

Sc. Comisión Consultiva.
GK/.

Recomendación 4/2007, de 22 de marzo, sobre valoración de ofertas en los casos de exención del Impuesto sobre el Valor Añadido.

El artículo 20 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, contempla una serie de operaciones que están exentas del impuesto. Si bien la inclusión de estas operaciones se hace con criterios objetivos, en algunos supuestos tiene un componente subjetivo, exigiéndose la concurrencia de determinadas circunstancias para aplicar la exención.

Tal es el caso de determinadas operaciones realizadas por entidades o establecimientos privados de carácter social, a los que el apartado tercero del citado artículo 20 exige la concurrencia de determinados requisitos (Carencia de finalidad lucrativa, ejercicio de cargos con carácter gratuito, exclusión de los socios como destinatarios de las operaciones exentas y solicitud del reconocimiento de tal condición).

La aplicación de la exención con carácter subjetivo puede dar lugar, en los procedimientos de adjudicación de contratos, a la concurrencia de licitadores sometidos al gravamen del IVA con otros que no lo están por causa de las exenciones legalmente previstas.

En tales casos las ofertas presentadas por los licitadores no se encontrarían en un plano de igualdad, existiendo un desequilibrio entre las mismas y produciéndose una discriminación proscrita por nuestro ordenamiento jurídico, en particular por el artículo 14 de la Constitución.

El artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, así como el artículo 11.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, proclaman los principios de igualdad y no discriminación en el tratamiento de los licitadores en los procedimientos de adjudicación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión en su Sentencia de 12 de abril de 2005 (RJ 2005\3230) recaída en el Recurso de Casación núm. 76454/2002, confirmando otra de 30 de julio de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por la que se anula la adjudicación de un concurso por la existencia de una discriminación participativa entre las sociedades concurrentes al concurso, motivada por las que gozaban de exención del IVA respecto de las demás.

De la citada Sentencia del Tribunal Supremo se transcriben las consideraciones contenidas en el punto tercero de los Fundamentos de Derecho en relación con las alegaciones de la parte recurrente:



“Alegando en síntesis; a), que como el artículo 78 de la Ley 13/95, expresamente dispone, que salvo disposición expresa en contrario en el importe o cuantía de los contratos se entenderá incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, es claro, que en el caso de autos no cabe hablar de discriminación, porque todas las empresas licitadoras participaban en cuanto al IVA en condiciones de igualdad por estricta aplicación de la Ley; b) que además tanto en el acuerdo de adjudicación como en el propio contrato se establecía que el precio de adjudicación era con el IVA incluido; c), que en el expediente administrativo, consta que los servicios técnicos municipales compararon las ofertas sin incluir el importe del IVA, y aun así era la empresa que resultó adjudicataria, fue la que hizo la oferta mas ventajosa; d) que la sentencia ignora que el procedimiento de adjudicación no era la subasta y si el concurso, que exige adjudicar el contrato a la oferta mas ventajosa sin atender exclusivamente al precio, artículo 87, Ley 13/95; y e) que la sentencia aplicó indebidamente el principio de igualdad en la contratación artículo 11.1, de la Ley 13/95, pues la discriminación no sólo no existió, sino que nunca pudo producirse.

Y procede rechazar tal motivo de casación.

Pues no se aprecian ninguna de las infracciones denunciadas; ya que, por un lado, la sentencia recurrida, como se advierte de su texto, parte y no cuestiona el hecho de que en el precio del concurso estaba incluido el IVA, y por tanto no se puede apreciar infracción del artículo 78 de la Ley 13/95, que dice, que en los contratos se entenderá incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido; por otro, si la sentencia recurrida, ha estimado que al haber concurrido dos empresas exentas del IVA con otras que no lo están, ello ha originado una ruptura del equilibrio que debe presidir la concurrencia en toda licitación, que mermaba la igualdad, es claro, que no se puede haber vulnerado o aplicado indebidamente el artículo 11.1, pues el hecho de que el importe del concurso incluyera para todos el IVA, no altera la realidad de que unas empresas tuvieran que abonarlo y otras no, con lo que obviamente no estaban en situación de igualdad, que es lo que la sentencia recurrida valora y declara; y por último, en nada obsta a lo anterior, el que el procedimiento de adjudicación fuera el concurso, que permitía adjudicar el contrato a la oferta mas ventajosa sin atender al precio, y no la subasta, pues la sentencia, no hace valoración alguna sobre ello, ni sobre cual fue o pudo ser la oferta mas ventajosa, sino que anula el concurso por la discriminación participativa entre las sociedades concurrentes al concurso, y es sabido, que el principio de igualdad en la licitación esta protegido por el artículo 14 de la Constitución y por reiterada doctrina de esta Sala, sentencias de 30 de junio de 1997 (RJ 1997\5390), 22 de septiembre de 1997, 27 de noviembre de 2001 (RJ 2002\167) y 19 de julio de 2002 (RJ 2002\10594).”

En su Fundamento de Derecho cuarto vuelve a insistir en que:

“...la razón de decidir, como más atrás se ha expuesto, y se advierte de la sentencia recurrida, es la existencia de una discriminación participativa entre las sociedades concurrentes al concurso, motivada por las dos que gozaban de la exención del IVA respecto a las demás, que representaba, según dice, una ruptura en el equilibrio que



debe presidir en toda licitación, que mermaba la igualdad de posibilidades y vulneraba el principio constitucional de igualdad..”.

En el mismo sentido de ausencia de igualdad en estos casos se pronuncia el Informe 1/2005, de 5 de mayo, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

De acuerdo con lo expuesto y en el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 2.2 b) del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, se formula a los órganos de contratación la siguiente recomendación:

Al objeto de evitar la discriminación que se produciría en los casos de ofertas presentadas en los procedimientos de adjudicación en los que puedan concurrir licitadores con exención del IVA, en los supuestos en que el objeto del contrato recaiga sobre algunas de las operaciones a que se refiere el artículo 20 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, y en los que además se exija la existencia de determinadas circunstancias subjetivas, se recomienda incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares, las siguientes consideraciones:

1.- La obligación de los licitadores que gocen la exención del IVA de justificar documentalmente encontrarse en dicha situación.

2.- El presupuesto base de licitación indicará como partida independiente el importe del IVA que deba soportar la Administración.

3.- Las proposiciones indicarán, como partida independiente, el importe del IVA que deba ser repercutido.

4.- Las ofertas se valorarán con exclusión del IVA.

