

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

En Madrid, a 2 de diciembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Cardinal Helath Spain 511 S.L., (en adelante Cardinal), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que regirán la adjudicación del contrato de “Suministro de sistemas de nutrición enteral y cesión del equipamiento para el Hospital Universitario Clínico San Carlos”, número de expediente PA2021-0-116, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el portal de la contratación pública de la Comunidad de Madrid el 13 de octubre, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 191.419,20 euros y su plazo de duración será de dos años con posible prórroga por otros dos años más.

Segundo.- El 24 de noviembre de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Cardinal, en el que solicita la anulación de los pliegos en lo referente a la determinación del tipo de IVA a aplicar a los suministros objeto del contrato.

El 30 de noviembre de 2021, el órgano de contratación remitió el informe a que se refiere 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), solicitando la inadmisión del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

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 4 de noviembre de 2021, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 24 de noviembre de 2021, 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 condiciones que regirán la licitación de un contrato de suministros 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.- En cuanto al fondo del recurso el recurrente plantea que el IVA aplicable a los suministros objeto de esta contratación es del 21% y no del 10% como el órgano de contratación ha considerado, llevando a modificar los pliegos de condiciones y el anuncio de licitación para incluir este tipo como el correcto.

Invoca diversas consultas vinculantes emitidas por la agencia tributaria al respecto.

Por su parte el órgano de contratación, entra en el fondo del asunto considerando en referencia al IVA aplicable que: *“no vulneraría ningún derecho del recurrente. Hay que precisar que el IVA es un impuesto sobre el consumo, cuya labor principal es la de gravar las entregas de bienes y prestaciones de servicios que realizan empresarios y profesionales, las adquisiciones intracomunitarias y las importaciones de bienes. En el caso de empresarios y profesionales se distingue la aplicación del tributo por sus ventas o prestaciones de servicios (repercuten a quienes los adquieren y deben ingresarse en las arcas públicas) y por sus adquisiciones (repercute al empresario o profesional y tienen derecho a deducirlas en las próximas declaraciones o liquidaciones). Por tanto, **el IVA recae íntegramente sobre el consumidor final del producto, que en este caso es este órgano de contratación.** El IVA, como cualquier impuesto, puede estar sujeto a modificaciones, que el órgano de contratación no puede prever, a lo largo de las fases de licitación, adjudicación o ejecución del contrato.*

A modo de ejemplo mencionar la aprobación por Consejo de Ministros Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, donde, entre otras cuestiones, se ha incorporado la prórroga hasta el 31 de diciembre de 2021 del IVA a tipo cero para las entregas, adquisiciones intracomunitarias e importaciones de material de protección sanitaria (mascarillas, gel

desinfectante y el resto de productos de protección personal) que realizan las Administraciones Públicas, los centros sanitarios públicos o privados o las entidades sociales ante la COVID-19.

*Es evidente que el órgano de contratación como consumidor final del producto, **queda obligado al pago del tipo impositivo vigente en cada momento.***

*Esto nos lleva a cuestionarnos si la existencia de un error en el PCAP en el tipo de IVA sería causa de exclusión de un licitador. Para este órgano de contratación la respuesta no ofrece dudas: **el importe de IVA no ha de 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 pudieran encontrar sujetos a IVA mientras otros estuvieran exentos, por tanto, el valor de la adjudicación siempre se realiza por la Base Imponible, y así se hará también en este caso. El IVA aplicable será el que esté vigente en el momento de la compra***".

Sin entrar a valorar cada una de las posiciones de las partes, es necesario destacar que la oferta del recurrente a la licitación fue presentada según acredita documentalmente el día 18 de noviembre de 2021 a las 15 horas, 27 minutos y 6 segundos. Por su parte el recurso fue presentado en este Tribunal el 24 de noviembre de 2021 a las 17 horas y 6 minutos

El art. 46.1 de la LCSP establece: "*Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta (...)*"

Quedando demostrado y comprobado que la oferta fue presentada con anterioridad al recurso que nos ocupa, este debe ser inadmitido.

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.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la por la representación legal de Cardinal Helath Spain 511 S.L., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que regirán la adjudicación del contrato de “Suministro de sistemas de nutrición enteral y cesión del equipamiento para el Hospital Universitario Clínico San Carlos”, número de expediente PA2021-0-116, al haber presentado la oferta a dicha licitación previamente a la interposición del 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 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.