



Recurso nº 376/2022

Resolución nº 539/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 13 de mayo de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. I. E. Z. , en representación de LACTALIS FOOD SERVICE IBERIA, S.L.U. contra la resolución de la Junta de Contratación por la que se acuerda la imposición de penalidades a dicha empresa, en el contrato de *“Suministro de alimentos, en el marco del programa de ayuda alimentaria a las personas más desfavorecidas 2022-PO FEAD 2014-2020”*, con expediente referencia 2021/101986, en relación con el lote 13, convocado por la Junta de Contratación del Fondo Español de Garantía Agraria, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Fondo Español de Garantía Agraria (en adelante, FEGA), mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 21 de septiembre de 2021, inició el procedimiento de licitación para la contratación del servicio de *“Suministro de alimentos, en el marco del programa de ayuda alimentaria a las personas más desfavorecidas 2022-PO FEAD 2014-2020”*, sujeto a regulación armonizada, con un valor estimado de 86.854.066,00 euros (IVA excluido). El objeto del contrato está dividido en lotes, siendo el valor estimado del lote 13 (leche entera UHT) de 6.760.000,00 euros.

El anuncio de licitación se publicó en el DOUE en fecha 17 de septiembre de 2021.

El plazo para la presentación de las proposiciones finalizaba el día 14 de octubre de 2021 a las 14:00.

En dicha fecha, se presentaron a la licitación las siguientes empresas:



- GRUPO LECHE RIO, S.A.
- INDUSTRIAS LACTEAS ASTURIANAS, S.A.
- LACTALIS FOOD SERVICE IBERIA, S.A. (LACTALIS).
- LÁCTEOS DE SANTANDER, S.A.U.

Segundo. En fecha 21 de octubre de 2021, la Junta de contratación se reúne para la apertura del sobre relativo a la documentación administrativa, y de acuerdo con el acta aprobada, acuerda admitir a los cuatro licitadores al lote 13.

En fecha 16 de noviembre de 2021 se reúne de nuevo la mesa de contratación y acuerda la apertura de los sobres con la documentación relativa a los criterios evaluables automáticamente. De acuerdo con la clasificación decreciente de las ofertas de los licitadores, se acuerda declarar como mejor oferta la presentada por LACTALIS, por importe de 6.760.000 euros.

En fecha 17 de noviembre de 2021 se requirió a LACTALIS que presentase a través de la Plataforma de Contratación la documentación a la que se refiere el artículo 150.2 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), en el plazo de 10 días hábiles, contados a partir del día siguiente a la recepción de su notificación: El plazo finalizaba en fecha 1 de diciembre de 2021 a las 19:00 horas.

Transcurrido el plazo concedido, LACTALIS FOOD SERVICE IBERIA, S.L. no respondió por la Plataforma de Contratación del Sector Público con ninguna documentación al requerimiento efectuado.

Tercero. Con fecha 3 de diciembre de 2021, reunida la Junta de Contratación, se acuerda lo siguiente:

- Tener por retirada la oferta de LACTALIS FOOD SERVICE IBERIA, S.L. para el lote 13 (Leche Entera UHT) y por desistido de la licitación.



- Acordar la imposición de penalidades a LACTALIS FOOD SERVICE IBERIA, S.A. (lote 13. Leche entera UHT) de acuerdo con el artículo 150.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, mediante la tramitación del oportuno procedimiento.
- Proseguir el procedimiento del lote 13 de Leche entera UHT y requerir al siguiente licitador mejor valorado, LÁCTEOS DE SANTANDER, S.A.U., para que en el plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación a que se refiere el artículo 150.2 de la LCSP y que no hubieran aportado con anterioridad.

En fecha 3 de diciembre de 2021 se notificó a LACTALIS FOOD SERVICE IBERIA, S.L. la Resolución de la Junta de Contratación del FEGA por la que se entiende retirada la oferta de la empresa para el lote 13 de leche entera UHT. No consta la impugnación del citado acuerdo ante este Tribunal.

En fecha 29 de diciembre de 2021 se dicta acuerdo de adjudicación del lote nº 13 a favor de la empresa LÁCTEOS DE SANTANDER, S.A.U.

Cuarto. En fecha 23 de diciembre de 2021 se adoptó por la Junta de Contratación el acuerdo de Inicio por el que se incoa procedimiento de imposición de penalidades a la empresa LACTALIS FOOD SERVICE IBERIA, S.L. otorgando un trámite de audiencia por un plazo de quince días hábiles.

Las alegaciones de la empresa se presentaron en fecha 14 de enero de 2022.

La Subdirección General de Regulación de Mercados del FEGA emitió informe de 27 de enero de 2022 por el que no considera admisibles las alegaciones presentadas

Quinto. En fecha 10 de marzo de 2022, la Junta de Contratación resuelve imponer a la empresa LACTALIS FOOD SERVICE IBERIA, S.L., en concepto de penalidad el importe de CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL EUROS (195.000,00 €) correspondientes al 3% del Presupuesto Base de Licitación, IVA excluido, al no cumplir con el requerimiento de la documentación en el plazo legal establecido de acuerdo con el artículo 150.2 de la LCSP.



Sexto. En fecha 1 de abril de 2022, la representación de la empresa LACTALIS ha interpuesto contra el acuerdo anterior un recurso especial en materia de contratación en el que solicita que se declare no haber lugar a la imposición de penalidades, al entender que *“deriva de un cambio normativo impuesto por la propia Administración”*. Se solicita, asimismo, que se reconozca a la empresa la posibilidad de retirar su oferta.

Subsidiariamente, solicita que se declare la nulidad del procedimiento de contratación.

Asimismo, el recurrente solicita, como medida cautelar, que se suspenda la obligación de ingreso de la penalidad acordada.

Efectuado el traslado al órgano de contratación, en fecha 13 de abril de 2022 se emite el oportuno informe en el que se solicita la desestimación del recurso interpuesto por LACTALIS.

Séptimo. El 6 de abril de 2022, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP. El 13 de abril de 2022 presenta escrito de alegaciones la empresa LÁCTEOS DE SANTANDER, S.A.U., en el que solicita, en síntesis, la inadmisión del recurso por falta de competencia de este Tribunal.

Octavo. La Sección primera del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, mediante Resolución de fecha 7 de abril de 2022, acuerda declarar que *prima facie* no aprecia causa de inadmisibilidad del recurso, sin perjuicio de lo que se acuerde en la resolución de este.

En la misma resolución se acuerda la concesión de la medida provisional consistente en la suspensión del acto impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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



Segundo. En cuanto al objeto del recurso, lo constituyen, según se desprende del cuerpo del escrito, el acuerdo de la Junta de Contratación por el que se impone a la empresa LACTALIS FOOD SERVICE IBERIA, S.L. la penalidad e incautación de la garantía provisional por no haber presentado la documentación a la que se refiere el artículo 150.2. de la LCSP. Procede analizar si concurre la competencia de este Tribunal para conocer del recurso.

Con motivo de la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, no se apreció *prima facie* causa de inadmisibilidad, si bien condicionada a lo que se acordase en la resolución. Examinados con posterioridad los documentos que integran el expediente de contratación y el informe remitido por el órgano de contratación al recurso, se aprecia que, en este caso, se ha impuesto la penalidad al recurrente mediante acuerdo adoptado el día 10 de marzo de 2022, tras haberse instado de oficio un procedimiento con esta finalidad. Este acuerdo se dicta por la Junta de Contratación con posterioridad al acuerdo de adjudicación del acuerdo marco, de fecha 29 de diciembre 2021.

Dispone el artículo 44.2 de la LCSP lo siguiente:

“2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

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.



c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones”.

No puede admitirse el recurso contra la imposición de tal penalidad, pues el legislador sólo entiende recurribles, a tenor de lo expuesto en este precepto, determinados actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación y el acuerdo de adjudicación (art. 44.2 b) y c). Así, nos encontramos ante un acto acordado excedido ya el ámbito de competencia objetiva de este Tribunal, que tiene como límite el acuerdo de adjudicación del contrato, dictado en una fase posterior al mismo a results de un procedimiento iniciado ad hoc, debiendo ser inadmitido por falta de competencia del Tribunal, ex artículo 55 a) LCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. I. E. Z. , en representación de LACTALIS FOOD SERVICE IBERIA, S.L.U. contra la resolución de la Junta de Contratación por la que se acuerda la imposición de penalidades a dicha empresa, en el contrato de “Suministro de alimentos, en el marco del programa de ayuda alimentaria a las personas más desfavorecidas 2022-PO FEAD 2014-2020”, con expediente referencia 2021/101986, en relación con el lote 13, convocado por la Junta de Contratación del Fondo Español de Garantía Agraria, por falta de competencia del Tribunal.



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

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 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 al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.