

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 30 de noviembre de 2023

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Linde Gas España, S.A.U., contra la Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública y Dirección General del Servicio Madrileño de Salud, de 10 de octubre de 2023, adoptada por delegación por la Directora Gerente del Hospital Universitario Príncipe de Asturias, por la que se adjudica., los lotes 1.3., 2.1. y 3.1., del contrato basado en el Acuerdo Marco PA SUM 20/2022 para el “Suministro de gases medicinales líquidos con destino al Hospital Universitario Príncipe de Asturias y sus centro de especialidades periféricas”, número de expediente 64/23, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante Resolución nº 503/2022 del órgano de contratación, de 13 de junio de 2022, se inició el expediente para la contratación del AM PA. SUM- 20/2022, Acuerdo Marco para el suministro de gases medicinales líquidos con destino a los Centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud (3 lotes), a adjudicar por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios.

El 22 de febrero de 2023, el Viceconsejero de Gestión Económica y Director General del Servicio Madrileño de Salud, adjudicó el contrato.

De acuerdo a lo establecido en la cláusula 38 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), relativo a los contratos basados en el AM, el Hospital Universitario Príncipe de Asturias inicia los trámites para realizar una segunda licitación elaborando una invitación y enviándola a las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco para participar.

El valor estimado de contrato asciende a 1.343.346,00 euros y su plazo de duración será de 24 meses, con posibilidad de prórroga por otros 48 meses más.

A la presente licitación se presentaron cinco empresas, entre ellas la recurrente.

Realizada la apertura y evaluación de las ofertas recibidas, con fecha 28 de septiembre de 2023, previo informe de valoración del servicio promotor, se propone la adjudicación del contrato, lote 1.3, 2.1 y 3.1 a la Sociedad Española de Carburos Metálicos.

El 10 de octubre de 2023, se adjudican los distintos lotes del contrato a dicha entidad.

**Segundo.-** El 3 de noviembre de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Linde Gas España, S.A.U., en el que solicita que se anule la adjudicación y se ordene la retroacción del procedimiento para que se valore su oferta en relación con el criterio de adjudicación relativo al plan de contingencia y en consecuencia se le adjudique el contrato. Además, solicita la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el presente recurso.

El 14 de noviembre 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 (en adelante LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

**Tercero.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones que han sido presentadas en el plazo establecido.

## 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.-** En cuanto a la legitimación de la recurrente es preciso hacer una reflexión en tanto que la adjudicataria alega falta de legitimación de Linde Gas España, S.A.U., para interponer el recurso, pues a la vista de la puntuación otorgada, no justifica que se pudiera convertir en adjudicataria. Además, no delimita a qué lotes se refiere su impugnación y considerando además que el recurso se centra en unas supuestas instalaciones que, según se afirma, solo está vinculada a la separación de gases - oxígeno y nitrógeno- y no a la fabricación, su alcance no comprende la totalidad de los lotes.

Al respecto señalar que la recurrente impugna la Resolución de 10 de octubre de 2023, que contiene la adjudicación de los tres lotes por lo que a juicio de este

Tribunal así debe ser interpretado. Ello nos lleva a realizar un análisis de la legitimación respecto de cada uno de los lotes.

El contrato está dividido en tres lotes:

Lote 1.3: Oxígeno líquido.

Lote 2.1. Nitrógeno líquido.

Lote 3.1. Protóxido de Nitrógeno.

El motivo del recurso es la falta de valoración del criterio de adjudicación denominado *“plan de contingencia para garantizar el suministro”* de la de *“Planta de Torija”*. Como señala la adjudicataria, del recurso interpuesto, se deduce que dicha planta es de separación de aire y además no justifica en qué conciernen las instalaciones de dicha planta con el protóxido de nitrógeno. Asimismo, en sus alegaciones Linde Gas España, S.A.U., hace referencia a la producción de oxígeno y nitrógeno, en ningún momento hace referencia al protóxido de nitrógeno, a lo que hay que añadir que el requerimiento de documentación por parte del hospital, al que hace referencia, se limita a los lotes 1.3. y 2.1. (Oxígeno y nitrógeno).

Como ya hemos indicado en anteriores resoluciones, (vid Resolución 181/2013, de 23 de octubre, o 87/204, de 11 de junio, 22/2015 de 4 de febrero), la legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a 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 interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

A la vista de lo expuesto, hemos de concluir que la recurrente no se encuentra legitimada para impugnar la adjudicación del Lote 3.1. pues no acredita en qué medida puede influir la valoración de la planta de Torija a efectos de convertirse en adjudicataria del lote 3.1.

Por el contrario, se aprecia legitimación respecto de los lotes 1.3. y 2.1. pues a pesar de ser un criterio valorable mediante una fórmula, en la aplicación de la misma no solo se tiene en cuenta parámetros de su oferta, sino la de otros licitadores como son: *“horas de respuesta más bajas de entre todas las ofertadas”*, *“horas de respuesta más altas entre todas las ofertadas”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 10 de octubre de 2023, practicada la notificación el 11 de octubre e interpuesto el recurso el 3 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato basado cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** Manifiesta la recurrente su disconformidad con la puntuación otorgada por el criterio de valoración mediante la aplicación de fórmulas, relativo al plan de contingencia para garantizar el suministro, que tiene una ponderación de 15 puntos. Al respecto, indica que no se ha tenido en cuenta en la valoración la Planta de Torija.

En su escrito de recurso relaciona una serie de documentos que presentó a raíz de la solicitud de aclaraciones que le requirieron en relación con el citado criterio de adjudicación.

Y señala que el día 22 de marzo de 2023, tramitaron la solicitud a instancia para la obtención de la inscripción en el registro de industria. Considera que con la solicitud de inscripción a industria, es suficiente para poder justificar la inscripción y poder confirmar la capacidad operativa, puesto que según el procedimiento de aplicación sólo se exige comunicación y por tanto no es necesaria respuesta expresa de confirmación o inscripción efectiva en el registro para poder ejercer la actividad.

Por ello, considera que queda acreditado que la planta de Torija se encontraba plenamente operativa a la fecha final de presentación de ofertas. Como soporte a lo anterior presenta un informe pericial.

Por su parte el órgano de contratación señala que por lo que se refiere al centro de producción propiedad del licitador, es necesario traer a colación, lo contenido al respecto en el Pliego de Prescripciones Técnicas del expediente de referencia, donde indica que para el cálculo de la capacidad productiva tanto de oxígeno como de nitrógeno líquidos, el licitador debe acreditar la titularidad sobre una parte o sobre la totalidad de la producción actual del centro productivo, y que además debe acreditar el estado operativo en el momento de presentación de la oferta.

El recurrente, en ningún momento del procedimiento presentó ninguna documentación que acreditara la capacidad productiva ni en el momento de presentación de ofertas por parte de los licitadores tal como exige el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), ni tampoco a la hora de presentar la documentación adicional solicitada por el Servicio de Contratación y Suministros del Hospital.

Manifiesta su sorpresa el órgano de contratación en relación con el documento de inscripción en el registro de industria, pues informa que este documento nunca se presentó anteriormente en ninguna fase del procedimiento.

Al margen, señala que es imprescindible aclarar alguno de los aspectos argumentados por el recurrente, en relación a la autorización expresa para el

desarrollo de la actividad. Por ello hay que traer a colación lo establecido en el Real Decreto 559/2010, de 7 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Integrado Industrial donde en su artículo 9.1, dice que los datos básicos de la industria se obtienen de las comunicaciones presentadas por el titular de la misma. Sin embargo, según el artículo 9.2, en el caso de actividades no sujetas a autorización, declaración responsable o comunicación, los titulares de las industrias o empresas de servicios podrán aportar, una vez iniciada la actividad, los datos básicos establecidos en el Reglamento al órgano competente de la Comunidad Autónoma, que dará traslado inmediato al Registro Integrado Industrial.

Pero el caso concreto, la actividad desarrollada por la recurrente si está sujeta a autorización expresa, por tratarse de gases medicinales y tener la consideración de producto sanitario según lo establecido Real Decreto 1800/2003, de 26 de diciembre, por el que se regulan los gases medicinales, donde en su artículo 3 se establecen las condiciones para la autorización. Por otro lado, el 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, donde en su artículo 59 se desarrolla la autorización de comercialización de los gases medicinales se fijan las disposiciones y especialidades para su autorización, entre las que se encuentra el que las empresas deberán cumplir con las características técnicas de calidad exigidas en la Real Farmacopea Española, en la Farmacopea Europea o, en su defecto, en otras farmacopeas oficiales de los Estados miembros de la Unión Europea o de otro país, al que el Ministerio de Sanidad y Consumo reconozca unas exigencias de calidad equivalentes a las referidas farmacopeas. Además, y no menos importante es que según establece este artículo 59.3, que cualquier otro gas medicinal que se pretenda utilizar con finalidad terapéutica antes de estar reconocido por alguna farmacopea de las previstas en el apartado 1 de este artículo será sometido, a efectos de la autorización de comercialización, a la evaluación de su calidad, seguridad y eficacia.

Como consecuencia y teniendo presente que los gases medicinales se tratan de un medicamento y recordando la experiencia aprendida con la Pandemia del COVID-19 sufrida por todos, este centro sanitario ve necesario asegurar el correcto y adecuado servicio de suministro de gases medicinales, garantizando la mejor calidad, seguridad y eficacia en el servicio que redundará finalmente en el paciente, que es el eje de la prestación sanitaria. Por ello el Hospital solicita a todos los licitadores el aportar la documentación acreditativa que le sirviera para poder disponer de la efectiva acreditación en relación a la titularidad sobre una parte o sobre la totalidad de la producción actual del centro, así como el estado operativo de ese centro de producción en el momento de presentar la oferta por parte de los licitadores en virtud de los artículos 95 LCSP y 22 RGLCAP que establecen que el órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo de cinco días.

Recuerda que no se trata de una subsanación, sino de una aclaración y en el caso concreto de la recurrente, en esta fase tampoco aportó la documentación acreditativa necesaria para tal fin, sino que espero al momento actual de la interposición del recurso especial, para adjuntar un formulario de solicitud de inscripción al registro de industria, desconocida hasta el momento por el centro hospitalario.

Pero es más, el mencionado documento aportado por el recurrente y reproducido en la pericial presentada (pericial que no acredita en ningún modo la veracidad del documento), no contiene ningún modo de identificación que este presentado por registro con fecha de entrada, y tampoco aparece la fecha en la firma electrónica de la persona que realizó la presunta presentación en el citado registro. Es más, cualquier persona puede acceder a la página web de referencia <https://www.jccm.es/tramites/1002241>, para cursar el formulario de presentación de inscripción en el registro de Industria y se puede comprobar que es un formulario tipo donde se deben rellenar los datos identificativos y firmarlo y su posterior presentación.



Así, concluye que no hay ninguna duda de que el documento no está presentado en registro y que pretende hacer ver lo que no es, a lo que hay que añadir que es el actual adjudicatario del servicio por lo que su conducta podría considerarse temeraria a efectos de interponer la multa establecida en el artículo 58.2 de la LCSP.

Por último, en contra de lo alegado por la recurrente señala que se han respetado la aplicación de los pliegos y la reglas de valoración de los criterios de adjudicación y que a pesar de las sucesivas oportunidades para presentar la documentación solicitada con resultados infructuosos, ahora pretende hacer valer un documento que no presentó en el momento procedimental oportuno pero que además tampoco acredita lo solicitado. En definitiva, la documentación aportada por Linde España, S.A.U., durante las fases del procedimiento, no acredita en ningún caso la capacidad de gestión y productiva de la planta de Torija (Guadalajara).

El adjudicatario, además de alegar la falta de legitimación de la recurrente, cuya cuestión ya se ha resuelto en el fundamento de derecho segundo, subsidiariamente solicita la desestimación del recurso manifestando que las plantas adscrita y/o vinculadas al suministro objeto de licitación han sido declaradas y analizadas en el contexto del acuerdo marco, sin que dicho acuerdo establezca la posibilidad de incorporar nuevas plantas sin verificación.

En el supuesto que no se estime la anterior pretensión, señala que los pliegos exigen que las plantas ofertadas estén en “*estado operativo*”, en el momento de la presentación de la oferta, esto es el 8 de agosto de 2023 y que en el escrito del recurso existen evidencias suficientes para entender que no se cumple tal requisito como son diversas solicitudes que son previas a la puesta en funcionamiento de la actividad por ejemplo la solicitud de concesión de la licencia de apertura, solicitud de la obtención del Registro Industrial, Registro de Instalaciones de Seguridad contra incendios, Registro de instalaciones de equipos a presión todas ellas de 13 de septiembre de 2023, además de otras autorizaciones que tiene que otorgar la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

Respecto del informe pericial llama la atención sobre que no tiene un apartado relativo a “*autorizaciones y licencias*” y aborda esta materia indicando que el objeto del informe es realizar “*labores de inspección y revisión de documentación para determinar si una planta de separación de gases atmosféricos estaba operativa SIN LAS LICENCIAS PERTINENTES. Además con la afirmación de que “si la planta estaba vendiendo gases durante el periodo en cuestión, claramente estaba operativa”, el “informe pericial” tenía muy fácil acreditar sus contundentes afirmaciones. Pero obviamente, luego no lo ha hecho, precisamente porque la planta carece de los permisos, licencias y autorizaciones para ello. Salvo error involuntario, no se ha acompañado ninguna factura de venta de gases de fecha 7 de agosto de 2023 o anterior*”.

Por último, señala una serie de autorizaciones que son imprescindibles para que una planta de estas características esté operativa.

Al objeto de resolver la controversia planteada por las partes es preciso remitirse a lo dispuesto en el pliego de prescripciones técnicas sobre el criterio de valoración en cuestión, incluido en el pliego de prescripciones técnicas en su apartado 5.2.1. Plan de contingencia para garantizar el suministro (15 puntos):

“(…)

*A efectos del cálculo de la capacidad productiva de oxígeno y nitrógeno líquidos se computarán las plantas de separación de aire situadas en territorio nacional en las que el licitador pueda acreditar la titularidad sobre una parte o sobre la totalidad de la producción actual del centro y en estado operativo en el momento de la presentación de la oferta.*

*Para el cálculo de la capacidad productiva de protóxido de nitrógeno, se computarán las plantas químicas de producción desde las que el licitador pueda haber realizado suministros en los últimos 12 meses, sean o no de su propiedad, que se encuentren operativas en el momento de presentación de la oferta.*

*Se acreditará la titularidad sobre las plantas de separación de aire mediante declaración en documentos oficiales de la capacidad productiva, donde se haga constar la dirección exacta del establecimiento al que se hace referencia. (...)*”.

En este sentido el órgano de contratación, solicitó aclaraciones en relación con los lotes 1 y 2, requiriendo a la recurrente para que presentase,

*“-Declaración en documentos oficiales de la capacidad productiva, donde se haga constar la dirección exacta del establecimiento al que se hace referencia.*

*- Documento oficial donde figure la fecha de inicio de producción de la planta de separación de gases de Torija (Guadalajara)”.*

Revisado el expediente de contratación, a juicio de este Tribunal ninguno de los documentos presentados por la recurrente, -tales como consumos eléctricos, informe de impacto ambiental del proyecto, final de obra, etc.,- en el procedimiento de licitación acreditan la capacidad productiva solicitada en el pliego de prescripciones técnicas.

En cuanto al formulario presentado en vía de recurso, que no en trámite de aclaración, sin entrar a valorar si hubiese sido suficiente a modo de acreditación, señalar que no puede ser tomado en consideración pues la función de este Tribunal es de revisión de los actos administrativos que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Lógicamente, dicha revisión alcanzará a la actuación realizada por el órgano de contratación con la documentación obrante en el expediente en ese momento, sin que pueda analizar otra aportada en vía de recurso, lo contrario implicaría conculcar el principio de seguridad jurídica.

Igual sucede con el informe pericial que es a solicitud de parte y que además obtiene las conclusiones en base a la documentación aportada por la recurrente y los hechos relatados por la misma.

En consecuencia, se desestima el recurso interpuesto.

Resuelto el fondo del asunto no procede pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada.

Por lo que se refiere a la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP solicitada por el órgano de contratación, este Tribunal no aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso.

**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.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Linde Gas España, S.A.U., contra la Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública y Dirección General del Servicio Madrileño de Salud, de 10 de octubre de 2023, adoptada por delegación por la Directora Gerente del Hospital Universitario Príncipe de Asturias, por la que se adjudica el contrato basado en el Acuerdo Marco PA SUM 20/2022 para el “Suministro de gases medicinales líquidos con destino al Hospital Universitario Príncipe de Asturias y sus centro de especialidades periféricas” Lotes 1.3 y 2.1., número de expediente 64/23.

**Segundo.-** Inadmitir el recurso interpuesto en relación con el lote 3.1. del contrato de referencia.

**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 de la LCSP.

**Cuarto.-** 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.