



Expediente 6/2021

Materia: Interpretación del artículo 150.2 de la LCSP.

ANTECEDENTES

La Diputación Provincial de Badajoz ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“La no acreditación de solvencia técnica y por tanto no cumplimentar adecuadamente el requerimiento de presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) que obliga a apreciar la retirada de la oferta, ¿Debe conllevar necesariamente la imposición de la penalidad del 3 por ciento del presupuesto base de licitación al configurarse como una consecuencia que, por su propia naturaleza, debe aplicarse en casos de retirada de ofertas por los licitadores sin dejar margen para valorar otras circunstancias que pudieran enervar o desplazar la imposición de la citada penalidad?.

O, por el contrario, ¿debe incoarse el correspondiente expediente de imposición de penalidades por el Órgano de Contratación, en el que tras el tramite de audiencia preceptivo del licitador afectado, y para su resolución, podrían valorarse otras circunstancias que graduaran la gravedad del incumplimiento en aplicación del artículo 62 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas?”



CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La Diputación Provincial de Badajoz cuestiona a esta Junta Consultiva sobre cómo debe interpretarse el artículo 150.2 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), en el caso de que, en el trámite que regula, no se haya acreditado la solvencia técnica, incumpliendo la obligación de cumplimentar adecuadamente el requerimiento para la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos para contratar con el sector público.

El precepto en cuestión dispone 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.”

Según el tenor expuesto, en su análisis podemos diferenciar: por un lado, el requerimiento que debe realizarse al licitador que haya sido seleccionado para que presente la documentación exigida en el artículo 140 de la LCSP; por otro, el efecto de la falta de cumplimentación del requerimiento (la retirada de la oferta); y, finalmente, las consecuencias de esta conducta, esto es, el requerimiento al siguiente clasificado en la licitación.

Este precepto es completado, a los efectos que nos atañen en el presente informe, por 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 (RLCAP), que indica cuál es el efecto de la retirada injustificada de la oferta, de la falta de constitución de garantía definitiva o de



la falta de formalización del contrato público respecto de la garantía provisional, declarando que en estos supuestos procede la ejecución de la garantía provisional y a su ingreso en el Tesoro Público o su transferencia a los organismos o entidades en cuyo favor quedó constituida.

El meritado precepto legal encuentra su antecedente inmediato en el artículo 151.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, norma de contenido muy similar a la que estamos analizando.

2. Tanto este último precepto como los precedentes más remotos de la norma vigente (el artículo 135 de la LCSP de 2007 y los artículos 83, 84 y 88 del TRLCAP de 2000) habían sido ya interpretados en sucesivas ocasiones por esta Junta Consultiva quien, por ejemplo, en el Informe 44/05, de 19 de diciembre de 2005 concluyó que, una vez rebasado el plazo máximo para la debida justificación de los requisitos fiscales y de Seguridad Social exigidos sin que el licitador clasificado en primer lugar los hubiese aportado, debería descartarse la adjudicación al mismo y procederse, previa concesión de nuevo plazo, a adjudicar el contrato al siguiente o siguientes licitadores.

Un criterio muy similar se mantuvo en el Informe 55/09, de 1 de febrero de 2010 y también en el Informe 15/2013, en el que, además, se aludió expresamente a la posibilidad de subsanar la inadecuada presentación de la documentación requerida en el plazo de 10 días y, en aquellos casos en que dicha subsanación fuese posible, al plazo en que debería concederse a este efecto. Nuestro criterio fue entonces que ante un incumplimiento absoluto de la obligación de aportar la documentación requerida en el trámite del artículo 151.2 del texto refundido de 2011 (que es un trasunto casi idéntico del actual 150.2 LCSP), el tenor literal del precepto exigía considerar que “no existe



posibilidad de subsanación, ya que no se prevé expresamente esta posibilidad ni se otorga plazo alguno para ella.”

En otros supuestos en que el incumplimiento del requerimiento no ha sido completo, de modo que se trata de una omisión meramente formal o de la defectuosa cumplimentación o aportación de la documentación requerida, esta Junta Consultiva admitió la posibilidad de ampliar el plazo establecido en el artículo 151.2 TRLCSP (actual 150.2 de la LCSP), concediendo la posibilidad de abrir un trámite de subsanación de la documentación aportada (por todos, los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 32/2011 y 51/2011).

3. Este es el mismo criterio que ha puesto de manifiesto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales quien, por ejemplo, en la Resolución nº 74/2013, ante un supuesto en que el licitador no cumplió con la obligación que le incumbía de constituir la garantía definitiva en el lapso de los diez días señalados por el órgano de contratación, señaló que, incluso aunque cupiera genéricamente un trámite de subsanación, en la medida en que faltó completamente la constitución de la garantía en el plazo establecido, debía aplicarse la doctrina que ya venía siendo mantenida de forma constante por esta Junta Consultiva en el sentido de que la subsanación se debe referir a la acreditación de un requisito que ya previamente se ha cumplido, y no a su propia existencia, de modo que no cabe ofrecer, mediante el trámite de subsanación, una nueva oportunidad para cumplir la condición legal (Informe 47/2009 de la de Contratación Administrativa).

En parecidos términos se pronuncia la Resolución nº 225/2013, en que se recuerda que, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo



(por todas, STS de 6 de julio de 2004), señala que el Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre *“el carácter subsanable de los defectos de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que los licitadores tienen que aportar en los procedimientos de contratación y ha configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.*

De acuerdo con esta doctrina, que puede considerarse aplicable a los defectos de los documentos justificativos a los que hace referencia el artículo 151.2 del TRLCSP y, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, los defectos serían subsanables cuando se refieran a la adecuada acreditación de un requisito, pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de la documentación requerida por el artículo 151.2 citado, pues su existencia no es subsanable, solo lo es su acreditación.”

Sobre la base de este criterio, que evidentemente esta Junta Consultiva comparte, el Tribunal alcanzó en posteriores Resoluciones, como la 338/2018, el criterio según el cual el artículo 151.2 del TRLCSP solo se ha de aplicar a los casos en que efectivamente exista un incumplimiento efectivo y real del requerimiento o cuando exista una conducta contumaz de incumplimiento, *“pues solo en esos casos puede estimarse y afirmarse que el licitador ha retirado su oferta.”* Este criterio es mantenido en la Resolución 747/2018, en la que se reconoce la necesidad de ofrecer un trámite de subsanación ante la existencia de meros defectos en la acreditación de los requisitos del artículo 140 de la LCSP, no un incumplimiento absoluto, supuesto que queda limitado



a aquellos casos en que, como ocurría en las primeras resoluciones del Tribunal, faltaba por completo la aportación de la documentación requerida o de alguno de los requisitos sustantivos exigidos por la LCSP. La misma conclusión se alcanza en la Resolución 897/2020 que, como la anterior, distingue claramente dos supuestos:

- a) Cuando no se cumplimenta en absoluto el requerimiento del art. 150.2, supuesto en el que debe hacerse una interpretación restrictiva y estricta y dar por incumplida totalmente la obligación. Tal circunstancia ocurre en el caso de completa falta de cumplimentación del requerimiento y ha de aparejar las consecuencias legalmente establecidas.
- b) Cuando se cumplimenta el requerimiento de manera incompleta, de modo que existe un incumplimiento parcial, sin que afecte a la existencia previa del requisito, en cuyo caso procede requerir la subsanación de tal documentación en el plazo de tres días, con el fin de reparar los defectos u omisiones en que se hubiera incurrido.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal en las resoluciones 532/2020, de 8 de abril, 590/2020, de 14 de mayo y 779/2020, de 3 de julio.

4. La copiosa doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales coincide con el criterio de esta Junta Consultiva. La aplicación del principio de concurrencia exige que ante incumplimientos de mero carácter formal y, por tanto, subsanables, se pueda ofrecer al licitador la posibilidad de demostrar, siempre en un breve plazo que no perjudique al interés público, que verdaderamente cumplía con el requisito exigido. Otra solución podría ser perniciosa para el interés público que subyace



necesariamente en todo contrato público, porque la exclusión del licitador que ha fallado en la acreditación de un requisito del que sí disponía sin incurrir en una negligencia grave por su parte, no sólo perjudica al citado licitador, sino también a la entidad contratante, que se ve obligada a prescindir de la mejor proposición por la existencia de meros defectos formales, fácilmente enmendables.

Por el contrario, cuando lo que ocurre es que el licitador no ha hecho el menor esfuerzo por aportar la documentación exigida o cuando de la misma se deduzca con claridad que lo que ocurre es que el licitador no cumple algunas de las condiciones que, como requisitos previos, exige la LCSP para poder ser adjudicatario, la única solución es descartar su proposición excluyéndolo de la licitación, repetir el trámite del artículo 150.2 respecto de la siguiente de las proposiciones e imponer, en este caso de forma automática, las penalidades que marca la norma. No se trata, en realidad, de hacer una interpretación más o menos rigurosa de la LCSP, sino de que el órgano de contratación no puede adjudicar el contrato a quien no acredita en modo alguno o no cumple alguna de las condiciones exigidas para contratar o a quien, requerido para su acreditación, presenta una conducta indolente o negligente y omite la acreditación de alguna de ellas.

5. Aplicando la anterior doctrina al caso que se nos plantea en la consulta, cabe responder a la cuestión planteada que en el caso de que el licitador que haya presentado la mejor proposición no haya acreditado la tenencia de la solvencia técnica exigida para ejecutar el contrato se estará, sin duda, incumpliendo la obligación de cumplimentar adecuadamente el requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP. En este supuesto, la falta de acreditación de la solvencia técnica impide legalmente adjudicar el contrato al licitador de que



se trate y apareja la aplicación de las consecuencias legales descritas en el artículo 150.2 de la LCSP.

Por el contrario, si de la documentación presentada en este trámite por el licitador seleccionado se deduce la existencia de un incumplimiento meramente formal, de modo que es posible que el licitador cumpla con los requerimientos del pliego de cláusulas administrativas particulares, se le podrá conceder un único trámite de subsanación para que lo acredite.

Tanto en el primer caso, como si en el trámite de subsanación el licitador falta nuevamente a la acreditación de la solvencia técnica, se habrán de aplicar las consecuencias descritas en el artículo 150.2, de modo que procederá entender 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 la posible existencia de una prohibición de contratar. A continuación se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas. Esta aplicación tiene carácter automático por virtud de la aplicación de la norma legal.

De este modo, la valoración de las circunstancias del caso, es decir, si existe un incumplimiento subsanable del licitador, tiene carácter previo a la decisión que proceda tomar. Si se entiende que no cabe la subsanación, procederá de forma automática, la imposición de la correspondiente penalidad.



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

CONCLUSIÓN.

1. Habrá de concederse un trámite de subsanación de la documentación presentada en el requerimiento contemplado en el artículo 150.2 de la LCSP cuando la omisión del licitador no implique un incumplimiento absoluto de la obligación de atender el citado requerimiento, de modo que sea posible subsanar la acreditación de la existencia de los requisitos legalmente establecidos en una fecha anterior la finalización del plazo establecido para aportar la documentación.
2. Tanto en el caso de que de que no se haya acreditado la solvencia técnica en modo alguno, no procediendo la subsanación, como si, siendo procedente, en el trámite de subsanación el licitador falta a la acreditación de aquella, se habrán de aplicar las consecuencias descritas en el artículo 150.2 de la LCSP, de modo que procederá entender 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 la posible existencia de una prohibición de contratar. A continuación, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.



3. Esta aplicación tiene carácter automático por virtud de la aplicación de la norma legal.