



## **INFORME 3/2023, DE 17 DE MARZO DE 2023, SOBRE LOS EFECTOS DE LA FALTA DE CONTESTACIÓN A LA SOLICITUD DE INFORMACIÓN A LA QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 149.4 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 OFERTAS CONSIDERADAS ANORMALMENTE BAJAS**

### **I - ANTECEDENTES**

El Director General de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

#### **“1. Introducción.**

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) recomendados por esa Comisión Consultiva de Contratación Pública, dentro de la documentación acreditativa de los requisitos previos contenida en el sobre n.º 1, cuando se refiere al documento justificativo, en su caso, de haber constituido la garantía provisional a favor del órgano de contratación establece la siguiente previsión in fine:

*“ (...) Si alguna persona candidata o licitadora retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación, se procederá a la incautación de la garantía provisional. Si no se hubiera constituido garantía provisional, la Administración procederá a exigirle el importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido en concepto de penalidad.*

*En el caso de ofertas consideradas anormalmente bajas, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 149.4 de la LCSP, o el reconocimiento por parte de la persona licitadora de que su proposición adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición”.*

#### **2. Planteamiento general.**

En relación con dichos apartados de los PCAP se plantean algunos aspectos derivados de su interpretación y alcance que sustentan la elevación de la presente consulta. En particular, en cuanto a si la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 149.4 LCSP en las ofertas consideradas anormalmente bajas debe conllevar como efecto necesario la imposición de las penalidad del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido.

Dicha duda interpretativa se basa en los siguientes fundamentos que a continuación se desarrollan.

#### **3. Fundamentos de la consulta.**

**Primero.-** Las ofertas anormalmente bajas se regulan en el artículo 149 LCSP señalando, en síntesis, que:

*1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.*

*2. En los Pliegos deberán contemplarse los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal (...)*





3.(...)

4. En este supuesto, cuando la Mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado, dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos (art. 149.4 LCSP)

(...)

**Segundo.-** El precepto legal meritado es completado, a los efectos que nos atañen, 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 (RGLCAP), que si bien es posible poner en cuestión su vigencia, el mismo no ha sido expresamente derogado. En particular interesa aquí traer a colación su apartado segundo, que al establecer que en caso de retirada injustificada de la oferta por algún licitador antes de la adjudicación se procederá a la ejecución de la garantía provisional, añade que a esos efectos, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley (equivalente al artículo 152 del TRLCSP y al vigente artículo 149.4 LCSP) tendrá la consideración de retirada injustificada de la proposición. **A este respecto, el Informe 16/16, de 27 de abril de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa “Falta de justificación puntual de una oferta desproporcionada”** argumenta lo siguiente: *“La aplicación directa de esta norma, en el supuesto de que mantenga como decimos su vigencia, determinaría por sí misma, en los supuestos en que se haya establecido garantía provisional, que la no justificación de la oferta por parte del licitador cuya oferta contenga valores anormales o desproporcionados, sería considerada como retirada injustificada y devendría en la incautación de la garantía provisional (en aplicación del artículo 103.4 del TRLCSP); lo que en una interpretación lógica llevaría a colegir que, cuando no esté establecida garantía provisional en el pliego, el efecto de la no presentación de la justificación de la oferta no puede ser diferente, salvo en cuanto a la incautación de la garantía, al ser esta imposible en ese caso”.*

Cabe apuntar que en la vigente LCSP ni siquiera se prevé la incautación de la garantía provisional por el motivo de falta de atención al requerimiento de solicitud de información de una oferta en supuesta baja. Ello en sintonía con su artículo 106 en el que se regula la no exigencia de constituir garantía provisional en ningún tipo de contrato, salvo que por razones de interés público justificadas en el expediente de contratación, el órgano de contratación imponga dicha obligación que, en ningún caso, podrá exceder del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, apartándose con ello de los anteriores textos legales en los que o bien se optaba por la obligatoriedad de constituir la en todos los casos o en algunos de ellos por razón de la cuantía. Esta evolución legislativa responde con toda probabilidad a la situación económica tras la crisis de 2007 y para favorecer a las PYMES, por la simplificación procedimental y eliminación de obstáculos que supone para los licitadores, dada la clara opción de la Ley por facilitar el acceso de estas empresas a los contratos públicos.

**Tercero.-** Llegados a este punto cabría considerar, por tanto, que cuando el PCAP recomendado establece que *“En el caso de ofertas consideradas anormalmente bajas, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 149.4 LCSP, o el reconocimiento por parte de la persona licitadora de que su proposición adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición”*, dicha consideración o asimilación cabría interpretar que estaría referida a los efectos establecidos en la normativa vigente, que se concretarían, como se ha expuesto en:

- la exclusión del licitador por cuanto no ha quedado justificada su oferta.
- incautación de la garantía provisional, cuando esta se haya constituido.

**Cuarto.-** Esta interpretación podría resultar congruente en tanto que el propio PCAP en el párrafo antes transcrito no prevé específicamente efectos diferentes a los diseñados en las normas mencionadas; siendo el párrafo inmediatamente anterior el que, sin embargo, alude con carácter general, a la imposición de la penalidad del 3% en el



caso de que no se haya constituido garantía provisional si alguna persona candidata o licitadora retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación.

De ahí las dudas interpretativas.

**Quinto.-** A mayor abundamiento, el PCAP procede a recoger de forma expresa la imposición de penalidades, aún en aquellos supuestos que no resultaría necesario por venir establecidas ex lege. **Tal es el caso de la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación recogida en el artículo 150.2 LCSP** de la que se hace eco la cláusula del PCAP sobre documentación previa a la adjudicación reiterando la previsión legal cuando dispone 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% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiere constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150.2 del citado texto legal”*. **Dicho precepto legal establece la imposición de penalidad exclusivamente para el supuesto de no cumplimentar el requerimiento de aportación de documentación previa a la adjudicación señalada en las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140.** También cabe citar el supuesto de no formalización del contrato por causas imputables al contratista (artículo 153.4) en el que también cabe imponer dicha penalidad, ex lege, en caso de no constituirse garantía provisional y a la que también se refieren los PCAP recomendados.

Siguiendo este hilo argumental y forma de proceder del PCAP cabría suponer que también quedaría recogida la imposición de la penalidad objeto de consulta en la cláusula de éste que regula el régimen jurídico específico aplicable a las ofertas incursas en presunción de anormalidad; sin embargo, no lo hace, siendo plausible pensar que el legislador de 2017 no ha querido establecerla de forma patente quizás por las mismas razones gravosas que para muchas empresas, especialmente las PYMES, puede suponer el establecimiento de la misma a imagen y semejanza de la falta de exigencia de la garantía provisional.

**Sexto.-** Dando por sentada la posibilidad de que a través de los PCAP puedan establecerse penalidades distintas a las legales en la fase de ejecución de los contratos, de conformidad con los artículos 122.3 y 192 LCSP, cabría sin embargo cuestionar o, al menos, reflexionar sobre la viabilidad jurídica de la imposición de penalidades no recogidas en la normativa cuando no se refieran a la misma. Ello apoyaría la tesis, de que los párrafos de la cláusula por los que se consulta no estarían incorporando, prima facie, otros efectos que no fueran el de la exclusión de la oferta cuando no se conteste al requerimiento de información del artículo 149.4 y, en su caso, la incautación de la garantía provisional.

**Séptimo.-** Atendiendo a la naturaleza y función de las penalidades de la LCSP resultaría posiblemente más idóneo asimilar la falta de contestación al requerimiento de información a la situación de aquellas otras ofertas que, encontrándose en su misma situación, contestan al mismo, pero no se considera por el órgano de contratación, a propuesta de la Mesa y sobre la base de los informes de los servicios técnicos, que haya quedado justificada dicha viabilidad o incluso a cuando la respuesta se ciña a un escrito ratificando la oferta sin justificación alguna. En estos casos, las ofertas serían excluidas pero sin incautación de garantía o imposición de penalidad del 3%. Por ello no resultará ilógico entender que la falta de contestación por parte del licitador se considera como ratificación de éste al mantenimiento de su oferta en las condiciones formalizadas.

**Octavo.-** Cabe considerar que, con independencia de la cuestionable vigencia del artículo 62 del Reglamento, la Administración puede establecer en los PCAP determinadas consecuencias para lo que se considera retirada injustificada de la oferta, lo que debería llevar aparejada la necesidad de una cierta justificación, al menos en los anexos del PCAP, de la imposición de dicha penalidad, teniendo en cuenta que no viene prevista automáticamente ex lege y ello a la vista de lo garantista del procedimiento de contratación tal como está definido en la Ley, especialmente en algunos casos por lo gravoso de la misma, dadas las elevadas cuantías que pueden resultar, que en algunos casos, pueden ir más allá de reparar cualquier perjuicio para la Administración contratante dado que nos encontramos en una fase del procedimiento en el que ni siquiera se ha procedido a la clasificación y/o adjudicación del contrato.



#### **4. Solicitud de pronunciamiento a esa Comisión Consultiva.**

En base a lo expuesto y dadas las dudas suscitadas en torno a la procedencia, en su caso, de la exigencia del importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, si no se hubiere constituido garantía provisional en el caso de ofertas anormalmente bajas por la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 149.4 de la LCSP, se solicita a esa Comisión Consultiva se pronuncie sobre dicha exigencia y por tanto sobre la interpretación y alcance de los párrafos arriba transcritos de los PCAP recomendados. Asimismo, y para el supuesto de entenderse procedente y viable jurídicamente la exigencia y, en consecuencia, la imposición por el órgano de contratación de la citada penalidad, se informe sobre el plazo para su exigencia así como del procedimiento y trámites que habrían de seguirse para su imposición habida cuenta que ni la LCSP ni el PCAP recomendado lo regulan de manera correcta”.

#### **II - INFORME**

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública.

La Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía solicita informe sobre una serie de cuestiones que se concretan en las siguientes:

- La procedencia de la exigencia del importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, si no se hubiere constituido garantía provisional en el caso de ofertas anormalmente bajas por la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 149.4 de la LCSP, prevista en los modelos de pliegos recomendados.
- En caso de ser procedente, determinación del plazo para la exigencia de la penalidad y determinación del procedimiento y trámites que habrían de seguirse para su imposición, habida cuenta que ni 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), ni los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares recomendados (en adelante PCAP), lo regulan de manera correcta, a su juicio.

**1.-** En primer lugar cabe reseñar que la LCSP detalla en el apartado 4 del artículo 149 la tramitación del procedimiento a seguir en el supuesto de detectarse ofertas anormalmente bajas, dentro del cual se contempla el requerimiento a la persona licitadora que la haya presentado de la justificación y desglose razonado y detallado del bajo nivel de los precios, o de los coste, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anomalía de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

En dicha disposición normativa, de rango legal y carácter básico, no se regulan los efectos de la falta de contestación a dicho requerimiento.



A nivel reglamentario, el apartado 2 del artículo 62 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP) contempla que la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley<sup>1</sup> (adjudicación y bajas temerarias), o el reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error, o inconsistencia que la hagan inviable, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición.

Sobre la vigencia de dicho artículo se ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 16/2016, de 27 de abril de 2017 “Falta de justificación puntual de una oferta desproporcionada” con ocasión de una consulta efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social, concluyéndose en el mismo su vigencia. Asimismo a la vista de lo indicado en la disposición derogatoria de la LCSP, y a sensu contrario, está vigente aquello que no se oponga a lo dispuesto en la citada Ley, por lo que entendemos que el artículo 62.2 del RGLCAP mantiene su vigencia.

2.- En aplicación de lo anterior, los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares recomendados por esta Comisión Consultiva de Contratación Pública para su uso en los procedimientos de contratación tramitados mediante procedimiento abierto, recogen la siguiente previsión:

*“En el caso de ofertas consideradas anormalmente bajas, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 149.4 de la LCSP, o el reconocimiento por parte de la persona licitadora de que su proposición adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición.”*

3.- Es importante precisar que para que se entienda “retirada injustificada de la proposición” debe haber un incumplimiento absoluto de la obligación de aportar la documentación requerida en el trámite del artículo 149 de la LCSP, lo que implica una conducta contumaz de incumplimiento, es decir, que debe hacerse una interpretación restrictiva y estricta.

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, no pueden llevar aparejada las consecuencias legalmente establecidas de retirada injustificada de la proposición.

4.- Procede en este momento determinar cuales son los efectos que establece la normativa en vigor frente a la retirada injustificada de una proposición.

En este sentido podemos destacar tres efectos:

4.1.- El primero sería descartar la proposición excluyéndola de la clasificación en atención a lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, pues el órgano de contratación no puede adjudicar el contrato a quien no acredita en modo alguno el bajo nivel de los precios o costes propuestos por la persona licitadora.

4.2.- El segundo es la ejecución de la garantía provisional que responde del mantenimiento de las ofertas de los licitadores hasta la perfección del contrato, según lo indicado en el artículo 106 de la LCSP, en el caso, excepcional, de que el órgano de contratación, por motivos de interés público haya justificado motivadamente en el expediente su constitución y esta haya sido constituida.

---

<sup>1</sup> Artículo 83.3 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, equivalente al artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.



La LCSP trata la retirada injustificada de una proposición en el artículo 150.2 indicando los efectos del incumplimiento del requerimiento de documentación previa a la adjudicación, que se concreta en *“el requerimiento del 3% de 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”*.

El rigorismo que puede desprenderse del literal de la LCSP ha sido atemperado por las Resoluciones del Tribunal Central 338/2018, 747/2018 y 710/2021 pues el Tribunal entiende que *“sólo procede su imposición cuando el incumplimiento de los requisitos para ser adjudicatario es grave y claro, y el licitador no ha actuado de buena fe, y media dolo, culpa o negligencia.”*

No obstante se trata este de un supuesto muy específico contemplado expresamente para el legislador en un momento determinado del procedimiento de licitación sin que exista una asimilación plena con respecto al incumplimiento del requerimiento que nos ocupa. Además entendemos que la interpretación del mismo, a la vista de su carácter *“sancionador”*, debe ser restrictiva.

Ello obliga a acudir de nuevo al RGLCAP el cual en su artículo 62, apartado 1 establece que *“Si algún licitador retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación o si el adjudicatario no constituye la garantía definitiva o, por causas imputables al mismo, no pudiese formalizarse en plazo el contrato, se procederá a la ejecución de la garantía provisional y a su ingreso en el Tesoro Público o a su transferencia a los organismos o entidades en cuyo favor quedó constituida. A tal efecto, se solicitará la incautación de la garantía a la Caja General de Depósitos o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales donde quedó constituida”*.

De ello concluimos que la falta de contestación a un requerimiento de justificación de oferta anormalmente baja, prevista en el artículo 149 de la LCSP implicará únicamente la incautación de la garantía provisional a la Caja General de Depósitos o a los órganos equivalentes y la ejecución de la misma, para lo cual se sustanciará un procedimiento en el que deben regir las normas generales del procedimiento administrativo y en el que necesariamente tendrá lugar trámite de audiencia a los interesados para que formulen las alegaciones que estime oportunas, siendo esta una de las garantías básicas de cualquier procedimiento que limite los derechos.

El expediente deberá ser resuelto por el órgano de contratación en el plazo de tres meses, poniendo fin a la vía administrativa, por lo que podrán ser recurridas mediante recurso de reposición o recurso contencioso-administrativo, ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Tal y como indica la consultante se ha constatado que los modelos de pliegos recomendados por esta Comisión Comisión Consultiva de Contratación Pública hasta ahora detallan los efectos de la retirada injustificada de una proposición en los siguientes términos:

*“Si alguna persona licitadora retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación, se procederá a la incautación de la garantía provisional. Si no se hubiera constituido garantía provisional, la Administración procederá a exigirle el importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad.”*

A la vista de lo anterior se insta a la actualización de los mismos para su adaptación a lo expuesto hasta ahora de manera que los efectos se limiten a la incautación de la garantía provisional, en el caso excepcional de que se hubiera constituido.

4.3.- El tercer efecto sería la prohibición de contratar recogida en la letra a) del apartado 2 del artículo 71, cuando medie dolo, culpa o negligencia. No obstante lo anterior, la apreciación de su concurrencia requerirá la



previa declaración de su existencia mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con el artículo 72.2 de la LCSP.

Si el órgano de contratación considera que en la retirada de una proposición no ha mediado dolo, culpa o negligencia por parte del empresario, no resulta preceptivo iniciar el procedimiento de declaración de prohibición de contratar, tal y como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su informe 3/2012, de 15 junio.

### **III - CONCLUSIONES**

1. El incumplimiento absoluto del requerimiento de justificación de oferta anormalmente baja, prevista en el artículo 149 de la LCSP, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

2. Ante esta retirada injustificada de una proposición procederá:

- la exclusión del licitador de la clasificación en atención a lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP.
- solicitar la incautación de la garantía provisional, en caso de haberse constituido, a la Caja General de Depósitos o órganos equivalentes y la ejecución de la misma.
- la prohibición de contratar recogida en la letra a) del apartado 2 del artículo 71, cuando medie dolo, culpa o negligencia

3. Los casos en los que no haya incumplimiento total del requerimiento sino meras omisiones formales o defectuosa cumplimentación o aportación de la documentación requerida, no pueden llevar aparejada las consecuencias legalmente establecidas de retirada injustificada de la proposición.

Es todo cuanto se ha de informar.