

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

En Madrid, a 22 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don R.G.C., en nombre y representación de Intersurgical España, S.L., contra la Resolución del Director Gerente Atención Especializada Área V por la que se adjudica lote 26 del contrato “Adquisición de equipos de ventilación, mascarillas”, con destino al Hospital Universitario La Paz, número de expediente: PA 2017-0-13, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 10, 16 y 17 de marzo de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE, en el BOE, el BOCM y en el Perfil de Contratante del Hospital, la convocatoria para la adquisición del suministro indicado, dividido en veintisiete lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y único criterio el precio, con precios unitarios. El plazo de ejecución es de veinticuatro meses con posibilidad de prórroga hasta un máximo total de treinta y seis meses. El valor estimado del contrato asciende a 1.423.129,20 euros.

Segundo.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en la cláusula 1^a contempla, al definir el objeto del contrato, la posibilidad de “*Ampliación a un número mayor de unidades por la baja de adjudicación: SI*” y en su apartado 3 establece el presupuesto base de licitación y crédito en que se ampara.

“Base imponible: 814.209,50 euros

IVA 21% 790.627,68 euros

IVA 10% 23.581,82 euros

Importe del I.V.A.: 168.389,57 euros

IVA 21% 166.031,39 euros

IVA 10% 2.358,18 euros

Importe total: 982.599,07 euros”.

En la cláusula 4^a del PCAP especifica que “*El presupuesto base de licitación asciende a la cantidad expresada en el apartado 3 de la cláusula 1, distribuido en las anualidades previstas en el mismo. Su cálculo incluye todos los factores de valoración y gastos que según los documentos contractuales y la legislación vigente son de cuenta del adjudicatario, así como los tributos de cualquier índole, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, que figura como partida independiente.*

(...)

Las proposiciones expresarán también el Impuesto sobre el Valor Añadido en partida independiente. Aquellas cuyo importe sin IVA supere la base imponible del presupuesto base de licitación, serán desechadas. El precio del contrato será aquél al que ascienda la adjudicación, que en ningún caso superará el presupuesto base de licitación.”

Por último la cláusula 16 relativa a la adjudicación del contrato dispone que “*El órgano de contratación adjudicará el contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa, entendiendo como tal la de precio más bajo, excepto en el caso previsto en el artículo 152.4 del TRLCSP.”*

En el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) se detalla el IVA aplicable a los diferentes lotes a licitación, especificando en el lote 26, orden 32, código 68394

“círculo desecharable p/ respirador de transporte mod. Supportaire” de la siguiente forma:

Precio máximo unitario con IVA; 19,95 euros

Precio máximo unitario sin IVA; 16,4876 euros

Cantidad; 800

Importe total IVA incluido; 15.960,00 euros

Base Imponible; 13.190,08 euros

IVA %; 21

IVA; 1.319,01 euros

Tercero.- A la licitación del lote 26 fueron admitidas dos licitadoras, una de ellas la recurrente.

El 5 de octubre de 2017, se dictó Resolución por la que se adjudica el contrato, en la que consta, que la adjudicación ha recaído en la empresa Medtronic Ibérica, S.A. que ha obtenido 100 puntos, consta el importe adjudicación (sin IVA) 12.000 euros; IVA (10 y 21%) 1.200 euros y el importe adjudicación (con IVA) 13.200 euros.

La Resolución de adjudicación fue notificada a la recurrente el 9 de octubre de 2017 y publicada en el perfil de contratante el 3 de noviembre.

Cuarto.- Con fecha 31 de octubre de 2017, tuvo entrada en el Tribunal el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del lote 26. El recurso había sido anunciado el día 27 de octubre al órgano de contratación.

La recurrente alega que siendo el precio unitario sin IVA de su oferta 13,79 euros y el de la adjudicataria 15,00 euros, la oferta de Intersurgical debería haber sido la adjudicataria del lote, según la cláusula 16 del PCAP y a tenor de lo dispuesto en los artículos 88 y 145 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y de conformidad con el criterio doctrinal de que el IVA no forma parte de la

oferta económica como tal, al ser un impuesto neutral manifestado en la Resolución 225/2016, de 26 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación 7/2008, de 29 de septiembre.

Quinto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el 7 de noviembre de 2017, copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

En el informe, alega que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo y en sentido literal se debe entender referido al precio total que se tiene que pagar, con independencia del importe de la base imponible.

Sexto.- Con fecha 8 de noviembre del 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal el 8 de noviembre del 2017 se da traslado del recurso a la adjudicataria, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que se haya presentado escrito alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Intersurgical para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica licitadora al lote nº 26 “cuyos derechos e

intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”, puesto que de estimarse el recurso quedaría en posición de ser adjudicataria del lote.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que este se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) en relación al 15.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 5 de octubre de 2017, practicada la notificación el 9 e interpuesto el recurso el 31 de dicho mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar qué importe se debe de tomar en consideración para valorar el criterio precio de las ofertas.

Como es sabido, los Pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La recurrente sostiene que tal y como ha manifestado al Junta Consultiva de Contratación del Estado, “*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.”

Advierte que en su oferta ha aplicado un tipo impositivo de IVA del 21 % frente al 10% que aplica la adjudicataria, porque es el que refleja el PPT en la tabla de precios unitarios y el que viene aplicando desde el año 2014, en el suministro al Hospital Universitario La Paz del producto ahora ofertado y al resto de centros sanitarios de España a los que provee de este material sin que nunca le hayan advertido de error en el tipo impositivo, a pesar de lo cual ha evaucado consulta estando pendiente la contestación del Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Función Pública. Cita a su favor la Resolución 80/2013, de 30 de mayo, de este Tribunal en la que indica, “*Por otra parte la valoración de las ofertas debe hacerse sin tener en cuenta el IVA, por tanto es indiferente, a estos efectos el tipo de IVA consignado en las mismas, sea éste el que figura en los Pliegos o en sus ofertas, lo que evita el trato desigual en la valoración*” así como la Resolución 225/2016, de 26 de octubre en la que se concluye “*el IVA no forma parte de la oferta económica como tal ya que es un impuesto neutral, como sostiene en diferentes cuestiones vinculantes de la Dirección General de Tributos, pudiendo ser el error subsanable.*”

Solicita la nulidad de la resolución de adjudicación, que sea corregida por el órgano de contratación la clasificación de ofertas según criterio precio sin tener en cuenta el IVA, y que sea dictada nueva Resolución de adjudicación del lote 26 a su favor por haber presentado la oferta más ventajosa.

El órgano de contratación solicita la desestimación el recurso por entender que la oferta económica más ventajosa debe ser la que oferta el precio más bajo, en su totalidad. Afirma que “*según la interpretación de la normativa tributaria aplicable, el impuesto sobre el valor añadido de un producto varía en función del destino que se le vaya a dar a ese producto por la empresa que lo suministra, de tal forma que un mismo producto puede ser objeto de distintos tipos de IVA, como es el caso. No parecería razonable que este órgano de contratación tenga que abonar una cantidad superior por un bien que compra, por la circunstancia particular del suministrador, al*

que se le aplica un tipo impositivo del impuesto en su último tramo, cuando hay otro licitador que, globalmente considerada, presenta una oferta mejor para este órgano de contratación, porque tiene un tipo impositivo menor. Sin que tenga que significar un hándicap para esta apreciación el hecho de que el pliego de prescripciones técnicas hubiese indicado el tipo mayor del 21%”.

Comprueba el Tribunal que el objeto del contrato es un suministro para el que se han establecido precios máximos unitarios para cada producto, distinguiendo importe con y sin IVA. Normalmente en estos casos el número total de unidades no está previamente fijado más que por un importe máximo global de gasto, por lo que el precio unitario es determinante puesto que a menor precio mayor número de unidades del producto se podrán adquirir, tal y como prevé el PCAP en su cláusula 1^a.

Por otra parte, aunque el PCAP distingue al determinar el presupuesto del contrato el importe con y sin IVA aplicando dos tipos diferentes (el 10% y el 21%), tal previsión se debe a que a algunos productos se les aplica el 10% del IVA y a otros el 21%. Tal y como consta en el PPT. A igualdad de productos el tipo de IVA debe ser el mismo sin que en este caso pudiera influir el hipotético destino del producto ofertado ya que en el contrato que se licita el destino para los productos de cada lote es necesariamente el mismo.

En todo caso, deben considerarse los importes netos (unitarios o totales pero sin IVA) ya que lo que se debe garantizar en todo caso es que el precio es adecuado y suficiente para cubrir todos los gastos imputables al producto o servicio a prestar. Así en el artículo 87 del TRLCSP dispone que “*1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la*

aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

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.”

En este sentido son numerosas las resoluciones de los Tribunales de contratación y de los órganos consultivos que lo ratifican, entre otras las que alega el recurrente. Procede recordar que el Informe 07/08, de 29 de septiembre de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre: “*Criterio aplicable en la valoración de las ofertas cuando concurren licitadores exentos de IVA junto con otros no exentos*” en su conclusión única afirma sin lugar a dudas que “*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.*”

Criterio que vienen aplicando todos los órganos contratación desde entonces, incluido ese Hospital como confirma el recurrente.

A todo ello cabe añadir que la solución adoptada por el Hospital vulnera el principio de igualdad al no permitir comparar ofertas con los mismos presupuestos establecidos en los Pliegos de los que se parte.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don R.G.C., en nombre y representación de Intersurgical España, S.L., contra la Resolución del Director Gerente Atención Especializada Área V por el que se adjudica el lote 26 del contrato “Adquisición de equipos de ventilación, mascarillas”, con destino al Hospital Universitario La Paz, número de expediente: PA 2017-0-13, anulando la adjudicación y ordenado la retroacción del procedimiento al momento de clasificación de las ofertas para realizarla teniendo en cuenta el precio unitario sin IVA de las misma, en los términos expuestos en la presente Resolución.

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.

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 49 del TRLCSP.