



Recurso nº 1118/2020

Resolución nº 1365/2020

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

En Madrid, a 17 de diciembre de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. D.J.L.D.S., en representación de SAME SHIPS SUPPLIERS, S.L., contra la resolución de 7 de octubre de 2020, dictada por el órgano de contratación de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, M.P., (en lo sucesivo, TPFE) por la que se acuerda el desistimiento de los procedimientos de adjudicación, por apreciación de error no subsanable, en los lotes referidos al *"Suministro de precocinados en centros penitenciarios"*, lote 17 en los expedientes 2020/00008 a 2020/00023, lote 16 en el expediente 2020/00024 y lote 15 en el expediente 2020/00025; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por acuerdo del Presidente de TPFE se convocó procedimiento de contratación abierto cuyo objeto es el *"Suministro de materias primas para la alimentación de los internos de varios centros penitenciarios"*, procediendo a la publicación de anuncios previos de la licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 8 de junio de 2020 y el día 10 de junio en el DOUE; y de los anuncios de licitación con fecha 27 de julio de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el día 27 de julio en el DOUE y los días 29 y 30 de julio en el BOE.

Segundo. La mesa de contratación, en sesiones celebradas del 25 de agosto al 3 de septiembre de 2020 procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa (sobre nº 1). Posteriormente, con fecha 14 de septiembre de 2020 se procedió a la apertura de las ofertas económicas, publicándose la lectura de las ofertas con fecha 17 de septiembre en la PLACE.



Tercero. Posteriormente, se recibe consulta a través de la Plataforma de Contratación por una empresa en los siguientes términos:

“En el año 2019 los lotes correspondientes a productos precocinados de los contratos de EXPEDIENTE 2019/00006 AL 2019/00023, incluían entre los productos a suministrar los siguientes: Alaskitos y Bocas de mar. En ambos casos la unidad de medida era la unidad y el precio de referencia 3,41 €/unidad (Importe algo superior en los lotes correspondientes a Canarias y Ceuta 3,64 € y Melilla 3,61 €) Posteriormente, antes de finalizar el plazo de presentación de ofertas se comunico en el perfil de contratante <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/f864f0a1-8d56-42ee-a0e8-15844562089c/DOC20190731104056AMPLIACION+PPT+Y+ANEXO+2.pdf?MOD=AJPERES> una corrección en cuanto a la unidad de medida a considerar, señalando que habría de interpretarse que tal unidad de medida se expresaba en kgs, no en unidad de producto. Se trataba de una rectificación lógica, ya que el precio de referencia que refleja el PCAP para estos dos productos (3,41 €), corresponde de modo aproximado al precio de mercado por kg, pero, en ningún caso, al precio de la unidad de producto dado que un kg contiene entre 25 y 35 unidades de estos productos, por lo que el precio unitario de producto en mercado estaría entre los 0,097€/Ud (3,41/35), y los 0,136€/Ud (3,41/25). Pues bien, en la licitación, del presente año 2020, EXPEDIENTE: 2020/00008 AL 2020/00025, los precios unitarios para estos dos productos han sido exactamente los mismos (3,41 €) que los del año pasado y, de igual manera que ocurrió inicialmente entonces, la unidad de medida es la unidad de producto, NO el kg. Dado el antecedente/rectificación del pasado año 2019, y dado que resulta imposible que el precio de mercado de la unidad de medida (3,41 €) correspondiese a la unidad de producto y no al kg, elaboramos la oferta considerando kgs en lugar de unidades para ambas partidas. A la vista de la notable diferencia de precio entre nuestras ofertas con la de quienes presentaron la ofertas más económica para estos lotes de productos precocinados, así como el alto porcentaje en cuanto a precio de referencia que representan esos dos productos en el total de cada lote, además de los resultados del concurso en años anteriores, nos lleva a concluir que quienes han presentado la oferta económicamente más ventajosa de tales lotes han



ofertado esos productos considerando como unidad de medida la unidad de producto, y no el kg. Por lo expuesto se formula la siguiente cuestión: ¿Se considera como precio de la unidad de medida (3,45 €) de ambos productos (alaskitos y bocas de mar) la unidad de producto o el kg? Sea como fuere, entendemos que el procedimiento de contratación respecto a estos lotes debe ser anulado y nuevamente licitado, dado que si la intención ha sido licitarlo por unidades de producto tal y como reflejan el pliego, el precio unitario (3,41 €) no corresponderá en ningún caso con el precio de mercado (0,097€-0,136€), además de resultar contradictorio con el de otros años, singularmente con el del 2019, año en el que de modo expreso se rectificó la unidad de medida. De ser la unidad de medida el kg, además de no corresponder tal unidad de medida con la literalidad de los pliegos, posiblemente no corresponderá con la interpretación realizada por varios de los adjudicatarios de esos lotes. Por último todo lo señalado en el presente escrito para los productos Alaskitos/muslitos de mar y bocas de mar es plenamente trasladable al producto Kebab de pollo/ternera.”

Cuarto. A la vista de estas alegaciones, y apreciándose la existencia de un error no subsanable, se dictó, en fecha 7 de octubre de 2020, acuerdo de desistimiento del procedimiento de adjudicación, por apreciación de error no subsanable, en los lotes referidos al suministro de precocinados en los centros penitenciarios, lote 17 en los expedientes 2020/00008 a 2020/00023, lote 16 en el expediente 2020/00024 y lote 15 en el expediente 2020/00025.

Quinto. Disconforme con esta resolución, por uno de los licitadores, la empresa SAME SHIPS SUPPLIERS, S.L., se ha interpuesto recurso especial en materia de contratación con fecha 23 de octubre de 2020.

Sostiene, en síntesis, la disconformidad a derecho de dicho acuerdo de desistimiento, en primer lugar, porque el error insubsanable en que se fundamentó el desistimiento ya fue advertido por la propia empresa tras la publicación de los anuncios.

Añade, asimismo, que los errores en que se basa el desistimiento no pueden ser considerados como insubsanables por su escasa trascendencia y que, además, si el



licitador que presentó las alegaciones no estaba de acuerdo con los pliegos, debió haber procedido a su impugnación en el momento procedimental oportuno.

Sexto. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación previsto en el artículo 56.2 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).

Séptimo. En fecha 5 de noviembre de 2020 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 12 de noviembre de 2020 se presentan alegaciones por la entidad PLATAFORMA FEMAR, S.L., defendiendo la conformidad a derecho de la resolución de desistimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es, de darse los demás requisitos de procedibilidad, competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

Segundo. Nos encontramos ante varios contratos de suministros de valor estimado superior a 100.000,00 euros, por lo que los mismos son susceptibles de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

A su vez, es objeto del recurso el acuerdo de desistimiento en los expedientes de referencia, por lo que se trataría de un objeto susceptible de impugnación conforme al apartado b) del artículo 44.2 de la LCSP. Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. La recurrente está legitimada para interponer recurso de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.



Cuarto. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, la cuestión nuclear del recurso consiste en examinar si el error en la determinación de la unidad de medida utilizada en determinados productos constituye una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación que justifique el desistimiento del contrato en los términos señalados en el artículo 152 de la LCSP.

Como ya se ha indicado en los antecedentes de hecho, la recurrente mantiene que el error ya era conocido por el órgano de contratación, así como por los recurrentes, que formularon sus ofertas sobre la base del precio unitario por Kg y no por unidad y, en definitiva, que:

“No hay un vicio en las normas de preparación del contrato, estas han sido igualitarias y públicas para todos los licitadores. Estaríamos más bien ante un error de bulto de tal calibre que no ha sido considerado por ningún licitador, incluso por quien solicita la anulación del procedimiento.”

Por su parte, el órgano de contratación afirma que los pliegos incurren en un defecto en su elaboración que excede completamente del mero error material, de manera que, una vez advertido el mismo tras la apertura de las ofertas de los licitadores, no puede procederse por la vía del artículo 136.2 de la LCSP, sino que debe procederse al desistimiento del procedimiento con el fin de rectificar los pliegos e iniciar una nueva licitación.

Por último, PLATAFORMA FEMAR, S.L. sostiene la conformidad a derecho del acuerdo de desistimiento argumentando, por un lado, que el error no debía ser tan de “bulto” cuando la propia recurrente tuvo que preguntar (incide además que por un cauce inadecuado que impidió que otros licitadores conocer la respuesta) y que, acreditado el hecho de que el órgano de contratación no indicó correctamente la unidad de medida para fijar los precios unitarios, el mantenimiento de éstos supondría una quiebra de los principios que deben presidir la contratación pública, especialmente el de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, al darse la situación de que algunos licitadores han presentado su oferta por los productos en cuestión considerando la unidad de medida en unidades en lugar de Kilogramos, que sería la unidad correcta.

En relación con el desistimiento por parte del órgano de contratación, la doctrina de este Tribunal contenida, entre otras, en Resolución nº 323/2016, de 29 de abril, dispone que:

“Se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes. Este procedimiento, lógicamente, podrá ser utilizado por la Administración en todos aquellos casos en que concurren los requisitos que se exigen legalmente. Para que pueda acordarse válidamente, es necesario que esté basado, como se desprende del precepto transcrito, en defecto no subsanable, que se justifique la concurrencia de la causa en que se basa y que se produzca antes de la adjudicación del contrato”.

En el caso que nos ocupa, y a pesar del esfuerzo argumental de la entidad recurrente y del incorrecto modo de proceder del órgano de contratación, que debió acordar la modificación en cuanto se le puso de manifiesto, lo cierto es que concurre un defecto insubsanable, según se manifiesta, que afecta a un elemento de la oferta y que no puede ser rectificado en el momento advertido.

El error se deduce, por un lado, de la diferencia existente, según se pone de manifiesto por las entidades interesadas que han intervenido en el recurso, entre el precio de mercado por unidad y el recogido en los pliegos, que ya es revelador de la existencia del error. A ello se añade que la cuantía de las unidades fijada no parece acorde a las necesidades del objeto del contrato, más si se compara con el resto de los productos.

En este sentido, con independencia de la oferta que finalmente sea más ventajosa, lo cierto es que, según el tenor de los pliegos, vinculante para las partes una vez adjudicado el contrato, y para el caso de que la oferta final fuera coincidente o similar al presupuesto unitario sin licitación recogido en el anexo II -o más bajo pero sin aproximarse al precio de mercado-, el adjudicatario podría reclamar el importe ofertado por unidad y no por kilogramo con independencia de que se trate de un error de bulto y los licitadores lo conozcan (circunstancia que por otro lado no queda acreditada, al contrario de lo que indica el recurrente, para todos los licitadores en la totalidad de los expedientes). Esta



circunstancia es susceptible de generar un perjuicio para el interés público, vulnerando los principios de eficiencia en el gasto público y de plena satisfacción de los intereses a alcanzar a través de la contratación pública.

A ello se añade que pese a la afirmación de la recurrente sobre el hecho de que todos los licitadores conocían los errores en la fijación de las unidades de medida, lo cierto es que tal circunstancia no queda acreditada, por lo que la incorrecta determinación podría dar lugar igualmente a la quiebra de los principios de igualdad y libre concurrencia de los licitadores.

Consecuencia de lo anterior, considera este Tribunal que efectivamente concurre un defecto no subsanable, que el mismo ha sido correctamente justificado (no se discute tampoco la falta de motivación por parte de la recurrente) y que se ha apreciado con anterioridad a la adjudicación del contrato, por lo que el desistimiento resulta ajustado a derecho.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. D.J.L.D.S., en representación de SAME SHIPS SUPPLIERS, S.L., contra la resolución de 7 de octubre de 2020, dictada por el órgano de contratación de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, M.P., (en lo sucesivo, TPFE) por la que se acuerda el desistimiento de los procedimientos de adjudicación, por apreciación de error no subsanable, en los lotes referidos al “*Suministro de precocinados en centros penitenciarios*”, lote 17 en los expedientes 2020/00008 a 2020/00023, lote 16 en el expediente 2020/00024 y lote 15 en el expediente 2020/00025.

Segundo. 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.



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.