

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 11 de mayo de 2023

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Alma Ata Salud S.L. (en adelante ALMA) contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato de “servicio de atención de personas mayores o dependientes en el centro de día municipal de Mejorada del Campo (Madrid)”, expediente 438/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 31 de marzo de 2023, se publicó en la Plataforma de Contratos del Sector Público el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado de contrato asciende a 975.113,36 euros y un plazo de ejecución de un año.

**Segundo.-** El 25 de abril de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por ALMA, contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato de referencia.

**Tercero.-** El 4 de mayo de 2023, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

**Cuarto.-** No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** La recurrente se encuentra legitimada en base al artículo 48 de la LCSP para la formulación del recurso especial en materia de contratación al tratarse de una empresa que ha presentado oferta a la licitación con posterioridad a la impugnación de los pliegos.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron publicados el 31 de marzo de 2023 e interpuesto el recurso el 25 de abril, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra los pliegos, de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

**Quinto.-** Antes de entrar a conocer sobre el fondo del asunto conviene transcribir la cláusula 9 del PCAP concernida en el presente recurso: *“El presupuesto del contrato que servirá de base de licitación para el año de su duración asciende a la cantidad de DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO EUROS CON TREINTA Y CUATRO CÉNTIMOS (243.778,34), I.V.A. exento.*

*La exención del I.V.A. en este contrato se basa en virtud de lo establecido en el artículo 20.1. 8º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido”.*

En cuanto al fondo del asunto, la recurrente fundamenta su recurso en la consideración de que la exención mencionada con carácter general no es conforme a derecho.

Considera que la respuesta a la pregunta planteada al órgano de contratación no resuelve un problema esencial como es de la dotación presupuestaria del contrato, que no ha tenido en cuenta la posibilidad de que el precio de contrato haya de incrementarse en el porcentaje correspondiente de IVA.

En la preguntada planteada la recurrente cuestionaba la aplicación del artículo 20.1. 8º de la Ley 37/1992 ya que la exención sólo se aplica en caso de que los servicios sean prestados directamente por Entidades de Derecho Público o entidades o establecimientos privados de carácter social (fundaciones, asociaciones...). En este

caso, el servicio no lo presta la Entidad de Derecho Público sino que lo subcontrata y los licitadores pueden no ser entidades de carácter social, como es su caso. En este supuesto habría que aplicar lo dispuesto en el artículo 91.Uno.2.7º de la Ley de IVA que establece, que cuando no se prestan directamente por Entidades de Derecho Público o entidades de carácter social, el tipo impositivo será del 10%.

La respuesta del órgano de contratación señalaba: *“Buenos días, la respuesta por parte de los servicios técnicos a su pregunta es la siguiente. Un saludo.*

*Aunque el pliego establezca de manera indubitada la exención del IVA, en los supuestos en que la empresa que participa en un concurso conforme normativa especial no se puede acoger a la exención del IVA, su oferta contendrá el IVA, siendo inocuo a la hora de valorar el IVA, pues en ese supuesto no se tendrá en cuenta si hay alguna empresa que si está exenta de IVA, a los efectos de la asignación de puntos en el apartado del Precio”.*

A su juicio, tal y como está contestada, podría entenderse que las empresas sujetas solo deben ofertar un valor y que éste debe incluir el IVA. Por otra parte, el anexo relativo a la oferta económica presenta un formato incompatible con el IVA, que se menciona exento, y por tanto los licitadores tendrán que decidir si incluyen un único valor que integra el IVA, con el riesgo de que su oferta compita en desigualdad de condiciones con las entidades exentas, que no lo incluirán, o si deben desglosarlo, apartándose del pliego y de la literalidad de la respuesta, que no aclara si debe separarse base imponible y precio final con IVA. La consecuencia de todo ello es que la oscuridad de los pliegos y de la aclaración sobre los mismos, imputable exclusivamente al órgano de contratación, determina una absoluta inseguridad jurídica que impide al licitador saber de qué manera cumplirá simultáneamente el pliego y la legalidad tributaria vigente, que es imperativa, lo que obliga a esta parte a interponer el presente recurso.

Por otro lado, considera que, dado que la aclaración ha sido sobrevenida, se plantea el problema de hasta qué punto la partida presupuestaria aprobada permitiría

una modificación posterior para incluir el IVA, de ser procedente su aplicación, considerando lo dispuesto en el artículo 100 de la LCSP. Si las ofertas se ajustasen al presupuesto base de licitación, sin bajas, resultaría que el IVA adicional no estaría amparado por dicho presupuesto base, con el riesgo de que el órgano de contratación se negase a abonarlo, de modo que el contratista no podría en la práctica repercutir ese IVA, que, sin embargo, sí tendría que facturar e ingresar como recibido en el Tesoro Público, al estar sujetos los servicios.

Por todo lo anterior, concluye que la mención establecida sobre la exención generalizada debe ser suprimida, sin perjuicio de la exención subjetiva cuando proceda, de modo que la sujeción al IVA dependa de la naturaleza de la entidad ofertante, y se comparen exclusivamente, a efectos de determinar la oferta económicamente más ventajosa, las ofertas sin IVA, previendo expresamente su desglose y el presupuesto base de licitación debe modificarse, en consecuencia, incluyendo el concepto de IVA en tipo impositivo que proceda, en previsión de que se aplicable.

Por su parte, el órgano de contratación alega que es obvio que el razonamiento que trae a su conveniencia la recurrente en nada acredita que el pliego o documentos municipales den a error en la confección de la oferta o que puedan lesionar futuros derechos del que resulte adjudicatario, que el IVA es neutral, es el que es, y que de la lectura del pliego no se puede deducir de manera indubitada que vaya a producir asincronías legales ni lesiones en los licitadores o, en su caso, en el que resulte adjudicatario.

Concluye manifestando que este apartado que se cuestiona ha sido el que se ha incluido en anteriores expedientes de contratación y ello no ha impedido el que los licitadores hayan podido presentar sus ofertas.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si la cláusula 9 del PCAP es conforme a derecho.

Dicha cláusula establece. *“El presupuesto del contrato que servirá de base de licitación para el año de su duración asciende a la cantidad de DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO EUROS CON TREINTA Y CUATRO CÉNTIMOS (243.778,34), I.V.A. exento.*

*La exención del I.V.A. en este contrato se basa en virtud de lo establecido en el artículo 20.1. 8º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.*

*Los licitadores podrán cubrir el tipo de licitación o bien podrán mejorarlo a la baja, consignando en letra y número el importe a percibir por la adjudicación.*

*Las proposiciones que se presenten superando el presupuesto de base de licitación serán automáticamente desechadas.*

*En el presupuesto del contrato que sirve de base de licitación se haya incluido cualquier otro tributo, impuesto o gasto que pudiera gravarlo. Además, en este precio se consideran incluidos todos los gastos que la empresa contratista debe soportar para la correcta ejecución del contrato y el cumplimiento íntegro de todas las obligaciones derivadas directa o indirectamente de dicha ejecución conforme al presente pliego y al de prescripciones técnicas, así como en la normativa de cualquier tipo aplicable a este contrato.*

*El valor estimado del contrato, teniendo en cuenta su duración y posibles prórrogas, asciende a un total de NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CIENTO TRECE EUROS CON TREINTA Y SEIS CÉNTIMOS (975.113,36) EUROS”.*

Respecto al IVA en la contratación pública se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su expediente 37/2021. *“En efecto, aunque el artículo 100 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) establece que el presupuesto base de licitación ha de referirse al límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido y, en consecuencia, en el presupuesto base de licitación se ha de precisar una cantidad máxima a que puede*

*ascender el total pagado por la Administración incluyendo todos los conceptos – incluidos los tributos de cuyo pago sea responsable-, el artículo 102 deja claro que en el momento de concretarse el precio cierto del contrato que se abonará al contratista “se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente”.*

*Una prescripción como esta última no se recogía en normas anteriormente vigentes como el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, o en su predecesor inmediato, el artículo 14 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, pero el efecto de la alteración del tipo impositivo sería el mismo en ambos supuestos. Y es que, con la regulación actual, si la LCSP exige que el importe a abonar por causa del IVA se consigne en el pliego de cláusulas administrativas particulares como partida independiente es porque el legislador ha pretendido despejar cualquier duda sobre la cuestión y, por tanto, pretende diferenciar y conceder autonomía a los dos componentes del precio del contrato. Por un lado, declara con nitidez que el componente referido a la prestación ejecutada debe ajustarse al precio de mercado y a lo pactado entre las partes conforme a la proposición del contratista. Por otro, pretende que se consigne de forma separada la cantidad que se ha de abonar por causa del tipo impositivo aplicable a la prestación en que consiste el contrato, sea cual fuere este”.*

Este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse en su Resolución 080/2013, de 30 de mayo, en los siguientes términos: *“En cuanto al fondo del recurso, se trata de determinar si el tipo del IVA aplicable al contrato que figura en el anuncio de licitación y en el PCAP es el adecuado según la normativa reguladora del impuesto.*

*En primer lugar cabe recordar que el artículo 87 del TRLCSP establece que el importe del IVA debe indicarse como partida independiente al establecer que “2. El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como*

*partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración”.*

*El tipo de IVA a repercutir por el adjudicatario y a soportar por la Administración viene determinado no por la normativa de contratación, sino por la normativa tributaria y no depende ni de la voluntad de la Administración ni de la de los licitadores, correspondiendo a la Administración velar por la veracidad de los datos facilitados y la adecuación y suficiencia presupuestaria del gasto derivado del contrato.*

*(.....)*

*Si el tipo de IVA a aplicar viene impuesto por la legislación tributaria y no por la de contratación, ni por el fijado de los pliegos, tampoco implica alteración del precio ofertado en la proposición económica la consignación de un tipo inadecuado inducido por el modelo de oferta o por el consignado en el PCAP. Conviene recordar que según la normativa reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido el tipo aplicable a cada operación será el vigente en el momento del devengo y según el artículo 75 de la LIVA “Devengo del impuesto”.*

*“Uno. Se devengará el Impuesto:*

*(...) 2. ° En las prestaciones de servicios, cuando se presten, ejecuten o efectúen las operaciones gravadas”.*

El importe del IVA no debe tenerse en cuenta en la valoración del precio como criterio de adjudicación y ello para evitar las desigualdades que se producirían cuando algunos licitadores se encuentren sujetos a IVA mientras otros están exentos, como puede suceder en el caso que nos ocupa.

En el supuesto de que el adjudicatario sea una entidad exenta de IVA conforme a la normativa tributaria específica, facturará los servicios sin IVA, en caso contrario la facturación la realizará el contratista incluyendo dicho impuesto en el momento de su devengo.

En estos términos el órgano de contratación se pronunció en la respuesta dada a la consulta siendo conforme a la doctrina expuesta.



Respecto a las supuestas dificultades presupuestarias que en un futuro pudiera tener el órgano de contratación para el abono de sus obligaciones tributarias, no corresponde a este Tribunal pronunciarse al respecto.

Procede por tanto la desestimación del recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

### **ACUERDA**

**Primero.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Alma Ata Salud S.L. contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato de “servicio de atención de personas mayores o dependientes en el centro de día municipal de Mejorada del Campo (Madrid)”, expediente 438/2023.

**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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los

artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.