible separadamente por el licitador o licitadores excluidos.

En conclusión, este Centro Directivo entiende, compartiendo el criterio de la Abogacía del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda, que el acto de calificación de la Junta de Contratación que produzca el efecto de excluir a uno o varios licitadores es un acto decisorio y de trámite que, por determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento, es susceptible de impugnación separada por el licitador o licitadores excluidos, impugnación que, por no tratarse de un acto que ponga fin a la vía administrativa según lo razonado antes (sólo ponen fin a la vía administrativa los actos de la Junta de Contratación enumerados en el artículo 59.1 del TRLCAP), ha de efectuarse mediante la interposición del oportuno recurso de alzada.»

V. El artículo 37.2 LCSP permite la interposición del recurso especial contra «los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que estos últimos 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».

11/09

Este Centro Directivo considera que la decisión de la Mesa de excluir a un licitador que, sin confirmación alguna, expresa o implícita, del órgano de contratación, lo separa del procedimiento de forma inmediata, es uno de los casos en que los actos de trámite pueden ser impugnables separadamente de la adjudicación provisional, tanto desde la perspectiva del Derecho administrativo general español como, particularmente, del Derecho Comunitario.

Por ello, hay que concluir que, aunque la decisión final sobre todas y cada una de las actuaciones de la Mesa corresponda al órgano de contratación, la decisión de exclusión de un licitador, en la medida en que no precisa formalmente la confirmación por parte de dicho órgano para que sea eficaz y produce un efecto inmediato sobre aquél, ha de ser susceptible del recurso especial en materia de contratación, de modo que el licitador excluido podrá formular dicho recurso contra la decisión de la Mesa de contratación y solicitar, si así lo estima pertinente, la adopción de algunas de las medidas provisionales previstas en el artículo 38 LCSP.

La competencia para conocer y resolver este recurso corresponde, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4 del artículo 37 al órgano de contratación o, en el caso de entidades distintas a la Administración Pública, al Departamento, Ente u Organismo de que dependan de acuerdo con los plazos y el procedimiento de tramitación previsto en el referido artículo 37 y en el 38 de la LCSP. Todo ello sin perjuicio de que, en aplicación de las disposiciones que regulan la actuación de las Mesas, antes transcritas, éstas agoten las posibilidades de subsanación de los defectos formales evitando de esta manera la formulación de recursos.

Dado que se trata de un acto recurrible, la Mesa de Contratación debe notificar el acuerdo de exclusión conforme establece la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en beneficio de la transparencia y conocimiento por el resto de los licitadores, también en el perfil del contratante de la entidad.

Si el licitador no recurriera el acto de exclusión en plazo, debidamente notificado, el acto devendría firme, y no podrá impugnarla con ocasión de la adjudicación provisional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que dispone que no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos confirmatorios de otros consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al interpretar las Directivas sobre recursos como sucede en la sentencia de 11 de octubre de 2007, Caso Lämmerzahl GmbH contra Freie Hansestadt Bremen, asunto C-241/06 en los fundamentos jurídicos 50 y siguientes cuando dice:

«50. Por lo que respecta a la primera parte de esta cuestión, debe recordarse que la Directiva 89/665 no se opone a una normativa nacional que establezca que los recursos contra una decisión de la entidad adjudicadora deben formularse dentro de un plazo fijado a tal efecto y que cualquier irregularidad del procedimiento de adjudicación que se alegue en apoyo de dicho recurso debe invocarse dentro del mismo plazo, so pena de caducidad, de forma que una vez transcurrido éste ya no es posible impugnar tal decisión o invocar dicha irregularidad, siempre que el plazo en cuestión sea razonable (sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 79, y de 27 de febrero de 2003, *Santex*, C-327/00, Rec. p. I-1877, apartado 50).

51. Esta posición se basa en la consideración de que la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si los candidatos y licitadores pudieran alegar en cualquier momento del procedimiento de adjudicación infracciones de las normas de adjudicación de contratos públicos, obligando con ello a la entidad adjudicadora a iniciar de nuevo la totalidad del procedimiento a fin de corregir dichas infracciones (sentencia *Universale-Bau* y otros, antes citada, apartado 75).

52. Sin embargo, los plazos de caducidad nacionales, y sus condiciones de aplicación, no deben, por su naturaleza, imposibilitar ni dificultar excesivamente en la práctica el ejercicio de los derechos que el Derecho comunitario confiere, en su caso, al interesado (sentencia *Santex*, antes citada, apartado 55; véase asimismo, en este sentido, la sentencia *Universale-Bau* y otros, antes citada, apartado 73).»

Finalmente, procede analizar la compatibilidad de las conclusiones alcanzadas con la previsión del artículo 87.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, antes transcrito, según el cual «determinada por la mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato».

En relación con este precepto, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, y en relación con la conformidad a Derecho de la existencia del acto al que se refiere, la doctrina contenida en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 25/02, de 17 de diciembre de 2002, en el que, tras analizar el mencionado precepto llegaba a la siguiente conclusión que comparte este Centro Directivo:

«El artículo 87.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la medida que extiende al concurso lo

previsto para la subasta para la determinación en acto público de la proposición económicamente más ventajosa y propuesta de adjudicación a su favor, está en contradicción con los artículos 88.1 y 90 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que prevalecen sobre aquel precepto reglamentario, por lo que el acto público previsto en este último precepto no debe comprender la determinación de la oferta más ventajosa ni la propuesta de adjudicación a su favor.»

A las consideraciones anteriores debe añadirse, desde la perspectiva de los recursos contra los actos dictados en el procedimiento contractual, que el sistema de reclamaciones que prevé el artículo 87.1 del referido Reglamento ha de considerarse derogado por la normativa prevista en la LCSP para el recurso especial en materia de contratación en su artículo 37 y a la que se ha hecho referencia a lo largo de este informe. En efecto, el sistema de impugnación de los actos dictados en materia de contratación es el previsto en dicho precepto que enumera, de una parte, los actos que pueden ser sometidos a impugnación (anuncio de licitación, pliegos, adjudicación provisional, etc.), enumeración a la que hay que añadir los actos de trámite cualificados que, como la exclusión de las ofertas, son susceptibles de subsumirse en el apartado 2 de dicho artículo 37. Habiéndose establecido un régimen de impugnación que responde a la exigencia (impuesta por el Derecho Comunitario) de que se instaure un medio de resolución de controversias ágil y eficaz, no se compadece bien con dicho régimen un sistema de más complejidad que exige, en primer término, formular una reclamación contra el acuerdo de la Mesa de contratación ante el órgano de contratación y, una vez resuelta esa reclamación, interponer el verdadero recurso.

VI. Por otra parte, y en cuanto al contenido de la reclamación, el informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento valora el hecho de que la Mesa de contratación haya excluido a las empresas por no haber añadido, a continuación de la cantidad en euros, la expresión «IVA excluido».

Según se expresa en el informe:

«en opinión de esta Abogacía del Estado, no procede excluir por tal motivo la proposición económica puesto que resulta ajustada al modelo de proposición que figura en el pliego:

El modelo de pliego no exige ni expresa ni implícitamente que se incluya a continuación de la cantidad la mención “IVA excluido”.

– La mención “IVA excluido” aparece en el modelo de proposición entre paréntesis, es decir, con una finalidad meramente aclaratoria para el licitador: Indicándole que la cantidad a consignar debe figurar sin IVA, al igual que se le indica que debe figurar “en cifra”; pero sin que ello obligue al licitador a repetir en su oferta, una vez señalada la cantidad, cualquiera o ambas aclaraciones.

Por ello, se concluye que “analizada la oferta, esta Abogacía del Estado considera que, conforme a lo razonado en este informe, no procede excluir por tal motivo dicha oferta, puesto que resulta ajustada al modelo de proposición que figura en el pliego”.»

Este Centro Directivo muestra su completa conformidad con el criterio de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento, al interpretar el pliego de condiciones del contrato y considerar que la oferta presentada se ajusta a dicho pliego.

Sin embargo, como la Abogacía del Estado conoce perfectamente, debe recordarse que la Circular 4/2009, de 30 de marzo ha interpretado el artículo 129.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en el sentido de que cuando se alude al «importe» del IVA, se desprende que lo que el legislador impone a los licitadores es la indicación, en sus proposiciones económicas, de la cifra a la que ascendería la cuota tributaria del referido impuesto, esto es, la cifra resultante de aplicar a la base imponible (el precio ofertado por el contratista que resulte adjudicatario) el correspondiente tipo de gravamen. Siendo clara la redacción del artículo 129.5 de la LCSP, no resulta admisible una interpretación (in claris non fit interpretatio) con arreglo a la cual los licitadores hayan de consignar en sus proposiciones económicas no el importe del IVA (o cantidad que deba ser repercutida a la Administración o entidad contratante), sino el porcentaje (tipo de gravamen) del IVA vigente al tiempo de presentar sus proposiciones.

Dado que lo que se consulta es el contenido del modelo de proposición económica que el órgano de contratación haya de incorporar a los Pliegos-Tipo que apruebe, la respuesta no puede ser otra que la de sujeción del órgano de contratación al mandato contenido en el artículo 129.5 de la LCSP. En consecuencia, el modelo de proposición económica anexo a los Pliegos-Tipo que apruebe el órgano de contratación ha de exigir que los licitadores reflejen, como partida independiente, el importe del IVA que haya de ser repercutido.

Por consiguiente, y sin perjuicio del carácter subsanable de los errores que en esta materia puedan cometerse, se entiende que los pliegos de condiciones deben expresar claramente que las ofertas económicas deben formularse con la reserva de que en ellas se excluye el IVA y de que debe reflejarse, como partida independiente, el importe del IVA.

En virtud de todo lo expuesto, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. Este Centro Directivo considera que la decisión de una Mesa de contratación de excluir a un licitador por no reunir alguno de los

requisitos establecidos bien en las normas que rigen la contratación o en los pliegos de cláusulas administrativas, separándole del procedimiento de forma inmediata, es un acto de trámite que resulta ser impugnabile separadamente de la adjudicación provisional, tanto desde la perspectiva del Derecho administrativo general español como, particularmente, del Derecho Comunitario.

Segunda. Por ello, aunque la decisión final sobre todas y cada una de las actuaciones de la Mesa corresponda al órgano de contratación, la decisión de exclusión de un licitador, en la medida en que no precisa formalmente la confirmación por parte de dicho órgano para que sea eficaz y produce un efecto inmediato sobre aquél, ha de ser susceptible del recurso especial en materia de contratación, de modo que el licitador excluido podrá formular dicho recurso contra la decisión de la Mesa de contratación y solicitar, si así lo estima pertinente, la adopción de algunas de las medidas provisionales previstas en el artículo 38 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercera. Como se expresa en la Circular 4/2009, de 30 de marzo, los pliegos de condiciones deben expresar claramente que las ofertas económicas deben formularse con la reserva de que en ellas se excluye el Impuesto sobre el Valor Añadido y de que debe reflejarse, como partida independiente, el importe de dicho tributo y no el porcentaje o tipo de gravamen.

Todo ello sin perjuicio del carácter subsanable de defectos tanto del error de cálculo del importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido, como la indicación, en la proposición económica, del porcentaje o tipo de gravamen del tributo aplicable, en lugar del importe del Impuesto sobre el Valor Añadido a repercutir.