

INFORME 3/07 DE 29 DE MARÇ DE 2007

EMPRESSES LICITADORES NO SUBJECTES A L'IMPOST SOBRE EL VALOR AFEGIT (IVA), O SUBJECTES A TIPUS REDUÏT. PRINCIPI DE NO DISCRIMINACIÓ RESPECTE DE LES SUBJECTES A L'IMPOST. LEGITIMACIÓ PER A SOL·LICITAR INFORMES DE LA JUNTA

ANTECEDENTS

El President de l'Associació d'Empreses de Serveis de Residències per la Tercera Edat (AESTE), d'àmbit nacional, ha presentat davant aquesta Junta Consultiva escrit de petició d'informe sobre l'assumpte de referència, del tenor següent:

"L'Associació empresarial que represent, d'àmbit nacional agrupa les grans empreses del sector de serveis socials, que desenvolupa la seva activitat arreu el territori de l'Estat, i en concret en la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, mitjançant residències, centres de dia, i uns altres serveis, per les persones de la tercera edat i així assolir la seva activitat fins 145.000 usuaris.

Les empreses agrupades en AESTE representen un important percentatge del total d'empreses que contracten amb les Administracions públiques (Administracions Autònòmiques i Administracions Locals), mitjançant el sistema de concertació de places, l'ocupació de les seves Residències i Centres de dia a compte de la mateixa Administració.

En els processos de concertació que es trameten les Administracions Públiques per la concertació de places concorren licitadors que persegueixen lícitament un ànim de lucre i estan subjectes a l'IVA, com són les empreses associades a AESTE, junt amb altres licitadors sense ànim de lucre que estan subjectes al tipus reduït i fins i tot no subjectes a l'esmentat tribut.

Aquesta concurrència de licitadors amb fins socials diferents produeix sense cap mena de dubte distorsió econòmica perjudicial discriminatòria per les empreses que represent que de conformitat amb el dret deu ser corregida d'acord amb el principi d'igualtat.

*La discriminació es produeix des de l'instant que les empreses subjectes a IVA han d'incloure en les seves ofertes el preu del servei més l'IVA, mentre que els licitadors no subjectes a IVA presentaran les seves ofertes incloent únicament el preu del servei que es licita, el que suposa que les ofertes a considerar per l'Administració contractant no són homogènies en incloure un element distorsionador com és l'IVA en un cas a **meritar** i en l'altre no.*

La supressió de l'esmentada discriminació suposa el que l'Administració contractant només consideri en el moment d'adjudicar el contracte únicament l'oferta referent al preu del contracte sense considerar l'IVA.

Els contractes de les Administracions Públiques han d'ajustar-se als principis de publicitat i concurrència i en tot cas als d'igualtat i no discriminació.

El principi d'igualtat de tracte, del que la prohibició de discriminació no és sinó una expressió específica, és un dels principis fonamentals de l'ordenament jurídic. D'acord amb aquest principi, hi ha obligació de no tractar de manera diferent situacions semblants.

Aquests principis es fonamenten en valors que proclama la Constitució espanyola (art. 14) i en valors que amb altra significació, es deriven del mateix Tractat Constitutiu de la Unió Europea i que han tingut expressió en les Directives esmentades a la contractació pública.

2. El compareixent en qualitat de President d'AESTE, té legitimació adient per a fer la present actuació, atès que conforme a la normativa vigent, el art. 17 del Reial Decret 30/1991, de 18 de gener, sobre règim orgànic i funcional de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, i les normes autonòmiques que regulen l'organització i funcions de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, els Presidents de les organitzacions empresarials representatives dels sectors de contractació administrativa podran elevar peticions perquè emetin Informes per l'Òrgan administratiu a què s'adreça.

3. Un precedent essencial en la fonamentació d'aquesta reclamació es troba en l'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.

S'adjunta amb el present escrit una còpia de l'esmentat informe i la seva traducció al castellà per a facilitar-ne la localització.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, va emetre l'Informe 1/2005, de 5 de maig, de la Comissió Permanent, manifestant els seus criteris per la valoració de les ofertes quan concorren empreses licitadores exemptes d'IVA o a tipus reduït, per la correcta aplicació del art. 86 en relació amb l'article 11 del Text Refòs de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques.

En l'esmentat Informe la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya determina que per a resoldre aquestes situacions s'ha de tenir present el principi d'igualtat, rector de la contractació pública i

previst en l'art. 11 del TRLCAP, així com la necessitat que els criteris d'adjudicació dels contractes siguin objectius, previst en l'article . 86 del mateix TRLCAP.

Per tant hi ha una premissa necessària en tot el procediment d'adjudicació que és la necessitat que els valors en funció dels quals s'adjudiqui el contracte siguin aplicables en condicions d'igualtat sobre ofertes que siguin comparables, i per tant, constituïdes per elements homogenis.

Davant això, els òrgans i els serveis de contractació han de dur a terme una doble feina: en primer lloc, una labor preventiva de detecció que en un determinat procediment de contractació, d'acord amb la naturalesa judicial de les prestacions que conformen el contracte i per aplicació del article 20 de la Llei d'IVA, poden concorre empreses plenament subjectes l'impost i altres que, per circumstàncies subjectives, estiguin exemptes.

En segon lloc detectada la potencial situació de desigualtat d'ofertes a causa de les eventuais exempcions subjectives, ha de incorporar-se en els plecs de clàusules administratives una indicació per la qual es requereixi que les ofertes econòmiques detallin, per separat, la quantia corresponent al preu net del contracte (base imposable) i la quantia corresponent a l'IVA, si cal. Així mateix, mitjançant els plecs, s'han de requerir a les empreses licitadores exemptes d'IVA que declaren expressament que es troben en aquesta situació respecte de l'esmentat impost, i arribat el cas, que l'empresa proposada com a adjudicatària aporti la declaració d'exempció atorgada pel Ministeri d'Hisenda. Dit d'altra manera, les empreses exemptes indicaran el preu del contracte i manifestaran expressament la seva condició de subjectes exemptes d'IVA i les empreses subjectes a l'impost indicaran el preu net i la part corresponent d'IVA.

En tot cas, el pressupost màxim de licitació del contracte ha de incloure l'IVA d'acord amb les normes generals de contractació, però haurà de detallar-se clegudament la quantia que correspon a pressupost net i la quantia que correspongui a l'IVA.

L'òrgan de contractació compararà l'element "preu de les ofertes" tenint en compte, exclusivament, el preu net de cadascuna i s'haurà d'entendre que el pressupost base sense IVA és, a tots els efectes, el pressupost màxim de licitació per les ofertes presentades sense IVA.

Després dels anteriors arguments l'Informe que es cita de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya arriba a les conclusions següents:

"En els procediments de contractació en què, per raó de l'objecte contractual, puguin concorre licitadors exemptes d'IVA i licitadors no exemptes, els òrgans de contractació incorporaran en els plecs de clàusules administratives l'advertència sobre aquesta circumstància, almenys amb les indicacions següents:

-Que les empreses licitadores d'IVA hauran de declarar expressament trobar-se en aquesta situació.

-Que totes les ofertes hauran d'indicar per separat la quantia corresponent al preu net del contracte i, si cal, la quantia corresponent a l'IVA.

-Que el pressupost màxim de licitació del contracte, en el que es detallarà clarament la quantia que correspon a l'IVA, és el pressupost base sense IVA.

-Que per la comparació de l'element preu en les ofertes, es tindrà en compte, exclusivament, el preu net de cadascuna.

4. L'article 50 del Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat per Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre determina l'extensió dels efectes generals dels acords de classificació adoptat per una Comunitat Autònoma davant qualsevol òrgan de contractació de les administracions públiques distintes dels de la Comunitat Autònoma que li va atorgar la classificació.

Considera aquesta Associació Empresarial que el principi jurídic contingut en l'esmentat precepte, la eficàcia jurídica per tot l'Estat dels acords vàlidament adoptats per una Junta Consultiva d'una Comunitat Autònoma, és d'aplicació per analogia a la present sol·licitud que es formula en aquest escrit".

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT

1. La petició d'informe l'efectua el President de l'Associació d'Empreses de Serveis de Residències per la Tercera Edat (AESTE) que, com el mateix manifesta en el seu escrit, té àmbit estatal.

L'àmbit territorial i funcional per la sol·licitud d'informes a aquesta Junta, ve determinat indirectament en l'article 1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrer, de la seva creació i de forma directa en l'article 15.1 del seu Reglament d'Organització i Funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears de data 10 d'octubre de 1997 (BOCAIB del 25 d'octubre de 1997) i modificat per Acord del mateix òrgan, de 9 d'octubre de 1998 (BOCAIB de 3 de novembre de 1998).

Així, aquest darrer precepte estableix que "també podran sol·licitar informes a la Junta Consultiva los Presidents de les organitzacions empresarials de les Illes Balears afectades por la contractació administrativa".

2. Atès que l'organització empresarial sol·licitant no és de les contemplades en el supòsit regulat en l'esmentat precepte, no està legitimada la mateixa per demanar informes a aquesta Junta Consultiva i decau, per tant, el pressupòsit d'admissibilitat principal de la sol·licitud.

3. No obstant això, d'acord amb el previst en l'article 17 del RD 30/1991, de 18 de gener (BOE núm. 19, de 22 de gener de 1991), sobre Règim orgànic i funcional de la

Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, l'esmentada Junta haurà d'emetre els seus informes a petició dels Presidents de les organitzacions empresarials representatives dels diferents sectors afectats per la contractació administrativa. Per això, si interessa al dret del peticionari, té la possibilitat d'elevat la consulta a l'esmentada Junta Consultiva.