

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Interpretació de l'article 150.2 de la LCSP

25-04-2022

L'article 150.2 de la Llei de contractes del sector públic (LCSP) estableix que, un cop acabada la fase de valoració de les ofertes presentades, i un cop la mesa o, si no n'hi ha, l'òrgan de contractació ja ha classificat les ofertes per ordre decreixent, els serveis corresponents han de requerir al licitador que hagi presentat la millor oferta que, dins del termini marcat per la LCSP, presenti la documentació justificativa de les circumstàncies a què es refereixen les lletres *a-c* de l'apartat 1 de l'article 140 de la LCSP -si no l'han aportada amb anterioritat, tant el licitador com les altres empreses a les capacitats de les quals es recorri-, de disposar efectivament dels mitjans que s'hagin compromès a adscriure a l'execució del contracte i d'haver constituït la garantia definitiva.

En el supòsit que el licitador no acompleixi el requeriment en el termini assenyalat, s'entén que retira la seva oferta, i cal exigir-li l'import del 3% del pressupost base de licitació, IVA exclòs, en concepte de penalitat. Aquest import s'ha de fer efectiu contra la garantia provisional, si s'ha constituït, sens perjudici que es pugui imposar una prohibició de contractar. Aleshores cal demanar la mateixa documentació al licitador següent, per l'ordre en què hagin quedat classificades les ofertes.

De la literalitat de l'article, les conseqüències de no atendre aquest requeriment són nefastes per al licitador més ben classificat, ja que es produeix l'efecte automàtic d'entendre que ha retirat la seva oferta i és penalitzat amb un 3% del pressupost de licitació, i fins i tot se li pot imposar una prohibició per contractar.

La doctrina ha interpretat l'article 150.2 de la LCSP, així com els articles precedents a la norma vigent, d'una manera rigorosa, i ha donat lloc a uns resultats formalistes i injustos, ja que es negava al licitador la possibilitat d'esmenar els defectes en la resposta al requeriment només perquè la norma no disposava clarament aquesta possibilitat. D'aquesta manera, una vegada passat el termini atorgat per aportar la documentació sense que el licitador més ben classificat hi donés resposta, es descartava l'adjudicació a aquest licitador i s'adjudicava al següent licitador classificat, de manera que s'interpretava que si no contestava al requeriment es produïa automàticament l'efecte de considerar retirada l'oferta.

Els últims anys les interpretacions dels diferents tribunals especials en matèria de contractació han anat evolucionant i ja no es considera que aquests efectes i conseqüències establerts operen de manera automàtica sinó que actualment s'interpreta que un compliment defectuós d'aquest requeriment no es pot equiparar a un incompliment total i, per tant, no pot tenir els mateixos efectes i considerar-se sempre com una retirada de l'oferta.

La Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat (JCCPE), a l'[Informe 6/2021](#) admet que si l'incompliment del requeriment és una omisió formal o una resposta no completa, s'hauria d'ampliar el termini atorgat al licitador o donar un nou termini per esmenar la documentació aportada. Considera que l'aplicació del principi de concurrència exigeix que davant incompliments de caràcter formal i, per tant, esmenables, es pugui oferir al licitador la possibilitat de demostrar, sempre en un termini de temps que no perjudiqui l'interès públic, que veritablement compleix els requisits exigits. Considera també que l'exclusió del licitador que no ha acreditat un requisit del qual sí que disposa sense incórrer en negligència greu per la seva part, no només perjudica el licitador mateix sinó també l'entitat contractant, que es veu obligada a prescindir de la millor proposició per uns defectes que són merament formals i fàcilment esmenables. Ans al contrari, si el licitador no fa el mínim esforç per aportar la documentació exigida o de la documentació aportada deduïm clarament que el licitador no compleix algunes de les condicions que com a requisits previs exigeix la LCSP per poder ser adjudicatari, l'única solució és descartar la proposició, excloure'l de la licitació i requerir la documentació al segon classificat.

El Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC) arriba també a la mateixa conclusió en diverses resolucions. Concretament, la [Resolució 897/2020](#) diferencia entre:

- Si no es compleix en absolut el requeriment, s'ha de fer una interpretació restrictiva i estricta i donar per incomplerta totalment l'obligació i, consegüentment, donarà lloc a les conseqüències establertes en la llei.
- Si es compleix de manera parcial el requeriment, els tribunals han rectificat la seva doctrina ja que consideren que la interpretació correcta de l'article, de conformitat amb el seu objecte i amb la seva finalitat, exigeix admetre l'esmena dels defectes i les omissions en el termini de tres dies.

La [Resolució 747/2018 del TACRC](#) qualifica de dret subjectiu del licitador proposat com a adjudicatari que li concedeixin un tràmit d'esmena de la documentació presentada, ja que l'error és consubstancial a l'ésser humà i resulta desproporcionat rebutjar tot d'un plegat la millor oferta seleccionada pel fet de no haver presentat perfectament, en un primer moment, la gran quantitat de documentació exigida.

També el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP) segueix una línia antiformalista a l'hora d'aplicar l'article 150.2 de la LCSP, i així, la [Resolució 271/2021](#) estableix que s'ha d'interpretar lluny de tot formalisme excessiu que porti a no adjudicar el contracte a la millor oferta presentada –a més d'altres conseqüències altament perjudicials per a l'empresa proposada adjudicatària–, una vegada tramitat tot el procediment, per una mancança que l'empresa pot esmenar fàcilment.

Així doncs, un cop requerida la documentació a l'empresa més ben classificada, davant d'una manca de resposta o d'una resposta incompleta que pugui ser esmenada, s'hauria de tornar a requerir al licitador més ben classificat per donar-li una última oportunitat d'aportar la

documentació demanada i poder ser contractista, sense que això infringeixi el principi d'igualtat entre licitadors, atès que la possibilitat d'esmena és un tràmit obligat per part de les administracions públiques d'acord amb la normativa de procediment administratiu comú.

Segons l'article 150.2 de la LCSP, si el licitador no aconsegueix el requeriment s'entén que ha retirat la seva oferta, i cal exigir-li l'import del 3% del pressupost de licitació, en concepte de penalitat.

Un cop s'ha requerit la documentació al licitador proposat com a adjudicatari, si aquest no dona resposta o la resposta és incompleta, quins efectes ha de produir aquest incompliment? Com estan interpretant els tribunals l'expressió "s'entén que s'ha retirat l'oferta"? Sempre s'ha de considerar que el licitador ha retirat l'oferta i s'ha de penalitzar?

L'Informe de la JCCPE esmentat, tot i deixar clar que s'ha de donar la possibilitat al licitador requerit d'esmenar la resposta, confirma la interpretació literal de la norma i opina que si finalment el licitador no atén correctament el requeriment efectuat sempre s'ha de considerar que ha retirat l'oferta i s'ha d'aplicar automàticament la penalitat establerta. Sorprenentment, com ara veurem, aquesta interpretació és contrària a la que fan de l'article 150.2 tant el TACRC com el TCCSP.

La [Resolució 147/2021](#) del TCCSP estableix que quan ens trobem en aquest supòsit s'ha de tenir en compte que la decisió d'exclusió tardana per la manca d'acreditació de la solvència tècnica, no hauria de ser més greu per a les empreses licitadores pel fet de trobar-se en la fase de l'article 150.2 de la LCSP que si s'hagués consumat en la fase de l'article 140 de la LCSP (tot i que l'empresa va acceptar acreditar la solvència en la fase final mitjançant el compromís). A més a més, considera que respecte a les circumstàncies en què s'ha d'entendre que concorre l'expressió "s'entén que s'ha retirat l'oferta", cal recórrer a la doctrina més recent, que, lluny de tot formalisme extrem, entén que confiscar la garantia o imposar la penalitat només pot ser procedent en els casos en els quals l'empresa proposada com a adjudicatària retiri efectivament la seva oferta o demostrï un comportament inequívocament incomplidor de tot allò requerit en el sentit d'una voluntarietat d'incompliment.

Així mateix, la Resolució 747/2018 del TACRC determina els supòsits en què es pot apreciar l'existència de retirada de l'oferta per incompliment greu d'una obligació i deixa clar que no té sentit que després d'un procediment llarg per escollir l'oferta més avantatjosa, s'exclouï per un error en la documentació presentada.

Per poder equiparar aquesta conducta a la retirada injustificada de l'oferta, l'incompliment ha de ser total, en el sentit de no donar resposta al requeriment o donar resposta i no complir cap dels requisits. El TACRC estableix que l'efecte atribuït si es compleix defectuosament el que s'ha requerit ja no hauria de recaure sobre un no compliment sinó sobre un compliment defectuós, supòsit en el qual considera que no tindria cabuda afirmar que es produeix una retirada de l'oferta, i només s'hauria d'excloure l'oferta per incompliment del tràmit.

Destaquem la Resolució 439/2018 del TACRC, que diu que en el cas que el licitador proposat com a adjudicatari, requerit per acreditar els requisits pertinents per efectuar al seu favor l'adjudicació, no doni compliment de forma deguda al requeriment, la LCSP determina que s'ha de considerar que ha retirat la seva oferta a l'efecte de continuar el procediment i poder proposar i seleccionar com a adjudicatari un altre licitador, concretament el següent més ben classificat, sense que això signifiqui que sempre en aquesta situació s'hagi d'imposar la penalitat del 3%.

Així mateix, la doctrina considera que per poder imposar la penalitat del 3% com disposa la LCSP ha d'implicar que el licitador incompleixi voluntàriament el requeriment.

La Resolució 147/2021 del TCCSP conclou que no pot prosperar la imposició de la penalitat a l'empresa atès que no es desprèn de les actuacions dutes a terme per aquesta un ànim de retirar efectivament la seva oferta, ni d'incomplir inequívocament l'aportació de la documentació corresponent acreditativa de la solvència tècnica o professional. Al parer d'aquest Tribunal, aquest és el sentit de com s'ha d'interpretar l'expressió "s'entén que s'ha retirat l'oferta" de l'article 150.2 *in fine* de la LCSP.

La Resolució 747/2018 del TACRC encara va més enllà i entén que només és procedent imposar la penalitat del 3% quan l'incompliment dels requisits per ser adjudicatari és greu i clar i el licitador no ha actuat de bona fe i amb dol, culpa o negligència.

L'altra conseqüència d'aquest incompliment és l'apreciació d'una prohibició de contractar tal com disposa l'article 71.2.a de la LCSP, que estableix que són circumstàncies que impedeixen als empresaris contractar amb les entitats del sector públic haver retirat indegudament la seva proposició o candidatura en un procediment d'adjudicació, o haver impossibilitat l'adjudicació del contracte a favor seu pel fet de no d'acomplir el que estableix l'apartat 2 de l'article 150 de la LCSP dins del termini assenyalat mitjançant dol, culpa o negligència.

Sempre que l'òrgan de contractació ho consideri, pot imposar aquesta prohibició de contractar seguint el procediment que marca la llei, no de manera automàtica.

En conclusió, segons les últimes resolucions dels tribunals en matèria de contractació:

- La interpretació de l'article 150.2 de la LCSP ha de ser flexible i els efectes i les conseqüències d'incomplir el requeriment de documentació no han de ser tan automàtiques com es desprèn de la literalitat de l'article, sinó que s'ha de valorar cada cas concret, procurant sempre que es pugui mantenir l'adjudicació a la millor oferta.
- La mesa o l'òrgan de contractació, sempre que consideri que es pot esmenar la manca de resposta o la resposta incompleta al requeriment, ha de donar al licitador proposat com a adjudicatari la possibilitat de fer-ho.
- S'ha de considerar que s'ha retirat l'oferta i imposar la penalitat del 3% del pressupost de licitació quan l'incompliment sigui inequívoc i greu, i si de l'actuació del licitador no es desprèn aquesta mala fe en l'incompliment es pot excloure de la licitació sense ser penalitzat.



Èlia Vilaseca Arquès

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública