

Ref.: SUB/SJSCA/mvt
Asunto: Informe 3/2023

INFORME 3/2023, DE 9 DE JUNIO DE 2023. RETIRADA JUSTIFICADA DE LA OFERTA. INAPLICACIÓN DEL ART. 154.3 DE LA LCSP.

ANTECEDENTES

En fecha 8 de mayo de 2023, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Elx, mediante la que formula consulta del siguiente tenor literal:

“Carlos González Serna, Alcalde del Ayuntamiento de Elche, actuando en nombre y representación del mismo, a la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana formulo la siguiente consulta:

El Ayuntamiento de Elche ha licitado el contrato de obras de construcción de centro social con un presupuesto base de licitación de 1.273.819,97 euros, tramitación ordinaria y por los trámites del procedimiento abierto simplificado, conformándose el expediente con arreglo a los siguientes hitos principales:

- Acuerdo de inicio de la Junta de Gobierno Local de 12 de noviembre de 2021
- Anuncio de licitación publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 15 de noviembre de 2021
- Aprobación de nueva documentación técnica, publicación de la misma y ampliación de plazo de presentación de ofertas hasta el 22 de diciembre de 2021, adoptado por acuerdo de la JGL de 26 de noviembre de 2021, publicándose nuevo anuncio en la PCSP el 30 de noviembre.
- La Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre A de documentación administrativa y oferta de criterios de juicio de valor el 3 de febrero de 2022. El 31 de marzo se procedió a la valoración de criterios subjetivos y apertura de los criterios evaluables automáticamente.
- El 29 de abril se procedió a la valoración de los criterios evaluables automáticamente, clasificación, propuesta de adjudicación y requerimiento de documentación a la mercantil propuesta para la adjudicación. La clasificación se efectúa por orden decreciente de puntuación de un total de 5 empresas, siendo la nº1 una UTE.
- El 9 de junio la Mesa acuerda que la UTE propuesta para la adjudicación proceda a la subsanación de la documentación requerida, en este caso en relación con los subcontratistas.



- El acuerdo de adjudicación de la licitación en favor de la UTE se efectúa el 12 de agosto de 2022, publicándose anuncio de adjudicación el 1 de septiembre y notificándose a la UTE el 5 de septiembre. El acuerdo de adjudicación concedía un plazo de 15 días siguientes a la notificación a fin de que la UTE adjudicataria aportara la escritura notarial de constitución de la UTE en los términos contenidos en su compromiso de constitución.

- El 20 de septiembre la UTE aporta en Sede electrónica la escritura de constitución de UTE y Cif de la misma.

- Con fecha 26 de septiembre se remite por sede el contrato administrativo a fin de recabar la correspondiente firma electrónica, siendo rechazado el 6 de octubre.

- Con fecha 17 de octubre la UTE presenta escrito por el que renuncia a la adjudicación del contrato de obras, alegando el “imprevisible y desorbitado incremento de las materias primas en el sector de la construcción desde la guerra de Ucrania, hecho que agrava el incremento desencadenado por el virus SARS-CoV-2, unido al lapso de tiempo transcurrido entre la presentación de la oferta y la adjudicación del contrato...”

- El 16 de diciembre de 2022 la Junta de Gobierno Local acuerda declarar sin efecto la adjudicación por renuncia, excluyendo a la UTE y Iniciar trámite en orden a la aplicación de la consecuencia legal prevista en el artículo 153.4, a fin de determinar la existencia o no de causa imputable al adjudicatario, presupuesto de la aplicación de la penalidad fijada en dicho precepto, a cuyos efectos se concede a la licitadora UTE I el plazo de 15 días hábiles para que formule las alegaciones o manifestaciones que a su derecho pudiese convenir.

- El 11 de enero de 2023 la UTE formula alegaciones, que se adjuntan a este escrito, En las que resumidamente se refiere al plazo máximo para efectuar la adjudicación de dos meses previstos en el artículo 158.2, y que al superarlo se encuentra la mercantil facultada para retirar su proposición, según el artículo 158.4, siendo que el Ayuntamiento tardó más de seis meses en efectuar la adjudicación, por lo que efectuó la retirada de su oferta, para lo que incluso no necesita motivación alguna. Igualmente sostiene que no se cumplen los presupuestos necesarios para imponer la penalidad del artículo 153.4 de la LCSP, pues ni la causa es imputable al adjudicatario ni el Ayuntamiento ha acreditado que la retirada sea injustificada. Añade que la retirada de su oferta tuvo lugar por una causa objetiva al incumplir la Administración el plazo de dos meses para la adjudicación. Las alegaciones están basadas en distintas resoluciones de distintos Tribunales Administrativos.

Finalmente, la licitación del contrato de obras se ha adjudicado al último de los licitadores presentados a la misma, encontrándose el contrato a la firma. Los licitadores 2 a 4 han retirado sus ofertas sin que se hayan establecido consecuencias de ningún tipo para los mismos.

Ante los elementos someramente descritos de esta licitación, se eleva consulta a la Junta Superior de Contratación de la Comunidad Valenciana en el siguiente sentido:

Este Ayuntamiento no cuestiona la posibilidad legal de retirada de una oferta por parte de un licitador antes de la adjudicación de un contrato, así lo permite el artículo 158.4 y es reconocido por los Tribunales Administrativos en diferentes resoluciones.

No nos encontramos en este supuesto, sino en el previsto en el artículo 153.4 que establece que “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”, y es que en el expediente referido el licitador UTE propuesto para la adjudicación ha realizado todas las actuaciones preceptivas que han permitido efectuar con



arreglo a la LCSP la adjudicación del contrato. Incluso una vez notificada ha presentado la escritura de constitución de UTE y el CIF correspondiente. Y entre dichos actos sólo transcurren 15 días (se notifica la adjudicación el día 5 de septiembre y presentan la escritura de UTE el día 20 de septiembre). La decisión de retirar la oferta se produce con el rechazo a la firma del contrato el 6 de octubre.

¿ Puede entenderse extensiva la doctrina de los Tribunales Administrativos de retirada de la oferta de los licitadores como una facultad de los mismos más allá de la adjudicación y hasta tanto no se suscriba el contrato por el adjudicatario en los casos en que las licitaciones superen el plazo legal para la adjudicación?

¿ Puede acogerse como justificada la causa alegada de incremento desorbitado de materias primas para admitir las dificultades que en la de ejecución de la obra por el precio ofertado podría conllevar, y, por tanto, su consideración de causa no imputable al adjudicatario para eludir la imposición de una penalidad económica importante como en este caso, teniendo en cuenta la renuncia a la ejecución formulada por los tres siguientes clasificados?

Se adjunta la siguiente documentación.

- Notificación del acuerdo de adjudicación
- Escrito de renuncia
- Notificación del acuerdo de exclusión e inicio de trámite por renuncia y nuevo requerimiento de documentación a segundo clasificado
- Escrito de alegaciones de la UTE.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El artículo 158 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) dispone :

“1. Cuando el único criterio para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio, la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de quince días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones.

2. Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, o utilizándose un único criterio sea este el del menor coste del ciclo de vida, el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Si la proposición se contuviera en más de un sobre o archivo electrónico, de tal forma que estos deban abrirse en varios actos independientes, el plazo anterior se computará desde el primer acto de apertura del sobre o archivo electrónico que contenga una parte de la proposición.

3. Los plazos indicados en los apartados anteriores se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a que se refiere el apartado 4 del artículo 149 de la presente Ley.

4. 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”. (El subrayado es nuestro)

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución 159/2023, de 3 de febrero expone:



...” 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.

Del examen del pliego de cláusulas administrativas que rige la presente contratación se concluye que en el mismo no se estableció un plazo mayor al legalmente previsto. Por lo que el tiempo transcurrido desde la apertura del sobre A que contiene los criterios evaluables mediante juicios de valor en 9 de febrero de 2022 hasta el 12 de agosto de 2022 adjudicación, notificada el 5 de septiembre de 2022, excede lo dispuesto en el art. 158.2 de la LCSP

No acierta a comprender esta Junta la referencia el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha de 16 de diciembre de 2022 basada en el art. 153.4¹, habiendo atendido el contratista los requerimientos de documentación incluido el contrato de formalización de la UTE. Puesto que como ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución 298/2020, de 27 de febrero, entre otras, respecto de la aplicación del art. 153.4 “Por tanto, concurre en este caso el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación del precepto anterior, esto es, la falta de formalización del contrato por causas imputables al adjudicatario consecuencia de no atender al requerimiento efectuado por el órgano de contratación conforme al punto 2.2.2 de los criterios de adjudicación señalados en los PCAP. Además, este supuesto puede considerarse análogo al previsto en el artículo 150.2 de la LCSP de retirada de la oferta, por lo que pueden aplicarse sus mismos efectos.” Por lo que no se estima causa alguna imputable al contratista por este precepto, sino que más bien este ha ejercitado su derecho previsto en el art. 158.4

Así, el Tribunal citado en la misma Resolución indica :

..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.

Respecto a la segunda cuestión no debe entrar a valorar esta Junta el motivo alegado por el contratista, puesto que incluso sin la justificación alegada como hemos visto, la empresa ha ejercido legalmente su derecho.

1 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.



Es claro el incremento de precios de los materiales habidos no escapa al conocimiento de esta Junta, lo que llevó al Gobierno a dictar el Real Decreto-Ley 3/2022, de 2 de marzo, sobre revisión extraordinaria de precios en los contratos de obra y la Orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre, por la que se establece la relación de otros materiales cuyo incremento de coste deberá tenerse en cuenta a efectos de la revisión excepcional de precios de los contratos de obras prevista en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo.

Es claro también que el retraso en adjudicar un contrato puede afectar de manera decisiva en la evaluación de los costes, máxime cuando en el pliego no se ha previsto un plazo mayor que, conocido por los licitadores, hubiera permitido formular sus ofertas en otro sentido o no presentarse a la licitación.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Del examen del pliego de cláusulas administrativas que rigió la presente contratación se concluye que en el mismo no se estableció un plazo mayor al legalmente previsto para la adjudicación. Por lo que el tiempo transcurrido desde la apertura del sobre A que contiene los criterios evaluables mediante juicios de valor hasta la adjudicación excede del plazo de , por lo que la retirada de la oferta tiene plena justificación legal habiendo ejercitado la UTE un derecho legítimo que responde al cumplimiento de una circunstancia objetiva.

SEGUNDA .- Dado que el contratista ha cumplido todos los requerimientos efectuados incluida la constitución de la UTE no hay causa que suponga la aplicación del artículo 154.3 de la LCSP, y por tanto de la penalidad en él descrita.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA

Vº Bº DEL PRESIDENTE
SUBSECRETARIO DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO.

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 9 de junio de 2023