

Recurso 225/2015**Resolución 427/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 17 de diciembre de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **NUTRICIA, S.R.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Suministro de nutrición enteral con destino a los centros sanitarios de la Plataforma Logística Sanitaria de Málaga” (Expte. CCA. +SHHHNK 499/2015), convocado por la Dirección Gerencia de los Hospitales Universitarios Regional y Virgen de la Victoria de Málaga, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 19 de septiembre de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento. Asimismo el citado anuncio fue publicado el 3 de octubre de 2015 en el Boletín Oficial del Estado núm 237, y el 21 de septiembre de 2015 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 969.656,10 euros.

SEGUNDO. Con fecha 8 de octubre de 2015, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad mercantil NUTRICIA, S.R.L. (en adelante NUTRICIA) contra los pliegos que rigen la licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución; en su escrito de recurso se solicitaba además la adopción de la medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación.

TERCERO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal, de fecha 9 de octubre de 2015, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del citado recurso y se le solicita el informe sobre el mismo, el expediente de contratación, las alegaciones en relación con la medida provisional de suspensión solicitada y el listado de licitadores con los datos necesarios a efecto de notificación. Dicha documentación fue remitida por el órgano de contratación, teniendo entrada en este Tribunal el día 19 de octubre de 2015 y el listado de licitadores el 30 de octubre de 2015.

CUARTO. Previa petición de la recurrente de adopción de la medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación, y vistas la alegaciones presentadas por el órgano de contratación, este Tribunal en Resolución, de 27 de octubre de 2015, acuerda la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro citado en el encabezamiento de la presente resolución.

QUINTO. La Secretaría del Tribunal, el 29 de octubre de 2015 concedió un plazo de 5 días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del



Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de adjudicación.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 31, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

(...)

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (220/2015, de 10 de junio, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la



resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadores, lo que dificulta, a su juicio, la libre competencia. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquel para recurrir, pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de ésta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Este criterio también ha sido adoptado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas la resolución 212/2013, de 5 de junio, en la que viene a señalar que en el caso de terceros no licitadores el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que la recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso. Asimismo, como indica la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación de la recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra algunos de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un órgano con la condición de Administración Pública, siendo su valor estimado de 969.656,10 euros, y el objeto del recurso son los pliegos que establecen las condiciones que deben regir la contratación,



por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.a) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP, en su apartado a), dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el presente caso, el anuncio de la licitación se publicó el 19 de septiembre de 2015 en el en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 21 de septiembre de 2015 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía. Sin embargo, la publicación en el Boletín Oficial del Estado no se produjo hasta el 3 de octubre de 2015. Por tanto, el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir de ese día 3 de octubre, que es cuando se completa la publicidad de la licitación en los términos exigidos por el TRLCSP y se ponen los pliegos a disposición de los licitadores en los términos indicados en el artículo 44.2 a) del TRLCSP. Al haberse presentado el escrito de interposición del recurso el 8 de octubre de 2015 en el Registro de este Tribunal, aquél se interpuso dentro del plazo legal indicado.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita en su recurso la corrección del tipo del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) a aplicar en los lotes 1, 2, 3 y 4, entendiéndose que debe de



aplicarse el tipo del 10 por 100 vigente legalmente en la actualidad para los productos incluidos en estos lotes y la aplicación de los precios unitarios vigentes en el mercado, IVA excluido, para la estimación de los precios máximos de los productos objeto de licitación.

La recurrente argumenta su recurso en una serie de alegatos que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

En el primer motivo del recurso, la recurrente alega que en los lotes 1 a 4 que corresponden a sistemas de administración de nutrición enteral por gravedad y por bomba de distintos tipos, el tipo de IVA a aplicar es del 21 por 100 según los pliegos. Sin embargo, el tipo de IVA vigente legalmente para este tipo de productos es del 10 por 100.

Para reforzar su alegato adjunta a su recurso copia de la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administración Pública número AFO495-15, de 18 de marzo de 2015 (nominada por la Dirección General de Tributos como VO872-15 y fecha de salida 23 de marzo de 2015), que en su página 5 indica que el tipo de IVA a aplicar a los sistemas de alimentación enteral es del 10 por 100. Asimismo, adjunta pedido del Hospital Universitario de Málaga de sistema de nutrición enteral por gravedad (producto solicitado en el lote 1 del presente expediente) en el que aparece el tipo de IVA a aplicar del 10 por 100.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta lo siguiente:

1. Los determinados bienes contemplados en los lotes 1 a 4 van referidos a material fungible que se hace preciso utilizar en la nutrición enteral. Se trata de sistemas como dice su denominación y cuyo destino lo son para máquinas específicas de utilización o bombas: para bomba universal en el lote 1, para bomba compact go en el lote 2, para bomba flocare infinity en el lote 3 y para bomba freego en el lote 4.



2. En la citada consulta vinculante VO872-15 se puede comprobar, tanto en la página 5, párrafos 2 a 5, como en la página 7, párrafos 3, 4, 6 y 7, que lo que determina que se aplique el 10 por 100 a los bienes objeto de licitación es cuando su adquisición se produce junto con la bomba, equipo o máquina, pero no la adquisición individualizada del citado material (llamado sistema porque consta de un conjunto de material fungible específico). Al tratarse de un suministro, por precio unitario de sistemas para utilizar en una bomba que ya obra en poder del centro sanitario, entiende este órgano de contratación que el tipo aplicable de IVA recogido en los pliegos es el correcto. Se trata de adquisición de sistemas para bombas universales así como bombas específicas cuya denominación se ha detallado en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas (PPT).

3. La existencia de un pedido al 10 por 100 para este material expedido por esta Administración, no puede utilizarse como justificación del tipo aplicable exigido, en la medida en que la nueva aplicación del IVA en productos sanitarios, pasando del genérico 10 por 100 al 21 por 100, ha exigido múltiples consultas al Ministerio de Hacienda y Administración Pública para aclarar el tipo de IVA aplicable en supuestos concretos y determinados, no contemplados de forma clara y precisa por la normativa específica del impuesto. Hay que añadir, igualmente, que el error existente y detectado en un momento determinado no puede ser considerado como insubsanable en actuaciones administrativas posteriores, lo que conlleva que el haberse recogido en algún pedido un tipo aplicable del IVA del 10 por 100 sea considerado como elemento definitivo y vinculante de que ese debe ser el tipo de IVA exigible con posterioridad.

4. La definición de los bienes a adquirir en el Anexo I del PPT proviene de la establecida en el Banco de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud, quien dispone el tipo de IVA aplicable a dicho bien, en todo el territorio de la Comunidad Autónoma, independientemente del órgano de contratación que realice el expediente de suministro correspondiente. En definitiva, no se trata de un aspecto residual que pueda ser modificado por cualquier órgano de contratación.



5. Por último recordar que el artículo 87 del TRLCSP establece que el importe del IVA debe indicarse como partida independiente. Es más, 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, no dependiendo ni de la voluntad de la Administración ni de la de los licitadores, y una interpretación de la citada normativa tributaria, acomodada al supuesto de hecho contemplado en el expediente de licitación -suministro de bienes de nutrición enteral y relativos al fungible específico y no el suministro de equipos o bombas, como ya se ha expuesto anteriormente- supone que el tipo de IVA recogido en la documentación del expediente, y que ha sido del 21 por 100, es el tipo correcto aplicable.

Visto lo alegado por las partes procede analizar el fondo del asunto. Al respecto, 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”*.

En segundo lugar, 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.

En el presente supuesto, tanto la recurrente como el órgano de contratación fundan sus correspondientes alegatos en la mencionada consulta vinculante de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administración Pública, en un caso la recurrente para justificar su alegato de que el IVA que ha



de aplicarse a los sistemas de alimentación enteral es el del 10 por 100, y en el otro caso el órgano de contratación para justificar que ha de aplicarse el 21 por 100, toda vez que *“lo que determina que vaya al 10 por 100 los bienes objeto de licitación es cuando su adquisición se produce junto con la bomba, equipo o máquina, pero no la adquisición individualizada del citado material (llamado sistema porque consta de un conjunto de material fungible específico). Al tratarse de un suministro, por precio unitario, de sistemas para utilizar en una bomba que ya obra en poder del centro sanitario, entiende este órgano de contratación que el tipo aplicable de IVA recogido en el expediente es el correcto”*.

Pues bien, respecto de lo que aquí interesa, la citada consulta vinculante Vo872-15 a que hacen referencia la recurrente y el órgano de contratación, relacionada con el artículo 91 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece lo siguiente en sus puntos 2 y 3:

«2.- En relación con la lista de las relaciones de productos que se contienen en el apartado octavo del Anexo de la Ley 37/1992, a las que resulta de aplicación el tipo reducido del 10 por ciento, cabe señalar, en primer lugar que de la redacción del precepto hay que concluir que se trata de una definición objetiva, de forma tal que la aplicación del tipo reducido está supeditada al cumplimiento de la condición principal que se establece en el artículo mencionado y es que se trate de productos que por sus características objetivas, estén diseñados para aliviar o tratar deficiencias para uso personal y exclusivo de personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de quien resulte ser el adquirente del mismo.

3.- Sin perjuicio de lo anterior y, por lo que a las concretas dudas planteadas se refiere, respecto a si cabe la inclusión de determinados productos en alguna de las categorías del apartado octavo del Anexo de la Ley del Impuesto, cabe señalar:

A) “Dispositivos para el autocontrol de los cuerpos cetónicos y de la coagulación sanguínea y otros dispositivos de autocontrol y tratamiento de



enfermedades discapacitantes como los sistemas de infusión de morfina y medicamentos oncológicos”. Se plantea si están incluidos los siguientes productos: sistemas de infusión de morfina, sistemas de infusión de medicamentos, y sistema de alimentación enteral, incluyendo los infusores, elastómeros, bombas de infusión y material fungible necesario para su uso, éste último solo en la medida en que sea parte del dispositivo y de uso personal y exclusivo de personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales.

A este respecto cabe señalar que, según informes emitidos por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, en la categoría mencionada se encuentran incluidos:

(...)

- Los sistemas de alimentación enteral pueden administrar la alimentación por vía nasogástrica o nasoentérica o bien por vía intradigestiva a través de un estoma que puede practicarse a diferentes niveles del tubo digestivo. Se utiliza cuando la persona tiene una incapacidad física, temporal o permanente, para alimentarse por vía oral, debido a procesos patológicos graves diversos que dañan el proceso de deglución o que alteran el tubo digestivo.

Todos ellos se incluyen en la categoría analizada y tienen una serie de componentes fungibles: tubos, válvulas, filtros, jeringas, agujas, cámaras, etc. que dependen del modelo y que son parte constitutiva del sistema.

Por tanto, a los sistemas de infusión de morfina y de medicamentos y los sistemas de alimentación enteral, les resulta de aplicación el tipo reducido del 10 por ciento. No se entienden incluidos los componentes fungibles, dado que por sus características objetivas no son susceptibles de uso personal y exclusivo de personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales; sin perjuicio de que a tales productos les pueda resultar aplicable el tipo reducido del 10 por ciento, por aplicación de algún otro precepto de la Ley 37/1992 y, sin perjuicio de que su entrega o adquisición se realice de forma conjunta con los sistemas de infusión y de alimentación enteral y sea



considerada accesoria a la entrega de la misma, conforme se desarrolla en el punto 7 de contestación a la consulta vinculante V3386-14, de 29 de diciembre, mencionada anteriormente.

(...)»

Además de la citada consulta vinculante VO872-15, y sobre el tipo impositivo a aplicar en la tributación de determinados productos utilizados en los sistemas de alimentación enteral, la Dirección General de Tributos ha emitido una nueva consulta vinculante la V2961-15, de 7 de octubre de 2015, que concluye en su apartado cuarto lo siguiente:

«1º- Tributarán por el Impuesto sobre el Valor Añadido, al tipo reducido del 10 por ciento, las entregas, adquisiciones intracomunitarias e importaciones de los siguientes productos objeto de consulta:

Los sistemas de alimentación enteral.

Las sondas nasogástricas, nasoyeyunales, nasoduodenales, gastostomias, yeyunostomias, botones de sustitución.

2º- Tributarán por el Impuesto sobre el Valor Añadido al tipo general del 21 por ciento las entregas, adquisiciones intracomunitarias e importaciones de los siguientes productos objeto de consulta:

-Los componentes fungibles de los sistemas de infusión y de alimentación enteral: En el caso consultado: Diverso material como: líneas y adaptadores (tubos que van desde la sonda hasta el envase del producto nutricional), contenedores (recipiente que contiene la comida), kits de reparación de sondas, bombas de nutrición enteral, y jeringa Enlock, (diseñada para evitar que entre el producto nutricional en vena), sin perjuicio de que a tales productos les pueda resultar aplicable el tipo reducido del 10 por ciento, por aplicación de algún otro precepto de la Ley 37/1992 y, sin perjuicio de que su entrega o adquisición se realice de forma conjunta con los sistemas de infusión y de alimentación enteral y sea considerada accesoria a la entrega de la misma, conforme se desarrolla en el punto 7 de contestación a la consulta



vinculante V3386-14, de 29 de diciembre, mencionada anteriormente componentes fungibles de los sistemas de infusión.

(...)».

De ambas consultas vinculantes, y en lo que aquí interesa, cabe deducir una serie de consideraciones:

- Los sistemas de alimentación enteral se utilizan cuando la persona tiene una incapacidad física, temporal o permanente, para alimentarse por vía oral.
- Todos ellos tienen una serie de componentes fungibles: tubos, válvulas, filtros, jeringas, agujas, cámaras, etc. que dependen del modelo y que son parte constitutiva del sistema.
- A los sistemas de alimentación enteral, les resulta de aplicación el tipo reducido del 10 por 100. No se entienden incluidos los componentes fungibles, dado que por sus características objetivas no son susceptibles de uso personal y exclusivo de personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales.

Por tanto, lo determinante para que a los sistemas de alimentación enteral se les aplique el tipo reducido del 10 por 100 es que su uso sea personal y exclusivo de personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales y que se trate de la adquisición del sistema completo y no de fungibles por separado.

La argumentación del órgano de contratación de que lo determinante para que se aplique el tipo reducido es que la adquisición debe incluir necesariamente la bomba, equipo, o máquina no puede ser compartida por este Tribunal, pues se daría la paradoja de que solo se aplicaría el tipo reducido cuando el sistema de alimentación enteral incluyera la bomba, equipo o máquina, situación que solo se daría en contadas excepciones.

Por otro lado, en la citada consulta vinculante V2961-15 se concluye que las bombas de nutrición enteral tributan al 21 por 100. De acogerse la tesis del



órgano de contratación si se adquiere el sistema de nutrición enteral, incluida la bomba, tributaría al tipo reducido del 10 por 100 y si solo se adquiere la bomba, tributaría al tipo general del 21 por 100, por lo que si tenemos en cuenta que el coste de la bomba con respecto al resto supone casi el cien por cien del importe, se daría igualmente la paradoja de que nadie adquiriría solo la bomba -pues tributaría al 21 por 100- sino que la adquiriría de forma conjunta -pues tributaría al 10 por 100-.

No puede entenderse de la literalidad de la consulta vinculante V0872-15, de 23 de marzo de 2015, como hace el órgano de contratación, sobre todo a raíz de la consulta vinculante V2961-15, de 7 de octubre de 2015, que la bomba, equipo o máquina hayan de considerarse necesariamente incluidos dentro del sistema de alimentación enteral a los efectos de la aplicación a éste del tipo reducido del 10 por 100. Es el sistema de alimentación enteral completo, sin bomba, equipo o máquina que lo hace funcionar, esto es, tubos, válvulas, filtros, jeringas, agujas, cámaras, etc, los que constituyen el sistema, como una unidad operativa, a los efectos del impuesto y a los que se les aplica el tipo reducido. Lógicamente, dicho tipo reducido no es de aplicación a los fungibles por separado, pues en estos casos no se puede asegurar que su uso sea personal y exclusivo de personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, ni a la bomba, equipo o máquina por así establecerlo la antes citada consulta vinculante V2961-15.

Por último alega el órgano de contratación que la nueva aplicación del IVA en productos sanitarios, pasando del genérico 10 por 100 al 21 por 100, ha exigido múltiples consultas al Ministerio de Hacienda y Administración Pública para aclarar el tipo de IVA aplicable en supuestos concretos y determinados, no contemplados de forma clara y precisa por la normativa específica del impuesto. Sin embargo, ni aclara ni documenta si alguna de dichas consultas se han hecho en relación con el caso concreto que se analiza en este motivo del recurso, por lo que su alegación carece de fundamento.

Por lo expuesto, entiende este Tribunal que a los lotes 1 a 4 le es de aplicación el tipo de IVA reducido del 10 por 100. Al efecto, así se debería haber contemplado



en los pliegos tal como establece el citado artículo 87 del TRLCSP, suponiendo la infracción cometida una vulneración del mismo, por lo que procede admitir lo alegado por la recurrente en el sentido de ser necesaria su adecuación y procede ordenar su corrección.

Como el tipo de IVA a aplicar viene impuesto por la legislación tributaria y no por la de contratación, ni por el fijado en los pliegos, tampoco implica alteración del precio ofertado en la proposición económica, por aquellos licitadores que ya hayan presentado la misma, la consignación de un tipo inadecuado inducido por el modelo de oferta o por el consignado en los pliegos. Así es preciso recordar que según la normativa reguladora del IVA el tipo aplicable a cada operación será el vigente en el momento del devengo, que en el caso de la entrega de bienes -como acontece en el presente supuesto- será con carácter general, cuando tenga lugar su puesta a disposición del adquirente, esto es en el momento de expedición de las correspondientes facturas.

Como el principio de conservación de los actos y trámites administrativos es una manifestación de los principios generales de economía procesal, proporcionalidad y eficacia, cuyo objetivo es determinar el alcance de la anulación, este Tribunal considera que debe estimarse lo alegado por la recurrente, y con mantenimiento de las actuaciones realizadas proceder a la rectificación de los pliegos para ajustar el tipo de IVA, con publicación de la misma en los diarios y boletines oficiales correspondientes, así como en el perfil de contratante, con apertura de un nuevo plazo de presentación de ofertas para aquellos licitadores que no habiéndola presentado deseen hacerlo o aquellos que habiéndola presentado deseen modificarla, retirarla o confirmarla, debiéndose realizar asimismo la correspondientes operaciones presupuestarias precisas.

SEXTO. En el segundo motivo del recurso, la recurrente alega que los precios de las licitaciones públicas deben ser adecuados al mercado con arreglo a la normativa de contratación pública (artículo 87 del TRLCSP) y a los pronunciamientos de los órganos competentes en la materia.

Manifiesta la recurrente que según consulta realizada al órgano de contratación,



para el cálculo del precio máximo de licitación se ha tenido en cuenta el precio de mercado actual al que los proveedores venden los productos, IVA incluido, y para el cálculo del precio máximo unitario neto se ha descontado el tipo de IVA que se ha aplicado en los pliegos.

A continuación la recurrente, realiza una simulación tomando como referencia el lote 1, pues este producto lo suministra actualmente a los centros dependientes de la Plataforma Logística Sanitaria de Málaga, para llegar a la conclusión que se ha producido una reducción en los pliegos del precio sin impuestos del 9,1 por 100 frente al precio real de mercado.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta lo siguiente:

1. No es en absoluto recurrible pretender que el precio unitario contemplado en una licitación de un expediente administrativo de suministro se sustente en el precio actual de compra que dicho producto haya podido tener.

Alega el órgano de contratación que la obligación de fijar el precio unitario de licitación es suya, así como la obligación de velar por que se acomode a un precio admisible en el mercado y atractivo para los licitadores, para lograr concurrencia competitiva en el proceso de selección del precio, producto y proveedor.

Concluye el órgano de contratación que si a algún licitador no le resulta interesante el precio de licitación no presentará oferta, pero lo que no podrá, de ninguna forma, es requerir a la Administración, bajo el aspecto indirecto de modificar el tipo de IVA, para que aplique los precios unitarios vigentes en el mercado, IVA excluido, como base de su licitación, como señala la recurrente en su recurso. No se trata la presente licitación de la adquisición de bienes sometida a las características propias de un sistema de mercado regulado y determinativo de precios a exigir.

2. La competencia de la fijación de los precios unitarios es del órgano de



contratación, y no de cualquier licitador que vea mermada su perspectiva de mercado o ganancia económica en atención a un precio unitario contemplado en un expediente administrativo, como es el caso.

Visto lo alegado por las partes procede analizar el fondo del asunto. Al respecto, y en relación con la alegación genérica de la recurrente de que los precios de las licitaciones públicas deben ser adecuados al mercado con arreglo a la normativa de contratación pública (artículo 87 del TRLCSP) y a los pronunciamientos de los órganos competentes en la materia, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre una cuestión similar en la Resolución 77/2014, de 4 de abril, en el siguiente sentido:

«(...) tal y como ha reiterado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -en Resoluciones como la 185/12012 de 6 de septiembre y la 66/2012, de 14 de marzo, entre otras- sobre un asunto semejante en que se alegaba que el precio de licitación del contrato era inferior al coste del servicio, interesa apuntar que en el momento de fijar el presupuesto o precio de un contrato habrá que partir del principio de control del gasto, cuya previsión normativa aparece en el artículo 1 del TRLCSP, al disponer que: '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 de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa'.

El principio de control del gasto debe inspirar la interpretación del artículo 87 del TRLCSP de manera tal que cuando se indica que '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', según el Tribunal Central, <<no se impone a la Administración un “suelo” consistente en el precio general de mercado, por debajo del cual no pueda admitir ofertas, sino todo lo contrario, se persigue el precio más económico, fijado en concurrencia con el límite de los precios anormales o desproporcionados a la baja. De modo que lejos de encontrarnos con un “suelo” nos encontramos con un “techo” indicativo>>

(...) A su vez el artículo 88 del TRLCSP se refiere a la forma de calcular el valor estimado de los contratos y en su apartado 2 dispone que 'La estimación debe hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación, o en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato'.

En el apartado 5 se dispone que para los contratos de suministros y los de servicios que tengan carácter de periodicidad o que deban renovarse en periodo de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades 'a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial'.

(...) Sobre la adecuación de los precios al mercado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su recomendación 2/1997, de 6 de mayo, insiste en que hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que a la hora de determinar el precio de los contratos se procure que éste sea adecuado al mercado, y en su informe 19/1997, de 16 de diciembre, señala que la “primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado”.



La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa.»

En el caso que nos ocupa, el órgano de contratación ha tenido en cuenta las circunstancias anteriores sin que se perciba infracción alguna del citado artículo 87 del TRLCSP.

En cuanto a la alegación concreta de la recurrente de que se ha producido una reducción en los pliegos del presente contrato del precio sin impuestos del 9,1 por 100 frente al precio real de mercado, basado según afirma la recurrente en la prestación actual de un contrato de suministro anterior suscrito con el órgano de contratación sobre el mismo objeto, conviene recordar con carácter general que la Administración no está obligada utilizar los mismos criterios, precios, número de unidades, fórmulas de pago, división o no en lotes, etcétera en todas sus licitaciones, ni aún cuando estas versen sobre el mismo objeto.

En consecuencia, en función de lo anteriormente expuesto, procede la desestimación de este segundo motivo del recurso.

SÉPTIMO. En el tercer motivo del recurso, la recurrente alega que las variaciones de IVA deben asumirse por la Administración como se indica en numerosa jurisprudencia.

Alega la recurrente que en la Instrucción 5/2010, de 30 de abril, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, en su página 2 se indica el derecho de los contratistas a que se les mantenga el equilibrio económico financiero del contrato y que la Administración asume la obligación de pagar el precio del contrato incrementado con el importe del impuesto.

Por tanto, concluye la recurrente, aunque hubiera una variación del tipo de IVA



el precio de referencia para la licitación ha de ser el importe neto de impuestos.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta lo siguiente:

1. En aquellos contratos formalizados en los que se haya contemplado de forma separada el tipo de IVA aplicable (tal como establece la normativa vigente en materia de contratación pública) la asunción de las diferencias de tipo de IVA aplicable son asumibles por la Administración.

2. En el presente caso, se trata de un supuesto de licitación en el que no se ha producido una formalización contractual, y por tanto, el tipo de IVA recogido en la documentación del expediente no es obstáculo para la comparativa de ofertas que pueda realizarse entre los licitadores participantes, en la medida en que se contempla el precio unitario del bien, IVA excluido, y que es el “techo económico” que no podrá sobrepasar cualquier licitador.

Vista las alegaciones de las partes procede analizar el fondo de este tercer y último alegato del recurso. Al respecto, este Tribunal no alcanza a entender que es lo que realmente pretende la recurrente con este alegato, pues se limita de alguna manera a ilustrar, conforme a la citada Instrucción 5/2010, -sobre la repercusión en los expedientes de gasto de la variación de los tipos de IVA establecida en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2010- que establece que en los supuestos de elevación del tipo de IVA, la Administración asume la obligación de pagar el incremento, pues lo contrario supondría no solo el incumplimiento de la normativa fiscal reguladora del impuesto, sino del pacto contractual entre la Administración y el contratista, ya que este último incluye en su oferta el importe del impuesto. Circunstancias todas ellas relacionadas con una variación legal del tipo de IVA en los contratos ya formalizados, cuestión ésta última que no es de aplicación en el presente supuesto en que se analizan determinadas cuestiones de los pliegos.

Asimismo, en cuanto a la afirmación de la recurrente -parece que igualmente con pretensiones de ilustrar- de que aunque hubiera una variación del tipo de



IVA el precio de referencia para la licitación ha de ser el importe neto de impuestos, conviene recordar que esta es una cuestión que quedó definitivamente zanjada a partir de la entrada en vigor de la ya derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que estableció que tanto el presupuesto de licitación como el valor estimado de los contratos y el precio de los mismos, lo son a todos los efectos excluido el IVA.

Solo se entiende la presente alegación de la recurrente como extensión de las anteriores que han sido analizadas y resueltas en los anteriores fundamentos de derecho.

En consecuencia, en base a las consideraciones anteriores, procede la desestimación de este tercer motivo del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **NUTRICIA, S.R.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el contrato denominado “Suministro de nutrición enteral con destino a los centros sanitarios de la Plataforma Logística Sanitaria de Málaga” (Expte. CCA.+SHHHNK 499/2015), convocado por la Dirección Gerencia de los Hospitales Universitarios Regional y Virgen de la Victoria de Málaga, adscritos al Servicio Andaluz de Salud, debiendo procederse conforme ha quedado expuesto en el fundamento quinto de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal en la Resolución de 27 de octubre de 2015.



TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

