

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Dret dels licitadors a retirar les proposicions: article 158.4 de la LCSP

19-09-2024

L'article 158 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), estableix quin és el termini màxim de què disposa l'entitat contractant per adjudicar el contracte a partir de l'obertura de les proposicions. Aquest precepte és inclòs dins el conjunt de preceptes que aquesta Llei dedica al procediment obert, i fixa aquest termini en:

- Quinze dies naturals a comptar des de l'endemà de l'obertura de les proposicions, quan l'únic criteri per seleccionar l'adjudicatari sigui el preu, o
- Dos mesos (o el termini que s'hagi establert en el plec de clàusules administratives particulars), a comptar des de l'obertura de les proposicions, quan per a l'adjudicació del contracte s'hagin de tenir en compte una pluralitat de criteris o quan l'únic criteri utilitzable sigui el menor cost del cicle de vida.

L'apartat 4 de l'article 158 de la LCSP determina les conseqüències de l'incompliment d'aquests terminis legals –o de l'establert en el plec de clàusules administratives particulars–, i disposa que, si no té lloc l'adjudicació dins dels terminis assenyalats, els licitadors tenen **dret a retirar la seva proposta** i a la devolució de la garantia provisional, si n'hi ha. La raó per la qual la LCSP reconeix als licitadors el dret a retirar l'oferta pel fet de sobrepassar el termini en adjudicar el contracte, és el reconeixement que, si no es fes així, en algunes licitacions es podria provocar als licitadors un perjudici, perquè l'empresa hauria formulat la seva oferta en una data determinada –a partir d'un càlcul de costos conegut en el moment d'elaboració d'aquesta–, i a més comptant amb una determinada capacitat operativa de l'empresa en el moment en què prepara i presenta la seva oferta. Obligar les licitadores a mantenir la seva oferta indefinidament, fins que el procediment d'adjudicació culmini, podria generar pèrdues econòmiques i un daltabaix logístic a les empreses.

En relació amb la possibilitat de retirar les proposicions i els seus límits, s'ha pronunciat la **Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat (JCCPE)** el 2 de juliol de 2024 en l'**Informe 1/23**. La JCCPE considera que la interpretació de l'article 158 de la LCSP s'ha de fer en relació amb l'article 150.2 de la LCSP sobre el requeriment de la documentació acreditativa dels requisits previs al licitador que ha presentat la millor oferta, i n'extreu diverses conclusions, que considera fonamentals a l'efecte de delimitar l'abast del dret a retirar l'oferta:

- En primer lloc, i en el cas de contractes de les administracions públiques, la JCCPE considera que la LCSP fixa uns terminis obligatoris per a l'adjudicació en el procediment obert. Aquests terminis poden ser resultat del que estableix la norma legal o, en el cas que en l'adjudicació del contracte es valorin diversos criteris d'adjudicació o el cost del cicle de vida, del que s'ha pactat en el plec de clàusules administratives particulars.
- En segon lloc, considera que els terminis per dictar l'acord d'adjudicació i notificar-lo no han estat configurats pel legislador com a terminis essencials, l'incompliment dels quals justifiqui l'anul·labilitat de l'acte o la caducitat del procediment d'adjudicació (entre d'altres, cita les resolucions n. 994/2020, de 18 de setembre, n. 248/2015, de 13 de març, i n. 397/2014, de 23 de maig, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals).

Sobre la base d'aquestes consideracions, de l'Informe 1/2023 esmentat podem extreure diverses conclusions:

A partir de quin moment els licitadors poden exercir el dret de retirar les seves ofertes?

D'acord amb l'Informe 1/2023 de la JCCPE, el dret del licitador a retirar la seva proposició en empara del que disposa l'article 158.4 de la LCSP es pot exercir des del moment en què l'administració contractant incompleix el termini concedit per a l'adjudicació del contracte.

Fins quan poden exercir aquest dret els licitadors?

Els òrgans de resolució de recursos especials en matèria de contractació (entre d'altres, el TARC de la Junta d'Andalusia en la Resolució 380/2022, i el TACRC en la Resolució 159/2022), assenyalen que l'article 158 de la LCSP el que fa és establir un termini obligatori de manteniment de les proposicions, és a dir un *dies a quo* per a la seva retirada, però no un límit temporal per poder retirar les posicions, és a dir, un *dies ad quem*.

No obstant això, la JCCPE entén que els licitadors poden exercir el dret establert a l'article 158.4 de la LCSP fins al moment en què tingui lloc l'adjudicació del contracte, fins i tot quan aquesta adjudicació es produeixi de manera extemporània. A més, la JCCPE no parla de notificació de l'adjudicació, sinó de la data en la qual es dicta l'acte d'adjudicació, moment a partir del qual considera que els licitadors no poden exercir el dret a retirar les seves proposicions.

Què pot fer l'òrgan de contractació si el licitador exerceix aquest dret amb posterioritat a l'adjudicació del contracte?

La JCCPE interpreta que en el cas que l'adjudicatari d'un contracte retiri la seva proposició després que l'òrgan de contractació hagi adoptat la resolució o acord d'adjudicació del contracte, aquest ha d'aplicar el que disposa l'article 153.4 de la LCSP. D'aquesta manera, si el licitador no exerceix el seu dret dins de termini, ja no podrà fer-ho i, si ho fa, serà penalitzat i se li aplicarà l'article 153.4 de la LCSP, amb un 3% del pressupost base de licitació, IVA exclòs.

Si no s'ha dictat la resolució d'adjudicació dins del termini previst, l'òrgan de contractació pot aplicar penalitats?

La JCCPE considera que sí, ja que, com hem assenyalat, considera que els terminis previstos per adjudicar i notificar no són terminis essencials.

En un sentit diferent s'havia pronunciat amb anterioritat la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana en l'Informe 3/2023, de 9 de juny, en el qual va entendre que, malgrat que el contracte estava adjudicat, el fet que aquest encara no estigués formalitzat, per decisió de l'adjudicatari a conseqüència del temps transcorregut des que va presentar la seva oferta, no permet sancionar l'adjudicatari per la retirada de la seva oferta. En

aquest mateix sentit també es va pronunciar el Tribunal Administratiu de Contractació Pública de Madrid, en la Resolució 64/2020, en la qual va admetre la retirada de l'oferta sense cap penalització abans de la formalització del contracte, perquè va entendre que la causa que justificava la retirada de l'oferta no era imputable a l'adjudicatari sinó a determinades disposicions que van comportar un increment de preus que repercutia en l'execució del contracte. Quan es pot entendre que el licitador ha retirat la seva oferta? Cal justificació?

Els òrgans de resolució de recursos especials en matèria de contractació (entre d'altres, les resolucions n. 380/2022 del TARC de la Junta d'Andalusia i n. 159/2022 del TACRC), incideixen en el fet que no és admissible entendre que s'ha produït una renúncia tàcita del dret a retirar la proposició, ja que la renúncia de drets no es presumeix i ha de ser expressa, concloent i no subjecta a interpretació. Així mateix, recorden que la retirada de l'oferta no necessita cap justificació, atès que està lligada al compliment d'una circumstància objectiva com és l'incompliment del termini per acordar l'adjudicació del contracte.

Per la seva banda, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP), en la [Resolució 660/2023, de 20 de desembre](#), recorda que la doctrina més recent, lluny de tot formalisme extrem, entén que la confiscació de la garantia o la imposició de 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 el que es requereix en el sentit d'una voluntarietat d'incompliment (resolucions 140/2023, [147/2023](#) i 271/2021). Així mateix, recorda la doctrina del TACRC, que limita els supòsits en els quals es pot apreciar l'existència de retirada de l'oferta per incompliment greu d'una obligació als casos en els quals de les actuacions dutes a terme per l'empresa licitadora es desprèn una voluntat de retirar efectivament la seva oferta o d'incomplir inequívocament el requeriment *ex article 150.2* de la LCSP.

El TCCSP, en la [Resolució 318/2024](#), també s'ha pronunciat recentment respecte d'un supòsit que qualifica de compliment defectuós per part de l'empresa proposada com adjudicatària del tràmit de l'article 150.2 de la LCSP, perquè no ha acreditat el compliment dels requisits de capacitat requerits. El Tribunal considera que en aquest cas cal entendre que s'ha retirat l'oferta d'aquest licitador, però assenyala que cal modular les conseqüències previstes a la LCSP, ja que no estaríem davant d'un incompliment inequívoc, sinó d'un compliment defectuós i, en conseqüència, no considera ajustada a dret la imposició de la penalitat del 3%, malgrat que l'òrgan de contractació en aquest cas fins i tot va donar a l'empresa un termini d'esmena per tal que acredités el compliment dels requeriments previs.

En determinades licitacions públiques el termini de dos mesos establert a l'article 158 de la LCSP pot resultar molt breu, especialment si es planteja el sistema de dos tipus de criteris d'adjudicació continguts en dos sobres o arxius independents, ja que no es tracta només del mateix procés de valoració de les ofertes, sinó que també s'ha de tenir en compte el termini complementari final d'aportació de documentació, si escau, que ha de complir l'empresa proposada com a adjudicatària, d'acord amb l'article 150.2 de la LCSP. Sense oblidar que l'article 158.2 únicament preveu la possibilitat de fixar un termini més ampli en el supòsit d'adjudicació amb pluralitat de criteris, és recomanable que els òrgans de contractació analitzin en cada expedient si és necessari fixar en el plec de clàusules administratives particulars un termini més ampli.



Rosa Maldonado Camats

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda