

Recursos nº 039, 041,043, 044 y 045/2022
Resolución nº 71/2022

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 17 de febrero de 2022, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las representaciones legales de Carbueros Metálicos S.A.; Nippon Gases España S.L.U.; Linde Gas S.L.; Asociación de Fabricantes de Gases Industriales y Medioambientales (AFGM) y Air Liquide Healthcare España S.L.; contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del Acuerdo Marco de “Suministro de gases medicinales líquidos con destino a los centros sanitarios dependientes del SERMAS” número de expediente AM.PA.SUM.03/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 7 de enero en el DOUE, el 10 de enero en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el 17 de enero en el BOCM, todos ellos del presente año, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con único de criterio de adjudicación y dividido en tres lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 43.800.570,45 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

El plazo de licitación concluye el 23 de enero de 2022.

Segundo.- Con fechas 28 de enero, en el caso de Carburos Metálicos; 1 de febrero, en el caso de Nippon Gases España S.L.U.; y, 31 de enero para el resto de recurrentes, sus correspondientes representaciones legales presentaron ante este Tribunal recursos especiales en materia de contratación, en los que solicitan, de manera individual pero coincidente, la anulación de los pliegos por errónea determinación del presupuesto base de licitación, errónea determinación del objeto del contrato, vulneración de las reglas para la determinación de un único criterio de valoración y falta de justificación en la determinación, tanto del presupuesto base de licitación como de los criterios de solvencia. En el caso de Air Liquide además expresa su desacuerdo con el tipo de IVA aplicable a este suministro.

Tercero.- Los días 8, 10 y 14 de febrero de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y 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 (LCSP), de forma individual a cada uno de los recursos planteados.

Cuarto.- Se ha solicitado por todos los recurrentes la suspensión del procedimiento como medida cautelar. El órgano de contratación se ha opuesto a dicha suspensión. No obstante este Tribunal no se va a manifestar sobre este extremo al entrar directamente a resolver los recursos plantados.

Quinto.- 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 46.1 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 personas jurídicas legitimadas para ello, como potenciales licitadores, *“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).

Todos ellos acreditan la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Asimismo el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“Podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento”*.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación coincidentes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de las mismas.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación y la puesta a disposición de los pliegos de condiciones se publicaron el 10 de enero y se han interpuesto los recursos, en este Tribunal los días 28 y 31 de enero y 1 de febrero de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación de un acuerdo marco de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.a) de la LCSP.

Sexto.- Especial mención merece la situación de Nippon Gases España S.L.U., a este recurrente se le solicitó la subsanación de su documentación con fecha 31 de enero, recibido el 1 de febrero. Dicho requerimiento le otorgaba un plazo de tres días hábiles para la aportación de los estatutos sociales de la empresa. Transcurrido dicho plazo Nippon Gases España S.L.U., no ha aportado la documentación requerida por lo que en aplicación de lo dispuesto en el art.51.2 de la LCSP, se le tiene por desistido de sus peticiones.

Séptimo.- En cuanto a los motivos de recurso, todos los recurrentes coinciden en las mismas formulaciones, por lo que en aras de evitar una Resolución excesivamente amplia se tratarán de modo conjunto, a excepción del motivo recurrido por Air Liquide sobre el IVA a aplicar a este suministro. Para mayor claridad expositiva se subdividirán los distintos motivos de recurso.

Definición incorrecta del objeto del contrato

Todos los licitadores consideran que el objeto de este acuerdo marco es el suministro de gases medicinales, sin embargo a lo largo de los pliegos de condiciones se exige a los licitadores, no solo este suministro, sino también la ejecución de determinadas obras, la vigilancia y mantenimiento de los tanques de almacenamiento y la formación a los sanitarios sobre el manejo de tanques y del suministro en general.

Consideran que estamos ante un contrato mixto, no ante un contrato de suministros, aunque siguiendo las reglas establecidas en el art. 18 de la LCSP prime el suministro como mayor coste del contrato y por ello se siga las reglas de esta tipología de contrato para su adjudicación.

Invocan la numerosa doctrina sobre la imposibilidad de incluir en una tipología de contrato otras prestaciones accesorias sin que queden reflejadas explícitamente en la determinación de su objeto.

Entienden en definitiva que incluir prestaciones accesorias fuera del objeto del contrato contraviene lo establecido en el art. 99 de la LCSP.

A ello ha de unirse la denuncia que todos abordan sobre la imposibilidad de que el PPTP incluya cláusulas y determinaciones propias del PCAP, siendo el objeto del contrato uno de los rasgos que se debe contener en dicho pliego administrativo.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta: *“Es importante destacar que nos encontramos ante una licitación recurrente y que mantiene un histórico en su procedimiento de licitación, de forma que desde el CONTRATO MARCO 05/2007, se han venido realizando diferentes expedientes: AM PA SUM 19/2012, AM PA SUM 35/2016 y, por último, AM PA SUM 3 /2021.*

En todos ellos, se han mantenido las mismas obligaciones reflejadas en el PPT que en este último, y la razón específica es que gran parte de las instalaciones donde se realiza el suministro (tanque criogénico ...) son propiedad del adjudicatario; por ello parece razonable que las prestaciones complementarias de mantenimiento o de televigilancia corran por cuenta del mismo. De igual forma ocurre con las obras auxiliares que se necesitan para ubicar estos grandes elementos tecnológicos, como pudieran ser las bases hormigonadas o recintos vallados de protección.

Si a esto le unimos que desde que tienen consideración de medicamentos (en nuestro caso, los productos/gases objeto del contrato) debemos garantizar por razones de seguridad la trazabilidad de los mismos y la calidad del producto final consumido, parece de sentido común la obligación de la empresa adjudicataria como

garante de las instalaciones y en algunos casos de su mantenimiento. Y por ello, adicionalmente, la regulación de que las empresas licitadoras sean LABORATORIOS FARMACÉUTICOS.

Los gases medicinales objeto del contrato se suministran en estado líquido en depósitos a presión de gran volumen, depósitos que se nominan como DEPÓSITOS CRIOGÉNICOS y que son propiedad del adjudicatario; por ello, parece más que justificado que se realicen todas y cada una de las actuaciones reflejadas en el PPT (proyecto técnico, manual de servicio, permiso, legalizaciones, operaciones de mantenimiento ...). La instalación es propiedad del adjudicatario y en consecuencia la obra necesaria y el mantenimiento, así como la responsabilidad del producto final, no puede ni debe separarse del objeto esencial del contrato que es el suministro del medicamento / gas medicinal que nos ocupa.

De igual forma, no parece desencaminado ni abusivo que el adjudicatario del medicamento mantenga al órgano de contratación con un asesoramiento técnico vinculado al objeto del contrato.

Las referidas prestaciones tienen relación directa con el suministro objeto del procedimiento por lo que resulta admisible configurar el precio de todo el contrato considerando la principal de las prestaciones. En este sentido la Resolución 577/2018, de 12 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que “no se aprecia infracción alguna cuando el precio se hace por referencia a un precio unitario de uno de los componentes de la prestación que permite reflejar el valor de las prestaciones que integran el objeto del contrato. Así, si el precio se fijara en consideración a los suministros realizados, no sería contrario que éste comprenda las prestaciones referidas a uso del equipo, la formación para éste y el mantenimiento, si este uso y mantenimiento tiene relación directa con los suministros del material que se emplean para ello. De manera que resulta admisible configurar el precio de todo el contrato considerando la principal de las prestaciones...”.

En idéntico sentido, la Resolución 938/2019, de 1 de agosto, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con cita de otras de sus Resoluciones, indica que “es posible que jurídicamente se admita un único precio para varias prestaciones del contrato sin vulnerar el actual artículo 102 de la LCSP”, que “(...) si el precio se fijara en consideración a los suministros realizados, no sería

contrario que éste comprenda las prestaciones referidas a uso del equipo, la formación para éste y el mantenimiento, si este uso y mantenimiento tiene relación directa con los suministros del material que se emplean para ello (...)

*El recurrente acompaña a su recurso, entre otros documentos, copia del PPT del AM PA SUM 35/2016. Se puede comprobar en el mismo como todas y cada una de las prestaciones por las que reclama la nulidad del procedimiento, se encuentran recogidas en los mismos números de cláusulas que alega respecto del actual acuerdo marco. Sin embargo, no apareciendo presupuestadas no obstaculizaron en su momento la presentación de la oferta por la que resultó adjudicatario, por lo que la oferta que realizó las tuvo en cuenta y era económicamente viable. Se adjunta en **anexo 3** la oferta presentada por el recurrente en dicho acuerdo marco. Por todo ello, no procede igualmente la anulación reclamada”.*

El artículo 99.1 de la LCSP, dispone literalmente que: “*El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten*”.

El pliego de cláusulas administrativas particulares que rige una contratación pública, aparte de contener otra serie de prescripciones, como son los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato (artículo 122.2 LCSP), debe contener la definición del objeto del contrato así como la codificación correspondiente a la nomenclatura Vocabulario Común de Contratos (CPV). Por tanto, el CPV que seleccione el órgano de contratación debe responder al objeto del contrato, habiendo sido utilizado en esta licitación el Código 24111500-0 Gases Medicinales.

Por el contrario, el pliego de prescripciones técnicas particulares que rige una contratación pública debe contener, tal como dispone el artículo 124 de la LCSP, *las*

prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, disponiendo, en ese sentido, la letra a) del primer apartado del art. 68 del ya citado RGLCAP, que ese pliego de prescripciones contendrá las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, entendiéndose por prescripción técnica o especificación técnica, tal como está definida en el artículo 125 de la LCSP.

Si bien el órgano de contratación goza de discrecionalidad a la hora de fijar el objeto del contrato, cuando lo especifique deberá identificar a través de la concreta y concretas prestación que constituyen el objeto de la contratación, por lo que este objeto debe ser cierto y determinado, o como ha sentenciado el Tribunal Supremo, Sala Tercera, en su sentencia de 16 de marzo de 1987, el objeto ha de resultar *cierto, verdadero, seguro e indubitado*.

Queda claro que siendo el objeto del contrato el suministro de determinados gases medicinales, el PPTP incluye obligaciones ex lege a la propia naturaleza del suministro y ex contractu al suministro objeto de la contratación, aunque accesorias a este y que deben categorizarse como obras y servicios.

En este sentido este Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse en un caso similar en la reciente Resolución 243/2021, de 3 de junio: *“No cabe duda de que el órgano de contratación goza de discrecionalidad a la hora de fijar el objeto del contrato, de acuerdo con las necesidades públicas que debe satisfacer, ahora bien, cuando lo especifique deberá identificar las prestaciones que constituyen el objeto de la contratación, por lo que este objeto, como exige la jurisprudencia, debe ser cierto, verdadero, seguro e indubitado. Así lo exige el artículo 99.1 de la LCSP, al regular el objeto del contrato.*

En la cláusula 3 del PPT, se exige al adjudicatario la cesión gratuita durante el tiempo de duración del contrato del equipamiento necesario (una torre de endoscopia, un ecógrafo y un ecobroncoscopio de punción), que deberá ser compatible con los productos ofertados y cumplir las características que se relacionan en esa misma cláusula. Esta prestación, que constituye una obligación para el adjudicatario, no se

incluye dentro del objeto del contrato, ni se especifica como tal obligación en el documento donde debe incluirse, que no es otro que el PCAP.

Como acertadamente alega el recurrente, el objeto del contrato es un elemento esencial de éste y los pliegos, tanto de cláusulas administrativas como el de prescripciones técnicas, son la norma que rigen la contratación y cada uno de ellos solo pueden tener un determinado contenido, sin que puedan contener elementos que deben constar en el otro. A este respecto, resulta evidente lo plasmado en el artículo 69.3 del Reglamento al regular el PPT: 'En ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares'.

Por tanto, a exigencia de la cesión sin coste para la administración de una torre de endoscopia, un ecógrafo y un ecobroncoscopio de punción contenida en la cláusula 3 del PTT es contraria a las normas de contratación, en cuanto no está prevista en el PCAP, por lo que procede su anulación y en consecuencia la nulidad de los Pliegos y del procedimiento de licitación”.

Por todo ello se estima el motivo de recurso y en consecuencia se anulan los pliegos de condiciones.

Determinación del presupuesto base de licitación y justificación documental.
Imposibilidad de aplicar un solo criterio de valoración

Todos los recurrentes consideran que el presupuesto base de licitación es insuficiente, no cumpliendo la condición impuesta en el art. 100.1 de la LCSP de que se determinen los precios con arreglo al mercado.

Tampoco estos precios han sido desagregados como indica el art. 100.2 de la LCSP.

Este motivo de recurso tiene su fundamentación predominantemente en la inclusión de otras actividades ajenas al suministro de gases medicinales como ya hemos visto en el apartado anterior.

Si bien la nulidad de los pliegos de condiciones ya estimada, hace perder razón de ser al resto de cuestiones planteadas por los recurrentes, este Tribunal considera conveniente pronunciarse de forma somera sobre el resto de cuestiones al fin de no provocar nuevos recursos frente a los nuevos pliegos que se redactarán para la tramitación del acuerdo marco que nos ocupa.

El art. 100 determina que el presupuesto base de licitación será calculado con arreglo a los precios de mercado. Es necesario destacar que los precios de mercado no son el incremento del IPC específico del producto desde la última licitación a nuestros días, pues por un lado, el PBL determinará los precios de los próximos dos años, no del momento actual, por otro no siempre el IPC específico refleja el coste de mercado, máxime si transcurren varios meses desde la determinación del PBL al plazo de presentación de propuestas.

En el caso que nos ocupa al tratarse de un contrato mixto deberán desagregarse los distintos precios de cada una de las actuaciones, obras con sus especialidades, suministros con las suyas y sobre todo los servicios con las propias referidas a gastos de personal. Indicando los gastos directos e indirectos así como el beneficio industrial, todo ello justificado en el PCAP o en las memorias que conforman el expediente de licitación.

Este Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse sobre este extremo, valga por todas, la Resolución 11/2019 de 23 de enero que establece: *“Señala el artículo 100 en su apartado 2 de la LCSP que ‘En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y*

categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia’.

En cuanto al valor estimado, establece el artículo 101.2 de la LCSP que: ‘En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial’.

Finalmente, señala el artículo 102.3 de la LCSP 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 base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados. En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios’.

Este Tribunal reconoce que es causa de desconcierto el uso de diferentes conceptos económicos por la ley según se trate del presupuesto base de licitación o del valor estimado y especialmente en relación a la ausencia de definición de los conceptos introducidos para efectuar esos cálculos.

Se advierte que los conceptos de gastos generales y beneficio industrial aparecen recogidos en cuanto a la determinación del valor estimado y sin embargo no constan en cuanto a la determinación del presupuesto base de licitación y su desglose según la redacción del artículo 100.2.

Se considera que el artículo 101.2 si enumera los conceptos económicos que forman el valor estimado del contrato, entendiéndose en consecuencia aplicables al 100.2, por lo que puede afirmarse que los gastos directos serán los propios de la ejecución del contrato y costes indirectos los relativos al beneficio industrial y los gastos generales, toda vez que su existencia y su cuantía variará en función de cada empresa y para cada caso concreto.

Así los gastos propios de la ejecución de los servicios o de las obras son fácilmente determinables y cuantificables. Siendo además intención de la LCSP que

en especial para los contratos donde los costes de mano de obra sean mayoritarios, un especial tratamiento, conocimiento y respeto hacia dichos costes. Se trae a colación la Resolución 632/2018, de 29 de junio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales establece que: ‘A la vista de los artículos anteriores y los términos de su redacción, es evidente que se produce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral. Vinculación que cobra un mayor protagonismo cuando se trate de contratos, como los de servicios, donde los costes de personal pueden suponer la partida principal del gasto en el presupuesto base de licitación’.

Interesa destacar que los costes directos determinarán por sí mismo el presupuesto de licitación de forma precisa, por lo que la oferta a la baja que proponga el licitador afectará sobre todo a los costes por gastos generales y beneficio industrial.

Llegados a este punto conviene determinar los porcentajes aplicables a los conceptos de gastos generales y beneficio industrial.

En relación al porcentaje a aplicar por gastos generales y beneficio industrial en el caso de los contratos de obras el desglose de precios se efectúa en el presupuesto del proyecto de obras, recogiendo así mismo los conceptos y porcentajes de los gastos generales y beneficio industrial en el artículo 131 apartado 2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCP) con un 13% para los primeros y un 6% para los segundos.

En el caso de contratos de servicios y suministro es evidente que para la determinación de los gastos generales y beneficio industrial se podrá acudir como referencia a la normativa expresa de los contratos de obras.

Mención especial merece el contrato de servicios con importante presencia de personal, como es el caso que nos ocupa. Dicho precio vendría marcado por el coste salarial pactado en Convenio Colectivo, de ahí que el artículo 100.2 LCSP exija que en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

A partir de dichos preceptos, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha reconocido que en la legislación ahora vigente se produce una

mayor vinculación entre la normativa laboral y la contractual, que lleva a un inexorable desglose de los costes que conforman el presupuesto base de licitación y en especial la observancia de los preceptos sobre material de retribuciones, entendiéndose por tales tanto la determinación del convenio colectivo aplicable, como el desglose de precios en cuanto a este concepto”.

Indicar asimismo que la prestación de servicios de vigilancia y seguridad exige el establecimiento de una pluralidad de criterios de adjudicación, tal y como se establece en el art. 145.3 apartado g) segundo párrafo.

Por todo ello se estiman los recursos interpuestos en cuanto a los motivos de insuficiente presupuesto base de licitación, falta de desagregación de éste y necesidad de incluir una pluralidad de criterios de valoración.

Consideración del nitrógeno líquido como medicamento y en consecuencia el IVA aplicable a este producto.

Air liquide considera que el nitrógeno líquido no es un gas medicinal. Para fundamentar su tesis contrapone el art. 52 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, con el art. 2 apartado 32 del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente.

Aporta nota de posición de la Asociación de Fabricantes de Gases Industriales y Medicinales en relación con los usos del nitrógeno líquido y su no consideración de medicamento al tener una función de excipiente o coadyuvante de otros principios activos.

En definitiva viene a poner de manifiesto que la Ley 20/2006 de garantía y uso racional de los medicamentos considera de forma errónea al nitrógeno líquido como

medicamento y en consecuencia su producción y suministro conlleva habilitaciones profesionales especiales y la aplicación del tipo reducido del IVA al 4%

El órgano de contratación incorpora en su escrito al recurso la siguiente nota, que también figura publicada en el perfil de contratante y aportada por el recurrente en su recurso:

“La Dirección General de Tributos, en contestación a distintas consultas vinculantes al respecto (V1738-19, V0077-16 o V3607-2020), establece que tributarán al tipo impositivo del 4 por ciento las entregas, adquisiciones intracomunitarias e importaciones de nitrógeno líquido medicinal cuando tenga la consideración de medicamento.

El Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, dispone en su artículo 52 relativo a los gases medicinales:

“1. Los gases medicinales se consideran medicamentos y están sujetos al régimen previsto en esta ley, con las particularidades que reglamentariamente se establezcan.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.6, las empresas titulares, fabricantes, importadoras y comercializadoras de gases medicinales licuados podrán suministrarlos, conforme determinen las autoridades sanitarias competentes, a los centros de asistencia sanitaria, de atención social a los pacientes con terapia respiratoria a domicilio, así como a los establecimientos clínicos veterinarios legalmente autorizados. A tales efectos, se entenderá por gases medicinales licuados el oxígeno líquido, nitrógeno líquido y protóxido de nitrógeno líquido, así como cualesquiera otros que, con similares características y utilización, puedan fabricarse en el futuro.”

Conforme a lo dispuesto en el ante citado artículo 52 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, el nitrógeno líquido tiene la consideración de medicamento por lo que el tipo impositivo de tributación, en consonancia con el criterio de la Dirección General de Tributos, es el 4%.”

En vista de la consulta vinculante emitida por la Dirección General de Tributos se desestima la pretensión del recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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.- Acumular los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las representaciones legales de Carbueros Metálicos S.A.; Nippon gases España S.L.U.; Linde Gas, S.L.; Asociación de fabricantes de gases industriales y medioambientales (AFGM); y, Air Liquide Healthcare España S.L., contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del Acuerdo Marco de “Suministro de gases medicinales líquidos con destino a los Centros Sanitarios dependientes del SERMAS” número de expediente AM.PA.SUM.03/2021.

Segundo.- Considerar desistido de sus peticiones a Nippon gases España S.L.U., al no haber subsanado la documentación requerida en el plazo establecido de conformidad con el art. 51.2 de la LCSP.

Tercero.- Estimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las representaciones legales de Carbueros Metálicos S.A.; Linde Gas S.L.; Asociación de fabricantes de gases industriales y medioambientales (AFGM) y Air Liquide Healthcare España S.L.; contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del Acuerdo Marco de “Suministro de gases medicinales líquidos con destino a los Centros Sanitarios dependientes del SERMAS” número de expediente AM.PA.SUM.03/2021, procediendo a su anulación.

Cuarto.- 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.

Quinto.- 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.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: REVENGA ORTEGA ANA MARÍA
Fecha: 2022 02 21 11:11