



Recursos números 1809 y 1824 /2021

Resolución nº 15/2022

Sección 1ª

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

En Madrid a 14 de enero de 2022.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. J.R.M., actuando en nombre y representación de la empresa CARNICAS PINTIN, S.L (1809) y por D. E.M.M., actuando en nombre y representación de la empresa RAMON MORANDEIRA VILLAR S.L (1824); ambos recursos dirigidos contra la resolución de 13 de noviembre de 2021 por la que se entiende por la Mesa de contratación retirada la oferta de estas empresas del procedimiento de contratación que tiene por objeto el “*suministro de materias primas para la alimentación de los internos de varios centros penitenciarios*”, expedientes: 2021/00007 a 2021/00011 y 2021/00013 a 2021/00024, convocados por la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo del Ministerio del Interior; a la vista de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Se publicaron anuncios de la licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el día 23 de julio en el DOUE y el día 27 julio en el BOE. El procedimiento seguido es el abierto y tramitación urgente .El valor estimado del contrato es de 4.038.443,18 euros, dividido en lotes.



Segundo. Requeridas ambas empresas para la presentación de la documentación correspondiente por el órgano de contratación, al amparo del artículo 150 LCSP, la resolución impugnada de fecha 13 de noviembre de 2021, en lo que aquí interesa, dispone:

«(...)

SEGUNDO.- El art. 150.2 de la LCSP establece que “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.(...)

CUARTO.- De lo expuesto anteriormente, y respecto de las empresas recurrentes RAMON MORANDEIRA VILLAR, S.L. y CARNICAS PINTIN S.L., el incumplimiento total del trámite tiene un efecto gravísimo y perjudicial para el interés público, por lo que se entiende que las citadas empresas retiran las ofertas.

En virtud de lo anteriormente expuesto y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 61.1 y 323.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y en el artículo 6.c) del Estatuto la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, aprobado por R.D. 122/2015, de 27 de febrero.

RESUELVE:

PRIMERO.- Entender retiradas las ofertas presentadas por las siguientes empresas, por no haber cumplimentado el requerimiento realizado, tal y como se establece en el art. 150.2 de la LCSP, entre las que se citan las empresas recurrentes en los lotes 1 (Morandeira) y 2 (Cárnicas Pintin SL).



SEGUNDO.- Procédase a exigirles 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.

TERCERO.- Ordenar la notificación de la presente Resolución a las empresas afectadas».

Tercero. La Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos interpuestos a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, habiendo presentado alegaciones en el recurso 1824, la empresa LEONESA DE PATATAS, S.L., adjudicataria del lote, oponiéndose al recurso. Se han transmitido al Tribunal los preceptivos informes del órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los recursos se interponen ante este Tribunal, que es competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en los artículo 45 de la LCSP, y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), por tratarse el órgano de contratación de un poder adjudicador, perteneciente, según la LCSP y a estos efectos, al sector público, según lo dispuesto en el artículo 3.1 de la LCSP.

Segundo. En aplicación del artículo 48 de la LCSP, ha de entenderse que las empresas recurrentes ostentan legitimación activa para la interposición de los recursos, por haber participado en la licitación.

Los actos objeto de los recursos son aptos para su impugnación en cuanto establecen la declaración de la retirada de las ofertas por parte del órgano de contratación, acto que impide la continuación del procedimiento para las empresas concernidas. También lo son por el valor estimado del contrato.



Tercero. Por la similitud entre ambos recursos, este Tribunal acuerda la acumulación en un solo expediente de ambas reclamaciones de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 13 RPERMC, que dispone que *«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».*

Cuarto: Las empresas recurrentes, en escrito idéntico, alegan la incapacidad económica de asumir las prestaciones del contrato, esgrimiendo la cláusula rebus sic stantibus, en cuanto la ejecución del contrato les ocasionaría graves pérdidas. Concretamente, afirman que

«2. Que se aprecie por parte de este Tribunal que se dan los requisitos que exige la jurisprudencia para aplicar la cláusula Rebus sic stantibus, puesto que a la parte contratante se le hace excesivamente oneroso y de imposible cumplimiento, el objeto principal del contrato porque no es lo mismo asumir el riesgo básico que pudiere derivarse de cualquier contrato, que asumir un riesgo extremo, excepcional, y de tal entidad que provoque y ponga en riesgo la propia supervivencia de la empresa y de los puestos de trabajo, por causas suficientemente explicadas y por todos sobradamente conocidas, derivadas de una pandemia mundial, que ha alterado de manera notable los precios de los productos en muy corto espacio de tiempo.

3. Que debido a estas excepcionales circunstancias no se proceda a exigir el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, contra la garantía provisional, y no se aplique la letra a) del apartado 2 del artículo 71, puesto que en las actuales circunstancias impedirnos contratar con la administración supone un castigo excesivo, y que pone en riesgo la supervivencia de la propia empresa y los puestos de trabajo que de ella dependen».

Como fundamento de su solicitud, las empresas se remiten a la cláusula rebus sic stantibus respecto de la oferta que ellas mismas presentaron al órgano de contratación, para no ser perjudicadas por la retirada de su oferta.



No obstante, tal y como informa el órgano de contratación y se recoge en el expediente (documento número 10.6), ambas empresas presentaron una oferta económica, con una baja respecto del precio de licitación del contrato de 12,5% y del 13% en los lotes a los que se presenta en el caso de la empresa MORANDEIRA VILLAR S.L; el caso de CÁRNICAS PITÍN, según expone el órgano de contratación y se deduce del expediente realiza una oferta sin IVA de 386.450,69.- € cuando el presupuesto de licitación sin IVA en dicho lote y expediente es de 443.750,41.- €. Es decir la empresa recurrente realiza una baja sobre el precio de licitación de un 12,91 %. Esta significativa baja, libremente realizada por la empresa, es posible que, al empeorarse las condiciones del mercado, sea lo que le dificulte a la empresa para cumplir con el suministro al que ha licitado. En ese caso, las circunstancias que expone la empresa recurrente tendrían más que ver con la figura que tradicionalmente se conoce como riesgo y ventura del licitador, que con las que se exigen para contemplar la cláusula Rebus sic Stantibus.

Quinto. Por su parte, en el caso LEONESA DE PATATAS, S.L., la empresa adjudicataria, aun afirmando que la ejecución del contrato puede ocasionarle un gravamen económico, expresa su voluntad de asumir las prestaciones del contrato, y coincide con la decisión recurrida.

Sexto: Este Tribunal considera que, como regla general, no es aplicable en la fase de preparación y adjudicación del contrato, la cláusula rebus sic stantibus por la mayor onerosidad del contrato, según afirman las recurrentes respecto de la propia oferta que ellas presentaron. Lo cierto es que, como afirma el órgano de contratación, las empresas asumieron en su oferta económica los posibles perjuicios económicos que la adjudicación del contrato, en los términos económicos ofertados, podría ocasionarles en su ejecución e incluso ofrecieron una baja al presupuesto de licitación, como se ha expuesto anteriormente. No ha lugar en ningún caso por lo tanto a considerar la cláusula rebus sic statatibus cuando las propias empresas fueron las que presentaron las citadas ofertas económicas que les vinculan jurídicamente. De lo contrario, se produciría una grave disfunción del procedimiento de adjudicación si una empresa, tras presentar la oferta económica, y siendo adjudicataria del contrato, alegara contra sus propios actos que las prestaciones son excesivamente onerosas y la retirara.



Séptimo. La retirada injustificada de las ofertas, que solo se fundamenta en vía de recurso, supone, según el artículo 150.2 de la LCSP la aplicación de la incautación de la garantía provisional y la aplicación de la prohibición de contratar del artículo 71.2 LCSP, de acuerdo con lo previsto en la Ley, tal y como se dispone en la decisión recurrida. Por estos motivos los recursos deben ser desestimados.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Acumular los recursos 1809/2021 y 1824/2021, por su similitud, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 13 RPERMC.

Segundo. Desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos D. J.R.M., actuando en nombre y representación de la empresa CARNICAS PINTIN, S.L (1809) y por D. E.M.M., actuando en nombre y representación de la empresa RAMON MORANDEIRA VILLAR S.L (1824); ambos recursos dirigidos contra la resolución de 13 de noviembre de 2021 por la que se entiende por la Mesa de contratación retirada la oferta de estas empresas del procedimiento de contratación que tiene por objeto el *“suministro de materias primas para la alimentación de los internos de varios centros penitenciarios”*, expedientes: 2021/00007 a 2021/00011 y 2021/00013 a 2021/00024, convocados por la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo del Ministerio del Interior, con las consecuencias dispuestas en dicha resolución.

Tercero. Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en 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) 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.