

FR



Universidad de Valladolid



icava

Ilustre Colegio de
Abogados de Valladolid

Máster en Abogacía

LA RETIRADA DE OFERTA JUSTIFICADA EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS

Presentado por:

Susana Carazo Gil

Tutelado por:

Bernard Frank Macera Tiragallo

INDICE

AGRADECIMIENTOS	3
PALABRAS CLAVE	3
METODOLÓGIA	4
1. CASO A DICTAMINAR	5
2. QUE ES UN CONTRATO PUBLICO DE OBRAS	5
3. QUE ES UNA LICITACIÓN PUBLICA	7
4. QUE ES LA RETIRADA JUSTIFICADA DE OFERTA EN EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA	8
5. SUPUESTOS Y CONSECUENCIAS DE LA RETIRADA INJUSTIFICADA	10
6. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN Y JUNTAS CONSULTIVAS.....	17
7. NORMATIVA.....	20
7.1. Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público y sus antecedentes	20
7.2. Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas.....	22
7.3. Directivas europeas	23
8. JURISPRUDENCIA	24
8.1. Recursos números 1809 y 1824 /2021 Resolución N° 15/2022 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales	24
8.2. Recurso nº 222/2019 Resolución nº 165/2019 Tribunal Administrativo de Contratación Publica de la Comunidad de Madrid	25
8.3. STSJ M 5461/2021 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo Contencioso-Administrativo	29
8.4. Recurso nº 1921/2021 C. Valenciana 424/2021 Resolución nº 159/2022 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.....	30
8.5. Informe 11/2011 de 4 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.	33
9. RESOLUCIÓN DEL CASO	33
9.1. Procedimiento a seguir	33
9.1.1. Agotamiento de la vía administrativa	34
9.1.2. Procedimiento contencioso administrativo	35
10. CONCLUSIONES	39
11. BIBLIOGRAFÍA.....	41
12. ANEXOS.....	41

AGRADECIMIENTOS

A mi tutor, Bernard Frank Macera.

A M^a José Moral Moro, por su ánimo y su ayuda.

A mi madre y a mis hijas, mi orgullo.

A Pedro, por entrar en mi vida, devolverme la sonrisa y por creer en mí, sin él esto no habría sido posible.

A Jesús Gomez-Escolar gran profesional y mejor amigo.

A mis amigas, mi suerte, en especial a Julia, Paula e Irene.

PALABRAS CLAVE

Licitador, oferta, penalidades, retirada de oferta, órgano de contratación, adjudicatario, garantía, contrato, obras, vía administrativa, contencioso-administrativo, riesgo y ventura, junta consultiva, Tribunales de Contratación Administrativa

INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

La normativa de contratación pública ha tenido una constante preocupación de que los licitadores mantengan su oferta durante el procedimiento de adjudicación, para la salvaguarda del interés público y han impuesto una obligación del poder adjudicador de resolver el procedimiento de adjudicación, a través de su culminación, con el acto de adjudicación.

Las retiradas de oferta han aumentado últimamente por el problema del COVID y especialmente por el encarecimiento del precio de materiales necesarios en la construcción, así como el encarecimiento del combustible y de la energía, es importante destacar que la jurisprudencia no está considerando justificada dichas retiradas por aumento de precios.

En este dictamen trataré de dilucidar con un caso práctico, que supuestos son considerados como retirada de oferta justificada.

1. CASO A DICTAMINAR

Vamos a tratar aquí un interesante supuesto en el que se aborda las consecuencias jurídicas que supone la retirada de una oferta por parte de quien ha sido propuesto como adjudicatario de un contrato administrativo de obras.

Acude a mi despacho el señor Pablo el dueño de la empresa constructora, SEVAL CONSTRUCCIONES, S.L., el cual llevaba esperando como propuesto como adjudicatario, la adjudicación de un contrato de obras al que se había presentado hace ya varios meses, me comenta que el ha constituido la garantía solicitada por el órgano de contratación junto con el resto de documentación que acredita su solvencia y su capacidad en tiempo y forma y dado el tiempo transcurrido, no le interesa realizar la obra ya que debido a ese lapso de tiempo, ya tiene otras obras comenzadas y además los precios actuales no coinciden a los establecidos en el momento de la licitación pública, por lo que decide retirar su oferta y renunciar a la adjudicación, pero el desconoce si puede actuar de ese modo, o será penalizado por la Administración contratante, con la retirada de su oferta.

A continuación se detallan los datos de la licitación necesarios para comprender y estudiar el caso

- **La obra** : Realización de un carril bici en la zona Delicias/Barrio España de Valladolid, procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación.
- **Presupuesto base de licitación:** 1.869.072,46 Euros
- **Fecha de publicación** en la Plataforma de Contratos del Sector Público de la licitación: 20 de septiembre de 2022
- **Fecha presentación de la oferta por** SEVAL CONSTRUCCIONES S.L., 15 de octubre de 2022.
- **Fecha de apertura de sobres** que contienen las ofertas de los licitadores: 3 de noviembre de 2022, se realiza la apertura del sobre que contiene la documentación administrativa y el 28 de noviembre de 2022 se abre el sobre económico y criterios técnicos.
- **Fecha de propuesta de adjudicación** 29 de abril de 2023
- **Fecha de entrega de documentación y garantía:** 12 de mayo de 2023.

Ante este panorama, me realiza varias cuestiones:

- ¿Tiene la Administración un plazo determinado para adjudicar un contrato?
- ¿Qué pasa si los pliegos que rigen el contrato no establecen nada al respecto?
- ¿puede retirar su oferta?
- ¿Qué penalidades podría conllevarle si esa retirada se considera injustificada?

2. QUE ES UN CONTRATO DE OBRAS

El contrato público de obras se encuentra regulado específicamente el Capítulo I del Título II de la Ley 9/2017 de 19 de octubre, de Contratos del Sector Público, (en adelante LCSP).

El contrato de obras es aquel contrato oneroso celebrado por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores cuyo objeto es el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por si mismo una función económica y técnica.

El objeto del contrato de obras está determinado en el artículo 13 de la LCSP, con una redacción recogida en la Directiva 2014/24/UE, que define la obra

como el resultado de un conjunto de obras de construcción o ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica.

Por tanto, se entiende por obra pública aquellos contratos que tengan el siguiente objeto, entendiendo que el resultado ha de ser “un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble”.

Una construcción que se tendrá que cumplir a riesgo y ventura de los contratistas.

Una definición de la ley que incluye toda operación, en el fondo, de modificación del terreno:

Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto uno de los siguientes:

a) La ejecución de una obra, aislada o juntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I.

b) La realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.

El artículo 232 de LCSP, contiene una detallada clasificación de las modalidades del contrato de obra pública en función de las actividades que se hayan de realizar, diferenciándose entre “grandes obras” (primer establecimiento, reforma, restauración, rehabilitación o gran reparación) y otras obras, que incluye las de demolición. Concretamente, se dispone que

1. A los efectos de elaboración de los proyectos se clasificarán las obras, según su objeto y naturaleza, en los grupos siguientes:

a) Obras de primer establecimiento, reforma, restauración, rehabilitación o gran reparación.

b) Obras de reparación simple.

c) Obras de conservación y mantenimiento.

d) Obras de demolición.

2. Son obras de primer establecimiento las que dan lugar a la creación de un bien inmueble.

3. *El concepto general de reforma abarca el conjunto de obras de ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente.*

4. *Se consideran como obras de reparación las necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas o accidentales. Cuando afecten fundamentalmente a la estructura resistente tendrán la calificación de gran reparación y, en caso contrario, de reparación simple.*

5. *Si el menoscabo se produce en el tiempo por el natural uso del bien, las obras necesarias para su enmienda tendrán el carácter de conservación. Las obras de mantenimiento tendrán el mismo carácter que las de conservación.*

6. *Son obras de restauración aquellas que tienen por objeto reparar una construcción conservando su estética, respetando su valor histórico y manteniendo su funcionalidad.*

7. *Son obras de rehabilitación aquellas que tienen por objeto reparar una construcción conservando su estética, respetando su valor histórico y dotándola de una nueva funcionalidad que sea compatible con los elementos y valores originales del inmueble.*

8. *Son obras de demolición las que tengan por objeto el derribo o la destrucción de un bien inmueble.*

Esto es importante porque la determinación del tipo de obra tiene unos efectos indirectos en relación con el proceso de contratación. Es un elemento obligatorio del proyecto de obras, y su función principal estriba en su conexión con la solvencia técnica del contratista y su capacidad para la realización de las obras determinadas.

3. QUE ES UNA LICITACIÓN PUBLICA

Se entiende como el procedimiento administrativo para la adquisición de suministros, realización de servicios o ejecución de obras.

Es una contratación donde una entidad pública realiza una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados (contratistas) presenten sus ofertas y el ente adjudique el contrato a la propuesta más acorde a las necesidades del contrato.

Por lo tanto, este tipo de licitaciones conlleva a la obligación por parte del ente público, de emplear publicidad y asegurar la transparencia del proceso.

Tal y como establece la Doctrina y así lo ha aceptado la jurisprudencia, la licitación pública es un modo de selección de contratistas de entes públicos, en ejercicio de la función administrativa, por medio de la cual estos invitan públicamente a una cantidad indeterminada de posibles interesados para que, con arreglo a los pliegos de bases y condiciones pertinentes, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará la más conveniente al interés público.

El primer requisito de cualquier criterio de adjudicación es que debe operar sobre una oferta admisible, lo cual supone esencialmente su sujeción al pliego. Ello así en tanto el Pliego –de modo integral- es considerado como la ley de la licitación y del contrato, pues es en él donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración que en el caso correspondan.

Ese examen de admisibilidad supone segregar aquellas ofertas que sean presentadas por sujetos inelegibles o no habilitados; no garantizadas; que contravengan al pliego; que establezcan condiciones improcedentes; que estén viciadas de modo insubsanable; que violen la cláusula anticorrupción, así como aquellas que no sean serias o de precio vil.

La publicación de las licitaciones se realiza en la Plataforma de Contratación Pública, pudiéndose también publicar en el perfil del órgano de contratación.

4. QUE ES LA RETIRADA JUSTIFICADA DE OFERTA EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

La legislación en materia de contratación pública exige el mantenimiento de la oferta presentada por el licitador durante un tiempo determinado.

El artículo 80.5 del Reglamento establece lo siguiente:

“Una vez presentada una proposición, esta no podrá ser retirada, salvo que la retirada sea justificada.”

Entonces ¿cuándo se entiende justificada una retirada de oferta?

El artículo 62.2 del Reglamento establece:

“Presentada la oferta por parte del licitador este queda vinculado por el contenido de aquella, no pudiendo retirarla hasta el momento en que tiene lugar la adjudicación del contrato. Si realiza alguna manifestación contraria al

mantenimiento de su oferta, se considerará que tiene lugar una retirada injustificada de su oferta y, en consecuencia, la garantía provisional prestada será incautada”.

Se deduce de este artículo del Reglamento, que la garantía provisional es exigida para asegurar la seriedad de las ofertas.

Pues bien hemos de saber que regula la LCSP, con relación al plazo para adjudicar un contrato, porque del anterior artículo mencionado, establece la obligación de mantener la oferta hasta la adjudicación, teniendo esta que tener un plazo ya que si no estaríamos ante una inseguridad jurídica para el licitador que tendría que mantener su oferta *sine die*.

El plazo durante el cual los licitadores han de mantener sus ofertas, la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con los plazos para efectuar la clasificación de las ofertas o proposiciones, en el procedimiento abierto, establece los siguientes supuestos:

1. Cuando se utilice el sistema de coste-eficacia y el único criterio de adjudicación sea el del precio, el artículo 158.1 de la LCSP, dispone que la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de 15 días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones.
2. Cuando se utilice el sistema de coste-eficacia sobre la rentabilidad de las ofertas (menor coste del ciclo de vida) o el sistema de calidad-precio, el artículo 158.2 párrafo primero de la LCSP dispone que el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de 2 meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En ambos casos, el artículo 158.3 de la LCSP, los señalados plazos se ampliarán en 15 días hábiles más cuando fuera necesario seguir los trámites previstos en caso de ofertas con valores anormalmente bajas.

El artículo 158.4 de la LCSP dispone que, de no producirse la adjudicación dentro de los plazos anteriormente indicados, **los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición** y, en su caso, a la devolución de la garantía provisional que se hubiese exigido.

Este es uno de los casos que se considera que se trata de **una retirada justificada de la oferta** o proposición antes de que se haya producido la adjudicación.

La LCSP expresa un plazo de mantenimiento de la oferta obligatorio que es de dos meses desde la apertura de las proposiciones y de no producirse la adjudicación dentro de ese plazo, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición y a la de devolución de la garantía provisional.

Pero no es el único, debemos exponer que el acto de adjudicación es un acto debido por parte del órgano de contratación.

Tenemos el supuesto de cuando la Administración contratante ya ha seleccionado la mejor oferta, y propone a un licitador como adjudicatario, este acto debido de adjudicar al propuesto como adjudicatario, tiene que tener un plazo.

Así el artículo 150 en su apartado 3 de la LCSP, referente a la clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato establece lo siguiente:

“El órgano de contratación adjudicará el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación. (...)”

Es decir, una vez propuesto a un licitador como adjudicatario, la administración contratante le requiere de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, documentación detallada en el artículo 140 de la actual LCSP.

Estableciéndose como hemos expuesto en el mencionado artículo 150.3 de la LCSP, que una vez recibida esta documentación el órgano de contratación deberá adjudicar el contrato a los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la misma.

El acto de adjudicación es el acto administrativo que culmina el procedimiento de licitación. Se trata de un acto debido, no pudiendo declararse desierta una licitación, cuando exista alguna proposición que resulte admisible de acuerdo con los criterios del pliego.

El transcurso de dicho plazo legalmente establecido para adjudicar no implica la invalidez del acto, si no que constituye una irregularidad no invalidante con la única consecuencia de poder retirar la oferta por parte del propuesto como adjudicatario.

5. SUPUESTOS Y CONSECUENCIAS DE LA RETIRADA INJUSTIFICADA

Ya hemos expuesto en el apartado anterior, la obligatoriedad del licitador a mantener su oferta hasta la adjudicación del contrato, y se han explicado los posibles casos de una retirada justificada.

Pero ¿qué casos concretos dan lugar a una retirada injustificada de la oferta? Y cuáles son las consecuencias de esta?.

Podemos establecer los posibles casos establecidos en la propia ley de contratos en sus distintos artículos:

- a) La no justificación de la oferta anormal o desproporcionada de su oferta por parte del licitador:

Establece el artículo 62.2 del Reglamento que si es requerido el licitador para que justifique la baja anormal o desproporcionada de su oferta y no contesta a dicho requerimiento o lo hace reconociendo que su proposición adolece de error o inconsistencia que la hacen inviable, se considera que ha retirado injustificadamente su oferta, con el efecto de la incautación de la garantía provisional o la exigencia de la responsabilidad a que se refiere el artículo 150.2 (sanción de un 3% del precio de licitación), para el caso de que no existiese garantía provisional.

- b) La no presentación de la documentación (art. 140 LCSP), exigida al propuesto como adjudicatario.

El artículo 150.2 de la LCSP, establece en relación con este trámite, que ‘de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediendo a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad’. Por tanto, con la nueva LCSP el licitador que fracasa en este trámite no sólo pierde la posibilidad de que se le adjudique el contrato (siendo la empresa mejor valorada), sino que además se le puede imponer una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación.

Conviene destacar que la jurisprudencia ha reducido la rigidez de este artículo, cuando establece por ejemplo Recurso nº 394/2022 Resolución nº 388/2022 ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID:

“(entiende este Tribunal que la penalidad sólo procede 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).”

Para analizar el tema propuesto se debe partir necesariamente de lo previsto en el artículo 150.2 de la LCSP, según el cual:

“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.”

En esta cuestión, a los efectos de delimitar el alcance de una falta de cumplimentación o cumplimentación defectuosa del requerimiento, podemos traer a colación, entre otras, Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 783/2020 en la que se cita ampliamente la nº 604/2018, de la que, a lo que aquí interesa, podemos destacar:

“...hemos de proceder a interpretar y concretar el significado del artículo 151.2 del TRLCSP, y, además, poniéndolo en relación con el precepto correlativo de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), que lo es su artículo 150.2, cuyo contenido es más amplio que aquél.

Esa tarea es imprescindible a la vista de que se viene aplicando una interpretación literal, muy rigorista, extrema y muy amplia de su contenido, que debe ser de interpretación restrictiva a la vista de su carácter sancionador, que está llevando a resultados sumamente extensivos, formalistas e injustos.

Esos criterios extremos se han aplicado incluso por este Tribunal, y por los Tribunales de Justicia, como, por ejemplo, sobre si se admite o no la subsanación de defectos o errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento, que se niega por el simple hecho de que el precepto no dice nada al respecto, que ni lo prevé, ni lo prohíbe.

Además, este Tribunal viene ya aplicando un criterio menos formalista y extensivo del contenido de dicho precepto, como ha hecho en sus Resoluciones número 439/2018, de fecha 27 de abril de 2018, del Recurso nº 234/2018, y en la Resolución nº 582, de fecha 12 de junio de 2018, del Recurso nº 413/2018 y en el mismo sentido, muchos órganos de contratación prevén en el PCAP la posibilidad de subsanar la omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación de dicho requerimiento.

Es preciso, por tanto, establecer una interpretación del artículo 151.2 del TRLCS (art. 150.2 en la LCSP) más delimitada y acorde con el contenido literal del precepto y su finalidad, que no es otra que resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado con transcendencia respecto de la garantía provisional, en el caso de que se hubiera constituido, y, en concreto, su incautación o, bajo la LCSP, imposición de una penalización del 3%, e incluso, incurrir en causa de prohibición de contratar.

Las cuestiones que plantea dicho precepto son en esencia, las siguientes:

- a). Extensión objetiva del contenido de la conducta consistente en no haber cumplimentado el requerimiento efectuado y determinación de si se extiende a cualquier defecto u omisión de cumplimentación, o solo a la falta de cumplimentación total o en lo principal y sustancial, según determinación legal.
- b). Posibilidad o no de subsanar las omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación del requerimiento efectivamente realizada en el plazo concedido.

Sobre la primera cuestión consideramos que la interpretación del precepto citado debe ser estricta y restrictiva, por su tenor literal, el efecto considerado y la consecuencia sancionadora que se vincula a la conducta que contempla.

El artículo 151.2 (150.2 LCSP) prevé una conducta a la que asocia una determinada consideración, conducta que es "No cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado...". Cumplimentar significa, según el DRAE, rellenar un impreso o poner en ejecución una orden superior. No significa cumplir perfectamente algo, en este caso lo requerido,

sino simplemente poner en ejecución lo requerido, supuesto en el que existirá cumplimentación de lo ordenado, aunque no se haga perfectamente.

El sentido anterior del texto citado deriva del hecho de que el precepto asocia una consideración determinada a la no cumplimentación, pero no a la cumplimentación, aunque sea defectuosa o imperfecta. Y esa consideración no es que se rechace la oferta o se la excluya por no cumplimentar lo requerido el interesado, sino que se considera que el interesado ha retirado su oferta, efecto éste que no es el propio del cumplimiento defectuoso de trámites o, mejor dicho, de su cumplimentación defectuosa o imperfecta, ni en la Ley 39/2015, de PAC., ni en el TRLCSP, sino que la propia normativa de contratación pública lo vincula a la retirada expresa de la oferta, o a conductas de incumplimiento grave, que la ley equipara a aquélla.

En ese sentido, debe citarse el artículo 62 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), que determina lo siguiente:

“Artículo 62. Efectos de la retirada de la proposición, de la falta de constitución de garantía definitiva o de la falta de formalización del contrato respecto de la garantía provisional.

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.

A efectos del apartado anterior, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley, 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”.

Como puede apreciarse, el precepto fija unos supuestos que se equiparan por su gravedad a la retirada injustificada de la oferta a fin de ejecutar la garantía provisional, y prevé otros que se consideran retirada injustificada de la oferta, por ejemplo, en el caso de no contestar a la solicitud de información si la oferta presentada es anormalmente baja. Pero como puede apreciarse, la equiparación en el caso citado, a la retirada de la oferta, lo es por la falta de contestación, no por la contestación insuficiente o inadecuada, supuesto este en el que el órgano de contratación podría o no rechazar la oferta anormalmente baja.

Los supuestos legales que cita la norma reseñada junto a la retirada injustificada de la oferta son concretos, e implican incumplimientos graves y completos de una obligación: no constituir la garantía definitiva y no formalizar el contrato por causas imputables al interesado.

Pues bien, la técnica de equiparar determinadas conductas a la retirada injustificada de la oferta se limita a incumplimientos totales de ciertas obligaciones y si el requerimiento no se cumple, todo ello al fin de ejecutar la garantía por las causas citadas, por lo que en nuestro caso solo concurre cuando no se cumple en modo alguno lo requerido o no se constituye en modo alguno la garantía definitiva en el plazo señalado. Solo en tal caso, estaríamos ante incumplimientos de gravedad suficiente para afirmar que se ha retirado la oferta y procede la incautación y ejecución de la garantía provisional, pero no en otro caso, pues el efecto atribuido si se cumple defectuosamente lo requerido, ya no recaería sobre su no cumplimentación sino sobre su cumplimentación defectuosa, supuesto en el que no cabe afirmar retirada alguna de la oferta, y solo cabría, en buena técnica, excluir la oferta por incumplimiento del trámite, efecto gravísimo y perjudicial para el interés público ante una conducta de cumplimiento defectuoso no grave sin que previamente se dé la oportunidad, como se prevé en la Ley 39/2015, de subsanar el defecto u omisión cometido por el interesado en el trámite conferido.

La interpretación anterior estricta y no extensiva se corresponde con los dos efectos que para la retirada injustificada de la oferta y supuestos equiparados citados más arriba se prevé en el TRLCSP y en la LCSP.

El primero es la incautación y ejecución de la garantía provisional (TRLCSP) o la imposición de una penalización del 3% del presupuesto base de licitación sin incluir IVA (LCSP). Tal consecuencia es indudablemente una sanción civil solo admisible en caso de incumplimientos graves, no en caso de cumplimientos defectuosos que no pueden ser considerados expresivos de una retirada de la oferta, sino al contrario, de una voluntad de cumplimiento, que admite subsanación.

Y el segundo es que tales conductas son diferenciadas y constituyen una causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 60.2, a), el TRLCSP, o en el artículo 71. 2, a) de la LCSP, en los que se diferencia como causas de prohibición la retirada de la proposición y el no haber cumplimentado el requerimiento del artículo 151.2 dentro del plazo conferido mediando dolo,

culpa o negligencia; prohibición que puede alcanzar hasta tres años de duración.

Parece razonable considerar que ese efecto solo se aplica al incumplimiento total del requerimiento u otros graves, como puede ser la falta de constitución de la garantía, pero no en las cumplimentaciones meramente defectuosas o con omisiones, ya que en tales casos no cabe apreciar dolo, ni culpa, ni negligencia en grado suficiente como para causar una prohibición de contratar, y menos aún, si el interesado manifiesta expresamente su voluntad de subsanar los defectos y omisiones apreciadas.

De lo expuesto, no cabe sino considerar que en nuestro caso, la no cumplimentación del requerimiento en plazo concedido solo se equipara a retirada de la oferta en caso de falta de cumplimentación del requerimiento, o de no constituir en modo alguno la garantía definitiva en el plazo concedido.”

Asimismo, cabe citar la Resolución nº 749/2018 de este TACRC, que se pronuncia sobre la posibilidad de subsanación en los siguientes términos: *“hemos de afirmar que el contenido del artículo 151.2 (y el equivalente artículo 150.2 de la LCSP) ha de interpretarse de forma estricta y no extensiva, por una parte, y por otra, cuando no existe falta de cumplimentación del trámite, sino meros defectos, errores u omisiones, se ha de aplicar supletoriamente el artículo 73 de la Ley 39/2015, de PAC, que impone a la administración la obligación de “en cualquier momento del procedimiento, cuando (...) considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo”.*

Es decir, la Administración debe conceder trámite de subsanación por exigirlo dicha norma, aplicable supletoriamente ex Disposición Final Cuarta del TRLCSP y Disposición Final Tercera de la LCSP.

No se trata de una ampliación del plazo para cumplimentar el trámite sino de conferimiento de trámite de subsanación impuesto ex lege, que no prohíbe el artículo 151.2 del TRLCSP cuando no se trata de incumplimientos que por determinación legal producen el efecto de considerar retirada la oferta.”

En conclusión, para este caso de retirada injustificada de oferta, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha venido entendiendo que no todo incumplimiento del requerimiento debe dar lugar a la imposición de penalidades, y considera que el cumplimiento defectuoso del

requerimiento por el licitador no puede equipararse al incumplimiento total a efectos de ser considerado como una retirada de la oferta sancionable con una penalidad del 3% del presupuesto de licitación. «Tal consecuencia es indudablemente una sanción civil solo admisible en caso de incumplimientos graves, no en caso de cumplimientos defectuosos que no pueden ser considerados expresivos de una retirada de la oferta, sino al contrario, de una voluntad de cumplimiento, que admite subsanación.»

- c) La no formalización del contrato una vez aportada la documentación exigida.

La garantía provisional cubre la responsabilidad derivada de la no formalización del contrato por causa imputable al licitador.

En caso de no formalización del contrato, dará lugar a la imposición de una penalidad de cuantía equivalente a la garantía provisional, pero se hará efectiva sobre la garantía definitiva (artículo 153.4 LCSP), que ya habrá debido constituirse (150.2 LCSP).

Si no se hubiera constituido garantía definitiva, no podrá procederse a la adjudicación del contrato, lo que dará lugar a que se considere retirada la oferta con la correspondiente incautación de la garantía provisional, si la hubiere, y en su defecto la detracción del 3% del precio de licitación.

6. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN Y JUNTAS CONSULTIVAS

TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Son los encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación pública.

El papel de este tipo de órganos a través de la resolución de los recursos es no solo de reparación de las situaciones ilegales, gozando para ello de fuerza ejecutiva sus resoluciones, sino también desempeña una labor doctrinal que ha de servir de pauta a todos los que participan en los procedimientos de contratación, tanto a los órganos de contratación como a los letrados e interventores que participan en las mesas de contratación.

Pese a tener naturaleza administrativa, estos Tribunales tienen además carácter cuasijurisdiccional, es el hecho de que en los procedimientos contencioso-administrativos que se entablen contra sus resoluciones, estos órganos no tienen la condición de demandados.

Ello determina que el Tribunal sea considerado como una especie de “Juzgado de primera instancia” cuyas “sentencias” pueden ser recurridas ante el Tribunal Superior pero dicho Juzgado no tiene la condición de demandado, de ahí el carácter “cuasijurisdiccional” de los nuevos Tribunales administrativos de recursos contractuales.

La relevancia de la actuación de estos Tribunales se ha puesto de manifiesto en la descongestión de la jurisdicción contencioso administrativa en el ámbito de la contratación pública que la actuación de los mismos ha supuesto.

En España se optó por la creación de Tribunales administrativos y así el artículo 41 del TRLCSP (Antigua legislación de contratación pública), crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales como “órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias”.

Respecto a las Comunidades Autónomas, el artículo 41.3 del TRLCSP dispone que: “en el ámbito de las CCAA, así como en el de los órganos competentes de sus Asambleas Legislativas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias de que deba conocer. Asimismo, las Comunidades Autónomas que así lo estimen, podrán atribuir la competencia al Tribunal Central de Recursos Contractuales mediante la suscripción de un convenio con la Administración General del Estado.

El primer paso para la regulación del recurso especial y de los órganos encargados de su resolución lo dieron los artículos 37 y 38 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que traspone la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los contratos públicos de obras, servicios y suministros, si bien en materia de recursos la norma traspuesta por la LCSP es la Directiva 89/665/CEE, que pasó por varios hitos.

1. Recurso rápido: tiene unos plazos de resolución muy breves, que en función de los trámites que se precisen, oscila entre 15 y 20 días hábiles.
2. Produce efectos suspensivos automáticos en caso de que el acto impugnado sea la resolución de adjudicación y en otro caso, la suspensión podrá ser acordada por el órgano competente para su resolución. Hay que

resaltar que la suspensión cautelar del procedimiento es la clave de este recurso puesto que el interés del recurrente sólo se verá satisfecho si obtiene respuesta a su pretensión durante la tramitación del procedimiento de contratación con carácter previo a la perfección del contrato que se produce con la formalización del mismo.

Si lo que se impugnan son los pliegos que rigen la licitación, la pretensión del recurrente es que se corrijan en los mismos los defectos advertidos, por tanto, la pretensión está ligada a la suspensión del procedimiento de contratación a fin de que se subsanen los defectos advertidos.

Si el objeto del recurso es un acto de trámite como la exclusión del recurrente del procedimiento de contratación, aquí el interés en la suspensión es más claro puesto que la estimación del recurso determinará en definitiva que su oferta sea valorada, lo que sin duda debe producirse durante el procedimiento de licitación y no una vez finalizado este.

Y por último si el acto recurrido es la resolución de adjudicación, la suspensión de la misma evitará la formalización del contrato y en caso de estimación del recurso se deberá dictar una nueva resolución de adjudicación quizá incluso a favor del recurrente.

Por todo ello, la suspensión cautelar de los procedimientos de contratación derivada de la interposición del recurso es esencial para, como indica el artículo 2 de la Directiva 89/665 “corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores”.

La pieza clave de este recurso es la *independencia del órgano* que ha de resolverlo y ésta queda garantizada cuanto mayor sea la distancia del órgano competente para su resolución respecto al órgano de contratación que dicta el acto objeto del recurso.

JUNTAS CONSULTIVAS DE CONTRATACIÓN

Las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa son unos órganos consultivos cuyo origen, y por tanto indudable utilidad, se remonta al año 1960.

En España contamos con un total de catorce juntas consultivas, una estatal, y trece autonómicas, que solo tienen competencia sobre su ámbito territorial.

Las juntas son órganos colegiados integrados por personas -en su mayoría funcionarios- con amplios conocimientos y cualificación en el ámbito de la contratación pública y el derecho administrativo.

Esa función consultiva o de referencia en el ámbito de la contratación pública se materializa a través de informes y recomendaciones que constituyen una guía, una referencia sólida, una opinión cualificada sobre aquellas normas de la contratación pública que suscitan dudas o complicaciones en su aplicación práctica.

A las Juntas Consultivas solo pueden plantear cuestiones, o dudas, las mismas administraciones públicas que aplican la Ley de Contratos del Sector Público, y también las organizaciones empresariales.

Aunque esas cuestiones que se les planteen no deben ser sobre aspectos concretos de expedientes concretos.

Las juntas no son juzgados, son órganos consultivos, y por eso resuelven y emiten sus informes en torno a cuestiones generales que puedan resultar útiles o esclarecedoras con carácter general.

Hay que tener en cuenta y en buena consideración los informes y recomendaciones de las juntas consultivas, aunque siendo conscientes de que no vinculan ni obligan, si son tenidos en cuenta como fundamentación a la hora de recurrir en los tribunales.

7. NORMATIVA

7.1. Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público

Nos centramos en la actual legislación que rige la contratación pública que es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

El motivo determinante de la Ley es la transposición de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos, y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos.

En esta normativa es donde tenemos que centrar el caso que nos ocupa relativo a la retirada de oferta justificada, en concreto en los artículos siguientes que nos van a clarificar la forma de resolver el caso:

Artículo 150 en su apartado 2 y relativo a la clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato establece:

2. 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.

El artículo 158 regula la retirada justificada de la oferta:

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.

7.2. Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones

- Reproduce fielmente la estructura de la ley de Contratos a la que desarrolla.

- Sin embargo, no todos los preceptos de la ley son objeto de desarrollo reglamentario porque no lo necesitan.

- El nuevo Reglamento abandona el anterior sistema del Reglamento de 1975 de reproducir íntegramente en su texto el de la ley de Contratos del Estado.

El artículo 62 es fundamental para nuestro caso:

ARTÍCULO 62 Efectos de la retirada de la proposición, de la falta de constitución de garantía definitiva o de la falta de formalización del contrato respecto de la garantía provisional.

1. **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.

2. A efectos del apartado anterior, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley, 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**.

Y otro artículo que es fundamental y exige que la retirada ha de ser justificada. Artículo 80 en su punto 5:

(...) **Una vez entregada** o remitida la documentación, **no puede ser retirada, salvo que la retirada de la proposición sea justificada**. Terminado el plazo de recepción, los jefes de las oficinas receptoras expedirán certificación relacionada de la documentación recibida o de la ausencia de licitadores, en su caso, la que juntamente con aquélla remitirán al Secretario de la mesa de contratación o al órgano de contratación cuando en los supuestos en que se adjudique el contrato por procedimiento negociado no se constituya la misma.

Aquí se encuentra el principio y obligación para el contratista de seriedad y mantenimiento de la oferta ampliamente desarrollado por la jurisprudencia.

7.3. La nueva directiva

Las nuevas directivas vienen a sustituir a la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y Directiva 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, aprobadas hace ahora una década, y que fueron transpuestas al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público posteriormente derogada y sustituida por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, respectivamente.

Con las vigentes Directivas, la Unión Europea ha dado por concluido un proceso de revisión y modernización de las normas actuales sobre contratación pública, que debería permitir incrementar la eficiencia del gasto

público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública. De igual modo se persigue que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes. A todo ello se sumaba la necesidad de aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar diversos aspectos resaltados por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de contratación pública.

8. JURISPRUDENCIA

8.1. Recursos números 1809 y 1824 /2021 Resolución N° 15/2022 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

En esta Resolución, vemos claramente unas retiradas de ofertas No justificadas.

Se trata de una licitación en lotes, a la hora de adjudicar en tiempo y forma por parte del órgano de Administración, las adjudicatarias de los lotes 1 y 2, retiran sus ofertas al amparo de la regla "rebus sic stantibus", puesto que a la parte contratante se le hace excesivamente oneroso y de imposible cumplimiento, el objeto principal del contrato, que asumir un riesgo extremo, excepcional y de tal entidad que provoque y ponga en riesgo la propia supervivencia de la empresa y de los puestos de trabajo, por causas suficientemente explicadas y por todos sobradamente conocidas, derivadas de una pandemia mundial, que ha alterado de manera notable los precios de los productos en muy corto espacio de tiempo.

Añadiendo a esto que no se penalice por tanto con el 3 por ciento del precio base de licitación, iva excluido contra la garantía provisional, y no se aplique la prohibición para contratar con la Administración.

El órgano de contratación, por su parte, alega además que en ese caso, las circunstancias que expone la empresa recurrente tendrían más que ver con la figura que tradicionalmente se conoce como riesgo y ventura del licitador, que con las que se exigen para contemplar la cláusula Rebus sic Stantibus.

El tribunal considera que, como regla general, no es aplicable en la fase de preparación y adjudicación del contrato, la cláusula rebus sic stantibus por la mayor onerosidad del contrato, según afirman las recurrentes respecto de la propia oferta que ellas presentaron. Lo cierto es que, como afirma el órgano de contratación, las empresas asumieron en su oferta económica los

posibles perjuicios económicos que la adjudicación del contrato, en los términos económicos ofertados, podría ocasionarles en su ejecución e incluso ofrecieron una baja al presupuesto de licitación, como se ha expuesto anteriormente.

No ha lugar en ningún caso por lo tanto a considerar la cláusula rebus sic stantibus cuando las propias empresas fueron las que presentaron las citadas ofertas económicas que les vinculan jurídicamente. De lo contrario, se produciría una grave disfunción del procedimiento de adjudicación si una empresa, tras presentar la oferta económica, y siendo adjudicataria del contrato, alegara contra sus propios actos que las prestaciones son excesivamente onerosas y la retirara.

8.2. Recurso nº 222/2019 Resolución nº 165/2019 Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid resolvió con claridad un recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo en Pleno del Ayuntamiento, que tiene por retirada la oferta presentada por la recurrente y acuerda incautar la garantía provisional constituida e iniciar expediente para la prohibición para contratar (Resolución nº 165/2019, de 8 de mayo).

En fecha 13 de diciembre, la empresa recurrente presenta escrito solicitando la retirada de la oferta ante la imposibilidad de mantener los precios ofertados hace más de 7 meses, cumpliendo con el requisito de mantener la oferta vigente los 2 meses exigidos legalmente desde la apertura de las proposiciones y solicitando la devolución de la garantía provisional depositada por importe de 10.000 euros.

El Acuerdo en Pleno del Ayuntamiento en sesión ordinaria celebrado el 30 de enero de 2019, entre otros adoptó el Acuerdo cuya parte dispositiva dice: "5º.- Adjudicación, mediante procedimiento abierto, sujeto a regularización armonizada del contrato de Suministro de energía (...)", notificada en fecha 22 de marzo de 2019. Tienen por retirada la oferta presentada por la licitadora y acuerdan incautar la garantía provisional constituida e iniciar expediente para la prohibición para contratar con el Ayuntamiento, actuaciones contra las que se recurre.

Aduce la recurrente que la retirada de su proposición, que siguió a la del primer adjudicatario, estaba justificada y amparada en el artículo 158 de la

LCSP. Estaba justificada la retirada de la oferta porque “la adjudicación se ha dilatado tanto en el tiempo, que en el momento de producirse la propuesta de adjudicación en favor de la recurrente (31 de octubre de 2018 notificada a fecha 11 de diciembre) resulta inviable mantener los precios ofertados en su día (20 de abril de 2018 fecha de oferta), casi 8 meses después. Y se encuentra amparada en el artículo 158 de la LCSP, según la recurrente, que transcribe:

“Artículo 158.2. 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 2 meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiera establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Artículo 158.4. 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”.

Por su parte el órgano de contratación motiva la incautación en los artículos 151 y 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aplicable al presente contrato a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Añadiendo la siguiente motivación:

“En cuanto a los efectos del escrito remitido por el licitador si bien el contratista debe mantener su oferta durante 2 meses, dicho mantenimiento se considera vigente siempre y cuando el contratista no haya retirado la misma.

Por lo tanto durante el periodo de dos meses el contratista no puede retirar su oferta sin penalización; en cambio una vez transcurrido dicho plazo está facultado para retirar la misma sin penalización alguna. No habiendo retirado su oferta, la misma se encontraba plenamente en vigor, como el resto de ofertas presentadas y no retiradas, por lo que la retirada supone incautación de la garantía provisional depositada, conforme indicaba el pliego de cláusulas administrativas particulares (...).”

En definitiva, el órgano de contratación señala que no habiendo hecho ejercicio de su derecho a retirar la oferta la garantía se encontraba plenamente vigente, en el momento de su incautación.

El órgano de contratación alega que el recurrente “optó por no retirar su oferta cuando estaba facultado para ello (el requerimiento de documentación para la adjudicación a su favor se produjo el día 11 de diciembre de 2018, cuando la apertura de la oferta tuvo lugar el día 18 de mayo de 2018. El adjudicatario pudo retirar su oferta a partir del día 18 de julio de 2018 (cuando se cumplieron los 2 meses), y no fue hasta que fue requerido para aportar la documentación (11 de diciembre de 2018) cuando manifestó su renuncia al mismo. El recurrente pudo hacer valer el motivo indicado en la Ley en el plazo transcurrido entre el 18 de julio de 2018 y la fecha en que le fue requerida la documentación para la, y no con posterioridad a dicha fecha, ya que, al no hacerlo mantenía su oferta.”

Entrando en el fondo del asunto el Tribunal expone que, en primer término el artículo 158 de la LCSP expresa un plazo de mantenimiento de la oferta obligatorio, que es 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), pero no un límite temporal para poder retirar las proposiciones y con ello la garantía provisional “un dies ad quem”, que tampoco se somete a condición alguna.

Por “proposiciones” a tenor del punto 1 que computa desde la apertura de las proposiciones económicas, debe entenderse el acto público de apertura de las ofertas. Cuando la proposición se contenga en más de un sobre o archivo susceptibles de apertura en actos independientes el cómputo se inicia desde el primer acto de apertura.

El acto público de la apertura de las ofertas económicas tuvo lugar el 18 de mayo, de modo tal que cuando se propone a la recurrente la presentación de la documentación como clasificada en segundo lugar en fecha 11 de diciembre, habían transcurrido casi siete meses desde esa apertura, cinco más de los requeridos para poder retirar su proposición.

El acuerdo de adjudicación fue notificado a todos los licitadores en fecha 29 de agosto de 2018 y hasta la fecha 18 de octubre no presenta retirada de su proposición la clasificada en primer lugar, cosa que hace cuando es notificada para formalizar el contrato, y casi sin solución de continuidad se requiere a la segunda clasificada, hoy recurrente, la documentación.

Siendo estas las circunstancias, la recurrente no tiene razón para retirar su proposición entre el 28 de agosto y el 11 de diciembre si no es propuesta como adjudicataria, puesto que no tiene necesidad de hacerlo, al no ser

adjudicataria. Y antes de la primera fecha, había transcurrido un mes desde el transcurso de dos meses de la apertura de las proposiciones económicas.

Siendo esto así, los precios que podían resultar admisibles, según las condiciones del mercado de hidrocarburos en julio de 2018 no necesariamente lo son a fecha 11 de diciembre, cuando se le requiera de presentar la documentación. Según su recurso en fecha 13 de diciembre solicitan la retirada de su proposición, inmediatamente de haber sido requeridos, habiendo transcurrido el plazo de siete meses desde la apertura de las proposiciones. Este plazo debe tenerse como bueno, es decir, comunican la retirada tan pronto son requeridos para presentar la documentación y simultáneamente tienen conocimiento de que son adjudicatarios por renuncia del clasificado en primer lugar.

En segundo lugar, aunque la LCSP no contiene una regulación idéntica al TRLCSP, si cabe entender que la posibilidad de retirar la proposición sin penalización transcurrido el plazo de dos meses desde la apertura de las proposiciones sin adjudicación se regula de forma similar. Actualmente, el artículo 106.4 de la LCSP únicamente dispone que “la garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la perfección del contrato. En todo caso, la garantía provisional se devolverá al licitador seleccionado como adjudicatario cuando haya constituido la garantía definitiva, pudiendo aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a una nueva constitución de esta última”.

Mientras, la anterior normativa (TRLCSPP) señalaba que “la garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación del contrato. En todo caso, la garantía será retenida al licitador cuya proposición hubiera sido seleccionada para la adjudicación hasta que proceda a la constitución de la garantía definitiva, e incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación”. Es decir, requería una justificación para la retirada de la proposición y en su consecuencia de la garantía.

No obstante, el mero transcurso del plazo de dos meses sin adjudicar el contrato tras la apertura de las proposiciones tanto en la redacción vigente como en la anterior es causa suficiente de justificación para poder retirar la proposición y, con ello la garantía, no existiendo límite temporal o condición para ejercer este derecho.

En el TRLCSP se contenía la misma disposición sobre posibilidad de retirar las proposiciones, sin sujeción a plazo o condición.

“161.2. Cuando para la adjudicación del contrato deba tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, 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.

4. De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición”.

En definitiva, no puede compartirse la argumentación del Ayuntamiento de que no podía retirar su proposición y con ella la garantía, porque estaba vigente cuando es requerido para presentar la documentación, habida cuenta la Ley no establece límite o plazo para hacerlo. Establece el día a partir del cual puede retirarse, pero no fecha final para hacerlo. Este derecho constituye una excepción a la obligación de mantener la garantía provisional hasta la formalización del contrato, careciendo de sentido en otro caso. Por todo lo expuesto procede la estimación del recurso.

8.3. STSJ M 5461/2021 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo Contencioso-Administrativo

En esta sentencia, se presenta un supuesto de imposición de penalidades con motivo de la retirada de oferta, indicando el tribunal que la redacción dada por la LCSP, tanto en el artículo 150.2 como en el 153.4, para los supuestos en que no se llegue a "adjudicar" o a "formalizar" el contrato, tiene la misma regulación, salvando las distancias del diferente tipo de acto, aunque en ambos casos con carácter previo al perfeccionamiento del contrato que se produce con la formalización, como dispone el artículo 36.1 de la LCSP .

Así en ambos supuestos procede seguir la tramitación de la adjudicación con el siguiente licitador por el orden de clasificación de las ofertas, con el requerimiento de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos que los pliegos hayan exigido para contratar. Y sin que exista duda interpretativa en cuanto a que una vez transcurridos los plazos o retirada expresamente la oferta por el licitador o adjudicatario procede exigir la penalidad del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, pero siempre que la causa sea imputable al adjudicatario o que la retirada sea injustificada. En el presente supuesto el tribunal coincide con el criterio mantenido por las

Juntas Consultivas de Canarias y del Sector Público en los informes 2/2013 y 35/19, respectivamente, estimando que dado que se han producido circunstancias sobrevenidas, ajenas a la voluntad de las partes, que en su caso pudieran llegar a incidir en los costes de ejecución del contrato, no por aplicación de lo dispuesto en la Legislación contractual pero si derivadas de la aplicación de la legislación laboral, procede aceptar la retirada de la oferta presentada por la adjudicataria con devolución de la garantía definitiva por entender no imputable a sea la no formalización del contrato.

8.4. Recurso nº 1921/2021 C. Valenciana 424/2021 Resolución nº 159/2022 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

Aquí el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, resuelve un recurso especial, en el caso de una empresa que presentó escrito al órgano de contratación en el que comunicaba que no aportaría la documentación requerida y que retiraba la oferta presentada en su día, alegando que han transcurrido más de dos años desde la apertura de las proposiciones, lo que, unido a la tendencia alcista de los costes en el sector, hace imposible mantener los precios ofertados en su momento (febrero de 2019), por lo que retira su oferta para que el órgano de contratación pueda efectuar propuesta de adjudicación al siguiente licitador, el órgano de contratación por su parte tras esta retirada de oferta adoptó acuerdo requiriendo a la Mercantil para que en el plazo establecido en el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, ingresara al órgano de contratación la cantidad de 100.389,91 €, correspondiente al 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido.

Contra dicho acuerdo la mercantil interpone recurso especial en materia de contratación alegando, en síntesis, la nulidad de aquél, por entender que su actuación quedaba amparada por el artículo 158.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Resuelve el Tribunal de forma favorable al contratista, en base a la siguiente articulación jurídica:

El artículo 158 LCSP fija únicamente un dies a quo, o si por el contrario dicho precepto debe interpretarse en sintonía con el artículo 150.2 LCSP (fundamento jurídico de la penalidad impuesta y aquí controvertido), en el sentido de entender que, una vez propuesta la adjudicación por parte del órgano de contratación, no procede hacer uso del derecho que recoge el mencionado precepto. Invoca para ello el órgano de contratación el

principio de vinculación por los actos propios, entendiendo que, si la recurrente ha mantenido su oferta, actuaría en contra de sus propios actos al retirarla, a su juicio, intempestivamente.

Pues bien, visto el tenor de la legislación aplicable, a criterio del 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 tribunal establece que resulta evidente que la configuración que realiza el artículo 150.2 LCSP resulta necesaria con el fin de garantizar la seriedad en el mantenimiento de la proposición presentada evitando que, de manera injustificada y atentando contra la buena fe y la confianza legítima de las partes intervinientes en la adjudicación de un contrato, el que ha sido propuesto como adjudicatario, incumpliendo el deber impuesto en el citado precepto, retire su oferta, con los consiguientes daños o perjuicios que se causan tanto al órgano de contratación como al interés público derivados de dicha retirada que, además, supone el consiguiente retraso en la adjudicación o a veces, determina, incluso, que siendo la única oferta presentada la suya, provoque el desistimiento del contrato por parte del órgano de contratación.

Ahora bien, continua el tribunal diciendo que habrá de analizarse en este caso, si concurre alguna causa que puede justificar que no se “cumplimente adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado”, como dispone el artículo 150.2 LCSP. En este sentido, la recurrente alega como causa justificativa para no cumplimentar el requerimiento que tiene derecho a la retirada de su oferta por haberse rebasado el plazo máximo que se le impone al órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 158 LCSP, para adjudicar el contrato.

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: “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 ésta”.

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 órgano de contratación, 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.

Añade el Tribunal que, esta retirada de 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, 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.

8.5. Informe 11/2011 de 4 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

Este informe es importante porque aquí aclara las consecuencias jurídicas de adjudicar el contrato, una vez transcurrido el plazo de los cinco días a que se refiere el artículo 150.3 LCSP.

Este informe es relevante para la resolución del caso que nos ocupa.

La regla general es que, la infracción por la Administración de los plazos establecidos en las normas, no constituye más que una irregularidad no invalidante.

El plazo para adjudicar no es un plazo esencial, pues concurre un interés público más intenso, la satisfacción del concreto interés público al que se dirige la prestación que constituye el objeto del contrato, que justifica que el tiempo de cinco días hábiles para adjudicar, no comporta relevancia alguna en el ejercicio de la potestad administrativa, pues, en otro caso podrían quedar afectados los intereses generales a los que sirve la potestad de contratación. Sin perjuicio del derecho de los licitadores a retirar su proposición si no se produce la adjudicación en dicho plazo.

Es aquí donde encontramos la base jurídica fundamental para la resolución del caso a resolver.

9. RESOLUCIÓN DEL CASO

8.1 PROCEDIMIENTO A SEGUIR

Pablo, mi cliente viene con toda la documentación necesaria para poder estudiar el caso:

- Anuncio de licitación
- Pliegos
- Notificaciones de apertura de sobres
- Notificación de propuesta de adjudicación
- Justificante de entrega de documentación y de la garantía definitiva presentada al órgano de contratación.

Lo primero que tenemos que revisar son los plazos, la legislación en materia de contratación pública como se ha explicado permite la retirada de oferta, considerando esta como justificada en determinados casos.

De la documentación aportada por el cliente tenemos los datos necesarios y serían los siguientes:

- **La obra** : Realización de un carril bici en la zona Delicias/Barrio España de Valladolid, procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación.
- **Fecha de publicación** en la Plataforma de Contratos del Sector Público de la licitación: 20 de septiembre de 2022
- **Fecha presentación de la oferta por SEVAL CONSTRUCCIONES S.L.**, 15 de octubre de 2022.
- **Fecha de apertura de sobres** que contienen las ofertas de los licitadores: 3 de noviembre de 2022, se realiza la apertura del sobre que contiene la documentación administrativa y el 28 de noviembre de 2022 se abre el sobre económico y criterios técnicos.
- **Fecha de propuesta de adjudicación** 29 de abril de 2023
- **Fecha de entrega de documentación y garantía:** 5 de mayo de 2023

8.1.1 AGOTAMIENTO DE LA VIA ADMINISTRATIVA

Comprobamos con claridad, el lapso de tiempo transcurrido para la propuesta de adjudicación, como hemos expuesto arriba, el artículo 158 de la LCSP, establece los plazos para adjudicar el contrato, plazos diferentes según la licitación tenga un solo criterio de adjudicación del contrato (precio), o sean varios criterios, siendo los plazos 15 días y dos meses respectivamente, con un plazo a mayores por ambos casos en el supuesto de que existan ofertas anormalmente bajas y el órgano de contratación tiene que solicitar su justificación.

Estos plazos mencionados se computan desde la apertura de los sobres que contienen las ofertas, estableciendo el artículo 158 de la LCSP, que si hay varios sobres que contienen la oferta, y estos se abren en fechas diferentes el plazo se computa desde el primer acto de apertura, en este caso por tanto:

- **Fecha de apertura de sobres** que contienen las ofertas de los licitadores: 3 de noviembre de 2022, se realiza la apertura del sobre que contiene la documentación administrativa y el 28 de noviembre de 2022 se abre el sobre económico y criterios técnicos.

El plazo a computar sería desde el 3 de noviembre de 2022, siendo la licitación mediante procedimiento abierto y con varios criterios el plazo para adjudicar sería de dos meses a contar desde el 3 de noviembre de 2022, pero si bien es cierto que el artículo 158, dice que salvo que los pliegos establezcan otro plazo, en este caso, los pliegos establecen un máximo de 3 meses para adjudicar.

No se añaden 15 días más porque en el presente caso no hubo ninguna oferta anormalmente baja que analizar.

Por la tanto la fecha máxima para adjudicar sería el 3 de febrero de 2023, realizándose la propuesta de adjudicación el 29 de abril de 2023.

Pues bien, el 158.4 LCSP reza lo siguiente: "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."

Vemos que este supuesto puede parecer que **NO SE CUMPLE** en el caso de mi cliente, ya que al recibir la propuesta de adjudicación tardía, mi cliente no renuncia de forma voluntaria en ese preciso momento, no opta por ello y entrega la documentación requerida en tiempo y forma, dando así por válida la propuesta, pero como veremos en este dictamen, este artículo si podrá aplicarse al caso, al no establecer el dies ad quem de la retirada de oferta.

De la lectura de los pliegos que rigen la licitación, y recordando que los mismos son la "*ley del contrato*", en la cláusula 18 se establece que "(...)el órgano de contratación adjudicará el contrato a los 5 días hábiles de recibir la documentación solicitada al propuesto como adjudicatario".

Esto nos lleva a repasar los supuestos de retirada justificada encontramos el establecido en el artículo 150, en el que aparece otro plazo que parece que nos encaja más.

Estableciéndose como hemos expuesto en el mencionado artículo 150.3 de la LCSP, que una vez recibida esta documentación el órgano de contratación deberá **adjudicar el contrato a los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la misma.**

Vemos que no sólo el órgano de contratación incumple preceptos legales sino que también el clausulado de los pliegos, los cuales tienen naturaleza contractual (Lex contractus) y vinculan en todo momento a ambas partes.

Lo que es cierto, es que la Ley no establece que consecuencia tiene que este acto debido de adjudicación no se de en el plazo establecido al efecto.

Es por tanto, la Doctrina y jurisprudencia la que ha solventado este vacío legal estableciendo la retirada justificada de la oferta por el legislador, cuando el propuesto como adjudicatario entrega en plazo y forma la documentación solicitada por la administración contratante, y esta no adjudica formalmente el contrato en el plazo de esos 5 días hábiles.

Pues bien, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y en concreto las Resoluciones 931/2015; 915/2015; 397/2013, expresan que “*La única consecuencia que la Ley establece de no cumplirse los plazos señalados, es el **derecho de los licitadores a retirar su proposición**, sin incurrir por ello en la causa de prohibición para contratar prevista en el RDLeg 3/2011 art. 60.2- actual LCSP art. 71- y sin perder la garantía provisional que, en su caso, hubiesen prestado. Así pues la falta del cumplimiento del plazo por el órgano de Contratación no constituye infracción del procedimiento que pueda ser invocada para fundar su anulación*”.

Establecen los informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, como por ejemplo **Informe 11/2011, de 4 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón**, relativo al: Régimen jurídico de la delegación de competencias, en materia de contratación pública, del pleno de un ayuntamiento a favor de otros órganos municipales y **consecuencias de la resolución tardía de la adjudicación**, que el transcurso del plazo de 5 días legalmente previsto no implica la invalidez del acto si no que constituye una irregularidad no invalidante:

(...)“La regla general es que, la infracción por la Administración de los plazos establecidos en las normas, no constituye más que una irregularidad no invalidante. En este sentido, el artículo 63.3 LRJPAC establece que: «La realización de actuaciones administrativas, fuera del tiempo establecido para ellas, sólo implicará la anulabilidad del acto, cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo».

La potestad de adjudicación del contrato no se halla sometida a ningún tipo de plazo preclusivo, o régimen de caducidad, por ello, el transcurso del plazo de su ejercicio no implica la invalidez de su actuación.

El plazo que fija el artículo 135.3 Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP), no es un plazo esencial, pues concurre un interés público más intenso —la satisfacción del concreto interés público al que se dirige la prestación que constituye el objeto del contrato—, que justifica que el tiempo — el plazo de cinco días hábiles—, no comporte relevancia alguna en el ejercicio de

la potestad administrativa, pues, en otro caso, podrían quedar afectados los intereses generales a los que sirve la potestad de contratación. Sin perjuicio del derecho de los licitadores a retirar su proposición si no se produce la adjudicación, en la forma prevista en el artículo 145.4 LCSP.”

Por tanto, es aquí donde podemos basar nuestro escrito de retirada de oferta justificada ya que, desde el 5 de mayo de 2023, fecha en que mi cliente como propuesto adjudicatario, entregó la documentación requerida establecida en el 140 de la LCSP (documentación acreditativa de los documentos previos), junto con la garantía prevista, no se ha producido aún la adjudicación del contrato.

Han pasado más de 5 días hábiles, desde el 5 de mayo de 2023 hasta la fecha actual en el mes de octubre de 2023, y concretamente más de 5 meses.

Por ello el primer paso **EN VIA ADMINISTRATIVA**, es presentar un **escrito de retirada de oferta** basándonos en lo expuesto y que se recoge en el apartado de anexos de este Dictamen.

Una vez presentado el escrito de Retirada de oferta por parte del licitador, el Ayuntamiento de Valladolid se pronunciará mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, en el cual se resuelve, la aceptación de la renuncia o la denegación de la misma en la que se puede abrir un procedimiento para la imposición de la penalidad del 3% del precio de licitación.

En el caso de **denegación de la retirada de oferta**, cabría según el importe del contrato las siguientes vías:

- Recurso potestativo de reposición:

Es un instrumento por el cual los ciudadanos pueden recurrir las decisiones de la Administración Pública y permite revisar el acto administrativo por el mismo órgano que lo dictó, siempre que ponga fin a la vía administrativa, es potestativo y por tanto puede prescindirse de él e interponerse directamente el recurso contencioso - administrativo.

El plazo para interponerlo es de un mes si el acto es expreso, si no lo fuera, el solicitante podrá interponer en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

- Recurso especial en materia de contratación:

El recurso especial en materia de contratación es un recurso potestativo de naturaleza administrativa que puede interponerse contra actos concretos del procedimiento de contratación pública.

Al ser un recurso de carácter potestativo resulta no preceptiva su interposición, otorgando a la parte interesada la facultad de poder entablar directamente recurso contencioso-administrativo.

Para el caso de que se opte por su interposición, éste tiene como características el hecho de ser gratuito, de que será resuelto por órganos especializados e independientes que son los Tribunales Administrativos de contratación pública, antes explicados, tanto a nivel estatal como autonómico y que su resolución supondrá causar estado o poner fin a la vía administrativa.

El recurso especial en materia de contratación pública se encuentra regulado en el Capítulo V, Título I, del libro Primero de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (artículos 44 a 60), 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).

El plazo para interponerlo, según el artículo 50 de la LCSP es de 15 días, en este caso desde el día siguiente de la notificación del acuerdo de denegación de la retirada de oferta.

Para poder interponer este recurso hay que tener en cuenta que para el caso del contrato de obras la cuantía de este debe ser superior a 3 millones de euros, por tanto, no podemos utilizar esta vía.

El siguiente paso, en el supuesto de desestimar el recurso de reposición, sería la **VIA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA**:

- Recurso Contencioso-Administrativo

El recurso contencioso administrativo es una actuación de los particulares o de las entidades, corporaciones e instituciones de derecho público o de entidades que ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, en la que se demanda de la Jurisdicción contencioso-administrativa la declaración de no ser conforme a derecho y en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de las Administraciones Públicas.

Está regulado en la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Es una actividad impugnabile, los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, (como es el caso) ya sean definitivos o de trámite, si estos, deciden directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

El plazo para interponer el recurso contencioso- administrativo, en el caso que nos ocupa, es de dos meses contados del acto que ponga fin a la vía administrativa, si este acto es expreso, si es presunto el plazo será de seis meses, y se contará a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

Inicio: presentación del interesado.

Tramitación: Audiencia al recurrente y resto de interesados.

Terminación: El procedimiento concluirá con la estimación en todo o en parte, o con desestimación. El plazo de resolución según la Ley 39/2015: será de 1 mes.

Ejecución: actos y documentos encaminados a dar cumplimiento a la decisión del Órgano de Contratación.

En este caso que nos ocupa, en el supuesto de que en vía administrativa, mi cliente no obtuviera la aceptación de la retirada justificada de la oferta, si que le aconsejaría la vía contencioso-administrativa, ya que la jurisprudencia en este aspecto es clarísima y favorable, máxime por tratarse de un artículo el 158.4 de la LCSP, de aplicación ex lege.

10. CONCLUSIONES

Concluyo este dictamen, exponiendo que en general una retirada de oferta por parte de los licitadores antes de la adjudicación y antes de la formalización del contrato, debe considerarse **injustificada**, siendo esta tan solo poder considerarse justificada, en el supuesto de que el órgano de contratación supere los plazos para adjudicar o no se formalice el contrato en tiempo, por causas imputables al mismo.

EL Artículo 80 del RGLCAP, relativo a la forma de presentación de las proposiciones de los interesados, establece en su apartado 5 que "Una vez

entregada o remitida la documentación, no puede ser retirada, salvo que la retirada de la proposición sea justificada (...)

Por su parte, el artículo 62 RGLCAP regula los efectos de la retirada de la proposición, de la falta de constitución de garantía definitiva o de la falta de formalización del contrato respecto de la garantía provisional: “ 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”.

La LCSP establece cuál es el plazo que tienen los órganos de contratación para adjudicar los contratos, en su artículo 158, siendo 15 días para los casos en que la licitación contenga un solo criterio de adjudicación (el precio), o de dos meses si son varios los criterios de adjudicación.

Siendo la consecuencia del incumplimiento de dichos plazos por parte del órgano de contratación, la posibilidad del derecho del licitador a retirar su oferta y devolución de la garantía en caso de haberse constituido, establecido así en el 158.4 de la LCSP, y reiterado por la jurisprudencia.

- ✓ ¿Qué ocurre si la licitadora retira su oferta antes de la adjudicación del contrato?

Tal y como ya expuse, una vez presentada la oferta no puede retirarse la misma antes de la adjudicación (siempre que esta última se haya resuelto en plazo). En caso contrario, se considerará que la oferta ha sido retirada de forma injustificada.

- ✓ ¿Cuáles serían las consecuencias de esa retirada injustificada?

Conforme a lo dispuesto en el artículo 62.1 del RGLCAP y en el artículo 158.4 de la LCSP, ya citados, la retirada injustificada de la oferta conlleva la incautación de la garantía provisional, en caso de haber sido constituida esta. Adicionalmente, retirar una oferta sin justificarlo debidamente puede dar lugar a una prohibición de contratar como determina el artículo 71.2 a) de la LCSP siempre que el órgano de contratación considere que en la retirada ha mediado dolo, culpa o negligencia.

11. BIBLIOGRAFÍA

- Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público
- 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.
- Memento práctico Francis Lefebvre. Contratación Pública (Abogacía del Estado).
- www.Infonalia.es (Consultoría de licitación pública)
- www.vlex.es, app.vlex.com (base de datos jurídica)
- www.contratodeobras.com
- Juntas Consultivas de Contratación
- Tribunales Administrativos de Contratación Pública.

ANEXOS

AL AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID

Asunto: **Retirada de oferta** EXPEDIENTE 37/2022

D. Pablo Costa Gil, con DNI 71129060 P, actuando en representación de SEVAL CONSTRUCCIONES, S.L., domiciliada en c/ Venus, Nº 18 de Valladolid, y en relación al **expediente 37/2022**, para la contratación de las obras de **REALIZACIÓN DE UN CARRIL BICI EN LA ZONA DELICIAS/BARRIO ESPAÑA DE VALLADOLID**, procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, comparece y expone los siguientes

HECHOS

I.- Que con fecha de **20 de septiembre de 2022** se publica la convocatoria en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el anuncio para la licitación correspondiente a la **Contratación de las obras de REALIZACIÓN DE UN CARRIL BICI EN LA ZONA DELICIAS/BARRIO ESPAÑA DE VALLADOLID**, con presupuesto base de licitación de 1.869.072,46 Euros y mediante procedimiento abierto no armonizado y con pluralidad de criterios de adjudicación.

II.- Que la entidad a la que represento, licitó y presentó su oferta el **15 de octubre de 2022** a la obra de referencia, y con fecha de **3 de noviembre de 2022**, se procede a la apertura del sobre que contiene la documentación Administrativa, para la calificación de los documentos presentados por los licitadores en sus proposiciones, el acta de la mesa se publica el 19 de noviembre de 2019, consideró que toda la documentación aportada por las empresas es correcta y conforme a lo establecido en el PCAP.

III.- Que con fecha **28 de noviembre de 2022**, la mesa de contratación realiza la apertura del sobre económico y los criterios técnicos y se dio lectura de las proposiciones económicas y de las proposiciones relativas a los criterios técnicos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, a los efectos de hacer públicas las mismas.

IV.- Finalmente, y ya con fecha de **29 de abril de 2023**, se notifica a esta parte la lectura del informe técnico de valoración así como la **propuesta de adjudicación** a favor de la empresa a la que represento.

En la mencionada propuesta de adjudicación se requiere a mi representada para que en el plazo de 10 días hábiles para aportar la documentación requerida así como constituir la **garantía** referida en la cláusula 15 del Pliego de cláusulas Administrativas Particulares que asciende a un importe de **61.570,25 euros**. Presentando la entidad a la que represento, SEVAL CONSTRUCCIONES, S.L., como empresa propuesta como adjudicataria la documentación y garantía en tiempo y forma.

Y en base a los hechos expuestos procedo a presentar las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERO.- El plazo para la adjudicación de los contratos es distinto según se tenga en cuenta en la licitación únicamente el precio o se tenga en cuenta una pluralidad de criterios.

El **artículo 158.2 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP)**, establece que *"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.**"*

En este caso que nos ocupa, la **cláusula 14: Adjudicación del Contrato**, de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el contrato de referencia establece: *"**La adjudicación del Contrato tendrá lugar en el plazo de tres (3) meses a contar desde la fecha de apertura de proposiciones, salvo que se establezca otro mayor en el apartado 8 del Anexo I. El plazo anterior se ampliará en quince (15) días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites establecidos para el caso de que se identifiquen proposiciones anormalmente bajas. De no producirse la adjudicación dentro del plazo señalado, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía."***

El último párrafo del artículo 158.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) establece que *"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"*.

Pues bien, este plazo de tres meses, (ampliado en 15 días hábiles, al haber sido identificadas proposiciones anormalmente bajas) establecido los Pliegos que rigen la licitación (Lex contractus), ha transcurrido con creces, ya que la apertura del primer sobre, fue con fecha de **3 de noviembre de 2022**, habiendo transcurrido por tanto más nueve meses desde dicha apertura.

SEGUNDO.- Por otra parte, el artículo **150.3** de la LCSP, reza lo siguiente *“Cumplimentado en tiempo y forma el requerimiento de aportación de documentación, el órgano de contratación debe **adjudicar el contrato a favor de la empresa requerida en el plazo de 5 días hábiles siguientes a la recepción de la documentación”***.

Pues bien como se ha expuesto en el apartado cuarto de los HECHOS del presente escrito, una vez notificada la propuesta de adjudicatario el día **29 de abril de 2023**, la entidad SEVAL CONSTRUCCIONES, S.L., **presentó conforme al mencionado artículo 150.2 de la LCSP, la documentación requerida** en tiempo y forma con fecha de **5 de mayo de 2023**, junto con el **documento acreditativo de constitución de la garantía definitiva, mediante aval** correspondiente, como se ha expuesto en los hechos.

Han transcurrido por tanto **cinco meses** (siendo el plazo legal de **5 días**) desde la presentación de la mencionada documentación sin que se haya procedido a la Adjudicación del contrato.

Establecen los informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, como por ejemplo **Informe 11/2011, de 4 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón**, relativo al: Régimen jurídico de la delegación de competencias, en materia de contratación pública, del pleno de un ayuntamiento a favor de otros órganos municipales y **consecuencias de la resolución tardía de la adjudicación**, que el transcurso del plazo de 5 días legalmente previsto no implica la invalidez del acto si no que constituye una irregularidad no invalidante:

(...)“La regla general es que, la infracción por la Administración de los plazos establecidos en las normas, no constituye más que una irregularidad no invalidante. En este sentido, el artículo 63.3 LRJPAC establece que: «La realización de actuaciones administrativas, fuera del tiempo establecido para ellas, sólo implicará la anulabilidad del acto, cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo».

La potestad de adjudicación del contrato no se halla sometida a ningún tipo de plazo preclusivo, o régimen de caducidad, por ello, el transcurso del plazo de su ejercicio no implica la invalidez de su actuación.

*El plazo que fija el artículo 135.3 Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP), no es un plazo esencial, pues concurre un interés público más intenso —la satisfacción del concreto interés público al que se dirige la prestación que constituye el objeto del contrato—, que justifica que el tiempo —el plazo de cinco días hábiles—, no comporte relevancia alguna en el ejercicio de la potestad administrativa, pues, en otro caso, podrían quedar afectados los intereses generales a los que sirve la potestad de contratación. **Sin perjuicio del derecho de los licitadores a retirar su proposición si no se produce la adjudicación, en la forma prevista en el artículo 145.4 LCSP.***

Además, establece el **Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid**, en su reciente **Resolución N°9/2019**, reitera lo establecido en Informe 11/2011, de 4 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, argumentado y establece que “(...)efectivamente la adjudicación del contrato se produjo transcurrido el plazo de 5 días hábiles a aquél en que se recibió la documentación administrativa, (...), circunstancia que le facilitaba solicitar **la retirada de su oferta y la devolución de la garantía**(...)”.

TERCERO.- Habiendo transcurrido por tanto sobradamente el plazo para adjudicar el contrato, según lo establecido en la **cláusula 14 de los Pliegos** que rigen la licitación de referencia así como el plazo establecido en el artículo **150.3 de la LCSP** y tal y como indica el mencionado **artículo 158 de la Ley de Contratos del Sector Público**, la entidad propuesta como adjudicataria a la que represento, no puede sostener la oferta presentada, y amparados por el artículo 158 de la actual ley, el cual finaliza con su apartado 4, estableciendo 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***”, por esto, la empresa a la que represento, entiende que es **acorde a derecho la retirada de la proposición** presentada del contrato de las obras de obras de MEJORA DEL ABASTECIMIENTO A PEZUELA DE LAS TORRES.

A mayor abundamiento, añadimos que establecen los Tribunales y en concreto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y en concreto las Resoluciones 931/2015; 915/2015; 397/2013, así como el Informe 11/2011 de la Junta Consultiva de Aragón, que “La única consecuencia que la Ley establece de no cumplirse los plazos señalados, es el **derecho de los licitadores a retirar su proposición**, sin incurrir por ello en la causa de prohibición para

contratar prevista en el RDLeg 3/2011 art. 60.2- actual LCSP art. 71- y sin perder la garantía provisional que, en su caso, hubiesen prestado. Así pues, la falta del cumplimiento del plazo por el órgano de Contratación no constituye infracción del procedimiento que pueda ser invocada para fundar su anulación”

CUARTO.- Por tanto, según lo expresado en el presente escrito, y en concreto por **el excesivo lapso de tiempo, sin haberse procedido a la adjudicación del contrato, NO nos es posible mantener la oferta** presentada en dicho procedimiento.

A este excesivo lapso de tiempo hemos de añadir el grave perjuicio que esta parte a la que represento está causando el **aumento desmesurado e imprevisible de los costes de materiales de obra.**

Por lo que, amparados y conforme a lo establecido en la **cláusula 14 de los Pliegos** de Cláusulas Particulares, así como en los artículos **150.3 y 158.4 de la LCSP** (expuestos en este escrito) , procedo **retirar la proposición** presentada en su día, por SEVAL CONSTRUCCIONES, S.L., empresa a la que represento.

Por lo expuesto,

SOLICITO

Tenga por presentado este escrito y aceptada la solicitud de **RETIRAR NUESTRA PROPOSICIÓN, en virtud de lo establecido en la cláusula 14 de los pliegos que rigen el contrato, así como en lo establecido en el artículo 158.4** de la LCSP, en el mencionado procedimiento, por el lapso de tiempo transcurrido, **sin producirse la adjudicación dentro del plazo legal establecido en el artículo 158.2 de la LCSP, así como los plazos establecidos en la cláusula 14 de los pliegos (Lex contractus).** Y se proceda a su vez **a la devolución de la garantía** presentada mediante seguro de caución por cuantía de **SESENTA Y UN MIL QUINIENTOS SETENTA EUROS CON VEINTICINCO CÉNTIMOS (61.570, 25 €).**

En Valladolid a 11 de octubre de 2023.

Fdo. – Pablo Costa Gil