



Recurso nº 813/2023

Resolución nº 945/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 13 de julio de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. E. R. R. en representación de DISTRIBUCIONES RODRIGO, S.A. contra la Resolución de 14 de diciembre de 2022 por la que se acuerda tener por retirada su oferta en la licitación convocada por la Gerencia de 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, El Dueso, Logroño, Pamplona y Soria”*, expediente 2022/00044, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero La administración contratante, la Gerencia de la Entidad Estatal de Derecho Público, Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (TPFE en adelante), publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP en adelante), con fecha 17 de julio de 2022 el anuncio de licitación para la contratación de suministros de materias primas para la alimentación de los internos de los centros penitenciarios de Burgos, El Dueso, Logroño, Pamplona y Soria, con expediente 2022/0044, dividido en 24 lotes y con un valor estimado de 3.499.097,80 euros. El anuncio de licitación fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 20 de julio de 2022 y en el Boletín Oficial del Estado el 21 de julio de 2022.

Segundo. Seguido el procedimiento de licitación en sus trámites, que no son de interés para la resolución del presente recurso, con fecha 23 de noviembre de 2022 el órgano de contratación notificó al recurrente el requerimiento de documentación previo a la adjudicación del contrato.



Tercero. DISTRIBUCIONES RODRIGO, S.A. no presentó la documentación requerida, según alega en su recurso, por considerar que la oferta presentada hace cuatro meses resultaba anti económica habida cuenta la evolución de la situación de precios de los productos.

Cuarto. En fecha 15 de diciembre de 2022 se notifica a la recurrente, a través de la PCSP, la resolución de 14 de diciembre de 2022 acordando, (i) tener por retirada su oferta por no haber cumplido con el requerimiento efectuado en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 150.2 de la LCSP, (ii) exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación en concepto de penalidad, y (iii) iniciar el procedimiento de incautación de la garantía provisional.

Quinto. En fecha 16 de junio de 2023 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, siendo presentadas por la entidad MERCASTORA, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente Tribunal es competente para conocer este recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45.1 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) y el 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).

Segundo. El acto recurrido puede ser objeto de recurso especial en materia de contratación, al haberse dictado en el seno del procedimiento de licitación de un contrato de suministros que supera el umbral cuantitativo señalado en el artículo 44.1.a) de la LCSP.



Igualmente, se trata de un acto recurrible al tratarse de la impugnación de un acto de trámite que determina su imposibilidad de continuar en el procedimiento, con arreglo al artículo 44.2. LCSP, como es el acuerdo teniendo por retirada su oferta.

Sobre la recurribilidad del acuerdo teniendo por retirada la oferta y e imponiendo la penalidad del 3%, con argumentos que son aplicables al caso que nos ocupa. Como dijimos en nuestra Resolución (del Pleno) 1474/2022 de 24 de noviembre,

Planteado el debate en estos términos, el recurso ha de ser admitido con base en el artículo 44.2 b) de la LCSP, ya que se dirige contra un acto de trámite cualificado, como es la exclusión del licitador (el cual pone fin al procedimiento para este) y se motiva, argumentando deficiencias en los requerimientos del art. 150.2 de la LCSP, las cuales provocaron que no fuesen atendidos debidamente por el licitador ahora recurrente, que este fuese excluido y la imposición de la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación. No obsta a la anterior conclusión que el alcance del suplico se limite a parte del contenido de la resolución recurrida, como es la anulación de la penalidad impuesta, pues esta se impone automáticamente por la exclusión (tener por retirada la oferta) y la motivación de la pretensión se vincula a aquella.

En ese sentido, este Tribunal ha admitido el recurso especial que impugna exclusivamente la imposición de penalidad, sin alcanzar al acuerdo de tener por retirada la oferta, con independencia de que formen parte del mismo acto administrativo o se trate de dos actos consecutivos.

En efecto, nuestras resoluciones 291/2022 y 1498/2022 admiten el recurso que impugna parcialmente el acto, que simultáneamente acuerda tener por retirada la oferta e imponer la penalidad, limitando a esta su alcance.

Asimismo, las resoluciones nº 864/2022, nº 107/2022, nº 539/2022 y las que en ellas se citan, admiten el recurso frente al acto de imposición de la penalidad sin que previamente lo haya sido el acto que acordaba tener por retirada la oferta, siempre y cuando se invoque —y acredite— por la parte actora que concurren los requisitos del artículo art.44.2 b) de la LCSP para considerarlo un acto de trámite cualificado.



Apurando el argumento y a futuro, este Tribunal ha de destacar cómo siendo ambos actos de trámite cualificados y recurribles ex artículo 44.2 b) de la LCSP, venimos diferenciando los requisitos que se deben reunir, en cada caso, para la admisión del recurso. Así, el dirigido contra el acto de tener por retirada la oferta es un acto de trámite cualificado per se, pues pone fin al procedimiento para el licitador afectado.

Por el contrario, cuando el recurso se interponga exclusivamente contra la imposición de la penalidad, sin siquiera motivarse en relación con el acuerdo de tener por retirada la oferta (a diferencia del supuesto de hecho que en esta Resolución se analiza), el recurrente habrá de alegar la existencia de perjuicios irreparables o, en su caso, indefensión.

Tercero. El recurrente ostenta el interés legítimo exigido por el artículo 48 de la LCSP, en tanto pretende la anulación del acuerdo del órgano de contratación teniendo por retirada su oferta e imponiéndole una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación.

Cuarto. En lo que se refiere al plazo de interposición del recurso, el recurrente manifiesta que el acto recurrido, el acuerdo del órgano de contratación teniendo por retirada su oferta e imponiéndole la penalidad contemplada en el artículo 150.2 de la LCSP, le fue notificado el 31 de mayo de 2023. Esta afirmación no es cierta, como palmariamente se advierte del examen del expediente. Hemos reflejado en los Antecedentes que el recurrente accedió a la notificación, practicada a través de la PLACSP, el 15 de diciembre de 2022 (documento 9.5 del expediente administrativo).

El acuerdo que el recurrente aporta junto con el recurso, y que acredita que le ha sido notificado el 31 de mayo de 2023, le otorga audiencia previa a la incautación de la garantía provisional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 62 del 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.

La interposición del recurso, por lo tanto, no se ha realizado en el plazo legalmente establecido de conformidad con el artículo 50 de la LCSP razón por la cual el presente recurso ha de ser inadmitido.

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. E. R. R. en representación de DISTRIBUCIONES RODRIGO, S.A. contra la Resolución de 14 de diciembre de 2022 por la que se acuerda tener por retirada su oferta en la licitación convocada por la Gerencia de 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, El Dueso, Logroño, Pamplona y Soria*”, expediente 2022/00044 en aplicación de lo dispuesto por el artículo 55.d) de la LCSP.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES