



Recursos nº 783 y 784/2021

Resolución nº 1121/2021

Sección 1ª

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

En Madrid, a 9 de septiembre de 2021.

VISTOS los recursos interpuestos por D. F.M.H., en representación de PLATAFORMA FEMAR, S.L., contra los acuerdos de incautación de las garantías provisionales, en relación con los lotes 1, de las licitaciones convocadas por la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo para contratar el *“Suministro de materias primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Burgos, Logroño y Soria”*, expediente 2020/00012, y el *“Suministro de materias primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Algeciras, Puerto II y Puerto III”*, expediente 2020/00023; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fechas 27 y 29 de julio de 2020, se publican en la Plataforma de Contratación del Sector Público, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado, respectivamente, los anuncios de la licitación convocada por la Gerencia de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (TPFE), por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, para la contratación del *“Suministro de materias primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Burgos, Logroño y Soria”*, expediente 2020/00012.

La contratación, sujeta a regulación armonizada, tiene un valor estimado de 1.040.597,88 € (IVA excluido).

Las prestaciones objeto de contratación se dividen en 23 lotes y se identifican con el Código CPV principal: 15000000 Alimentos, bebidas, tabaco y productos afines.



En fechas 27 y 30 de julio de 2020, se publican en la Plataforma de Contratación del Sector Público, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado, respectivamente, los anuncios de la licitación convocada por la Gerencia de TPFE, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, para la contratación del “*Suministro de materias primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Algeciras, Puerto II y Puerto III*”, expediente 2020/00023.

La contratación, sujeta a regulación armonizada, tiene un valor estimado de 7.688.116,65 € (IVA excluido).

Las prestaciones objeto de contratación se dividen en 23 lotes y se identifican con el Código CPV principal: 15000000 Alimentos, bebidas, tabaco y productos afines.

Segundo. La cláusula 2.3 del Cuadro de Características de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) relativa a la “*Contratación por lotes*” establece para el expediente 2020/00012 lo siguiente:

“El expediente se divide en los lotes que se relacionan a continuación, pudiendo el licitador presentar ofertas a uno o varios lotes (siempre incluyendo todos los artículos del lote, no pudiendo variar o introducir alternativas a los mismos).”

Se hace constar expresamente que las cantidades a suministrar (Kilogramos y unidades) que se detallan son siempre cantidades estimadas, considerándose éstas como cantidades máximas a suministrar.

LOTE	OBJETO	IMPORTE (EUROS)
1	ACÉITES	38.897,45
2	AVES-CAZA FRESCA	83.251,03
3	BOLLERÍA	24.449,89
4	CARNE FRESCA	162.397,84
5	CAFÉ	9.748,45
6	CONSERVAS	65.677,64
7	EMBUTIDOS-CHARCUTERÍA	51.437,87
8	ESPECIAS, CALDOS Y CONDIMENTOS	13.823,35
9	FRUTAS	62.650,50
10	HELADOS	3.241,28



11	HUEVOS	17.270,00
12	LEGUMBRES Y ARROZ	24.286,60
13	LECHE	63.970,03
14	OVOPRODUCTOS	8.875,16
15	POSTRES LÁCTEOS	45.017,00
16	PRODUCTOS EN PORCIONES	14.547,30
17	PRECOCINADOS	124.555,14
18	PASTAS Y SOPAS	8.391,60
19	PATATAS, CEBOLLAS, AJOS	40.247,05
20	PESCADO ULTRACONGELADO	115.816,10
21	SALSAS DE MESA Y VARIOS	12.120,70
22	VERDURA CONGELADA	24.348,95
23	VERDURA Y HORTALIZAS FRESCAS	25.576,95

Limitación en la adjudicación por lotes: a los efectos de lo establecido en el artículo 99, punto 4, letra b) de la Ley 9/2017, del 8 de noviembre, de la Ley de Contratos del Sector Público, cada empresa podrá ser propuesta como adjudicataria de un máximo de quince lotes.

La empresa propuesta como adjudicataria de quince lotes no podrá ser propuesta como adjudicataria de ningún otro lote, ni a título individual ni como parte de una unión temporal de empresas (con independencia de la distribución porcentual que ostente en la misma).

En el caso de resultar sus proposiciones las mejor valoradas en más de quince lotes, solamente se propondrá la adjudicación, de entre dichos lotes, de los quince con mayor importe (presupuesto base de licitación).

No obstante, por razones del interés público tutelado por el órgano de contratación, para evitar que pudieran quedar lotes desiertos, podrá también resultar adjudicataria de aquéllos otros lotes a los que hubiera presentado oferta y que no pudieran adjudicarse a ningún otro licitador.

Las empresas vinculadas pertenecientes a un mismo grupo se consideran entidades distintas a los efectos del límite señalado.



Para evitar que un licitador pueda decidir qué lotes de entre aquellos para los que presentó mejor oferta le serán adjudicados, en el caso de que el número fuera superior a quince, si el licitador que hubiera resultado propuesto adjudicatario de quince lotes retira su oferta por alguno de ellos o deja de presentar la documentación prevista en el artículo 150.2 de la LCSP, le será incautada la garantía provisional y no podrá ser propuesto para la adjudicación de otro lote diferente de esos quince, con la excepción de aquéllos para los que hubieran presentado oferta y no pudieran adjudicarse a ningún otro licitador, por razones de interés público del servicio tutelado por el órgano de contratación para evitar que pudieran quedar lotes desiertos”.

Idéntica redacción tiene la cláusula 2.3 del Cuadro de Características (en adelante, CC) relativo al expediente 2020/00023, recogiendo la siguiente división en lotes y cantidades máximas:

LOTE	OBJETO	IMPORTE (EUROS)
1	ACÉITES	287.080,00
2	AVES-CAZA FRESCA	438.805,00
3	BOLLERÍA	27.887,00
4	CARNE FRESCA	612.520,00
5	CAFÉ	93.375,00
6	CONSERVAS	410.326,00
7	EMBUTIDOS-CHARCUTERÍA	453.091,00
8	ESPECIAS, CALDOS Y CONDIMENTOS	177.588,05
9	FRUTAS	557.344,40
10	HELADOS	13.020,00
11	HUEVOS	54.450,00
12	LEGUMBRES Y ARROZ	189.500,00
13	LECHE	240.690,00
14	OVOPRODUCTOS	43.796,00
15	POSTRES LÁCTEOS	241.100,00
16	PRODUCTOS EN PORCIONES	228.778,00
17	PRECOCINADOS	1.971.802,00
18	PASTAS Y SOPAS	62.370,00
19	PATATAS, CEBOLLAS, AJOS	323.110,00
20	PESCADO ULTRACONGELADO	402.326,00
21	SALSAS DE MESA Y VARIOS	128.037,20
22	VERDURA CONGELADA	196.842,00



23	VERDURA Y HORTALIZAS FRESCAS	534.279,00
----	------------------------------	------------

Por su parte, el apartado 4.4.1. del PCAP en relación con la “GARANTÍA PROVISIONAL” prevé que:

“Al amparo del artículo 106 de la LCSP por motivos de interés público, y justificando suficientemente las razones de su exigencia, el órgano de contratación podrá acordar que se deposite una garantía provisional no superior al 3% del presupuesto de licitación, excluido el IVA, para responder del mantenimiento de sus ofertas y, en su caso, del cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 150.2. La exigencia o no de esta garantía queda reflejada en el apartado 8.1 del Cuadro de Características.

La garantía será prestada en las formas señaladas en el artículo 108.1 de conformidad con el 106.2 de la LCSP) y se depositará de conformidad con lo señalado en el artículo 106.3.

En el caso de división en lotes la garantía provisional se fijará atendiendo exclusivamente al importe de los lotes para los que el licitador vaya a presentar su oferta y no en función del importe del presupuesto total del contrato.

La garantía provisional, cuando se exija, se extinguirá automáticamente y será devuelta inmediatamente después de la perfección del contrato. En todo caso, se devolverá al seleccionado como adjudicatario cuando haya constituido la garantía definitiva, pudiendo aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a la nueva constitución de esta última.

No podrá exigirse garantía provisional ni en el procedimiento abierto simplificado del artículo 159 del LCSP ni en el simplificado recogido en el 159.6 del mismo texto legal”.

Las cláusulas 8.1 de los CC de sendos expedientes de contratación disponen que:

“El suministro de materias primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios es básico de los servicios encomendados a la Entidad Estatal de



Derecho Público TPFE y es fundamental asegurar el mantenimiento de las ofertas presentadas por los licitadores hasta la fecha de adjudicación.

La retirada de dichas ofertas, independientemente de las consecuencias jurídicas que acarrea para el licitador incumplidor, provocaría el no poder atender en los términos y plazos previstos por la legislación vigente la alimentación de los internos, puesto que los nuevos trámites que habría que llevar a cabo en la elaboración de un nuevo expediente de contratación conllevan un plazo superior al disponible, así como un incremento en los precios.

Las razones expuestas constituyen motivos de interés público para exigir la garantía provisional.

Los licitadores deberán constituir una garantía provisional del 3% del presupuesto base de licitación del lote o lotes a los que licite (según Anexo 4 del PCAP), impuestos excluidos, a disposición de la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, M.P. (CIF Q2813006-J)".

En relación con las ofertas anormalmente bajas, el PCAP en su apartado 11 establece que:

"Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, lo que se hará constar en el apartado 13 del Cuadro de Características.

Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio, en el apartado 13 del Cuadro de Características se expresarán los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos, en el mismo apartado 13, se indicarán los límites que permitan apreciar, en su caso, el carácter



desproporcionado o anormal de la oferta. De no constar expresamente será de aplicación lo dispuesto en el artículo 85 del RGLCAP.

En cuanto al procedimiento, justificación y efectos, se tendrán en cuenta las determinaciones del artículo 149.4 de la LCSP.

En todo caso se rechazarán las ofertas, que previa comprobación, sean anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen con las obligaciones aplicables en materia de medioambiental, social, laboral o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios sectoriales vigentes. En todo caso se considerará que la justificación no explica el bajo nivel de precios o costes cuando sea incompleta o se fundamente en hipótesis o en prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico”.

Las Cláusulas 13 de los respectivos CC añaden sobre este extremo que:

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.2 de la LCSP, la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación, deberá identificar las ofertas incursas en presunción de anormalidad. A estos efectos, y conforme al apartado 2.b) del mismo artículo, se considerará que una oferta se encuentra en presunción de anormalidad en los siguientes casos:

- Cuando hubiere presentado oferta un único licitador, la proposición económica que sea inferior en más de 30 puntos porcentuales al presupuesto base de licitación.*
- Cuando hubieren presentado oferta dos licitadores, la proposición económica que sea inferior en más de 30 puntos porcentuales a la proposición económica del otro licitador.*
- Cuando hubieren presentado oferta tres o más licitadores, las proposiciones económicas que sean inferiores en más de 20 puntos porcentuales a la media aritmética de todas las proposiciones económicas presentadas.*



Cuando, en aplicación de los criterios anteriores, se identifique una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, se requerirá al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de precios, conforme a lo recogido en el apartado 4 del artículo 149 de la LCSP”.

Sobre la clasificación de ofertas y la adjudicación, el PCAP en su apartado 12.1.1 establece que:

“La mesa de contratación procederá a valorar las ofertas admitidas, clasificándolas en orden decreciente, de conformidad con los criterios fijados, pudiendo solicitar para ello los informes técnicos pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la mejor oferta es la que incorpora el precio más bajo, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.2 de la LCSP en relación con proposiciones que incluyan valores anormales o desproporcionados.

Posteriormente elevará la propuesta de adjudicación de conformidad con los artículos 150.2 y 326 de la LCSP. La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión.

Aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, se requerirá al licitador que haya presentado la mejor oferta para que en diez días hábiles a contar desde el día siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refiere el artículo 140.1 de a) y c), si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo apartado 3 del citado artículo; de disponer de los medios comprometidos a adscribir o dedicar a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los certificados expedidos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos se



aceptarán en los términos definidos en las disposiciones adicionales de la LCSP reguladoras de la materia.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el 3% del presupuesto base de licitación, impuestos excluidos, que se hará efectivo, en primer lugar, contra la garantía provisional si se hubiere constituido, sin perjuicio de lo establecido en el 71.2.a). En ese caso se recabará la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

Cuando el único criterio a considerar para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio, la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de quince días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones.

Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios o utilizándose un único criterio, este sea el de menor coste del ciclo de vida, el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el Pliego.

Los plazos indicados en los dos apartados anteriores se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a que se refiere el artículo 149.4 de la LCSP.

De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición y a la devolución de la garantía provisional si se hubiese constituido”.

Tercero. Por cuanto aquí interesa, resultan de los expedientes de contratación los siguientes presupuestos fácticos de interés:

Entre el 25 de agosto y el 3 de septiembre de 2020, por el órgano de contratación se procede a la apertura y calificación administrativa de la documentación correspondiente a los 18 expedientes con referencias 2020/00008 a 2020/00025), cada uno de ellos con 22/23

lotes, cuyo objeto es el suministro de materias primas para la alimentación de los internos de más de 80 centros penitenciarios.

Del expediente 2020/00012, resulta que fueron presentadas en plazo ofertas por trece entidades licitadoras, con el siguiente detalle: seis presentaron oferta a 1 lote, una presentó oferta a 2 lotes, una presentó oferta a 3 lotes, una presentó oferta a 5 lotes, una presentó oferta a 9 lotes, una presentó oferta a 10 lotes y dos presentaron oferta a 15 lotes, siendo una de ellas la empresa PLATAFORMA FEMAR, S.L.

Con fecha 14 de septiembre de 2020, se procede a la apertura de las proposiciones en relación con los criterios evaluables automáticamente. Tras la tramitación oportuna, en fecha 19 de octubre de 2020 se reúne la Mesa de contratación que acuerda la propuesta de adjudicación de acuerdo con la evaluación de las propuestas y el requerimiento de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a la adjudicación, conforme al artículo 150.2 de la LCSP, a las empresas que han presentado las ofertas con mejor relación calidad-precio. Según resulta del acta de dicha sesión, la licitadora PLATAFORMA FEMAR, S.L. es la empresa propuesta para la adjudicación del lote 1.

Mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 2020, la licitadora PLATAFORMA FEMAR, S.L., solicita la retirada de su oferta al lote 1 y la devolución de las garantías constituidas “conforme a lo dispuesto en el artículo 158 de la LCSP y la cláusula 12.1.1 del PCAP”.

En fecha 24 de noviembre de 2020, la mesa de contratación acuerda tener por retirada la oferta de la aludida licitadora y recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden de clasificación de las ofertas, según resulta del acta de dicha sesión.

Tras la tramitación oportuna y evacuado trámite de alegaciones a la empresa PLATAFORMA FEMAR, S.L., mediante Resolución de 9 de abril de 2021, el órgano de contratación acuerda lo siguiente:

“1. Incautar la garantía provisional constituida por la empresa PLATAFORMA FEMAR para el lote 1 del expediente 2020/00012 convocado por la Gerencia de la Entidad TPFE, cuyo objeto es el suministro de materias primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Burgos, Logroño y Soria, por haber



retirado la oferta presentada en el mismo sin haber formalizado el contrato correspondiente.

Para ello se seguirá el procedimiento dispuesto en la LCSP y en RGLCSP.

2. Iniciar el procedimiento dispuesto en el art. 71 y ss de la LCSP al tratarse, la retirada de la oferta por PLATAFORMA FEMAR, una de las circunstancias que impediría a los empresarios contratar con TPFE”.

En fecha 4 de mayo de 2021, dicha resolución es objeto de notificación a la entidad licitadora.

Del expediente 2020/00023, resulta que fueron presentadas en plazo ofertas por veinticuatro entidades licitadoras, con el siguiente detalle: diez presentaron oferta a 1 lote, tres presentaron oferta a 2 lotes, tres presentaron oferta a 3 lotes, dos presentaron oferta a 4 lotes, una presentó oferta a 5 lotes, dos presentaron oferta a 9 lotes, una presentó oferta a 13 lotes, siendo la empresa PLATAFORMA FEMAR, S.L., una presentó oferta a 14 lotes y una presentó oferta a 15 lotes.

Con fecha 14 de septiembre de 2020, se procede a la apertura de las proposiciones en relación con los criterios evaluables automáticamente. Tras la tramitación oportuna, en fecha 19 de octubre de 2020 se reúne la Mesa de contratación que acuerda la propuesta de adjudicación de acuerdo con la evaluación de las propuestas y el requerimiento de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a la adjudicación, conforme al artículo 150.2 de la LCSP, a las empresas que han presentado las ofertas con mejor relación calidad-precio. Según resulta del acta de dicha sesión, la licitadora PLATAFORMA FEMAR, S.L. es la empresa propuesta para la adjudicación del lote 1.

Mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 2020, la licitadora PLATAFORMA FEMAR, S.L., solicita la retirada de su oferta al lote 1 y la devolución de las garantías constituidas “conforme a lo dispuesto en el artículo 158 de la LCSP y la cláusula 12.1.1 del PCAP”.



En fecha 24 de noviembre de 2020, la mesa de contratación acuerda tener por retirada la oferta de la aludida licitadora y recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden de clasificación de las ofertas, según resulta del acta de dicha sesión.

Tras la tramitación oportuna, mediante Resolución de 9 de abril de 2021, el órgano de contratación acuerda lo siguiente:

“1. Incautar la garantía provisional constituida por la empresa PLATAFORMA FEMAR para el lote 1 del expediente 2020/00023 convocado por la Gerencia de la Entidad TPFE, cuyo objeto es el suministro de materias primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Algeciras, Puerto II y Puerto III, por haber retirado la oferta presentada en el mismo sin haber formalizado el contrato correspondiente.

Para ello se seguirá el procedimiento dispuesto en la LCSP y en RGLCSP.

2. Iniciar el procedimiento dispuesto en el art. 71 y ss de la LCSP al tratarse, la retirada de la oferta por PLATAFORMA FEMAR, una de las circunstancias que impediría a los empresarios contratar con TPFE”.

En fecha 4 de mayo de 2021, dicha resolución es objeto de notificación a la entidad licitadora.

Cuarto. Las licitaciones se desarrollan de conformidad con los trámites previstos en 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) y su normativa de desarrollo en todo aquello que no se oponga a la LCSP, y en particular por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007.

Quinto. En fecha 25 de mayo de 2021, la entidad PLATAFORMA FEMAR, S.L. ha interpuesto ante este Tribunal recursos especiales en materia de contratación contra



sendos acuerdos, de 9 de abril de 2021, de incautación de las garantías provisionales constituidas en lo relativo a los lotes 1 en las licitaciones de referencia, y de inicio del procedimiento previsto en el artículo 71 de la LCSP, instando su anulación.

El Recurso nº 783/2021 en relación al *“Suministro de materias primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Burgos, Logroño y Soria”*, expediente 2020/00012, y el Recurso nº 784/2021 en relación al *“Suministro de materias primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Algeciras, Puerto II y Puerto III”*, expediente 2020/00023.

Sexto. Previo requerimiento y traslado de los recursos de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, se reciben los expedientes administrativos y los correspondientes informes de aquel, en los que se interesa la desestimación de los recursos.

Séptimo. En el ámbito del Recurso nº 783/2021, la Secretaría del Tribunal en fecha 9 de junio de 2021, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. En fecha 15 de junio de 2021, se presentan alegaciones por la entidad LEONESA DE PATATAS, S.L., mediante escrito en el que se interesa la desestimación del recurso interpuesto.

Octavo. En el ámbito del Recurso nº 784/2021, la Secretaría del Tribunal en fecha 10 de junio de 2021, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones, sin haber hecho uso de su derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los presentes recursos se interponen ante este Tribunal, que es competente para su conocimiento y resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP, por dirigirse aquellos frente a unas actuaciones de un poder adjudicador del sector público estatal, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1 g) y 3.3 d) de la LCSP.



Segundo. Según lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), de aplicación a este procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 56.1 de la LCSP, el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

Igualmente, de conformidad con el apartado primero del artículo 13 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC):

“1. Podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento”.

Examinados los presentes recursos, este Tribunal acuerda de oficio la acumulación para resolverlos por medio de una sola resolución, al apreciar en ellos una identidad sustancial e íntima conexión: hay identidad en las entidades recurrente y recurrida, tienen como objeto actos en el marco de la misma contratación pública y en ambos se suscitan idénticos motivos de impugnación.

Tercero. Constituye el objeto de los recursos las decisiones de incautación de las garantías provisionales constituidas en relación con los lotes 1, y de inicio de los respectivos procedimientos para la apreciación de la prohibición de contratar, en licitaciones públicas que tienen por objeto la celebración de contratos de suministros con valor estimado superior a cien mil euros, susceptibles de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el apartado a) del artículo 44.1 de la LCSP. De forma que, junto al elemento subjetivo, se cumple el elemento objetivo de la competencia por razón de tipo y cuantía de los contratos.

Además, se trata de actos susceptibles de ser impugnados autónomamente a través del recurso especial en materia de contratación, por razón de competencia material o *“ratione materia”*, por ser actos de trámite cualificados resolutorios o decisorios en relación con la



entidad aquí recurrente que han sido adoptados en procedimientos de adjudicación de los respectivos contratos de suministro.

El artículo 44.2 letra b) de la LCSP establece que:

“Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

(...)

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.”

Lo que se acuerda por el órgano de contratación puede producir indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de la entidad recurrente. En todo caso, los actos de trámite cualificados pueden ser impugnados de forma separada cuando se ha procedido a la notificación, que es el caso.

Respecto del carácter recurrible de estos actos a través del recurso especial, debe estarse a la doctrina establecida por este Tribunal en Resoluciones nº 931/2020, de 4 de septiembre, nº 1121/2019, de 7 de octubre y nº 1428/2019, de 11 de diciembre, en las que se afirma la competencia de este Tribunal cuando se trata de la imposición de la penalidad por autoexclusión de la oferta ex artículo 150.2 de la LCSP.

Así en nuestra Resolución nº 1428/2019 indicamos que:

“(...) las actuaciones de trámite cualificadas derivadas del procedimiento de adjudicación del contrato, alcanzan a aquellas que decidan directa o indirectamente

sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, finalizando la competencia objetiva con el acto de adjudicación del contrato (artículo 44.2, c) de la LCSP). Examinado el expediente, este Tribunal observa que las actuaciones impugnables no proceden del trámite de requerimiento de la documentación que el órgano de contratación exige a la propuesta como adjudicataria al amparo del artículo 150 de la LCSP, sino que lo ahora cuestionado afecta a la fase de formalización de la relación contractual (artículo 153 de la LCSP). Los contratos se perfeccionan mediante la formalización de los mismos pues así lo refiere el artículo 36, si bien la competencia objetiva de este Tribunal se ha de ceñir a las reglas dadas en el artículo 44 de la LCSP y en especial, en las actuaciones susceptibles de recurso, la competencia del Tribunal se extiende a las actuaciones de trámite cualificadas del procedimiento de adjudicación, finalizando mediante la resolución de adjudicación contractual (artículo 44.2 letras b) y c) de la LCSP)".

En los supuestos que nos ocupan, las decisiones de incautación de las garantías provisionales adoptadas por los acuerdos recurridos derivan de la autoexclusión por parte de la entidad recurrente de sus respectivas ofertas para los lotes nº 1, una vez había sido propuesta para la adjudicación y requerida para la aportación de la documentación correspondiente con arreglo al artículo 150 de la LCSP, no encontrándonos ante la falta de formalización de los contratos ex artículo 153 del mismo cuerpo legal, por lo que este Tribunal ostenta competencia material para revisar las consecuencias jurídicas derivadas de aquellas actuaciones administrativas.

No obstante, debe advertirse que los anteriores razonamientos resultan propiamente aplicables a las decisiones de incautación de las garantías provisionales, no tanto en relación con los acuerdos de inicio de los respectivos procedimientos para la apreciación de la prohibición de contratar, los cuales constituyen actos de trámite no cualificados ni decisorios a los efectos del artículo 44.2 de la LCSP por su contenido y debido a que ni determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni excluyen la posibilidad de recurrir con base en los mismos motivos las resoluciones que, en su caso, posteriormente se dicten en aquellos procedimientos, no produciendo en consecuencia indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de la entidad recurrente que



podrá, si así lo considera, interponer los recursos procedentes frente a dichas resoluciones que pongan fin a aquellos, planteando en estas impugnaciones cuantas alegaciones, cuestiones y pretensiones estime oportunas en defensa de sus derechos o intereses legítimos.

Cuarto. Delimitado con precisión el objeto de los presentes recursos, debe sostenerse la legitimación activa de la entidad recurrente para su interposición.

De conformidad con lo establecido en el párrafo primero del artículo 48 de la LCSP:

“Podrá interponer el recurso cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

Con carácter general, este Tribunal ha venido considerando que para que pueda apreciarse la legitimación para la impugnación de resoluciones administrativas en materia contractual, deben concurrir los siguientes requisitos (por todas Resoluciones nº 237/2011, de 13 de octubre, nº 22/2012, de 18 de enero, nº 107/2012, de 11 de mayo de 2012, y nº 250/2016, de 8 de abril):

1. Con carácter general, el interés legítimo viene determinado por la participación en la licitación.
2. No obstante, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo.

Tal y como se ha anticipado en el fundamento anterior, las resoluciones aquí impugnadas -en lo relativo a la incautación de las garantías provisionales- inciden directa y lesivamente en la esfera jurídica de la entidad recurrente que puede obtener un beneficio o ventaja con la eventual estimación de los presentes recursos, en cuanto la resolución que pueda dictarse conllevaría su anulación y, en consecuencia, su desaparición del mundo jurídico. No hay duda, en definitiva, de que esa eventual anulación de la incautación de las garantías provisionales sí supondría un beneficio o ventaja para la recurrente. Por tanto, es igual de claro que le asiste un interés legítimo.

Quinto. Se han cumplido las prescripciones que en relación con el lugar, forma y plazo de interposición de estos recursos se establecen en los artículos 50.1 b) y 51 de la LCSP y 17 a 21 del RPERMC.

Así por lo que respecta a la interposición de los recursos en plazo, cuestión que se halla íntimamente ligada a la consideración del acto impugnado y de la misma legitimación activa para la impugnación, no han transcurrido los 15 días hábiles del plazo entre la fecha de la notificación de los actos impugnados (4 de mayo de 2021) y la de interposición de los recursos (25 de mayo de 2021).

Sexto. Tras el análisis de los requisitos de admisión de los recursos, procede el examen de las cuestiones de fondo.

La entidad recurrente se alza contra las decisiones cuestionadas con base, en esencia, en un único motivo de impugnación consistente en la infracción del artículo 158.2 de la LCSP en la medida en que considera que, con la retirada de sus ofertas a los lotes 1 de estas contrataciones, ejerció un derecho que expresamente le reconoce la Ley, cumpliendo para ello los plazos y demás trámites exigidos en la misma.

Aduce que, el 19 de noviembre de 2020, habiendo transcurrido más de dos meses desde la fecha de apertura de las ofertas, que sitúa en el 17 de septiembre de 2020, presentó escrito por el que comunicaba la retirada de su oferta y las causas que motivaban tal retirada, consistentes en el alza del precio del aceite de girasol en un 7%:

“(...) existiendo fundadas previsiones (que a día de presentación de este recurso se han visto confirmadas) de que el ajuste al alza durante la ejecución del contrato podría llegar hasta el 15% o 20% del precio existente en el momento de la licitación, lo que supondrían pérdidas inasumibles para la empresa”.

Se sostiene así que la cuestión se centra en determinar si, en aquellos expedientes divididos en varios lotes, el incremento de plazo al que hace referencia el artículo 158.3 de la LCSP, se aplica a todos los lotes que conforman el expediente, o únicamente al lote al que afecta, con apoyo en la propia doctrina de este Tribunal y de la Junta Consultiva de Contratación del Sector Público del Estado conforme a la que los contratos correspondientes a cada lote son contratos independientes, rechazando también la aplicación de la limitación prevista en el artículo 99.4 de la LCSP y en el apartado 2.3 de los CC de los pliegos rectores, dado que en estos supuestos ningún licitador se ha presentado a más de 15 lotes.

La recurrente no cuestiona las adjudicaciones de los contratos ni argumenta nada sobre la conformidad o no a Derecho de las decisiones de inicio del procedimiento para la apreciación de la prohibición de contratar conforme a lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la LCSP.

En los informes a los recursos, el órgano de contratación recoge los elementos fácticos concurrentes, destacando lo siguiente:



- La entidad recurrente presentó ofertas en tiempo y forma, entre otros, a los expedientes 2020/00012 y 2020/00023.
- Que, por motivos de interés público justificados en los expedientes, el órgano de contratación exigió la constitución de una garantía provisional del 3 % del precio de licitación para asegurar el mantenimiento de la oferta hasta la formalización del contrato, constituyendo dicha empresa las garantías provisionales conforme a lo exigido.
- A los 23 lotes que componen el expediente 2020/00012 licitan 13 empresas, algunas de las cuales presentan ofertas a varios lotes, concretamente dos de ellas lo hacen a 15 lotes, siendo una de estas la recurrente. A los 23 lotes que componen el expediente 2020/00023 licitan 24 empresas, algunas de las cuales presentan ofertas a varios lotes. La recurrente presenta oferta a un total de 13 lotes.
- Debido a la limitación en la adjudicación de lotes que se incluye en la cláusula 2.3 de los CC de los pliegos, resulta obligado proceder al estudio conjunto de todos los lotes que componen el expediente para poder determinar quiénes son los adjudicatarios definitivos y si, en su caso, estuvieran afectados por dicha limitación.
- Que el 14 de septiembre de 2020 se procede a la apertura de los criterios evaluables automáticamente.
- Que en los dos expedientes se requiere a distintas empresas, entre ellas a la recurrente en el expediente 2020/00023 para que *“justifiquen el bajo nivel de los precios ofertados”* en varios lotes, conforme a lo establecido en el artículo 149.4 de la LCSP.

Y se argumenta en los aludidos informes que, según establece el artículo 158.3 de la LCSP, al haber sido necesario seguir los trámites a que se refiere el apartado 4 del artículo 149 de esta Ley, siendo imposible resolver los lotes de manera independiente por cuanto están afectados a nivel de expediente por la limitación en la adjudicación de lotes, los plazos indicados en el artículo 158.2 de la LCSP se amplían en quince días hábiles, resultando obligada la empresa a mantener la oferta hasta el 4 de diciembre de 2020.

Por ello se concluye que:

“(...) al haber retirado su oferta en el lote nº 1 del expediente 2020/00023 (o 2020/2012) antes de la fecha límite de 4 de diciembre de 2020, se debe proceder a



la incautación de la garantía provisional constituida para dicho lote conforme establece el art. 150.2.

De igual manera, tal y como señala la letra a) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP, la retirada de la oferta indicada en el punto anterior es una de las circunstancias que impiden a los empresarios contratar con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la LCSP como es el caso de TPFE”.

Sobre las causas que la entidad recurrente hace valer para justificar la retirada de sus ofertas, el órgano de contratación añade lo siguiente:

“En relación a las argumentaciones de la empresa recurrente intentando justificar la retirada de su oferta en ese Lote, acudiendo a las manifestaciones de ese Tribunal como de otros Tribunales de contratación, en el sentido de considerar “que cada lote funciona como un contrato independiente” a efectos de la impugnación de la adjudicación, exclusión en un lote, pero no en todos, acreditación de solvencia, etc. esta Entidad señala:

a. En el caso concreto que nos ocupa, la diferencia con las resoluciones judiciales aportadas por la recurrente es que no se puede determinar al adjudicatario de cada lote hasta que no son resueltos todos y cada uno de los lotes del expediente puesto que al existir la limitación en el Cuadro de Características indicada en el punto 8 y ser múltiples los concurrentes (24) (o 13) que licitan a un número elevado de lotes (...), tuvieron que ser contrastadas 98 ofertas a los 23 lotes del expediente 2020/00023. En concreto, la empresa Plataforma Femar presentó oferta a 13 lotes. (65 ofertas a los 23 lotes del expediente 2020/00012, en el que la empresa PLATAFORMA FEMAR presentó oferta a 15 lotes).

b. Varias empresas incurrieron en ofertas anormalmente bajas en varios expedientes cuyo objeto era el suministro de materias primas para la alimentación de los centros penitenciarios. Circunstancia que condicionaba la adjudicación definitiva de todos los lotes de cada expediente hasta tanto no estuvieran resueltas.

(...)



Por lo que, del seguimiento de las incidencias citadas, así como de la celebración de las distintas sesiones en el tiempo donde se fueron resolviendo, nos podemos hacer la idea de que la previsión contenida en el art. 158.3 de la LCSP de la ampliación en quince días del plazo de los dos meses recogido en el apartado 2 del mismo artículo, está plenamente justificada en el caso aquí tratado. Dándose la circunstancia que la adjudicación de todos los lotes del expediente 2020/23 (y del expediente 2020/00012) se produjo dentro del plazo de esa ampliación hasta el 4 de diciembre de 2020.

En relación al perjuicio económico alegado por la recurrente que, según sus manifestaciones, sería el motivo de la retirada de su oferta en ese lote, a efectos puramente informativos podemos indicar que la empresa Plataforma Femar lleva licitando a este tipo de suministro más de veinte años y es conocedor de la dinámica compleja de esta adjudicación y de las subidas y bajadas en los precios de los centenares de productos que salen a licitación. Subidas y bajadas que se repiten año tras año en distintos productos y que hace que el principio de riesgo y ventura al que se expone todo adjudicatario cuando contrata con la Administración, en este caso pueda reducirse al poder licitar a más de 400 lotes en los 18 expedientes que componen este suministro. En concreto, la empresa Plataforma Femar ha resultado adjudicataria en 57 lotes entre los 18 expedientes que componen el total del suministro de materias primas para la alimentación de los internos en los centros penitenciarios. Entendemos que de esa manera lo han entendido el resto de licitadores y más en concreto el que ha resultado adjudicatario en el lote en el que la recurrente retiró su oferta.

Por lo tanto, este Órgano de contratación considera que la Mesa actuó conforme la normativa en esta materia cuando resolvió la adjudicación del expediente 2020/00023 antes del 4 de diciembre de 2020, fecha en que se hubiera cumplido el plazo máximo teniendo en cuenta lo establecido en el art. 158.3 de la LCSP.

Y, por consiguiente, este Órgano de contratación considera que la penalidad consistente en la incautación de la garantía provisional (3 %) es conforme a lo establecido en la normativa aplicable, así como el inicio del procedimiento

establecido en los art. 71 y siguientes de la LCSP para impedir, en su caso, la participación de la empresa Plataforma Femar en futuras licitaciones, en las condiciones que indica la mencionada normativa”.

Séptimo. Planteada la cuestión de fondo controvertida en los términos expuestos, debe señalarse en primer lugar el régimen jurídico de LCSP y su normativa de desarrollo, de aplicación a los supuestos analizados.

Sobre la garantía provisional, el artículo 106 establece que:

“1. En el procedimiento de contratación no procederá la exigencia de garantía provisional, salvo cuando de forma excepcional el órgano de contratación, por motivos de interés público, lo considere necesario y lo justifique motivadamente en el expediente. En este último caso, se podrá exigir a los licitadores la constitución previa de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la perfección del contrato.

2. En los casos en que el órgano de contratación haya acordado la exigencia de garantía provisional, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se determinará el importe de la misma, que no podrá ser superior a un 3 por 100 del presupuesto base de licitación del contrato, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido y el régimen de su devolución. La garantía provisional podrá prestarse en alguna o algunas de las formas previstas en el apartado 1 del artículo 108.

En el caso de división en lotes, la garantía provisional se fijará atendiendo exclusivamente al importe de los lotes para los que el licitador vaya a presentar oferta y no en función del importe del presupuesto total del contrato.

En los acuerdos marco y en los sistemas dinámicos de adquisición, el importe de la garantía provisional, de exigirse, se fijará a tanto alzado por la Administración Pública, sin que en ningún caso pueda superar el 3 por 100 del valor estimado del contrato.



3. Cuando se exijan garantías provisionales, estas se depositarán, en las condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan, del modo siguiente:

a) En la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en la Caja o establecimiento público equivalente de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efecto cuando se trate de garantías en efectivo.

b) Ante el órgano de contratación, cuando se trate de certificados de inmovilización de valores anotados, de avales o de certificados de seguro de caución.

4. La garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la perfección del contrato. En todo caso, la garantía provisional se devolverá al licitador seleccionado como adjudicatario cuando haya constituido la garantía definitiva, pudiendo aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a una nueva constitución de esta última”.

El artículo 62 del RGLCAP, sobre los “Efectos de la retirada de la proposición, de la falta de constitución de garantía definitiva o de la falta de formalización del contrato respecto de la garantía provisional”, señala que:

“1. Si algún licitador retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación o si el adjudicatario no constituye la garantía definitiva o, por causas imputables al mismo, no pudiese formalizarse en plazo el contrato, se procederá a la ejecución de la garantía provisional y a su ingreso en el Tesoro Público o a su transferencia a los organismos o entidades en cuyo favor quedó constituida. A tal efecto, se solicitará la incautación de la garantía a la Caja General de Depósitos o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales donde quedó constituida.

2. A efectos del apartado anterior, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley, o el reconocimiento por parte

del licitador de que su proposición adolece de error, o inconsistencia que la hagan inviable, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición”.

Sobre las ofertas anormalmente bajas, el artículo 149.4 de la LCSP en su párrafo primero indica que:

“4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos”.

El artículo 150.2 de la LCSP dispone que:

“2. Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se



hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71.

En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”.

El artículo 158 del mismo cuerpo legal, bajo el título “*Adjudicación*”, previene lo siguiente:

“1. Cuando el único criterio para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio, la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de quince días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones.

2. Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, o utilizándose un único criterio sea este el del menor coste del ciclo de vida, el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Si la proposición se contuviera en más de un sobre o archivo electrónico, de tal forma que estos deban abrirse en varios actos independientes, el plazo anterior se computará desde el primer acto de apertura del sobre o archivo electrónico que contenga una parte de la proposición.

3. Los plazos indicados en los apartados anteriores se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a que se refiere el apartado 4 del artículo 149 de la presente Ley.

4. De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir esta”.

En sede de “*Prohibiciones de contratar*”, el artículo 71.2 a) de la LCSP establece que:

“2. Además de las previstas en el apartado anterior, son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley, en las condiciones establecidas en el artículo 73 las siguientes:

a) Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del artículo 150 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia”.

Octavo. Atendiendo al régimen jurídico aplicable, el éxito de la pretensión anulatoria tiene difícil encaje en la normativa invocada en consideración a los elementos fácticos que concurren en los casos analizados, pudiendo anticiparse que estos recursos deben ser íntegramente desestimados por no resultar jurídicamente admisible el planteamiento de la recurrente para tratar de sostener en este caso la posible infracción del derecho reconocido en el artículo 158.4 de la LCSP y la supuesta justificación adecuada de la retirada de sus ofertas en relación con los lotes 1 de estas contrataciones, y ello por las razones que seguidamente se exponen:

Conviene recordar que los pliegos son “*lex contractus*” y establecen sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de ofertas, pudiendo los poderes adjudicadores configurar el objeto del contrato atendiendo a lo que sea más conveniente para las necesidades públicas que aquel debe satisfacer y gozando de un amplio margen de discrecionalidad para su determinación. En los supuestos que se analizan el objeto de las dos licitaciones se divide en 23 lotes en cada una de ellas, pudiendo los licitadores presentar ofertas a los lotes que desearan, sin limitación de ningún tipo para la presentación de ofertas a todos los lotes. Así lo hizo la entidad recurrente, que decidió presentar en tiempo y forma ofertas a 15 lotes en el expediente 2020/00012 y a 13 lotes en el expediente 2020/00023.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 106 de la LCSP, los pliegos rectores de estas contrataciones exigieron la constitución de una garantía provisional del 3 % del presupuesto base de licitación para asegurar el mantenimiento de la oferta hasta la

formalización del contrato, constituyendo la recurrente tales garantías provisionales con arreglo a lo exigido.

La “*garantía*” es una figura tradicional de la contratación pública que opera con una finalidad de salvaguarda de los intereses públicos que se articulan a través de la contratación que lleva a cabo la Administración, configurándose la “*garantía provisional*”, de carácter potestativo para los órganos de contratación desde la LCSP de 2007, como una herramienta que responde de la seriedad de las ofertas presentadas por los candidatos en un procedimiento de licitación, resultando así amparada en la normativa de aplicación y prevista en los pliegos rectores de estas licitaciones, considerándola este Tribunal en estos casos debidamente motivada y necesaria para el cumplimiento de la finalidad pretendida, y que efectivamente resulta proporcionada y adecuada dado que se persigue atender al suministro de materias primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios, concurriendo así un objetivo legítimo en atención a la naturaleza y características de los bienes que son objeto de estas contrataciones públicas, los cuales además fueron conocidos y asumidos por la recurrente como revela la misma circunstancia de su participación en estas licitaciones con amplio número de proposiciones y de la adjudicación a su favor de distintos lotes.

Por tanto, debe sostenerse que las garantías provisionales están afectas al mantenimiento de las ofertas, que no pueden decaer por pérdida sobrevenida del interés en los contratos por parte del contratista, no siendo jurídicamente adecuada la justificación ofrecida por la recurrente para la retirada de sus ofertas, fundamentalmente porque los licitadores deben tener en cuenta al formular sus proposiciones un escenario de incremento previsible en los precios para que la economía del contrato no se vea alterada, y porque la evolución económica es cuestión que debe formar parte de toda inversión empresarial solvente, debiendo recordarse la doctrina de la JCCPE según la que a la inmutabilidad del contrato debe añadirse como premisa esencial propia de los contratos públicos la atribución al contratista del riesgo y ventura del contrato, tal y como declara el artículo 197 de la LCSP, sin perjuicio de las fórmulas e instrumentos previstos en la normativa de contratación pública para garantizar el equilibrio de las prestaciones del contrato.

Ocurre también que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 99.4 b) de la LCSP, los pliegos rectores de estas contrataciones preveían la división por lotes de sus objetos y la limitación en la adjudicación por lotes de manera que cada licitadora podía ser propuesta para la adjudicación en un máximo de quince lotes, lo que requería un análisis conjunto de las proposiciones presentadas a uno, varios o todos los lotes por parte de los licitadores en cada una de ellas, tal y como se recoge en los pliegos rectores transcritos en el antecedente segundo de esta resolución, constatándose que la Administración ha observado en estos supuestos que las ofertas presentadas para los lotes separados deben ser consideradas aisladamente a fin de preservar un trato igual a todas las proposiciones, pues la regla general de división del contrato en lotes (artículo 99.3 de la LCSP) persigue la finalidad de favorecer la concurrencia y participación de las pequeñas y medianas empresas (pymes) en las licitaciones públicas, siendo doctrina de este Tribunal y de la JCCPE (Informe 12/2020) la de que, según el artículo 99.7 de la LCSP, la regla general aplicable a los contratos adjudicados por lotes es que cada lote constituye un contrato diferente, pero sin que ello pueda invocarse como pretexto o para tratar de justificar el incumplimiento de otros mandatos legales o de los pliegos que rigen estas contrataciones.

Y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de la LCSP, en cada uno de los expedientes de estas contrataciones sí se observó el plazo legalmente establecido para la adjudicación - dos meses más quince días hábiles-, dado que el 14 de septiembre de 2020 fue la fecha de apertura de las proposiciones y se siguieron los trámites del artículo 149.4 de la LCSP en cada uno de los procedimientos analizados, según resulta del acta de la sesión de la mesa de contratación de 8 de octubre de 2020, por lo que el órgano de contratación contaba con el mantenimiento de las ofertas hasta el 4 de diciembre de 2020. Así, cuando la recurrente solicita la retirada de sus ofertas en fecha 19 de noviembre de 2020 no concurría el presupuesto legal habilitante para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 158.4 de la LCSP (derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir ésta, por transcurso del plazo máximo legalmente establecido para la adjudicación).

El órgano de contratación en las decisiones cuestionadas se limita a aplicar un efecto “*ex lege*” establecido en el artículo 150.2 de la LCSP y previsto en los pliegos rectores de estas contrataciones para estos supuestos de incumplimiento total y grave de la obligación de

aportación de documentación al amparo de este precepto legal, lo que comporta la retirada injustificada de las ofertas, y ello tras observar la Administración cumplidamente un procedimiento contradictorio en el que dio audiencia a la recurrente que pudo formular las alegaciones que estimó oportunas, con carácter previo a dictar las resoluciones que aquí se impugnan.

Cabe traer a colación nuestra Resolución nº 931/2020, de 4 de septiembre, en la que razonamos lo siguiente:

“(...) la incautación de la garantía en el TRLCSP para el caso de retirada injustificada de la oferta, es un efecto ex lege, que se deriva de la propia LCSP. Así resulta en primer lugar del tenor literal del artículo 150.2 párrafo segundo LCSP, que con claridad fija el supuesto de hecho, la retirada de la oferta, y su consecuencia, la imposición de penalidad, sin remisión alguna a su previsión en el pliego: (...) Una interpretación sistemática conduce a la misma conclusión: el artículo 122.3 LCSP, al regular el establecimiento de penalidades en los pliegos, no contempla este supuesto como aquellos en que se podrá, de forma facultativa y si se prevé en el pliego, establecer penalidades, asumiendo que en este caso ya viene establecida por el propio texto legal, que predetermina su cuantía. En fin, esta interpretación es la que se ajusta a los antecedentes históricos del precepto, en concreto los artículos 151.2 TRLCSP y 64.2 del Reglamento General de Contratación del Estado, que contemplaban la incautación de garantía en caso de retirada de la oferta como efecto ex lege.

(...)

La doctrina de este Tribunal, como también los más recientes pronunciamientos judiciales al respecto, ha venido interpretando el incumplimiento del requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP (antes 151.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) de forma no formalista y rigorista. Así, resumíamos en nuestra Resolución 582/2019, de 30 de mayo, que “Acerca de la interpretación del artículo 150.2 de la LCSP hemos de traer a colación la importante evolución que ha

experimentado la doctrina de este Tribunal –en particular pronunciándose respecto del correlativo precepto del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 151.2), si bien poniéndolo en relación con el nuevo artículo 150.2 de la LCSP-, plasmada en las recientes Resoluciones 747/2018, 749/2018, 816/2018, 1184/2018 o 173/2019. Así, hemos pasado de una interpretación literal y rigorista de su contenido que, según hemos señalado, ha llevado a resultados ciertamente “extensivos, formalistas e injustos” acerca de la posibilidad o no de la subsanación de defectos, errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento (posibilidad que se ha negado por el hecho de que el precepto no dijera nada al respecto), a una interpretación más flexible, acorde con la finalidad del precepto, que no es otra que “resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado”. Este cambio de criterio se ha reflejado también a nivel jurisprudencial (así, hace referencia al mismo la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia nacional de 20 de febrero de 2019).

En este sentido, hemos venido a distinguir de acuerdo con nuestra doctrina más reciente los supuestos de “incumplimiento total y grave” de la obligación de aportación de documentación al amparo del artículo 150.2 de la LCSP, que comporta la retirada de la oferta, de los supuestos de “cumplimiento defectuoso o imperfecto” de esta obligación, y a tales efectos hemos acotado lo que se debe entender por “cumplimentar”, llegando a la conclusión de que la interpretación de la “retirada injustificada de la oferta” se limita a los incumplimientos totales de determinadas obligaciones, admitiendo la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones en la cumplimentación del requerimiento en determinados supuestos, haciendo prevalecer el derecho de la empresa propuesta como adjudicataria, entendiendo que, después de haberse tramitado el procedimiento de licitación para escoger la oferta económicamente más ventajosa, no parece razonable rechazarla por existir algún error o imperfección en la documentación presentada. Así, en el caso de la constitución de la garantía definitiva, hemos considerado subsanable el defecto consistente en la constitución de una garantía por importe insuficiente, concediendo al efecto un plazo de tres días para la complementación de la garantía inicialmente constituida. Es decir, la activación de la doble consecuencia jurídica



derivada del incumplimiento del requerimiento (retirada de la oferta y penalidad) debe hacerse de manera atemperada, reservada únicamente a supuestos donde el incumplimiento haya sido “total y grave”, forma que resulte difícil atisbar una voluntad de cumplimiento por parte del licitador mejor clasificado”.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar los Recursos nº 783 y 784/2021 interpuestos por D. F.M.H., en representación de PLATAFORMA FEMAR, S.L., contra los acuerdos de incautación de las garantías provisionales, en relación con los lotes 1, de las licitaciones convocadas por la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo para contratar el *“Suministro de materias primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Burgos, Logroño y Soria”*, expediente 2020/00012, y el *“Suministro de materias primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Algeciras, Puerto II y Puerto III”*, expediente 2020/00023.

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.