



Recurso nº 42/2015 C. Valenciana 7/2015

Resolución nº 147/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 13 de febrero de 2015

VISTO el recurso especial interpuesto por D. J.U.S.J., en representación de la COORDINADORA DE DISCAPACITADOS FÍSICOS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (CODIFIVA) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del procedimiento para la adjudicación del contrato "Servicio de gestión integral del Centro de Día para Personas con Discapacidad Física Grave "Velluters", de Valencia" convocado por la Conselleria de Bienestar Social de la Comunidad Valenciana, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Consellería de Bienestar Social de la Comunidad Autónoma Valenciana anunció en el Diario Oficial de la Comunitat Valenciana en fecha 29 de diciembre de 2014 la licitación pública, por procedimiento abierto, para la contratación "Servicio de gestión integral del Centro de Día para personas con discapacidad física grave "Velluters" de Valencia", (CNMY15/06-617), mediante procedimiento abierto y tramitación anticipada, siendo el importe total de licitación de 2.031.312,00 euros, IVA excluido, y para un período de ejecución máximo de 4 años.

Segundo. Contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato en cuestión, la COORDINADORA DE DISCAPACITADOS FISICOS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (CODIFIVA), a través de su representante, presentó escrito en el registro del órgano de contratación, el 9 de enero de 2015, solicitando la anulación de las cláusulas tercera y quinta del PCAP, y en consecuencia establecer que a la hora de valorar el precio del contrato en el criterio de adjudicación relativo al precio debe tenerse en cuenta el IVA del proceso.

El órgano de contratación remitió a este Tribunal una copia del expediente de contratación acompañado del oportuno informe en el que se opone a la pretensión de la recurrente.

Tercero. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas en el plazo de cinco días hábiles, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 41.1 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Valencia, de 22 de marzo de 2013, y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 17 de abril de 2013.

Segundo. El acto recurrido son los pliegos de un contrato de servicios comprendido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado supera los 207.000 euros, por lo que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.b) y 2.a) del TRLCSP.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP.

Cuarto. Con respecto al cumplimiento del requisito temporal para la interposición del recurso debemos plantearnos si se ha cumplido en los términos previstos en el artículo 44 del TRLCSP.

Pues bien, aplicando al caso presente el criterio anterior, debe concluirse que el recurso fue presentado dentro de plazo toda vez que a su fecha de presentación (9 de enero) no habían transcurrido los quince días hábiles a contar desde el 29 de diciembre anterior, fecha de publicación del anuncio de licitación.

Quinto. Respecto al fondo del asunto, el recurrente alega que la valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato sujeto al TRLCSP debe hacerse tomando en

consideración el IVA que recae sobre el mismo, a fin de que no se produzca un trato desigual entre licitadores exentos de dicho impuesto (que tienen ciertas desventajas respecto de entidades no exentas puesto que no pueden deducirse el IVA soportado por ellas) respecto de otros no exentos, trato discriminatorio este que estaría prohibido por el artículo 1 del TRLCSP.

Por su parte, el órgano de contratación recuerda el contenido de la resolución de este Tribunal 440/2013, en relación con el recurso interpuesto por esta misma entidad recurrente, contra la resolución del adjudicación del servicio de gestión integral de la vivienda tutelada "Doctor Álvaro López" de Valencia, en el que, entre otros motivos, alegaba que su oferta económica, al no incluir el IVA, era inferior a la del adjudicatario. Pues bien, en dicha resolución se desestimó el recurso siguiendo la doctrina sentada al respecto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como éste y otros Tribunales de recursos contractuales.

Sexto. Para la adecuada resolución de la cuestión planteada y resultando que ésta se refiere a la concurrencia de licitadores que están sujetos al IVA con otros que están exentos, es preciso analizar los criterios ya sentados en esta materia por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como por distintos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

En primer término, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 07/08, de 29 de septiembre de 2008 se refirió al criterio aplicable en la valoración de las ofertas cuando concurren licitadores exentos de IVA junto con otros no exentos: *“En un primer análisis de la cuestión parece que debería tenerse en consideración el principio establecido en el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público: “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”. Precepto que aparece reiterado en el artículo 123 de la misma 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”.*

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.

Frente a ello cabría entender que precisamente la Ley reguladora del Impuesto, al declarar la exención a favor de determinadas personas lo que ha hecho es establecer un criterio discriminatorio a favor de ellas, por lo que de no tomarse en consideración el Impuesto a la hora de valorar el precio de las ofertas presentadas en una licitación pública se estaría dejando sin efecto, indirectamente, lo establecido por la norma fiscal.

Sin embargo, a juicio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa debe tenerse en consideración en primer lugar que el reconocimiento de una exención subjetiva en materia fiscal es siempre una norma de carácter excepcional que como tal debe ser interpretada restrictivamente. Es decir, no puede extenderse a personas que no sean estrictamente las indicadas en la Ley ni a actos respecto de los cuales sea dudosa la procedencia de aplicarla.

Tal es precisamente el caso de la contratación administrativa en la que impera el interés general que debe presidirla, y exige el tratamiento no discriminatorio de todos los licitadores. Principio de no discriminación que, además, es una exigencia del propio derecho comunitario que se incorpora en nuestra legislación por mor del contenido de las directivas sobre la materia.

Tampoco cabe argumentar que la interpretación preconizada en el presente dictamen, supone dejar sin contenido la exención reconocida en el artículo 20.1 8º) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, de conformidad con el cual se reconoce la exención del Impuesto a favor de las entidades de Derecho público o las entidades o establecimientos de derecho privado de carácter social por las prestaciones de esta misma naturaleza que realicen.

Y no cabe aducirlo porque el beneficio se hace efectivo en relación con todas las actividades de carácter social que dichas entidades realicen y que no tengan como destinatario inmediato a un poder adjudicador incluido en el ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público. De igual manera, el beneficio fiscal se hace efectivo, también en los casos en que la prestación

sea objeto de un contrato de los regulados en esta Ley, pues en caso de resultar adjudicataria la entidad que tiene derecho a él, quedará exenta del pago del impuesto tantas veces mencionado.

A idéntica conclusión llegó la Abogacía General del Estado en la Instrucción nº 1 del año 2003 sobre unificación de criterios en la emisión, por parte de las Abogacías del Estado de los departamentos ministeriales, de informes sobre pliegos de cláusulas administrativas (...).

La conclusión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es clara, 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 Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre el mismo. Este informe ya tuvo en cuenta argumentos que ahora reitera el escrito de recurso, como son que las entidades exentas de IVA por dichos servicios, tienen ciertas desventajas respecto a las entidades no exentas ya que no pueden deducirse el IVA soportado por ellas.

En segundo lugar, la resolución de este Tribunal nº 137/2012 aunque refiriéndose a la divergencia entre cifra y letra en la proposición de la recurrente añade un argumento en esta cuestión: *“A mayor abundamiento, de acuerdo con el Informe 7/08 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa “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 Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre el mismo”. Aplicando este criterio al caso aquí planteado no habría dudas en cuanto al importe a considerar, pues en ambas ofertas, la del adjudicatario y la del recurrente, la discrepancia tiene su causa en el importe total, no en el importe ofertado sin IVA que es como hemos visto el importe a utilizar para valorar la oferta económica.”*

Por su parte el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en su resolución 20/2012, de 16 de octubre reitera el criterio ya sentado: *“Cuestión distinta -y determinante para la resolución del presente recurso es si al valorar las ofertas debe considerarse el importe del I.V.A. o si, por el contrario, debe excluirse esta partida. Esta cuestión ya ha sido resuelta en varios informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros en los Informes 7/2008, de 29 de septiembre, y 26/2008, de 2*

diciembre, cuyo criterio se ha seguido por otras Juntas Consultivas de Contratación, por ejemplo, por la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 25/2011, de 23 de noviembre. En los citados informes se concluye que no debe tenerse en cuenta el I.V.A. a la hora de valorar el precio en las ofertas cuando concurren empresas exentas con empresas sujetas a I.V.A., sin perjuicio de que estas últimas hagan constar por separado en su oferta el importe del citado impuesto. Lo contrario supondría incurrir en una desigualdad y tratamiento discriminatorio a los licitadores, que iría en contra de lo establecido en el artículo 1 del TRLCSP (...)”.

Por lo tanto, sobre la base de las consideraciones anteriores se puede concluir que la valoración de las ofertas económicas cuando concurren licitadores sujetos a IVA con otros licitadores exentos de este tributo deberá efectuarse sin tener en cuenta el IVA.

Séptimo. Ahora bien, de las argumentaciones de la recurrente resulta una contradicción que es preciso analizar. En efecto, el recurrente considera que el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores es vulnerado al no tenerse en cuenta en la valoración el importe del IVA final, pues como consecuencia de ello los licitadores sujetos a IVA podrán llegado el momento repercutir el IVA soportado sobre el consumidor final y, posteriormente, deducirlo en su declaración para ingresar el correspondiente IVA repercutido.

Este efecto responde a una defectuosa configuración de la exención tributaria que, en todo caso hace soportar al organismo exento, el importe del IVA correspondiente a los servicios y bienes utilizados en su actividad, convirtiendo al receptor de ésta en el verdadero beneficiario de la exención. Pero ésta no es cuestión que daba ser tratada en el seno de una resolución de un recurso en materia contractual ni por otra parte altera la idea que sirve de fundamento a cuanto llevamos dicho.

En efecto, en el ámbito de la contratación pública juega una doble consideración, la defensa del interés público por un lado y el respeto a los principios derivados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por otro, constituyendo ambos las bases de la regulación en la materia. La evolución de la consideración de uno y otros en la regulación e interpretación de las normas que rigen esta materia ha llevado a desplazar la preponderancia que merecía antes el interés público hacia una mayor consideración de los principios de libre

conurrencia, no discriminación, transparencia y proporcionalidad que las normas de contratación pública consideren actualmente como valores principales.

Los contratos públicos financiados total o parcialmente por el presupuesto se ajustarán a los principios de transparencia, proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación. De este modo, según reiterada jurisprudencia comunitaria, el órgano de contratación ha de respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores y, como consecuencia, la igualdad de oportunidades de todos los licitadores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 108; sentencias del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85, y de 17 de marzo de 2005, AFCon Management Consultants y otros/Comisión, T-160/03, Rec. p. II-981, apartado 75). El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 93). El principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 45, y Universale-Bau y otros, citada en el apartado 56 *supra*, apartado 91). Este principio de transparencia tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 55 *supra*, apartado 111).

La aplicación de estos principios al ámbito de la contratación pública no implica una cesión de la posición anteriormente prevalente del interés público sino una nueva concepción del mismo en la que tanto la libre concurrencia como los demás principios lo que persiguen en última instancia es lograr una contratación pública lo más favorable para los intereses públicos.

Es a la propia Administración contratante a la que le corresponde determinar las condiciones que debe reunir la oferta para considerarla adecuada a la necesidad de interés público que se pretende satisfacer con la ejecución del contrato, pero para ello la Ley, tomando como base una exigencia del derecho de la Unión Europea, dispone que esta elección debe hacerse teniendo en cuenta en todo caso la necesidad de salvaguardar la libre concurrencia por lo que prohíbe de forma expresa que las características técnicas de la prestación se definan de forma que se pueda apreciar discriminación o falta de transparencia. Ello exige que no se establezcan en las prescripciones técnicas características discriminatorias y al mismo tiempo que se formulen con claridad suficiente como para que una simple lectura pueda hacerlas comprensibles de forma unívoca a los futuros licitadores.

En la interpretación que de las normas que regulan los contratos públicos, como en la de las cláusulas de los contratos, se dará por ello preferencia a la aplicación de los principios comunitarios sobre la consideración del interés público a la hora de determinar el verdadero sentido de sus disposiciones. Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por este Tribunal en una serie de resoluciones, recogiendo un criterio doctrinal especialmente acertado, por todas la nº 143/2012, de 4 de julio: *“A este respecto conviene recordar que, como ya ha señalado algún sector de la doctrina, la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público como elemento condicionante de la regulación de los contratos públicos para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca la garantía de la libre de concurrencia. Ello, que aparece consagrado en nuestro TRLCSP de modo expreso en los artículos 1 y 139, tiene su origen en las diferentes Directivas comunitarias, y, en lo que respecta al momento actual, en la Directiva 2004/18/CE del Consejo y el Parlamento Europeo.”*

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar, por los razonamientos expuestos, el recurso interpuesto por D. J.U.S.J., en representación de la COORDINADORA DE DISCAPACITADOS FISICOS DE LA

COMUNIDAD VALENCIANA (CODIFIVA) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del procedimiento para la adjudicación del contrato "Servicio de gestión integral del Centro de Día para Personas con Discapacidad Física Grave "Velluters", de Valencia" convocado por la Conselleria de Bienestar Social de la Comunidad Autónoma Valenciana, que quedan confirmados en cuanto al extremo controvertido en el presente recurso.

Segundo. 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.