



Recurso nº 240/2023

Resolución nº 422/2023

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 30 de marzo de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. I.R.R., en representación de la mercantil IR MAXOINVERSIONES, S.L.U., contra los pliegos del Acuerdo Marco de *“Suministro de Gasóleo “A” a los establecimientos penitenciarios dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de la Comunidad Autónoma de Canarias”* (expediente 02012023AM04), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, mediante un anuncio remitido al Diario Oficial de la Unión Europea el 2 de febrero de 2023, y publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 6 de febrero de 2023, convocó la licitación, mediante procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, del Acuerdo Marco de suministro de Gasóleo A a los establecimientos penitenciarios dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de la Comunidad Autónoma de Canarias (expediente 02012023AM04), con un valor estimado de 597.177,60 euros.

Segundo. Con fecha de 24 de febrero de 2023, la mercantil IR MAXOINVERSIONES interpuso ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos que rigen el Acuerdo Marco. En él solicita que se anule la cláusula 10.1.1 del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en la que se exige la inscripción en el registro de operadores al por mayor de los oferentes, acordando la ilicitud de esta por resultar contraria a los principios de libre competencia, eficiencia y concurrencia, retro trayendo las actuaciones al momento anterior a la aprobación de los pliegos.



Tercero. Con fecha de 2 de marzo de 2023, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de este.

Cuarto. Con esa misma fecha, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso presentado a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. No se han presentado alegaciones.

Quinto. Con fecha de 8 de marzo de 2023, la Secretaria General del Tribunal, por delegación de este, ha acordado la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, 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. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

Segundo. El recurso se refiere a un contrato de suministros que, por su valor estimado, es susceptible de recurso especial en materia de contratación (artículo 44.1.a) de la LCSP). Se recurren los pliegos de la licitación, acto susceptible de recurso conforme al artículo 44.2.a) de la LCSP.

Tercero. En lo que se refiere al plazo de interposición, cabe recordar lo establecido en la letra b), del apartado 1, del artículo 50 de la LCSP:

“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

b) 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 se haya



publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente Ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente.

Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.

En el presente procedimiento los pliegos se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 6 de febrero de 2023, por consiguiente, el recurso, cuya fecha de entrada en el Registro de este Tribunal es el 24 de febrero de 2023, se ha presentado dentro de plazo.

Cuarto. Respecto a la legitimación, el artículo 48 de la LCSP dispone 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*".

Es doctrina reiterada de este Tribunal que están legitimados para recurrir los pliegos de una licitación los empresarios que han adquirido la condición de licitadores por haber presentado su oferta. Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad. En este sentido, este Tribunal en la Resolución 1149/2021, de 9 de septiembre de 2021, señaló:



“Conviene considerar, por ello, la doctrina de este Tribunal en relación con la legitimación en estos supuestos, que podemos resumir en dos consideraciones: para recurrir los pliegos de una licitación, el empresario debe haber presentado proposición, pues solo en este caso adquiere la expectativa de resultar adjudicatario del contrato que conforma el interés legítimo fundante de la legitimación; sin perjuicio de lo anterior, es preciso admitir la legitimación del empresario que no haya podido presentar proposición como consecuencia de condiciones discriminatorias incluidas en el pliego de cláusulas administrativas, condiciones que son precisamente las que censura en su recurso”.

También en nuestra resolución 2/2017, de 13 de enero de 2017, señalamos con cita de la jurisprudencia del TJUE lo siguiente:

“Ciertamente, definida la legitimación como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de ésta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008–), la regla es que solo los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos, pues sólo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato. Sin embargo, esta regla quiebra en los casos en los que el operador económico impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 –Roj STS 4465/2005).

Esta doctrina es coherente con el Ordenamiento Comunitario, en el que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que “tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”. Sobre este aserto, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C-230/02), señaló: «27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona



difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación.

No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate»”.

En el supuesto que estamos examinando, la recurrente no ha presentado oferta debido a la exigencia prevista en los pliegos de que los licitadores estén incluidos en el listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos, exigencia que es la que precisamente impugna la recurrente en el presente recurso. Por consiguiente, procede reconocer su legitimación para su interposición.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, la recurrente, en síntesis, señala lo siguiente: IR MAXOINVERSIONES tiene capacidad para distribuir más de 40.000.000 de litros anuales de combustible, por consiguiente, dado que la estimación de consumo anual del contrato es de 480.000 litros, es evidente que tiene capacidad más que suficiente para la ejecución del contrato pese a no ser operador al por mayor de productos petrolíferos.

A su juicio, carece de sentido restringir la licitación a los operadores al por mayor de productos petrolíferos por cuanto la realización del suministro indicado no requiere que el adjudicatario tenga tal condición ya que ese suministro corresponde a una distribución al por menor. Al restringir los candidatos a los que tengan la condición de operador al por mayor se limita enormemente la competencia pues el número de posibles licitadores es muy limitado.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación, en su informe, señala, en síntesis, lo siguiente: la necesidad de estar incluido en el listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos no es un requisito de solvencia técnica sino un requisito de habilitación profesional. Su exigencia deriva de la necesidad de evitar el riesgo de desabastecimiento y garantizar el suministro de calefacción y agua caliente sanitaria en unas instalaciones altamente sensibles como son los centros penitenciarios en los que pueden producirse graves incidentes como motines y otros actos violentos.



A su juicio, el citado requisito no supone una infracción del principio a la libre competencia, eficiencia y concurrencia ya que en el listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos están inscritas más de cien empresas en todo el territorio nacional.

Por otra parte, los licitadores pueden valerse de la habilitación especial de un tercero para ejecutar parte de su oferta, completando así su capacidad, por ejemplo, mediante la subcontratación de parte de la prestación.

Séptimo. Sentado lo anterior, es preciso que examinemos en primer lugar los pliegos rectores de la licitación. La cláusula 10.1.1 del Cuadro de Características del PCAP señala que en el archivo nº 1 (Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos), los licitadores deben presentar, entre otros documentos, *“una declaración responsable, firmada por el representante, que certifique de que dicha empresa se encuentra incluida dentro del listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos que han comunicado al Ministerio para la Transición Ecológica el inicio de su actividad en cumplimiento del artículo 42 de la Ley de Hidrocarburos.”*

Según señala el órgano de contratación, el requisito expresado consiste en la habilitación profesional exigible para realizar el suministro que constituye el objeto del contrato.

En relación con el requisito de habilitación empresarial o profesional, el artículo 65.2 de la LCSP señala que *“Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”*.

La habilitación empresarial o profesional a la que se refiere el artículo citado se circunscribe, a diferencia de la solvencia técnica o profesional, a la aptitud legal para el desarrollo de una determinada actividad. En este sentido, el dictamen 1/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado señala lo siguiente:

“La habilitación empresarial o profesional a que se refiere el apartado 2 antes transcrito hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos



suficientes para desempeñarlas, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal. En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 citado es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal”.

Expuesto lo anterior, debemos recordar la doctrina de este Tribunal en relación con la exigencia en los pliegos de una determinada habilitación empresarial o profesional para el ejercicio de una actividad cuando la ley sectorial no lo requiere. En este sentido, en la Resolución 8/2011, de 2 de febrero de 2011, señalamos lo siguiente:

“La Ley no exige la previa inscripción en el Registro sino simplemente la previa presentación de una declaración responsable indicadora de las características técnicas de la empresa. Desde este punto de vista y en principio, la exigencia del pliego en cuestión no puede considerarse ajustada a la Ley.

Esta circunstancia exige que deba plantearse con carácter general si es posible desde el punto de vista legal que los pliegos de cláusulas exijan requisitos de habilitación que vayan más allá de lo legalmente establecido. A este respecto conviene recordar que, como ya ha señalado algún sector de la doctrina, la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público como elemento condicionante de la regulación de los contratos públicos para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca como el primero la garantía de la libre de concurrencia. Ello, que aparece consagrado en nuestra Ley de Contratos de modo expreso en los artículos 1 y 23, tiene su origen en las diferentes Directivas comunitarias, y, en lo que respecta al momento actual, en la Directiva 2004/18/CE del Consejo y el Parlamento Europeo. Pues bien, partiendo de la idea básica de que la regulación de los contratos públicos, ante todo debe garantizar la libre concurrencia de las empresas, tanto la Directiva como, en consecuencia, la Ley de Contratos del Sector Público, admiten la posibilidad de exigencia de títulos habilitantes para el ejercicio de actividades y que éstos sean requisito para poder contratar con un poder

adjudicador. Pero este requisito, en la medida en que constituye una limitación al principio de libre concurrencia debe ser interpretado de forma restrictiva. En consecuencia, el precepto de la Ley de Contratos del Sector Público que antes se mencionó, el artículo 43.2, de conformidad con el cual “los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”, debe ser interpretado de tal forma que la exigencia se ajuste al sentido literal de la norma que la establece. A tal respecto, habrá de entenderse que si el artículo 42 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que para ejercer la actividad de instalador de telecomunicaciones debe cumplirse el requisito de haber presentado una declaración responsable con las indicaciones que la propia norma establece, no puede entenderse que la exigencia se extiende a la previa inscripción en el Registro.

Sentado esto, es claro que el apartado 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares al exigir la previa inscripción en el Registro de Instaladores de Telecomunicaciones ha ido más allá de la exigencia establecida en la Ley y consiguientemente debe considerarse nulo”.

Por su parte, en la resolución 232/2018, de 12 de marzo de 2018, abundando en el mismo criterio, dijimos que:

“En estas circunstancias debe plantearse con carácter general si es posible desde el punto de vista legal que los pliegos de cláusulas exijan requisitos de habilitación que vayan más allá de lo legalmente establecido. Partiendo de la idea básica de que la regulación de los contratos públicos, ante todo debe garantizar la libre concurrencia de las empresas, tanto la Directiva como, en consecuencia, la Ley de Contratos del Sector Público, admiten la posibilidad de exigencia de títulos habilitantes para el ejercicio de actividades y que éstos sean requisito para poder contratar con un poder adjudicador. Pero este requisito, en la medida en que constituye una limitación al principio de libre concurrencia debe ser interpretado de forma restrictiva. Por lo tanto, exigir una autorización cuando la ley sectorial no la exige, supone una restricción injustificada de la competencia, y debe ser anulado este apartado en el sentido indicado”.

Partiendo de lo anterior, es necesario analizar si la ejecución del objeto del contrato exige, conforme a la legislación vigente, la condición de proveedor al por mayor de productos petrolíferos. Según se desprende de la cláusula 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), el contrato tiene por objeto el suministro de Gasóleo A en los establecimientos



penitenciarios dependientes de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias en la Comunidad Autónoma de Canarias (Centros Penitenciarios de Santa Cruz de Tenerife, Las Palmas 1 y Las Palmas II). De acuerdo con la cláusula 2.2. del PPT, el consumo estimado durante la vigencia del Acuerdo Marco (12 meses) es de 480.000 litros.

La cláusula 1.2 del Cuadro de Características del PCAP señala que *“La necesidad administrativa a satisfacer mediante el Acuerdo Marco es garantizar el suministro de Gasóleo “A” a los establecimientos penitenciarios dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en la Comunidad Autónoma de Canarias al disponer éstos de instalaciones de calefacción y agua caliente sanitaria con calderas para la producción de energía calorífica cuyo combustible es gasóleo de automoción por lo que se precisa la contratación del suministro de gasóleo”*.

La vigente Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, regula de manera claramente diferenciada, los *“operadores al por mayor”* y los *“distribuidores al por menor de los productos petrolíferos”* (todos los subrayados a continuación son nuestros):

“Artículo 42. Operadores al por mayor.

1. Serán operadores al por mayor aquellos sujetos que comercialicen productos petrolíferos para su posterior distribución al por menor. En todo caso tendrán tal consideración los titulares de refinerías y plantas de producción de biocombustibles.

2. Podrán actuar como operadores al por mayor exclusivamente aquellas sociedades mercantiles que cumplan las condiciones para la realización de la actividad que se establezcan reglamentariamente, entre las que se incluirá la suficiente capacidad técnica del solicitante y encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

En todo caso, dichas sociedades deberán comunicar al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que lo comunicará a su vez a la Comisión Nacional de Energía y a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos, el inicio o cese de la actividad, acompañando la comunicación de una declaración responsable sobre el cumplimiento de las condiciones a que se refiere el párrafo anterior.



Los operadores al por mayor deberán acreditar el cumplimiento de estas condiciones en caso de que les sea requerido por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio o por la Comisión Nacional de Energía”.

“Artículo 43. Distribución al por menor de productos petrolíferos.

1. La actividad de distribución al por menor de productos petrolíferos comprenderá al menos una de las actividades siguientes:

- a) El suministro de combustibles y carburantes a vehículos en instalaciones habilitadas al efecto.*
- b) El suministro a instalaciones fijas para consumo en la propia instalación.*
- c) El suministro de queroseno con destino a la aviación.*
- d) El suministro de combustibles a embarcaciones.*
- e) Cualquier otro suministro que tenga por finalidad el consumo de estos productos.*

Siempre y cuando realicen alguna de las actividades anteriores los distribuidores podrán suministrar a otros distribuidores al por menor de productos petrolíferos. En este caso deberán inscribirse previamente en el registro de los impuestos especiales, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 18 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, y a su normativa de desarrollo.

2. La actividad de distribución al por menor de carburante y combustibles petrolíferos **podrá ser ejercida libremente por cualquier persona física o jurídica.**

Las instalaciones utilizadas para el ejercicio de esta actividad deberán cumplir con los actos de control preceptivos para cada tipo de instalación, de acuerdo con las instrucciones técnicas complementarias que establezcan las condiciones técnicas y de seguridad de dichas instalaciones, así como cumplir con el resto de la normativa vigente que en cada caso sea de aplicación, en especial la referente a metrología y metrotecnia y a protección de los consumidores y usuarios”.



Por su parte, el Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto regulador de las actividades de distribución al por mayor y de distribución al por menor mediante suministros directos a instalaciones fijas, de carburantes y combustibles petrolíferos, define qué se entiende por distribución al por mayor y al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos. El artículo 1.1 de esta norma establece que:

“Los carburantes y combustibles petrolíferos podrán ser comercializados al por mayor y al por menor mediante suministros directos a instalaciones fijas en todo el territorio nacional por quienes obtengan la condición de operador o de distribuidor, respectivamente, previa acreditación del cumplimiento de las condiciones que establece para dichas actividades la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, y la presente disposición.”

Por su parte, el apartado 2, del artículo 1 del Real Decreto 2487/1994 define la distribución al por mayor como *“aquella que no supone suministro a un consumidor o usuario final del producto distribuido”*, mientras que la distribución al por menor mediante suministros directos se define como *“la actividad de suministro domiciliario a un consumidor o usuario final con producto procedente de un operador, de intercambios intracomunitarios o de importación, no incluyéndose en el ámbito de la autorización de esta actividad el suministro a instalaciones de venta al público o a otros distribuidores al por menor mediante suministros directos”*.

Abundando en lo anterior, el artículo 9 del Real Decreto 2487/1994 señala que *“Serán operadores al por mayor aquellos sujetos que comercialicen productos petrolíferos para su posterior distribución al por menor, debiendo acreditar los requisitos descritos en los artículos siguientes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos”*.

Expuesto en qué consiste la condición de operador al por mayor de productos petrolíferos, resulta evidente que no resulta necesaria para efectuar el suministro de Gasóleo A en los establecimientos penitenciarios dependientes de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias en la Comunidad Autónoma de Canarias. Este suministro se configura como una distribución al por menor que el mencionado Real Decreto 2487/1994 define como la actividad de suministro domiciliario a un consumidor o usuario final con producto procedente de un operador, de intercambios intracomunitarios o de importación.

Así las cosas, la exigencia establecida en la cláusula 10.1.1 del Cuadro de Características del PCAP consistente en ser operador al por mayor de productos petrolíferos supone una limitación injustificada y desproporcionada a la libre concurrencia de las empresas en la medida en que solo las que cumplan ese requisito pueden concurrir a la licitación.

En efecto, aunque, como antes hemos descrito, es una materia ésta que encuentra su regulación en la normativa específica a la que hay que someterse, tampoco el órgano de contratación ha justificado en ninguno de los documentos del expediente de contratación los motivos por los cuales en relación con el objeto del contrato, considera que se hace imprescindible la exigencia de la habilitación consistente en ser operador al por mayor de productos petrolíferos, no teniendo el necesario sustento legal, por otra parte, la afirmación que se hace en el informe sobre el recurso acerca de que es imprescindible ser operador al por mayor *“ al objeto de evitar el riesgo de un desabastecimiento y garantizar el suministro de calefacción y agua caliente sanitaria en unas instalaciones altamente sensible como son los centros penitenciarios donde ocasionar graves incidentes regimentales que derivasen en motines y actos violentos”*, como si los operadores al por menor no pudieran garantizar de una manera efectiva el abastecimiento de productos petrolíferos.

En este sentido, como ya hemos expuesto, la distinción entre operadores al por mayor y al por menor responde a distintos ámbitos de actuación que se detallan en la normativa de aplicación, no estableciéndose en las normas aplicables especiales garantías de cumplimiento y aseguramiento en sus cometidos para los operadores al por mayor frente a los otros.

Por otra parte, con independencia del operador que sea, la LCSP ya establece suficientes mecanismos coercitivos y de aseguramiento para garantizar que el contrato se va a ejecutar en los términos contractuales requeridos. En igual dirección, se contempla en la cláusula 20 del PCAP aplicable a este contrato y el apartado 15 del cuadro de características del citado pliego (establecimiento de penalidades), pudiendo llegar hasta la propia resolución del contrato, con las consecuencias accesorias negativas para el contratista que ello puede conllevar.

Partiendo de estas consideraciones, procede estimar el recurso y anular la cláusula 10.1.1 del Cuadro de Características en lo referente a la citada exigencia ya que la habilitación exigida no es legalmente necesaria para efectuar el suministro en que consiste el objeto del contrato.



Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. I.R.R., en representación de la mercantil IR MAXOINVERSIONES, S.L.U., contra los pliegos del Acuerdo Marco de *“Suministro de Gasóleo “A” a los establecimientos penitenciarios dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de la Comunidad Autónoma de Canarias”* (expediente 02012023AM04), declarando la nulidad de la cláusula 10.1.1 del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en cuanto exige la condición de operador al por mayor de productos petrolíferos para poder participar en la licitación, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la aprobación de los pliegos.

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

LOS VOCALES