



**La Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha aprobado, en su sesión de 2 de julio de 2024, el siguiente informe:**

**Informe 5/23**

**Materia: Retirada de las proposiciones de los licitadores. Aplicación del procedimiento negociado sin publicidad.**

## **ANTECEDENTES**

La Consejería de Medio Rural y Cohesión Territorial del Principado de Asturias ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

*“Primera. APLICACIÓN DE PENALIDAD EN LOS SUPUESTOS DE RETIRADA DE OFERTA UNA VEZ TRANSCURRIDOS LOS PLAZOS MAXIMOS PARA ADJUDICAR:*

*Llegado a este punto, cabe plantear si el licitador que no ha cumplimentado debidamente el requerimiento del artículo 150.2 LCSP, y particularmente en los casos en que no ha cumplimentado en forma alguna dicho requerimiento, en el supuesto de haber transcurrido ya los plazos máximos para efectuar la adjudicación desde la apertura de las proposiciones establecidos en el artículo 158.2 LCSP -no habiéndose establecido otro plazo distinto en el pliego de cláusulas administrativas particulares-, al entender expresamente el legislador en el art. 150.2 LCSP que se ha producido una retirada de la oferta, y no establecer en el artículo 158 LCSP un momento ad quem o plazo máximo para dicha retirada ¿Cabría imponer al licitador la penalidad establecida en el artículo 150.2 LCSP del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, o por el contrario en este supuesto la no cumplimentación del requerimiento del 150.2 LCSP supone una retirada de la oferta permitida por la ley que ya no da lugar a la imposición de dicha penalidad?*



*Segunda. APLICACIÓN DE PENALIDAD EN LOS SUPUESTOS DE NO FORMALIZACIÓN POR CAUSAS IMPUTABLES AL ADJUDICATARIO, UNA VEZ TRANSCURRIDOS LOS PLAZOS MÁXIMOS PARA ADJUDICAR:*

*De conformidad al artículo 153 LCSP (apartados 4 y 5):*

*“(...) 4. Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado se le exigirá 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 definitiva, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra b) del apartado 2 del artículo 71.*

*En este caso, el contrato se adjudicará al siguiente licitador por el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas, previa presentación de la documentación establecida en el apartado 2 del artículo 150 de la presente Ley, resultando de aplicación los plazos establecidos en el apartado anterior.*

*5. Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar.”*

*En el supuesto de haber transcurrido ya los plazos máximos para efectuar la adjudicación desde la apertura de las proposiciones establecidos en el artículo 158.2 LCSP -no habiéndose establecido otro plazo distinto en el pliego de cláusulas administrativas particulares- en el caso de que por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado ¿hay que aplicar igualmente la penalidad prevista en el art. 153.3 LCSP o al no haberse adjudicado el contrato en los plazos máximos establecidos en la ley cabe entender que hay también una retirada de oferta justificada y no cabría penalizar?*



### *Tercera. RETIRADA DE OFERTA, LICITACION DESIERTA Y SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD.*

*3.1. Cuando los licitadores no han cumplimentado adecuadamente el requerimiento – por haberlo hecho fuera de plazo o no aportar parte de la documentación o no haber procedido a subsanarla convenientemente o bien por no ser subsanable y proceder su exclusión del procedimiento- o en los casos en que parte de los licitadores no han cumplimentado en forma alguna dicho requerimiento, o cuando algunos no lo han cumplimentado adecuadamente y otros no lo han cumplimentado de ninguna forma, y como consecuencia de ello, en base al artículo 150.3 LCSP, la licitación se declara desierta por no existir ninguna “oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren el pliego”: ¿Cabe inferir que estos casos son asimilables al supuesto previsto en el art. 168.a) 1º LCSP para cuando “no se ha presentado ninguna oferta”, dado que dichas ofertas deben entenderse retiradas al no cumplimentar el requerimiento del 150.2 LCSP o no hacerlo adecuadamente, y por tanto se puede iniciar un procedimiento negociado sin publicidad en base al citado artículo 168.a) 1º?*

*3.2. Por otra parte, el Tribunal Central de Recursos Contractuales (Resolución nº 1573/2022) parece ligar las “ofertas inadecuadas” a que se refiere el 168.a) 1º LCSP a las que requieran cambios sustanciales, frente a las “ofertas irregulares” del art. 167 e) LCSP que las relaciona con defectos accidentales.*

*En los supuestos de licitaciones desiertas por no cumplimentación o cumplimentación inadecuada del requerimiento del art. 150.2 LCSP ¿cabe entender que se trata de “ofertas inadecuadas” del art. 168.a).1º LCSP al no satisfacer los requisitos del órgano de contratación especificados en los pliegos y por tanto se puede iniciar un procedimiento negociado sin publicidad del art. 168 LCSP , o debemos entender que se trata de “ofertas irregulares o inaceptables” que no correspondan a los pliegos de la*



*contratación (...) –y por tanto sólo cabría iniciar un procedimiento de licitación con negociación con publicidad previa del artículo 167 LCSP?*

*3.3. La STJUE de 16 de junio de 2022 (Asunto C-376/21) que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Varhoven administrativen sad (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Bulgaria), establece que:*

*“(...) cuando un órgano de contratación decide dirigirse a un único operador económico en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa, que se organiza a raíz del fracaso de un procedimiento abierto o restringido y que recoge, sin modificaciones sustanciales, las condiciones que figuraban inicialmente en el anuncio de licitación publicado en el marco del procedimiento abierto o restringido anterior, tal actitud sigue siendo compatible con los principios de contratación pública enunciados en el artículo 18, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/24, aun cuando el objeto del contrato de que se trate no imponga objetivamente la necesidad de dirigirse a ese operador. En este contexto, el procedimiento abierto o restringido anterior, por una parte, y el procedimiento negociado sin publicación previa posterior, por otra, forman, en efecto, un conjunto indisoluble, de modo que la circunstancia de que los operadores económicos potencialmente interesados en dicho mercado tuvieron la oportunidad de manifestarse y de competir entre sí no puede ignorarse.*

*En estas circunstancias, los operadores económicos que no hayan actuado de manera diligente al no presentar una oferta adecuada en un procedimiento abierto o restringido no pueden obligar al órgano de contratación, en el marco del procedimiento negociado sin publicación previa ulterior, a negociar con ellos. En efecto, tenían la posibilidad de presentar una oferta en el marco del procedimiento abierto o restringido anterior y, por tanto, de beneficiarse plenamente en el marco de dicho procedimiento de los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad”.*



*Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, en caso de que procediese iniciar un procedimiento negociado sin publicidad para estos supuestos de no cumplimentación o cumplimentación inadecuada del requerimiento del art. 150.2 LCSP por parte de los licitadores del anterior procedimiento desierto, ¿es posible que sólo se invite a un único operador económico que no hubiera participado en la licitación anterior, o habría que invitar al menos a tres candidatos de conformidad al art. 169.2 LCSP?”.*

## **CONSIDERACIONES JURIDICAS**

1. La Consejería de Medio Rural y Cohesión Territorial del Principado de Asturias se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado formulando consulta al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con el artículo 328 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 (LCSP).

La primera de las cuestiones planteadas por el Principado de Asturias parte de lo dispuesto en los artículos 150.2 y 158.4 de la LCSP y de la resolución nº 159/2022, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para terminar preguntando si, superados los plazos previstos en el artículo 158.2 de la LCSP, y en el caso de que el licitador no cumplimente el requerimiento formulado al amparo del artículo 150.2 de la LCSP, puede entenderse que ha retirado su oferta y se le puede imponer la penalidad prevista en este precepto.



2. La respuesta a esta cuestión exige analizar la normativa aplicable. El artículo 158 de la LCSP, ubicado en el conjunto de preceptos que la norma legal dedica al procedimiento abierto, regula el plazo máximo de que dispone la entidad contratante para proceder a la adjudicación de un contrato: quince días, a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones, cuando el único criterio para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio o dos meses, a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios o cuando el único criterio utilizable sea el menor coste del ciclo de vida,.

El apartado 4 del artículo 158 de la LCSP determina la consecuencia del incumplimiento de estos plazos legales o contractuales señalando que *“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”*.

Las anteriores normas han de analizarse de manera conjunta y sistemática con el artículo 150.2 de la LCSP que indica lo siguiente:

*“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*”.

Del examen conjunto de ambos preceptos pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- En el caso de los contratos de las Administraciones Públicas la LCSP fija unos plazos obligatorios para proceder a la adjudicación en el procedimiento abierto.
- Los plazos para dictar el acuerdo de adjudicación y notificarlo no se configuran por parte del legislador como plazos esenciales cuyo incumplimiento justifique la anulabilidad del acto o la caducidad del procedimiento de adjudicación. Tan solo generan un derecho en los licitadores a retirar su proposición y a la devolución de la garantía provisional, caso de existir ésta.
- El objetivo del artículo 158 de la LCSP ha sido aclarado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias como la de 15 de marzo de 2012, asunto Evropaïki Dynamiki vs Comisión, T-236/09, o la de 2 de



diciembre de 2015, asunto European Dynamics Luxembourg SA y Evropaiki Dynamiki vs Fusion for Energy, T-553/2013. En la última se indica paladinamente que *“Si bien es cierto el interés de la entidad adjudicadora para completar su evaluación antes de la expiración del período de validez de las ofertas, superar dicho plazo no puede hacer que el procedimiento resulte ilegal, ni puede constituir un motivo de anulación de la evaluación de las ofertas”* y *“el Tribunal de Justicia ha declarado que el propósito del período de validez de las ofertas es asegurarse de que un licitador no varía su oferta durante la etapa de evaluación y que el cumplimiento de dicho plazo no es una condición sine qua non para la firma de contratos al final del procedimiento de adjudicación”*.

- Antes de la adjudicación del contrato, existe un trámite conforme al cual se requiere al licitador que ha presentado la mejor oferta para que aporte la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de aptitud para contratar.
- Según la LCSP, si no se cumplimenta en plazo el requerimiento, se entenderá que el licitador ha retirado injustificadamente su oferta, imponiéndosele una penalidad. Esta posibilidad debe interpretarse atendiendo a la doctrina fijada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de forma que solo debe operar automáticamente cuando traiga causa de una decisión de exclusión fundada en alguno de los siguientes supuestos: retirada voluntaria e injustificada de la oferta, los supuestos denominados de autoexclusión en terminología acuñada por dicho Tribunal (Resolución nº 15/2022) y sin que proceda aplicar el artículo 158.4 de la LCSP (Resolución nº 159/2022), aportación de documentación falsa (Resolución nº 202/2022) e incumplimiento total del requerimiento del art.150.2 de la LCSP (Resolución nº 1474/2022, de 24 de noviembre).





3. Vemos, en consecuencia, que la normativa expuesta, si bien contempla un “*dies a quo*” o momento inicial del plazo para la retirada de las proposiciones, no regula expresamente un “*dies ad quem*” o límite temporal para que el licitador pueda ejercer el derecho a la retirada de su proposición.

Esta cuestión ha sido ya abordada de manera parcial por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 159/2022, de 3 de febrero, en la que analizó si, una vez realizado el requerimiento previo a la propuesta de adjudicación por parte del órgano de contratación, el licitador podía hacer uso del derecho a retirar su oferta.

Pues bien, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales concluyó en esta resolución que la comunicación que el licitador dirija al órgano de contratación del concreto ejercicio del derecho a retirar la proposición, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 158.4 de la LCSP, constituye una causa justificativa para no cumplimentar el requerimiento efectuado al amparo del artículo 150.2 de la LCSP por lo que no cabría aplicar las consecuencias previstas en este artículo para aquellos licitadores que no cumplimenten adecuadamente el requerimiento señalado en plazo.

Los argumentos que utiliza el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales son relevantes lo que justifica una cita extensa de los mismos:

*“Pues bien, visto el tenor de la legislación aplicable, a criterio de este Tribunal la cuestión debe ser examinada a la luz del principio de donde la ley no distingue, el intérprete no debe restringir. En efecto, no cabe duda y es incontrovertido que el artículo 158 de la LCSP expresa un plazo de mantenimiento de la oferta obligatorio de dos meses desde la apertura de las proposiciones, y con ello un “dies a quo” para la retirada de las proposiciones (a partir de los dos meses). Sin embargo, no cabe apreciar en la redacción de*



*la ley un límite temporal para poder retirar las proposiciones, es decir, “un dies ad quem”, que tampoco se somete a condición alguna.*

*(...)*

*El apartado 4 del artículo 158, es muy claro en su interpretación y concluyente en sus efectos, no condicionando, además, la posibilidad de retirada de la oferta a circunstancia alguna, siempre que se transgreda el plazo para la adjudicación del contrato (...). Es más, el propio precepto establece el “dies a quo” para poder presentar la solicitud de retirada de la proposición, pero no establece el “dies ad quem” o momento a partir del cual el licitador no tendría ya derecho a dicha retirada.*

*El órgano de contratación en el acuerdo impugnado manifiesta que el ahora recurrente pudo haber retirado su oferta desde transcurridos dos meses desde la apertura del primer sobre de la licitación, pero no a partir de que se le cursara el requerimiento del 150.2, fijando ese momento como el “dies ad quem”, pero esa conclusión no encuentra apoyo legal en la LCSP y, además, en una interpretación teleológica del artículo 158 LCSP, no encuentra acomodo la tesis del ayuntamiento, pues tampoco el momento del requerimiento o la propuesta de adjudicación suponen unos hitos contractuales trascendentales en el procedimiento de contratación, como lo puede ser la adjudicación del contrato o la formalización del mismo, que indujeran a pensar que es el momento que ha querido la Ley fijar como tope para ejercitar el derecho que le asiste. De hecho, como señala el artículo 157.6 LCSP, la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración.*



*Tampoco es de recibo la argumentación del órgano de contratación en el sentido que al haber transcurrido más de dos años desde que pudo retirar la oferta, ello implicaría una especie de renuncia (tácita) a la posibilidad de ejercitar su derecho, pues es bien conocido que, como ha proclamado la Jurisprudencia, numerosas resoluciones judiciales y este propio Tribunal, la renuncia de derechos no se presume y tiene que ser expresa, concluyente y no sujeta a interpretación.*

*En otro orden de cosas, como antes se ha expuesto, la retirada de la oferta no necesita de justificación alguna puesto que está ligada al cumplimiento de una circunstancia objetiva, por ello y sin entrar a valorar la alegación del recurrente al respecto del incremento que han sufrido los costes que intervienen en la ejecución del contrato que no tendrían incidencia influyente en el sentido de la resolución, lo cierto es que una de las justificaciones de que el artículo 158 LCSP otorgue un plazo breve para la adjudicación del contrato y habilite en caso de incumplimiento la posibilidad de retirar la proposición, radica, a nuestro modo de ver, en que el licitador realiza su oferta en función de unos costes que conoce o debe conocer y puede, en cierto modo, predecir su evolución en un tiempo razonable desde que presenta su proposición, pero si la adjudicación, por las razones que sean, se dilata en el tiempo y máxime si se trata de un período tan prolongado, como el aquí ocurrido, es indudable que el escenario puede cambiar trascendentalmente y en ese caso, sería, cuando menos, desproporcionado, obligar a ejecutar el contrato en esas condiciones y no dar la opción de poder retirar la oferta, antes, al menos, de adjudicarse el contrato.*

*En resumidas cuentas, el elemento esencial en el presente asunto es la demora excesiva del Ayuntamiento contratante, que ha tardado más de dos*



*años (26 meses, en concreto) en proponer la adjudicación del contrato, con las consecuencias que ello implica.*

*En el marco de la buena fe contractual que debe presidir la relación entre los licitadores y el órgano de contratación, no resulta adecuado que incumpliendo la Administración notoriamente su deber legal de adjudicar los contratos en los tiempos máximos que fija la LCSP, pretenda exigir con el máximo rigor la obligación de atender el requerimiento establecido en el artículo 150.2 LCSP, cuando ya el licitador le ha comunicado que ejercita su derecho a retirar la proposición, al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 de la misma Ley”.*

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado coincide con este criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales por lo que cabe concluir que si la Administración no ha adjudicado el contrato en el plazo que legal o contractualmente le corresponde, el licitador puede, al ser requerido para aportar la documentación a que alude el artículo 150 de la LCSP, ejercitar el derecho a retirar su oferta conforme al artículo 158.4 de la LCSP, sin sufrir perjuicio alguno por ello.

5. Ahora bien, y establecida la anterior premisa, pregunta la Administración consultante si el licitador que no ha cumplimentado debidamente el requerimiento del artículo 150.2 LCSP, o incluso no lo ha cumplimentado en forma alguna, en el supuesto de haber transcurrido ya los plazos máximos para efectuar la adjudicación desde la apertura de las proposiciones establecidos en el artículo 158.2 de la LCSP -no habiéndose establecido otro plazo distinto en el pliego de cláusulas administrativas particulares-, al entender expresamente el legislador en el artículo 150.2 de la LCSP que se ha producido una retirada de la oferta, y no establecer en el artículo 158 de esta norma un momento *ad quem* o plazo máximo para dicha retirada ¿Cabría imponer al licitador la penalidad establecida en el artículo 150.2 de la LCSP del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, o por el contrario, en este supuesto, la no



cumplimentación del requerimiento del 150.2 LCSP supone una retirada de la oferta permitida por la ley que ya no da lugar a la imposición de dicha penalidad?.

Respuesta que ha de ser respondida partiendo del hecho de que una cosa es que el licitador al que se le requiere extemporáneamente al amparo del artículo 150.2 de la LCSP pueda ejercer su derecho a retirar su oferta al amparo del artículo 158.4 de la LCSP y otra bien distinta entender que la no respuesta a dicho requerimiento puede ser considerada una retirada justificada de la oferta.

La retirada de la oferta reconocida como derecho del licitador al amparo del artículo 158.4 de la LCSP exige un acto expreso de éste que justifique la retirada al amparo del citado precepto. Como señala el TACRC en su resolución nº 1268/2023, de 28 de septiembre, y que parte de la doctrina fijada en la citada resolución nº 159/2022, *“...el requerimiento dirigido al licitador ex artículo 150.2 de la LCSP no marca el dies ad quem para el ejercicio del eventual derecho para retirar su oferta, en caso de que concurren los presupuestos regulados en el artículo 158.4 del citado texto legal, pero sí exige de aquél que haga saber al órgano de contratación su inequívoca voluntad de ejercer tal derecho; lo mismo que se afirmaba en dicha Resolución acerca de la renuncia, es predicable de su ejercicio: así, no cabe presumir que un licitador retira su oferta por mor del último precepto aludido, y la manifestación de esa voluntad tiene que ser expresa, concluyente y no sujeta a interpretación”*.

Por lo tanto, si el licitador no cumple con el requerimiento del artículo 150.2, aun cuando este se haya realizado fuera del plazo contemplado en la norma para la adjudicación, ha de entenderse que ha retirado injustificadamente su oferta y podrá serle impuesta la penalidad prevista en el artículo 150.2 de la LCSP. Ahora bien, como se ha expuesto, de conformidad con la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, para darse esta circunstancia, debe darse un incumplimiento total del



requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP, no un incumplimiento parcial que pudiera ser objeto de subsanación.

6. La segunda cuestión planteada por el Principado de Asturias se refiere al caso de haber transcurrido ya los plazos máximos para efectuar la adjudicación desde la apertura de las proposiciones establecidos en el artículo 158.2 de la LCSP -no habiéndose establecido otro plazo distinto en el pliego de cláusulas administrativas particulares- en el caso de que por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado ¿hay que aplicar igualmente la penalidad prevista en el artículo 153.4 de la LCSP o al no haberse adjudicado el contrato en los plazos máximos establecidos en la ley cabe entender que hay también una retirada de oferta justificada y no cabría penalizar?.

La respuesta ha de ser la misma que en el caso anterior.

7. La tercera cuestión planteada por el Principado de Asturias consiste en determinar si cuando los licitadores no han cumplimentado correctamente el requerimiento de documentación del artículo 150.2 de la LCSP, o no lo han cumplimentado en forma alguna, quedando por ello la licitación desierta, sería aplicable el supuesto previsto en el artículo 168.a).1º de la LCSP que autoriza a emplear el procedimiento negociado sin publicidad en los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que no se haya presentado ninguna oferta; ninguna oferta adecuada; ninguna solicitud de participación; o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o a un procedimiento restringido.

Nos compete, por tanto, valorar si la falta de correcta cumplimentación del requerimiento de documentación del artículo 150.2 de la LCSP, que conduce a la declaración del



contrato como desierto, es asimilable a los supuestos de inexistencia de oferta o de oferta inadecuada.

Se ha de partir para ello del tenor literal de la Directiva 2014/24/UE, transpuesta casi de manera literal en este punto por la LCSP, conforme a la cual *“en situaciones diversas en las que no es probable que puedan obtenerse resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación.”* Esta circunstancia es palmaria en los supuestos en que tales procedimientos ya han fracasado previamente porque no ha habido ofertas o solicitudes de participación que el órgano de contratación pueda comparar para seleccionar al contratista.

Por el contrario, cuando los licitadores han retirado legítimamente sus proposiciones no se cumple el presupuesto de la Directiva porque las ofertas retiradas pudieron perfectamente resultar adecuadas y admisibles y sólo la incuria de la Administración ha sido la que ha causado el fracaso del procedimiento abierto o restringido. Otra interpretación pudiera conducirnos al absurdo de que la Administración decidiera voluntariamente retrasar la adjudicación del contrato para que los licitadores retiren sus ofertas y poder acudir a un procedimiento menos garantista que el inicialmente seguido. En estos casos se deberá seguir el mismo procedimiento cuyo fracaso provocó la Administración.

Ahora bien, en los casos en que la retirada de todas las proposiciones ha sido injustificada y ello ha generado que la licitación quede desierta cabe preguntarse cuál de las variantes del procedimiento con negociación cabría emplear.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en su sentencia de 16 de junio de 2022 (Asunto C-376/21) en la que ha señalado que la Directiva autoriza que un órgano de contratación puede dirigirse, en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa, a un único operador



económico cuando dicho procedimiento recoge, sin modificaciones sustanciales, las condiciones iniciales del contrato mencionadas en un procedimiento abierto anterior al que se puso fin debido a que la única oferta presentada era inadecuada, a pesar de que el objeto del contrato controvertido no presente objetivamente ninguna particularidad que justifique confiar su ejecución exclusivamente a dicho operador.

En esta sentencia el Tribunal exigió el cumplimiento de tres requisitos acumulativos. En primer lugar, la demostración de que no se recibió ninguna oferta o, al menos, ninguna oferta adecuada en el marco de un procedimiento abierto o restringido de contratación anterior al que se puso fin por esa razón; en segundo lugar, el procedimiento negociado sin publicación previa ulterior no debe modificar sustancialmente las condiciones iniciales del contrato tal como aparecían en el anuncio de licitación publicado en el marco del procedimiento abierto o restringido anterior. En tercer y último lugar, el órgano de contratación debe poder enviar un informe de situación a la Comisión si esta lo solicita<sup>1</sup>.

Por lo que se refiere al primer requisito, el que debemos analizar para dar respuesta a la cuestión suscitada en este caso, sin perjuicio de que los restantes hayan de ser tomados en consideración por los órganos de contratación al tener que cumplirse de modo cumulativo, lo cierto es que en un supuesto en que se retiraron una o varias ofertas de manera inapropiada no se puede decir que no se recibieron ofertas, pero sí que ninguna pudo ser tomada en consideración para adjudicar el contrato, ya que fueron retiradas antes de finalizar la selección del contratista. No es que la Administración se encuentre con ofertas inadecuadas, inaceptables o irregulares, sino que se encuentra con que no tiene ninguna oferta en vigor que pueda emplear para adjudicar el contrato. Por esta razón, y aunque el supuesto no encaje literalmente con el tenor de la LCSP o de la Directiva, la razón de ambos preceptos se ajusta plenamente al supuesto planteado por lo que no cabe negar en este caso la posibilidad de acudir al

---

<sup>1</sup> Estos tres requisitos son los mismos que ha plasmado la norma española.





procedimiento negociado sin publicidad al amparo del artículo 168.a).1º de la LCSP y 32.2.a) de la Directiva 24/2014/UE.

Esta conclusión resulta congruente con el criterio manifestado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 16 de junio de 2022, que reconoce expresamente la posibilidad de cursar una invitación a un único operador en un procedimiento negociado sin publicidad cuando el mismo se organiza a raíz del previo fracaso de un procedimiento abierto o restringido, si recoge, sin modificaciones sustanciales, las condiciones que figuraban inicialmente en el anuncio del contrato anterior. Bajo el criterio del Tribunal tal actitud sigue siendo compatible con los principios de la contratación pública que protege la Directiva, aun cuando el objeto del contrato de que se trate no imponga objetivamente la necesidad de dirigirse a ese operador en concreto. Señala la sentencia que, en este contexto, *“el procedimiento abierto o restringido anterior, por una parte, y el procedimiento negociado sin publicación previa posterior, por otra, forman, en efecto, un conjunto indisociable, de modo que la circunstancia de que los operadores económicos potencialmente interesados en dicho mercado tuvieron la oportunidad de manifestarse y de competir entre sí no puede ignorarse. En estas circunstancias, los operadores económicos que no hayan actuado de manera diligente al no presentar una oferta adecuada en un procedimiento abierto o restringido no pueden obligar al órgano de contratación, en el marco del procedimiento negociado sin publicación previa ulterior, a negociar con ellos. En efecto, tenían la posibilidad de presentar una oferta en el marco del procedimiento abierto o restringido anterior y, por tanto, de beneficiarse plenamente en el marco de dicho procedimiento de los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad”*.

Con estas premisas cabe ya dar cumplida respuesta al resto de las cuestiones planteadas en la consulta señalando, en primer lugar, que la retirada injustificada de las propuestas de todos los licitadores es un supuesto que permite la aplicación del artículo



168.a).1º de la LCSP y, en consecuencia, el empleo del procedimiento negociado sin publicación previa.

Respecto de la segunda cuestión planteada en este punto, consistente en si cabe entender que se trata de “ofertas inadecuadas” o de “ofertas irregulares o inaceptables” la respuesta es que el supuesto no se ajusta a ninguna de las tres categorías especificadas, sino al supuesto de no presentación de ofertas.

Finalmente, respecto de la posibilidad de que sólo se invite a un único operador económico que no hubiera participado en la licitación anterior, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea autoriza a proceder de este modo, sin perjuicio de la posibilidad, siempre existente, de invitar a varios candidatos al procedimiento.

Cabe recordar, por último, que si bien la literalidad de la Directiva 2014/24 y el artículo 168.a).1º de la LCSP permiten el empleo del procedimiento negociado sin publicidad y que el órgano de contratación pueda dirigirse a un único operador económico en determinadas circunstancias, con el fin de evitar posibles prácticas colusorias entre los operadores económicos, el órgano de contratación deberá indagar si la retirada de todas las proposiciones que conlleva que la licitación quede desierta, más si cabe cuando esta retirada se produce de forma injustificada, supone un indicio de infracción de la legislación de defensa de la competencia y, si fuera el caso, activar los mecanismos que otorga la Ley para ponerlo en conocimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (artículo 132.3 de la LCSP).

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes



## CONCLUSIONES

- Si la Administración no ha adjudicado el contrato en el plazo que legal o contractualmente le corresponde, el licitador puede, al ser requerido para aportar la documentación a que alude el artículo 150 de la LCSP, ejercitar el derecho a retirar su oferta sin sufrir perjuicio alguno por ello al amparo del artículo 158.4 de la LCSP. Esta retirada de la oferta exige un acto expreso del licitador que justifique la retirada al amparo del artículo 158.4 de la LCSP por lo que si no cumple con el requerimiento de forma no subsanable, aun cuando éste se haya realizado fuera del plazo contemplado en la norma para la adjudicación, ha de entenderse que ha retirado injustificadamente su oferta y podrá serle impuesta la penalidad prevista en el artículo 150.2 de la LCSP.
- Si el adjudicatario incumple, por causas que le sean imputables, la obligación de formalizar el contrato en el plazo concedido, dicha conducta habrá de anudar la consecuencia legalmente prevista, esto es, la exigencia del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad y la posible imposición de una prohibición de contratar, incluso aunque la Administración haya incumplido previamente su obligación de adjudicar el contrato en plazo.
- La retirada injustificada de las propuestas de todos los licitadores es un supuesto que permite la aplicación del artículo 168.a).1º de la LCSP y, en consecuencia, el empleo del procedimiento negociado sin publicación previa.
- El supuesto de retirada injustificada de todas las ofertas no se ajusta a ninguna de las tres categorías especificadas legalmente de “ofertas inadecuadas” o de “ofertas irregulares o inaceptables”, sino al supuesto de no presentación de ofertas.



- Respecto de la posibilidad de que sólo se invite a un único operador económico que no hubiera participado en la licitación anterior, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea autoriza a proceder de este modo, sin perjuicio de la posibilidad, siempre existente, de invitar a varios candidatos al procedimiento.