



Recurso nº 1378/2024

Resolución nº 1545/2024

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 04 de diciembre de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.L.G., en representación de MESSER IBÉRICA DE GASES, S.A.U. contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato mixto de *“Suministro de gases medicinales y legalización de salas e instalaciones, así como mantenimiento y control de los sistemas de distribución de gases medicinales a los hospitales de ASEPEYO”*, con expediente número CP00054/2024, convocado por ASEPEYO, Mutua colaboradora con la Seguridad Social, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 24 de septiembre de 2024 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación y los pliegos del contrato de suministro de gases medicinales y legalización de salas e instalaciones, así como mantenimiento y control de los sistemas de distribución de gases medicinales a los hospitales.

Se trata de un contrato de suministros, con valor estimado de 576.026,38 euros, por un plazo de doce meses, dividido en tres lotes y sometido a 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). El procedimiento de licitación a seguir es el abierto.

Segundo. El pliego de cláusulas administrativas particulares recoge en su cláusula 24 que *“El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial del suministro con sujeción a lo que disponga el presente pliego y con sometimiento a lo establecido en los artículos 215 a 217 de la LCSP.*



La subcontratación en ningún caso podrá exceder del porcentaje que se establece en el apartado L del cuadro de características.”.

Por su parte, el apartado L del cuadro de características establece la posibilidad de subcontratar con la siguiente limitación: *“Se permite la subcontratación, salvo para las tareas críticas que se indican a continuación, que no pueden ser objeto de subcontratación por lo que deben ser ejecutadas directamente por el contratista principal:*

- *El suministro de los gases medicinales, tanto en camiones cisterna como en botellas, incluidos los medios materiales y humanos para el traslado y manipulación de las botellas llenas hasta sus puntos de almacenaje y consumo, así como del llenado de los tanques criogénicos.”.*

Tercero. El 14 de octubre de 2024 MESSER IBÉRICA DE GASES, S.A.U. interpuso recurso especial ante este Tribunal contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares, en el que suplica que se anule la prohibición de subcontratación contenida en el apartado L del cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares. Mediante otrosí solicitó la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación.

Cuarto. Consta en el expediente como documento número 6 una relación de licitadores, que comprende tanto a la recurrente, como a AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L.

Quinto. El 21 de octubre de 2024 la Secretaría del Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LCSP, dio traslado del recurso al otro interesado, para que en el plazo de cinco días hábiles presentara alegaciones. No consta la presentación de alegaciones por aquel.

Sexto. El 23 de octubre de 2024 la Secretaria General del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución por la que se resuelve la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso, de acuerdo con el artículo 47 de la LCSP.

Segundo. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el día siguiente a aquel en que se publicó el anuncio de licitación, de acuerdo con el artículo 50 de la LCSP.

Tercero. El recurso tiene por objeto un acto recurrible, al dirigirse contra el anuncio de licitación y los pliegos de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto. La recurrente goza de legitimación para la defensa ante este Tribunal, como mercantil que ha concurrido a la licitación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

Dado que el órgano de contratación informa sobre la posible inadmisión del recurso por no haber presentado la recurrente oferta en el procedimiento de contratación, se ha de recordar la doctrina de este Tribunal, reflejada en Resoluciones como la número 200/2023 o la número 1242/2024, según la cual para recurrir los pliegos de una licitación es necesario:

- que se haya presentado proposición, en tanto que solo en ese caso se adquiere la expectativa de resultar adjudicatario del contrato que conforma el interés legítimo;
- o que se no se haya podido presentar proposición como consecuencia de condiciones discriminatorias en el pliego.

Como advierte el propio informe del órgano de contratación, se ha de estar a la finalización del plazo de proposición de ofertas para verificar en qué supuestos de los enunciados se encuentra la recurrente. Y como se ha expuesto en el cuarto antecedente de hecho, la recurrente presentó finalmente una oferta, constando por ende como licitadora en el expediente. De esta forma, la recurrente adquirió la expectativa de resultar adjudicataria del contrato y, como consecuencia de ello, goza de un interés legítimo que le habilita para la interposición del presente recurso.



Quinto. La recurrente basa su recurso en la ausencia de motivación de la prohibición de subcontratación contenida en los pliegos. Y de ello resulta, además, la vulneración del principio de libre competencia, pues las tareas identificadas como críticas deben realizarse conforme a la normativa en la materia, pero no se advierte obstáculo para que se permita su ejecución por un tercero subcontratado, en vez de por el contratista, siempre que se respete la normativa en cuestión.

En concreto expone que *“resulta evidente la total ausencia de justificación de que adolece la presente licitación, pues se limita a enunciar que se prohíbe la subcontratación con respecto a las concretas actuaciones que se reseñan y que se catalogan como “tareas críticas” (todo ello en un apartado del “Cuadro de Características” del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), pero sin que se contemple ninguna mención más al respecto, y aun menos ningún tipo de motivación y/ o justificación, ni en dicho Pliego ni en ningún otro documento de los que integran la licitación.”*.

Así pues, dice, la prohibición de subcontratación debe ser excluida de los pliegos al conllevar una limitación de los principios de libre competencia, igualdad de trato y no discriminación de forma improcedente e injustificada.

Sexto. El órgano de contratación, además de la posible inadmisión del recurso en los términos señalados, informa sobre la criticidad de las tareas de suministro de los gases medicinales y de llenado de los tanques criogénicos, dada la obligación de cumplir con las determinaciones establecidas en la normativa de aplicación. Ante la criticidad de estas tareas resulta conveniente limitar la subcontratación para evitar que cada vez sean camiones y personas diferentes las que realicen el suministro y el llenado.

En concreto expone que *“La justificación de la consideración de “el suministro de los gases medicinales, tanto en camiones cisterna como en botellas, incluidos los medios materiales y humanos para el traslado y manipulación de las botellas llenas hasta sus puntos de almacenaje y consumo, así como del llenado de los tanques criogénicos”, viene dado porque el suministro de gases medicinales, debido a su criticidad, lleva aparejada la obligación de cumplir con las determinaciones establecidas en la normativa de aplicación para la distribución de productos sanitarios. Por lo tanto, puede considerarse que el suministro de gases medicinales es una “tarea crítica” dentro del objeto del contrato.”*.



Así pues, considera que los pliegos son ajustados a derecho, al ostentar el órgano de contratación la facultad de imponer límites a la subcontratación y no observarse en el presente caso una limitación a la libre competencia.

Séptimo. De acuerdo con el artículo 215.1 de la LCSP, se establece como regla general la posibilidad de subcontratar la realización parcial de la prestación: *“El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero.*

En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.”.

Se observa, pues, una intención de flexibilizar la subcontratación y hacer partícipes en la ejecución de los contratos a las pequeñas y medianas empresas, como recoge la Resolución de este Tribunal número 644/2024 de 22 de mayo. No obstante, como se advierte en el precepto señalado, existen salvedades a la subcontratación de la realización parcial de la prestación, recogidas en las letras d) y e) del artículo 215.2: *“La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos: [...]*

d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

e) De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo



ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.”.

En el presente caso no resulta de aplicación la salvedad contenida en la letra d), girando la controversia en torno a la salvedad de la letra e). Esta salvedad ha de ponerse en relación con el artículo 75.4 de la LCSP, según el cual *“En el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios, o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego con indicación de los trabajos a los que se refiera”.*

Así pues, se observa, por un lado, la facultad que asiste al órgano de contratación para establecer las tareas críticas que no pueden ser objeto de subcontratación en atención a su especial naturaleza. Pero se observa igualmente, por otro lado, la necesaria justificación que debe acompañar a tal determinación o indicación de las tareas en cuestión. A este respecto, diferentes Resoluciones de este Tribunal, como la número 1505/2023 de 16 de noviembre, han recogido la necesidad de ofrecer la motivación exigida por la salvedad de la letra e) del artículo 215.2 de la LCSP: *“como hemos señalado en nuestra Resolución nº 734/2020, conforme resulta del artículo 215 de la LCSP, para que la subcontratación pueda ser total o parcialmente limitada es necesario que los pliegos lo prevean y que estos lo justifiquen.*

Como señala la sentencia del TJUE de 14 de julio de 2017 la motivación puede ser sucinta, pero ha de ser suficiente y congruente, pues es un elemento esencial para el acto dictado en ejercicio de potestades discrecionales, para que pueda controlarse su legalidad y para que el interesado pueda defenderse frente a él”.

Pues bien, el expediente de contratación no contiene ninguna justificación al respecto. Así la memoria y el informe justificativos de la necesidad e idoneidad del contrato nada exponen sobre esta cuestión. Tampoco lo hace el informe jurídico al tratar la justificación de la subcontratación. Por último, y más relevante, no se observa ninguna mención al respecto en el pliego de prescripciones técnicas, ni con carácter general, ni en particular al tratar las condiciones particulares relativas al suministro de gases medicinales, en su apartado 4.2.



Así pues, asiste la razón a la recurrente al denunciar la ausencia de motivación sobre la determinación de las tareas críticas, determinación de la que resulta la prohibición de subcontratación. Y no cabe suplir tal falta de motivación en el expediente por la justificación contenida en el informe remitido por el órgano de contratación a este Tribunal, en tanto priva al recurrente de la posibilidad de confrontar las razones esgrimidas por el órgano de contratación para declarar la tarea como crítica.

Ello determina la necesaria estimación del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. M.L.G., en representación de MESSER IBÉRICA DE GASES, S.A.U. contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato mixto de *“Suministro de gases medicinales y legalización de salas e instalaciones, así como mantenimiento y control de los sistemas de distribución de gases medicinales a los hospitales de ASEPEYO”*, con expediente número CP00054/2024, convocado por ASEPEYO, Mutua colaboradora con la Seguridad Social, anulando el apartado L del cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Séptimo.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

EL VOCAL