

Informe 3/07, de 29 de marzo de 2007

Empresas licitadoras no sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), o sujetas a tipo reducido. Principio de no discriminación respecto de las sujetas al impuesto. Legitimación para solicitar informes de la Junta.

Antecedentes

El Presidente de la Asociación de Empresas de Servicios de Residencias para la Tercera Edad (AESTE), de ámbito nacional, ha presentado ante esta Junta Consultiva un escrito de petición de informe sobre el asunto de referencia, que literalmente dice:

“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 las Islas Baleares, 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 Públicas 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 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 más el IVA, mientras que los licitadores no sujetos a IVA presentarán 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 sólo 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 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 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y las normas autonómicas que regulan 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 Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya. Assumpte: Tipificació dels contractes de gestió dels habitatges amb serveis per a la gent gran, gestió del Servei d'acció socioeducativa en medi obert i contractes per a la promoció, dinamització i organització de les activitats culturals, artístiques i socioculturals en centres cívics. Valoració de les ofertes quan concorren empreses licitadores exemptes d'IVA o amb tipus reduït.

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 Públicas.

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, detectado 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 el advertimiento 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 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 Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, 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 públicas distintos de los de la Comunidad autónoma que le otorgó 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”.

Presupuestos de admisibilidad

1. La petición de informe la efectúa el Presidente de la Asociación de Empresas de Servicios de Residencias para la Tercera Edad (AESTE) que, como el mismo manifiesta en su escrito, tiene ámbito nacional.

El ámbito territorial y funcional para la solicitud de informes a esta Junta, viene determinado indirectamente en el artículo 1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de su creación, y de forma directa en el artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 10 de octubre de 1997 (BOCAIB del 25 de octubre de 1997) y modificado por Acuerdo del mismo órgano, de 9 de octubre de 1998 (BOCAIB de 3 de noviembre de 1998).

Así, éste último precepto establece que “también podrán solicitar informes a la Junta Consultiva los Presidentes de las organizaciones empresariales de las Islas Baleares afectadas por la contratación administrativa”.

2. Dado que la organización empresarial solicitante no es de las contempladas en el supuesto regulado en el citado precepto, no está legitimada la misma para pedir informes a esta Junta Consultiva, decayendo por tanto, el principal presupuesto de admisibilidad de la solicitud.

3. No obstante, conforme a lo prevenido en el artículo 17 del RD 30/1991, de 18 de enero (BOE núm. 19, de 22 de enero de 1991), sobre Régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, dicha Junta deberá emitir sus informes a petición de los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa.

Por ello, si interesa al derecho del peticionario, tiene la posibilidad de elevar la consulta a la mencionada Junta Consultiva.