



Recurso nº 332/2012

Resolución nº 24/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 17 de enero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don J. L. F. de Castro, en representación de la sociedad López Fando y Asociados, S.L.P., contra la adjudicación, por el procedimiento restringido, del contrato de "Redacción de los proyectos básico, de conjunto y de ejecución para la 1ª fase y de asistencia técnica a la dirección de obra para la construcción de dicha 1ª fase del nuevo Campus para el Instituto de Salud Carlos III en Sanchinarro (Madrid)", el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Contratación del entonces Ministerio de Economía y Hacienda convocó, mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Estado, en el DOUE y en el BOE los días 21, 23 y 26 de septiembre de 2011, respectivamente, licitación para la adjudicación, mediante el procedimiento restringido y tramitación ordinaria, del contrato de "Redacción de los proyectos básico de conjunto y de ejecución para la 1ª fase y de asistencia técnica a la dirección de obra para la construcción de dicha 1ª fase del nuevo Campus para el Instituto de Salud Carlos III en Sanchinarro (Madrid)", cuyo valor estimado es de 2.108.000 euros.

El modelo de proposición económica que figura en el Pliego de Cláusulas administrativas Particulares (PCAP) por el que se rige dicho contrato establecía la obligación de los licitadores de indicar el importe de su oferta más el 18% de IVA, tipo impositivo que se encontraba vigente cuando dichos Pliegos fueron aprobados.

Segundo. El 1 de septiembre de 2012 entró en vigor la modificación de los tipos impositivos del IVA establecida en el artículo 23 del Real Decreto- Ley 20/2012, de 13



de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad que, en lo que ahora interesa, incrementó el tipo de dicho impuesto del 18% al 21%.

Tercero. Con fecha de 26 de abril de 2012 el órgano de contratación seleccionó a ocho de los cincuenta licitadores que concurrieron al referido procedimiento restringido, invitándoles a presentar sus proposiciones. Sólo cinco de ellos superaron el umbral de la primera fase de calificación, procediéndose a la apertura de sus ofertas económicas el día 18 de octubre de 2012.

Cuarto. Previos los trámites oportunos, el órgano de contratación propuso la adjudicación del contrato a favor de la empresa Brullet- Pineda Arquitectes, S.L.P., a quien se adjudicó el contrato mediante resolución de 4 de diciembre de 2012, notificada el 10 de diciembre de 2012.

Quinto. Con fecha de 19 de diciembre de 2012 Don J. L. F.de Castro, en representación de la sociedad López Fando y Asociados, S.L.P., interpuso ante este Tribunal recurso especial contra el referido acuerdo de adjudicación, anunciando su presentación ante el órgano de contratación en esa misma fecha.

Sexto. El día 28 de diciembre de 2012 el órgano de contratación emitió el informe al que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Sétimo. Mediante resolución de 28 de diciembre de 2012 este Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación, suspensión que, por recurrirse el acto de adjudicación, tiene carácter automático, conforme al artículo 45 del TRLCSP.

Octavo. La Secretaría del Tribunal dio traslado a los licitadores del recurso especial interpuesto por López Fando y Asociados, S.L.P., otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularsen las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado el trámite Brullet- Pineda Arquitectes, S.L.P

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de



conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP, por ser órgano de contratación un poder adjudicador de la Administración General del Estado.

Segundo. El contrato objeto de recurso es un contrato de servicios de la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP que, por su cuantía, tiene la consideración de contrato sujeto a regulación armonizada, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 16 y 184.4 del TRLCSP. En consecuencia, el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 40.1.b) del TRLCSP.

El acto objeto de recurso es el acuerdo de adjudicación del referido contrato, acto susceptible de recurso especial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo de quince días hábiles establecido al efecto en el artículo 44.2 del TRLCSP

Consta en el expediente el anuncio del recurso al órgano de contratación exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Cuarto. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello (artículo 42 del TRLCSP), pues se trata de una de las empresas que ha concurrido a la licitación en el procedimiento restringido de continua referencia, y que no ha resultado adjudicataria.

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, la empresa recurrente fundamenta su pretensión de anulación de la adjudicación en una supuesta vulneración del principio de igualdad de trato entre los licitadores derivada del hecho de que el órgano de contratación haya admitido tanto las ofertas económicas en las que el licitador calculó el IVA al vigente tipo del 21% como las que aplican el tipo anterior del 18%, siendo así que el modelo de oferta económica que se anexa a los Pliegos impone de forma taxativa la aplicación de este último, y que tal fue el criterio que manifestó el órgano de contratación en respuesta a la consulta formulada por la recurrente mediante correo electrónico. Considera la recurrente que, *“aunque los licitadores son conscientes de que el contrato que se suscriba con el adjudicatario deberá estar gravado con el IVA del*



21% vigente en el momento de la firma del mismo”, y “también lo son de que si dicho contrato se hubiera firmado con anterioridad al cambio de IVA debería ser actualizado, habilitando el incremento del IVA y manteniendo la base pactada”, de lo que se trata es de respetar lo dispuesto en los Pliegos y de que la adjudicación se produzca en igualdad de condiciones para todos los licitadores, pues “la admisión de ofertas con un precio total que incluye un 21% de IVA produce una oferta económica que no es homogénea, lo que acarrea discriminación entre los licitadores admitidos”. Solicita por ello la anulación de la adjudicación, la inadmisión o exclusión de las ofertas presentadas con el IVA del 21%, y la adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa de las restante admitidas (con el IVA al 18%).

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe al presente recurso, señala que *“la aplicación de un tipo u otro de IVA no debe tenerse en cuenta porque no constituye un coste del servicio sino un concepto impositivo que se abonará obligatoriamente por el consumidor final, en este caso la Administración Pública, en función de los tipos impositivos vigentes en el momento del devengo y que el prestador del servicio deberá ingresar en la Administración Tributaria mediante el sistema legalmente establecido”, y que “la alegación relativa a la discriminación de los licitadores no tiene ningún fundamento lógico ni válido, ya que la valoración se hace en términos homogéneos (...) puesto que el importe base de las ofertas no puede quedar afectado por el tipo del IVA aplicable”.*

Sexto. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto a la incidencia de una modificación de los tipos impositivos del IVA en la contratación administrativa (informes 2/92 y 4/92, de 27 de febrero, 14/95, de 8 de junio, y 24/11, de 28 de octubre). En el informe 4/92 la Junta declaró que *“en los supuestos de elevación del tipo, la Administración asume la obligación de pagar el precio del contrato incrementado con el importe del Impuesto, superior por elevación del tipo, es decir, la Administración ha de hacerse cargo del incremento, pues lo contrario supondría, no sólo incumplimiento de la normativa fiscal reguladora del Impuesto, sino del pacto contractual entre Administración y contratista, ya que este último incluye en su oferta el importe del Impuesto”,* conclusión que *“debe*



ser matizada en aquellos casos, como el presente, en el que se plantean cuestiones intertemporales por aplicación del nuevo tipo del Impuesto sobre el Valor Añadido en la contratación administrativa, derivadas de constituir la adjudicación y ejecución de contratos una serie de actos, de los que unos pueden producirse durante la vigencia de un determinado tipo y otros bajo la vigencia de otro distinto, por lo que las cuestiones suscitadas habrán de resolverse analizando las normas del devengo del Impuesto". Y, con base en la normativa del IVA y en la Circular de la Dirección General de Tributos 2/1992, de 22 de enero, por la que se dictan los criterios para la aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido en los contratos administrativos cuando se produce una variación del tipo impositivo, concluye la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que la elevación del tipo del IVA ha de ser satisfecha por la Administración a los contratistas en todos los casos en que el devengo del impuesto se produzca con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la modificación legal de dicho tipo impositivo. Se impone, en suma, la aplicación en los contratos administrativos del tipo del IVA vigente en el momento del devengo, el cual tiene lugar, conforme al artículo 75.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del IVA, tratándose de entregas de bienes, cuando tenga lugar su puesta a disposición del adquirente; en los casos de prestaciones de servicios, cuando se presten, ejecuten o efectúen las operaciones gravadas, y en las obras ejecutadas para las Administraciones Públicas, en el momento de su recepción.

A este criterio responde la Resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 19 de julio de 2012 que obra en el expediente administrativo (documento nº 21), por la que se habilita a la Secretaría de la Junta para realizar las operaciones que requiera la actualización de los importes de los expedientes de contratación en los que la Junta sea el órgano de contratación, con el fin de evitar que el incremento de los tipos del IVA derivado de la entrada en vigor del ya citado artículo 23 del Real Decreto- ley 20/2012 dé lugar a supuestos de insuficiencia presupuestaria que conduzcan a la nulidad administrativa, conforme al artículo 32.c) del TRLCSP, distinguiendo a tal efecto dicha Resolución, desde un punto de vista temporal, entre expedientes no iniciados, expedientes iniciados sin aprobación del expediente,



expedientes aprobados y publicados o, en su caso, con emisión de las invitaciones, y expedientes adjudicados y pendientes de formalización.

La citada Resolución, que entiende el recurrente que debería haber sido notificada a todos los licitadores, tiene una eficacia meramente interna destinada, como se ha indicado, a evitar que el incremento del tipo impositivo del IVA del 18 al 21% que entró en vigor el 1 de septiembre de 2012 origine supuestos de insuficiencia presupuestaria sancionados con la nulidad, siendo, por lo demás, plenamente ajustada a Derecho la previsión de que en los expedientes ya aprobados en los que se haya producido la publicación o invitación a los licitadores (como es el caso) *“se incluirá una mención en el texto que acompaña al acuerdo de clasificación decreciente en el que se reseñe que en el cuadro de clasificación se trasladan las ofertas realizadas con los tipos impositivos vigentes en el momento de la presentación pero que, en la adjudicación, se expresarán conforme a los tipos impositivos aprobados por el RD Ley 20/2012”*.

Séptimo. Siendo claro que el contrato que se examina habrá de regirse por el tipo impositivo del IVA que se encuentre vigente al tiempo de su devengo (cuestión que no discute el recurrente), se ha de examinar si la admisión por la Junta de Contratación de ofertas en las que se reflejaba el IVA al tipo de 21% (y no al tipo del 18% previsto en el modelo de oferta económica incluido en los pliegos) constituye un tratamiento no homogéneo de las proposiciones económicas del que, como sostiene el recurrente, se desprende un trato discriminatorio para los licitadores.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 07/08, de 29 de septiembre, aborda la situación de aparente desigualdad que puede producirse desde el punto de vista de la repercusión del IVA cuando algunos de los licitadores que concurren a la licitación estén exentos del pago de dicho Impuesto y otros no, pues los primeros puedan presentar una oferta que sea más baja que las de los segundos, pero no necesariamente más barata, por no incluir el importe del IVA que los segundos sí están obligados a recoger. La Junta, después de destacar los principios en los que se asienta la contratación administrativa (artículo 1 de la LCSP y del vigente TRLCSP, con arreglo a los cuales *“la presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector*



público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”, y artículo 123 de la LCSP y actual artículo 139 del TRLCSP, a cuyo tenor “los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”), concluye que “de conformidad con ambos artículos, y con objeto de evitar la discriminación que se derivaría de la diferente posición en relación con el pago del Impuesto sobre el Valor Añadido de los diferentes licitadores, el importe de éste no debería tomarse en consideración a la hora de valorar el precio como criterio de adjudicación de los contratos”.

Este criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, con arreglo al cual la valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público debe hacerse sin tomar en consideración el IVA que recae sobre el mismo, ha sido asumido en anteriores ocasiones por este Tribunal (Resoluciones 169/2011, de 22 de junio, y 137/2012, de 20 de junio), y resulta plenamente aplicable al supuesto que se examina.

Si, conforme a lo indicado, el importe del IVA no se ha de tomar en consideración por la Administración contratante para valorar las ofertas económicas de los licitadores, ninguna vulneración del principio de igualdad implica la admisión por la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas tanto de las ofertas de los licitadores que aplicaron el tipo del 18% previsto en los Pliegos como el del 21% que resultará aplicable al tiempo del devengo. Es más, siendo el importe del IVA un dato irrelevante a efectos de valorar las proposiciones económicas, la exclusión por la Junta de Contratación de aquellos licitadores que aplicaron en su oferta el tipo del 21%, como solicita el recurrente, implicaría una restricción injustificada de la concurrencia que sí podría tener una eficacia invalidante de la adjudicación.

Es cierto que el modelo de oferta económica que figura en los Pliegos imponía a los licitadores la obligación de reflejar en sus ofertas el IVA al 18%, pero no es menos cierto que dicho modelo se limita a recoger la obligación general (artículo 145.5 del



TRLCSP) de reflejar el IVA en la proposición económica como partida independiente y que el modelo atiende a tal efecto, y como no podía ser de otra forma, al tipo impositivo del Impuesto vigente al tiempo de aprobarse los Pliegos, sin que esta circunstancia meramente formal desvirtúe el criterio legal y doctrinal de que el IVA aplicable a los contratos administrativos ha de ser el vigente al tiempo del devengo y que, conforme al criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, precisamente para evitar discriminaciones entre los licitadores, el importe del IVA no debe tomarse en consideración al valorar el precio como criterio de adjudicación.

De lo expuesto se desprende que la actuación de la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que admitió y valoró tanto las ofertas en las que se indicaba el tipo impositivo del IVA del 18% como las que aplicaban el del 21%, es ajustada a Derecho y no vulnera el principio de igualdad de trato entre los licitadores, por lo que procede desestimar el recurso especial.

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por Don J. L. F. de Castro, en representación de la sociedad López Fando y Asociados, S.L.P., contra la adjudicación, por el procedimiento restringido, del contrato de “Redacción de los proyectos básico de conjunto y de ejecución para la 1ª fase y de asistencia técnica a la dirección de obra para la construcción de dicha 1ª fase del nuevo Campus para el Instituto de Salud Carlos III en Sanchinarro (Madrid)”, por ser la actuación de la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas ajustada a Derecho.

Segundo. Levantar la suspensión automática producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la



Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.