

Informe 2/2007, de 12 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre “valoración de las ofertas cuando concurren licitadores exentos de IVA junto con otros no exentos”

I ANTECEDENTES

Por el Presidente de la ASOCIACION DE EMPRESAS DE SERVICIOS DE RESIDENCIAS PARA LA TERCERA EDAD (AESTE), se solicita informe sobre **“valoración de las ofertas cuando concurren licitadores exentos de IVA junto con otros no exentos”**, remitido por conducto reglamentario a la Presidencia de la Junta con fecha 23 de febrero de 2007, en escrito del siguiente tenor literal:

1.-La Asociación empresarial que represento, de ámbito nacional, agrupa a las grandes empresas del sector de servicios sociales, que desarrollan su actividad en todo el territorio del Estado, y en concreto en la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante residencias, centros de días, y otros servicios, para las personas de la tercera edad, alcanzando su actividad hasta 145.000 usuarios.

Las empresas agrupadas en AESTE representan un importante porcentaje del total de empresas que contratan con las Administraciones públicas "(Administraciones Autonómicas y Administraciones Locales), mediante el sistema de concertación de plazas, la ocupación de sus Residencias y Centros de día por cuenta de la propia Administración.

En los procesos de contratación que se tramitan las Administraciones Publicas para la concertación de plazas concurren licitadores que persiguen lícitamente un ánimo de lucro y están sujetos al IVA, como son las empresas asociadas a

AESTE, junto con otros licitadores sin ánimo de lucro que están sujetos al tipo reducido e incluso no sujetos al citado tributo.

Esta concurrencia de licitadores con fines sociales diferentes produce sin duda alguna una distorsión económica perjudicial discriminatoria para las empresas que represento que con arreglo a derecho debe ser corregida en aras del principio de igualdad.

La discriminación se produce desde el instante que las empresas sujetas a IVA deben incluir en sus ofertas el precio del servicio mas el IVA, mientras que los licitadores no sujetos a IVA presentaran sus ofertas incluyendo únicamente el precio del servicio que se licita, lo que supone que las ofertas a considerar por la Administración contratante no son homogéneas al incluir un elemento distorsionador como es el IVA en un caso a devengar y en el otro no.

La supresión de dicha discriminación supone el que la Administración contratante solo considere en el momento de adjudicar el contrato únicamente la oferta referente el precio del contrato sin considerar el IVA.

Los contratos de las Administraciones Públicas deben ajustarse a los principios de publicidad y concurrencia y en todo caso a los de igualdad y no discriminación. .

El principio de igualdad de trato, del que la prohibición de discriminación no es sino una expresión específica, es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. De acuerdo con este principio, hay obligación de no tratar de forma diferente situaciones similares.

Estos principios se fundamentan en valores que proclama la Constitución Española (art. 14) y en valores que con otra significación, se derivan del mismo Tratado Constitutivo de la Unión Europea y que han tenido expresión en las Directivas referidas a la contratación pública.

2.-El compareciente en su calidad, de Presidente de AESTE, tiene legitimación adecuada para realizar la presente actuación, ya que conforme a la normativa vigente, el art. 17 del Real Decreto 30/ 1.991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y el, del Gobierno de Aragón, Decreto 82/2.006, de 4 de enero, por el que se regula la organización y funciones de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los sectores de contratación administrativa podrán elevar peticiones para que emitan Informes por el Órgano administrativo al que me dirijo.

3.-Precedente esencial en la fundamentación de esta reclamación se encuentra en el: Informe 1/2005, de 5 de maig, de la Comissio Permanent de la Junta Consultiva de Contratacio Administrativa de la Generalitat de Catalunya. Assumpte: Tipificacio dels contractes de gestio dels habitatges amb serveis per a la gent gran, gestio del Server d'accio socioeducativa en medi obert i contractes per a la promocio, dinamitzacio i organitzacio de les activitats culturals, artistiques i socioculturals en centres civics. Valoracio de les ofertes quan concorren empreses licitadores exemptes d'IVA o amb tipus reduit.

Se adjunta con el presente escrito copia de dicho Informe y su traducción al castellano para facilitar su localización.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, emitió el Informe 1/2005, de 5 de mayo, de la Comisión Permanente, manifestando sus criterios para la valoración de las ofertas cuando concurren empresas licitadoras exentas de IVA o a tipo reducido, para la correcta aplicación del art. 86 en relación con el artículo 11 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas.

En dicho Informe la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya determina que para resolver estas situaciones se ha de tener presente el principio de igualdad,

rector de la contratación pública y previsto en el art. 11 del TRLCAP, así como la necesidad que los criterios de adjudicación de los contratos sean objetivos, prevista en el art. 86 del mismo TRLCAP.

En consecuencia se da una premisa necesaria en todo procedimiento de adjudicación que es la necesidad que los valores en función de los cuales se adjudique el contrato sean aplicables en condiciones de igualdad sobre ofertas que sean comparables, y por tanto, constituidas por elementos homogéneos.

Delante de esto, los órganos y los servicios de contratación han de llevar a cabo una doble labor: en primer lugar, una labor preventiva de detección que en un determinado procedimiento de contratación, en función de la naturaleza judicial de las prestaciones que conforman el contrato y por aplicación del artículo 20 de la Ley de IVA, pueden concurrir empresas plenamente sujetas al impuesto y otras que, por circunstancias subjetivas, estén exentas.

En segundo lugar, detectada la potencial situación de desigualdad de ofertas a causa de las eventuales exenciones subjetivas, habrá que incorporar en los pliegos de cláusulas administrativas una indicación por la cual se requiera que las ofertas económicas detallen, por separado, la cuantía correspondiente al precio neto del contrato (base imponible) y la cuantía correspondiente al IVA, si hace falta. Así mismo, mediante los pliegos, se han de requerir a las empresas licitadoras exentas de IVA que declaren expresamente que se encuentran en esta situación respecto de dicho impuesto, y llegado el caso, que la empresa propuesta como adjudicataria aporte la declaración de exención otorgada por el Ministerio de Hacienda. Dicho de otra manera, las empresas exentas indicarán el precio del contrato y manifestarán expresamente su condición de sujetos exentos de IVA y las empresas sujetas al impuesto indicarán el precio neto y la parte correspondiente de IVA.

En todo caso, el presupuesto máximo de licitación del contrato ha de incluir el IVA de acuerdo con las normas generales de contratación, pero habrá de

detallarse claramente la cuantía que corresponde a presupuesto neto y la cuantía que corresponda al IVA.

El órgano de contratación comparará el elemento "precio de las ofertas" teniendo en cuenta, exclusivamente, el precio neto de cada una y se habrá de entender que el presupuesto base sin IVA es, a todos los efectos, el presupuesto máximo de licitación para las ofertas presentadas sin IVA.

Tras los anteriores argumentos el Informe que se cita de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya llega a las siguientes conclusiones:

"En los procedimientos de contratación en que, por razón del objeto contractual, puedan concurrir licitadores exentos de IVA y licitadores no exentos, los órganos de contratación incorporarán en los pliegos de cláusulas administrativas la advertencia sobre esta circunstancia, al menos con las indicaciones siguientes:

-Que las empresas licitadoras de IVA habrán de declarar expresamente encontrarse en esta situación.

-Que todas las ofertas habrán de indicar por separado la cuantía correspondiente al precio neto del contrato y, si hace falta, la cuantía correspondiente al IVA.

-Que el presupuesto máximo de licitación del contrato, en el cual se detallará claramente la cuantía que corresponde a presupuesto neto y la cuantía que corresponde al IVA, es el presupuesto base sin IVA.

-Que para la comparación del elemento precio en las ofertas, se tendrá en cuenta, exclusivamente, el precio neto de cada una.

4.-El art. 50 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, aprobado por Real Decreto 1098/2.001, de 12 de octubre determina la extensión de los efectos generales de los acuerdos de clasificación adoptado por una Comunidad Autónoma ante cualquier órgano de contratación de las administraciones publicas distintos de los de la Comunidad autónoma que le otorgo la clasificación.

Considera esta Asociación Empresarial que el principio jurídico contenido en dicho precepto, la eficacia jurídica para todo el Estado de los acuerdos validamente adoptados por una Junta Consultiva de una Comunidad Autónoma, es de aplicación por analogía a la presente solicitud que se formula en este escrito.

Por todo lo que antecede,

SUPLICO A LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA que admita la presente petición, junto con el documento que se acompaña, y en su día acuerde emitir Informe haciendo suyo el contenido del Informe 1/2005, de 5 de mayo, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, que se deja identificado en el cuerpo de este escrito.”

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sesión celebrada el 12 de abril de 2007 acuerda informar lo siguiente:

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

De los términos en que se formula el escrito de la AESTE, se deduce que lo que se somete a consideración es por una parte, la petición para que esta Junta haga suyas las conclusiones emitidas por la Junta de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya en su informe 1/2005, de 5 de mayo, y por otra, en el fondo, se solicita de esta Junta que analice la cuestión de si en las licitaciones públicas el precio lleva o no incluido el IVA.

En relación con la primera cuestión, se menciona en el punto cuarto del escrito del solicitante, que el artículo 50 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas determina la extensión de los efectos generales de los acuerdos de las diferentes Juntas Consultivas autonómicas, pero tal precepto se refiere exclusivamente a los acuerdos sobre clasificación de empresas. La emisión de informes resolutorios de consultas, entendemos, difiere en su naturaleza y objeto del acuerdo de clasificación: este constituye un acto administrativo de constatación objetiva de una serie de datos (solventía económica, experiencia, etc.) con efectos perfectamente trasladables o asumibles en otros ámbitos territoriales fuera de esta Comunidad Autónoma, siendo esa extensión de efectos una previsión legal expresa, por lo que de excepción al ámbito competencial territorial de la norma supone. Por el contrario, de la actividad administrativa de emisión de informes consultivos no puede solicitarse – por una pretendida analogía con ese artículo 50 antes citado – que los mismos devengan en una suerte de jurisprudencia con efectos de antecedente vinculante para otras Juntas Consultivas autonómicas, y ello porque esto supondría desconocer la naturaleza jurídica de los mismos e incurrir en una evidente extralimitación competencial.

Por lo que al fondo de la cuestión planteada por la AESTE se refiere, relativo a que si el precio en las licitaciones públicas lleva incluido el IVA o no, cabe citar el informe de la Junta de Contratación administrativa de 2/92, de 27 de febrero de 1992, sobre la “Repercusión del aumento del Impuesto sobre el

Valor Añadido del 12 al 13 por cien, establecido en el artículo 81 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, respecto de la contratación administrativa” que señala que *“los efectos que la elevación del tipo del Impuesto sobre el Valor Añadido produce en la contratación administrativa han de ser determinados sobre la base de interpretar adecuadamente el significado de dicho Impuesto, la fecha de devengo y el mecanismo de recaudación, comenzando por recordar que el artículo 25 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por Real Decreto 2028/1985, de 30 de octubre, establece que “en las entregas de bienes y prestaciones de servicios al Estado y sus Organismos autónomos, a las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, se entenderá siempre que los sujetos pasivos del Impuesto, al formular sus propuestas económicas, aunque sean verbales, han incluido dentro de las mismas el Impuesto sobre el Valor Añadido que, no obstante, deberá ser repercutido como partida independiente, cuando así proceda, en los documentos que se presenten para el cobro, sin que el importe global contratado experimente incremento como consecuencia de la consignación del tributo repercutido”, indicando, a continuación, que “los correspondientes pliegos de condiciones particulares contendrán la prevención expresa de que, a todos los efectos, se entenderá que las ofertas de los empresarios comprenden no sólo el precio de la contrata, sino también el importe del Impuesto”.*

Por lo tanto, de la lectura conjunta del artículo 88 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), que reproducimos parcialmente: (...) *En las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas al impuesto cuyos destinatarios fuesen entes públicos se entenderá siempre que los sujetos pasivos del impuesto, al formular sus propuestas económicas, aunque sean verbales, han incluido dentro de las mismas el Impuesto sobre el Valor Añadido que, no obstante, deberá ser repercutido como partida independiente, cuando así proceda, en los documentos que se presenten para el cobro, sin que el importe global contratado.* (...) A estos efectos, la cuota repercutida se consignará

separadamente de la base imponible, incluso en el caso de precios fijados administrativamente, indicando el tipo impositivo aplicado.”, y del mencionado artículo 25 del Reglamento del IVA que en su redacción actual establece que “en las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas al impuesto cuyos destinatarios fuesen entes públicos se entenderá siempre que los sujetos pasivos del impuesto, al formular sus propuestas económicas, aunque sean verbales, han incluido dentro de las mismas el Impuesto sobre el Valor Añadido que, no obstante, deberá ser repercutido como partida independiente, cuando así proceda, en los documentos que se presenten para el cobro, sin que el importe global contratado experimente incremento como consecuencia de la consignación del tributo repercutido. (...) A estos efectos, la cuota repercutida se consignará separadamente de la base imponible, incluso en el caso de precios fijados administrativamente, indicando el tipo impositivo aplicado”, se infiere una regla especial para las Administraciones Públicas que impide a los órganos de contratación apartarse de la legislación vigente (fiscal y administrativo-contractual), que nos lleva a concluir que las ofertas de los contratistas deben de comprender el Impuesto sobre el Valor Añadido que, a través del mecanismo de la repercusión, aunque sea como partida independiente, debe de ser satisfecho por la Administración, que debe de pagar al contratista el precio del contrato incrementado con el importe del Impuesto.

Por otro lado, la existencia de determinadas exenciones fiscales que puedan suponer una discriminación entre los distintos entes que acudan a una licitación pública, obedece a diversos motivos de índole social, cultural, etc. y constituyen un instrumento de política fiscal recogido en la legislación vigente, que supone en la práctica un beneficio fiscal para determinadas entidades dado su carácter social, no siendo este órgano competente para valorar su legalidad o conveniencia, ya que los informes de esta Junta han de ser emitidos a la luz de las competencias que le corresponden en materia de interpretación de la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, siendo en su caso otros los cauces oportunos que se deban de seguir para obtener un pronunciamiento sobre su adecuación a legalidad vigente.

CONCLUSION

En los procedimientos de contratación pública, a la hora de valorar el precio de las distintas ofertas económicas, resulta de directa aplicación las previsiones específicas de la legislación vigente del IVA, art. 88 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido y art. 25 del Reglamento de dicho Impuesto, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, sin que por vía interpretativa puedan corregirse ni neutralizarse dichas previsiones normativas.

Informe 2/2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón adoptado en su sesión de 12 de abril de 2007.