

**RECURSO 54/2020  
RESOLUCIÓN 77/2020**

**Resolución 77/2020, de 4 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Air Liquide Healthcare, S.L. frente a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato de suministro de gases medicinales y de uso sanitario con destino al Hospital Universitario Río Hortega y mantenimiento de instalaciones (Expediente: 2020009139/2020/8003)**

**I  
ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Río Hortega de Valladolid de 15 de noviembre de 2019, se aprueban los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y de prescripciones técnicas (en adelante PPT), para la contratación mediante procedimiento abierto del suministro de gases medicinales y de uso sanitario con destino al Hospital Universitario Río Hortega y mantenimiento de instalaciones.

**Segundo.-** El 13 de diciembre Dña. yyyy, en nombre y representación de la empresa Air Liquide Healthcare, S.L., interpone un recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León frente a los pliegos que rigen la contratación, fundado en el error del tipo impositivo del IVA aplicado al nitrógeno líquido (ID 2803) del lote nº 1 del contrato "Suministro de gases licuados y mantenimiento de instalaciones", que contraría la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido, ya que, a su juicio, debería ser el 21% y no el 4% previsto en el cuadro de características del contrato contenido en el PCAP, en sus apartados 11, relativo al "presupuesto de licitación", y 12 sobre "Determinación del precio". Asimismo solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

**Tercero.-** Mediante Resolución del Tribunal de Recursos Contractuales de Castilla y León 13/2020, de 30 de enero, se declara la inadmisión del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Air Liquide Healthcare, S.L. por desaparición sobrevenida de su objeto.

La previa Resolución de este Tribunal Administrativo 11/2020, de 30 de enero, estimó parcialmente un recurso especial en materia de contratación interpuesto en relación con este contrato, anuló su PCAP y ordenó la retroacción del procedimiento a fin de que se elaborara un nuevo pliego en el que se determinaran los parámetros objetivos que permitieran identificar los casos en los que una oferta se considera anormal y de que prosiguiera la tramitación del procedimiento de adjudicación de acuerdo con las determinaciones de la LCSP.

En el fundamento de derecho 3º de la referida Resolución 13/2020, de 30 de enero, se indica que la pretensión de rectificación del pliego ejercitada se ve imposibilitada por la anulación del PCAP dispuesta en la Resolución de este Tribunal 11/2020, de 30 de enero: "Sin perjuicio de ello, la determinación del tipo impositivo aplicable al nitrógeno líquido medicinal en el nuevo PCAP que, en su caso, se apruebe, deberá motivarse suficientemente e ir precedida, si fuese necesario, de las consultas a las entidades sanitarias y/o tributarias competentes en la materia; en particular, en lo relativo a si su uso como excipiente en el medicamento excluye su consideración como tal medicamento".

**Cuarto.-** Por Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Río Hortega de 6 de febrero de 2020 se acuerda anular el anuncio de licitación y el PCAP del contrato de suministro de gases medicinales y de uso sanitario con destino al Hospital Universitario Río Hortega y mantenimiento de instalaciones, así como retrotraer el procedimiento a fin de que se elabore un nuevo pliego en el que se determinen los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considera anormal y de que se prosiga la tramitación del procedimiento de adjudicación de acuerdo con las determinaciones de la LCSP.

**Quinto.-** Mediante Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Río Hortega de 20 de febrero se aprueban un nuevo PCAP y PPT,

para la contratación mediante procedimiento abierto del suministro de gases medicinales y de uso sanitario con destino al Hospital Universitario Río Hortega y mantenimiento de instalaciones, con un valor estimado del contrato de 1.999.669,56 euros, y se dispone la apertura del procedimiento de adjudicación.

La licitación se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 24 y 25 de febrero 2020, respectivamente.

**Sexto.-** El 15 de marzo de 2020 Dña. yyyy, en nombre y representación de la empresa Air Liquide Healthcare, S.L., interpone un recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, frente al PCAP que rige la contratación, al mantener el mismo tipo impositivo del IVA aplicado al nitrógeno líquido (ID 2803) del lote nº 1 del contrato, lo que a su juicio contraviene lo establecido en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido, ya que considera que el tipo aplicable debería ser el 21% y no el 4% previsto en el cuadro de características del contrato contenido en el PCAP, en sus apartados 11, relativo al "presupuesto de licitación", y 12 sobre "Determinación del precio", al no tratarse de un medicamento sino de un excipiente. Solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

Adjunta copias de la escritura de elevación a público de acuerdos sociales, de los PCAP y de PPT que rigen la contratación, de la nota de posición de la Asociación de Fabricantes de Gases Industriales y medicinales (AFGIM) sobre la clasificación del nitrógeno en sus distintas aplicaciones, de las comunicaciones por correo electrónico AFGIM-AEMPS (Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios), de las consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos sobre el tipo impositivo aplicable a las entregas de "Nitrógeno Líquido medicinal" DGT V0077-16, de 13 de enero de 2016 y DGT V1738-19 de 9 de julio de 2019 y nota aclaratoria del Hospital Río Hortega sobre el uso del artículo ID 2803, nitrógeno líquido, en el presente contrato.

**Séptimo.-** El 20 de marzo se admite a trámite el recurso presentado asignándole el número de expediente 54/2020, y se indica que de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de

la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que el plazo para tramitar y resolver el recurso queda en suspenso.

**Octavo.-** En esa misma fecha se requiere al órgano de contratación para que en el plazo de dos días hábiles remita a este Tribunal el expediente, acompañado del correspondiente informe y de la dirección de correo electrónico de todas las empresas licitadoras interesadas. No obstante lo anterior, se recuerda que de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el plazo para remitir la documentación referida está en suspenso y que la tramitación del recurso especial se reanudará cuando tal suspensión pierda su vigencia.

**Noveno.-** El 30 de marzo tienen entrada en el Registro del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León el expediente y el informe del órgano de contratación en el que se señala: "Que es correcta la aplicación del IVA superreducido del 4% (determinado por la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido actualizada al 1 de enero de 2019) correspondiente a los medicamentos de uso humano ya que el Nitrógeno Líquido medicinal está considerado como Medicamento por el artículo 52 del Real Decreto 1/2015.

»Que esta tipificación del IVA aplicado al nitrógeno líquido está en consonancia con el pronunciamiento en consultas (sic.) las consultas vinculantes de 2016 y 2019 de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas anteriormente mencionadas".

En el citado informe se indica que hasta la fecha de su emisión no ha concurrido ninguna empresa a la licitación y que el plazo de presentación de ofertas previsto en el anuncio de licitación hasta el día 23 de marzo, se ha suspendido conforme a lo dispuesto en la disposición adicional tercera Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

**Décimo.-** El 7 de mayo se reanuda la tramitación del procedimiento, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto

económico y social del COVID-2019, lo que se ha comunicado expresamente a la empresa recurrente y al órgano de contratación.

**Decimoprimer.-** Por Acuerdo 24/2020, de 7 de mayo del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, se estima la solicitud de suspensión del procedimiento de adjudicación de este contrato.

**Decimosegundo.-** El 13 de mayo se da traslado del recurso a los interesados para que formulen las alegaciones convenientes a su derecho, sin que conste que hayan hecho uso de este trámite.

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**1º.-** La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

**2º.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Air Liquide Healthcare, S.L para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 y el artículo 50.1.b) de la LCSP.

**3º.-** El análisis de los requisitos de admisión del recurso permite concluir que de conformidad con lo establecido en los artículos 18.1 a), 44.1 a) y 44.2 a) de la LCSP se ha interpuesto contra un acto recurrible: el contenido de los pliegos de un contrato mixto de suministro y servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros.

El recurso se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1b) de la LCSP que establece quince días hábiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación. Los pliegos se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 24 de febrero de 2019 y el recurso se presentó de forma electrónica en el Tribunal

con fecha de registro de 15 de marzo, día inhábil, por lo que de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.2 b) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas la presentación en un día inhábil se entenderá realizada en la primera hora del primer día hábil siguiente, en este caso el 16 de marzo.

**4º.-** En cuanto al fondo del asunto, la empresa recurrente solicita una rectificación de los pliegos de modo que reflejen correctamente el tipo impositivo de IVA aplicable al nitrógeno líquido del lote nº 1, que considera debe ser el 21%, en vez del 4% que figura en el PCAP, porque no debe ser considerado un medicamento sino un excipiente.

En apoyo de su pretensión la recurrente presenta copias de una nota de posición de la Asociación de Fabricantes de Gases Industriales y medicinales (AFGIM) sobre la clasificación del nitrógeno en sus distintas aplicaciones, de las comunicaciones por correo electrónico AFGIM-AEMPS (Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios), de las consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos sobre el tipo impositivo aplicable a las entregas de "Nitrógeno Líquido medicinal" DGT V0077-16, de 13 de enero de 2016 y DGT V1738-19 de 9 de julio de 2019, y la nota aclaratoria del Hospital Río Hortega sobre el uso del artículo ID 2803, nitrógeno líquido, en el presente contrato.

Así, obra en el expediente un correo electrónico de la AEMPS, en respuesta a una solicitud de la AFGIM donde señala: "Consideramos que la Nota de Posición de la AFGM fechada en Febrero de 2011 está en línea con nuestra interpretación, ya que el nitrógeno no tiene acción farmacológica ni terapéutica y, por tanto, como tal gas (gaseoso o líquido) no tendría consideración de medicamento. Sin embargo, y aunque estamos de acuerdo en todos los términos expresados en su `Nota de Posición` de Febrero de 2011, no ha habido posicionamiento formal de la AEMPS respecto a este tema. La Agencia, con respecto a la clasificación como medicamento, actúa siempre en forma de `lista positiva` pero no pronunciándose sobre lo que no es medicamento, siendo este el motivo por el que no se ha expresado tal posición."

Igualmente consta la nota aclaratoria del Jefe de Unidad de Mantenimiento del Hospital Universitario Río Hortega publicada por el órgano

recontratación el 12 de diciembre de 2019 y aportada por la empresa recurrente pone de manifiesto que "El artículo con ID 2803 correspondiente al Nitrógeno Medicinal líquido se emplea exclusivamente como excipiente para la producción de aire sintético medicinal 'on site' mediante mezclador junto con el artículo ID 2509 Oxígeno Medicinal líquido (medicamento/principio activo) conforme a la monografía de la Farmacopea europea 1684. Con lo que para su suministro requiere que cumpla las directrices de la farmacopea.

»El Aire Medicinal Sintético está tipificado como medicamento y como tal le corresponden un tipo superreducido de IVA del 4%. Este producto se facturará según sus componentes (oxígeno y nitrógeno líquido) tal y como se encuentra establecido en los pliegos del procedimiento.".

En la cláusula 12.2 del PCAP se especifican los productos objeto del contrato, que son, entre otros, el nitrógeno líquido y el oxígeno líquido pero no el aire sintético medicinal. Así pues, cada uno de estos productos, nitrógeno y oxígeno serán facturados de forma independiente como productos distintos a los precios de adjudicación. El aire medicinal sintético, producido por la mezcla de oxígeno y nitrógeno sí es considerado un medicamento tipificado al 4%.

Debe subrayarse que tanto la recurrente como el órgano de contratación señalan que su postura sobre el tipo de IVA aplicable está en consonancia con las consultas vinculantes V0077-16 y V1738- 19 que a este respecto le fueron realizadas a la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. En ellas se concluye que: "1º Tributarán al tipo impositivo del 4 por ciento las entregas, adquisiciones intracomunitarias e importaciones de Nitrógeno líquido medicinal objeto de consulta, siempre y cuando tenga la consideración de medicamento. En otro caso tributará al tipo impositivo del 21 por ciento". En la misma contestación se señala que el órgano competente para la determinación de si un determinado producto es un medicamento o no lo es, corresponde a la AEMPS.

Por ello, la controversia radica si el producto suministrado para tal finalidad es un medicamento. Esto es, si el tipo impositivo se debe aplicar de manera individual a cada una de las entregas que se realiza, en función de cada

componente por sí mismo, o si debe tenerse en cuenta el destino final del producto (aire medicinal sintético) del que estos componentes formen parte.

Como se ha señalado, en la referida Resolución de este Tribunal 13/2020, de 30 de enero, ya se indicó que la aprobación de unos nuevos pliegos debería ir precedida, si fuese necesario para la correcta solución de esta controversia, de consultas a las entidades sanitarias y/o tributarias competentes en la materia. En particular, en lo relativo a su uso como excipiente en el medicamento.

Por ello, antes de publicar el nuevo PCAP y teniendo en cuenta el uso que se va a dar al nitrógeno líquido en el lote nº 1 el órgano de contratación debería haber recabado información de la Dirección Técnica de Asistencia Farmacéutica de la Junta de Castilla y León o consultar a la AEMPS acerca de si el producto objeto de suministro en el lote nº 1 puede considerarse un medicamento o no, de lo cual se determinaría el tipo impositivo de IVA aplicable. Incluso el obligado tributario pudo realizar una consulta más específica sobre la presente controversia (artículo 66.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos).

Pese a ello, no se han aportado una nueva información dirimente sobre la cuestión referida, ni se ha solicitado la práctica de prueba.

No obstante, debe advertirse que el tipo del IVA aplicable viene establecido por la legislación tributaria partiendo en este caso de una calificación específica realizada por la Administración sanitaria, no por la normativa en materia de contratación ni por los pliegos, y que el tipo impositivo aplicable será el vigente al tiempo del devengo independientemente del que figure en el pliego.

Además de ello la consignación de un tipo erróneo no impide a los licitadores la presentación de ofertas en condiciones de igualdad, todo ello sin perjuicio de las repercusiones presupuestarias que en su caso, pudieran producirse. Esto es, el hecho de que la valoración de las ofertas debería

realizarse sin tener en cuenta el tipo de IVA evita que pueda existir un trato desigual entre licitadores.

Por todo ello, este Tribunal considera que al ser la cuestión debatida ajena a las vicisitudes del procedimiento de contratación no es competente para dilucidar el tipo impositivo aplicable, más teniendo en cuenta que no se ha acreditado fehacientemente ni formalmente en el expediente remitido cuál debe ser el tipo de IVA aplicable, ni si quiera si por la finalidad del suministro del lote 1, el nitrógeno puede ser considerado un medicamento.

Por ello, debe desestimarse el recurso presentado.

En su virtud, al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

### **III RESUELVE**

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Air Liquide Healthcare, S.L. frente a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato de suministro de gases medicinales y de uso sanitario con destino al Hospital Universitario Río Hortega y mantenimiento de instalaciones, en cuanto a la aplicación del tipo impositivo del IVA al nitrógeno líquido en el lote nº 1 (Expediente: 2020009139/2020/8003).

**SEGUNDO.-** Levantar la suspensión del procedimiento de licitación de acuerdo con el artículo 57.3 de la LCSP.

**TERCERO.-** Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA),

contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).