

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

INFORME 3/2023, DE 9 DE JUNY DE 2023. RETIRADA JUSTIFICADA DE L'OFERTA. INAPLICACIÓ DE L'ARTICLE 154.3 DE L'LCSP.

ANTECEDENTS

En data 8 de maig de 2023, ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe de l'Ajuntament d'Elx , mitjançant la qual formula una consulta del següent tenor literal:

“Carlos González Serna, alcalde de l'Ajuntament d'Elx, actuant en nom i representació d'aquest, a la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana formule la següent consulta:

L'Ajuntament d'Elx ha licitat el contracte d'obres de construcció de centre social amb un pressupost base de licitació d'1.273.819,97 euros, tramitació ordinària i pels tràmits del procediment obert simplificat, i es conforma l'expedient segons les següents fites principals:

- Acord d'inici de la Junta de Govern Local de 12 de novembre de 2021
- Anunci de licitació publicat en la Plataforma de Contractació del Sector Públic el 15 de novembre de 2021
- Aprovació de nova documentació tècnica, publicació d'aquesta ampliació de termini de presentació d'ofertes fins al 22 de desembre de 2021, adoptat per acord de la JGL de 26 de novembre de 2021, i es publica un nou anunci en la PCSP el 30 de novembre.
- La Mesa de Contractació va procedir a l'obertura del sobre A de documentació administrativa i oferta de criteris de judici de valor el 3 de febrer de 2022. El 31 de març es va procedir a la valoració de criteris subjectius i obertura dels criteris avaluables automàticament.
- El 29 d'abril es va procedir a la valoració dels criteris avaluables automàticament, classificació, proposta d'adjudicació i requeriment de documentació a la mercantil proposta per a l'adjudicació. La classificació s'efectua per ordre decreixent de puntuació d'un total de 5 empreses, i ha sigut la número 1 una UTE.
- El 9 de juny la Mesa acorda que l'UTE proposada per a l'adjudicació procedisca a l'esmena de la documentació requerida, en aquest cas en relació amb els subcontractistes.
- L'acord d'adjudicació de la licitació en favor de l'UTE s'efectua el 12 d'agost de 2022, i es publica l'anunci d'adjudicació l'1 de setembre i es notifica a l'UTE el 5 de setembre. L'acord d'adjudicació concedia un termini de 15 dies següents a la notificació a fi que l'UTE adjudicatària aportara l'escriptura notarial de constitució de l'UTE en els termes continguts en el seu compromís de constitució.
- El 20 de setembre l'UTE aporta en Seu electrònica l'escriptura de constitució d'UTE i CIF d'aquesta.
- Amb data 26 de setembre es remet el contracte administratiu a fi de recaptar la corresponent signatura electrònica, sent rebutjat el 6 d'octubre.



- Amb data 17 d'octubre l'UTE presenta escrit pel qual renúncia a l'adjudicació del contracte d'obres, al·legant l'“imprevisible i desorbitat increment de les matèries primeres en el sector de la construcció des de la guerra d'Ucraïna, fet que agreuja l'increment desencadenat pel virus SARS-CoV-2, tot unit al lapse de temps transcorregut entre la presentació de l'oferta i l'adjudicació del contracte...”

- El 16 de desembre de 2022 la Junta de Govern Local acorda declarar sense efecte l'adjudicació per renúncia, excloent a l'UTE i Iniciar tràmit amb vista a l'aplicació de la conseqüència legal prevista en l'article 153.4, a fi de determinar l'existència o no de causa imputable a l'adjudicatari, pressupost de l'aplicació de la penalitat fixada en aquest precepte, als efectes del qual es concedeix a la licitadora UTE l el termini de 15 dies hàbils perquè formule les al·legacions o manifestacions que al seu dret poguera convindre.

- L'11 de gener de 2023 l'UTE formula al·legacions, que s'adjunten a aquest escrit, en les quals resumidament es refereix al termini màxim per a efectuar l'adjudicació de dos mesos previstos en l'article 158.2, i que en superar-lo es troba la mercantil facultada per a retirar la seua proposició, segons l'article 158.4, sent que l'Ajuntament va tardar més de sis mesos a efectuar l'adjudicació, per la qual cosa va efectuar la retirada de la seua oferta, per al que fins i tot no necessita cap motivació. Igualment sosté que no es compleixen els pressupostos necessaris per a imposar la penalitat de l'article 153.4 de l'LCSP, perquè ni la causa és imputable a l'adjudicatari ni l'Ajuntament ha acreditat que la retirada siga injustificada. Afig que la retirada de la seua oferta va tindre lloc per una causa objectiva per incomplir l'Administració el termini de dos mesos per a l'adjudicació. Les al·legacions estan basades en diferents resolucions de diferents tribunals administratius.

Finalment, la licitació del contracte d'obres s'ha adjudicat a l'últim dels licitadors presentats a aquesta, trobant-se el contracte a la signatura. Els licitadors 2 a 4 han retirat les seues ofertes sense que s'hagen establert conseqüències de cap mena per a aquests.

Davant els elements succintament descrits d'aquesta licitació, s'eleva consulta a la Junta Superior de Contractació de la Comunitat Valenciana en el següent sentit:

Aquest Ajuntament no qüestiona la possibilitat legal de retirada d'una oferta per part d'un licitador abans de l'adjudicació d'un contracte, així ho permet l'article 158.4 i és reconegut pels tribunals administratius en diferents resolucions.

No ens trobem en aquest supòsit, sinó en el que disposa l'article 153.4 que estableix que “Quan per causes imputables a l'adjudicatari no s'haguera formalitzat el contracte dins del termini indicat se li exigirà l'import del 3 per cent del pressupost base de licitació, IVA exclòs, en concepte de penalitat, que es farà efectiu en primer lloc contra la garantia definitiva, si s'haguera constituït, sense perjudici del que s'estableix en la lletra b) de l'apartat 2 de l'article 71”, i és que en l'expedient referit el licitador UTE proposat per a l'adjudicació ha realitzat totes les actuacions preceptives que han permés efectuar conformement a l'LCSP l'adjudicació del contracte. Fins i tot una vegada notificada ha presentat l'escriptura de constitució d'UTE i el CIF corresponent. I entre aquests actes només transcorren 15 dies (es notifica l'adjudicació el dia 5 de setembre i presenten l'escriptura d'UTE el dia 20 de setembre). La decisió de retirar l'oferta es produeix amb el rebuig a la signatura del contracte el 6 d'octubre.

Pot entendre's extensiva la doctrina dels tribunals administratius de retirada de l'oferta dels licitadors com una facultat dels mateixos més enllà de l'adjudicació i fins que no se subscriga el contracte per l'adjudicatari en els casos en què les licitacions superen el termini legal per a l'adjudicació?



Pot acollir-se com justificada la causa al·legada d'increment desorbitat de matèries primeres per a admetre les dificultats que en la d'execució de l'obra pel preu ofert podria comportar, i, per tant, la seua consideració de causa no imputable a l'adjudicatari per a eludir la imposició d'una penalitat econòmica important com en aquest cas, tenint en compte la renúncia a l'execució formulada pels tres següents classificats?

S'adjunta la següent documentació.

- Notificació de l'acord d'adjudicació
- Escrit de renúncia
- Notificació de l'acord d'exclusió i inici de tràmit per renúncia i nou requeriment de documentació a segon classificat
- Escrit d'al·legacions de l'UTE.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

L'article 158 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (d'ara en avant LCSP) disposa :

"1. Quan l'únic criteri per a seleccionar a l'adjudicatari del contracte siga el del preu, l'adjudicació haurà de recaure en el termini màxim de quinze dies a comptar des de l'endemà de l'obertura de les proposicions.

2. Quan per a l'adjudicació del contracte hagen de tindre's en compte una pluralitat de criteris, o utilitzant-se un únic criteri siga aquest el del menor cost del cycle de vida, el termini màxim per a efectuar l'adjudicació serà de dos mesos a comptar des de l'obertura de les proposicions, llevat que s'haguera establert un altre en el plec de clàusules administratives particulars.

Si la proposició es continguera en més d'un sobre o arxiu electrònic, de tal forma que aquests hagen d'obrir-se en diversos actes independents, el termini anterior es computarà des del primer acte d'obertura del sobre o arxiu electrònic que continga una part de la proposició.

3. Els terminis indicats en els apartats anteriors s'ampliaran en quinze dies hàbils quan siga necessari seguir els tràmits a què es refereix l'apartat 4 de l'article 149 de la present Llei.

4. En cas de no produir-se l'adjudicació dins dels terminis assenyalats, els licitadors tindran dret a retirar la seua proposició, i a la devolució de la garantia provisional, d'existir aquesta". (El subratllat és nostre).

El Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals en Resolució 159/2023, de 3 de febrer exposa:

..." el tenor de la legislació aplicable, a criteri d'aquest Tribunal la qüestió ha de ser examinada a la llum del principi de "on la llei no distingeix, l'intendent no ha de restringir". En efecte, no hi ha dubte i és incontrovertit que l'article 158 de la LCSP expressa un termini de manteniment de l'oferta obligatori de dos mesos des de l'obertura de les proposicions, i amb això un "dies a quo" per a la retirada de les proposicions (a partir dels dos mesos). No obstant això, no cal apreciar en la redacció de la llei un límit temporal per a poder retirar les proposicions, és a dir, "un dies ad quem", que tampoc se sotmet a cap condició.

De l'examen del plec de clàusules administratives que regeix la present contractació es conclou que en el mateix no es va establir un termini major al legalment previst. Pel que el temps transcorregut des de l'obertura del sobre Al fet que conté els criteris avaluable mitjançant judicis de valor en 9 de febrer de 2022 fins al 12 d'agost de 2022 adjudicació, notificada el 5 de setembre de 2022, excedeix el que es disposa en l'article 158.2 de la LCSP



No encerta a comprendre aquesta Junta la referència l'acord de la Junta de Govern Local de data de 16 de desembre de 2022 basada en l'article 153.4¹, havent atés el contractista els requeriments de documentació inclòs el contracte de formalització de l'UTE. Com que, tal com a ha assenyalat el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals en Resolució 298/2020, de 27 de febrer, entre altres, respecte de l'aplicació de l'article 153.4 " *Per tant, concorre en aquest cas el supòsit de fet que dona lloc a l'aplicació del precepte anterior, això és, la falta de formalització del contracte per causes imputables a l'adjudicatari com a conseqüència de no atendre el requeriment efectuat per l'òrgan de contractació conformement amb el punt 2.2.2 dels criteris d'adjudicació assenyalats en els PCAP. A més, aquest supòsit pot considerar-se anàleg al previst en l'article 150.2 de la LCSP de retirada de l'oferta, per la qual cosa poden aplicar-se els seus mateixos efectes.* " Pel que no s'estima causa alguna imputable al contractista per aquest precepte, sinó que més aviat aquest ha exercitat el seu dret previst en l'article 158.4

Així, el Tribunal esmentat en la mateixa Resolució indica:

..la retirada de l'oferta no necessita cap mena de justificació, ja que està lligada al compliment d'una circumstància objectiva, per això i sense entrar a valorar l'al·legació del recurrent referent a l'increment que han patit els costos que intervenen en l'execució del contracte que no tindrien incidència influent en el sentit de la resolució, la veritat és que una de les justificacions que l'article 158 LCSP atorgue un termini breu per a l'adjudicació del contracte i habilite en cas d'incompliment la possibilitat de retirar la proposició, radica, a la nostra manera de veure, que el licitador realitza la seua oferta en funció d'uns costos que coneix o ha de conèixer i pot, en certa manera, predir la seua evolució en un temps raonable des que presenta la seua proposició, però si l'adjudicació, per les raons que siguen, es dilata en el temps i màximament si es tracta d'un període tan prolongat, com el d'ara, és indubtable que l'escenari pot canviar transcendentalment i en aqueix cas, seria, si més no, desproporcionat, obligar a executar el contracte en aqueixes condicions i no donar l'opció de poder retirar l'oferta, abans, almenys, d'adjudicar-se el contracte.

Respecte a la segona qüestió no ha d'entrar a valorar aquesta Junta el motiu al·legat pel contractista, ja que fins i tot sense la justificació al·legada com hem vist, l'empresa ha exercit legalment el seu dret.

És clar l'increment de preus dels materials que hi ha hagut no escapa al coneixement d'aquesta Junta, la qual cosa va portar el Govern a dictar el Reial decret llei 3/2022, de 2 de març, sobre revisió extraordinària de preus en els contractes d'obra i l'Ordre HFP/1070/2022, de 8 de novembre, per la qual s'estableix la relació d'altres materials l'increment de cost dels quals haurà de tindre's en compte a l'efecte de la revisió excepcional de preus dels contractes d'obres prevista en el Reial decret llei 3/2022, d'1 de març.

És clar també que el retard a adjudicar un contracte pot afectar de manera decisiva en l'avaluació dels costos, màximament quan en el plec no s'ha previst un termini major que, conegut pels licitadors, haguera permès formular les seues ofertes en un altre sentit o no presentar-se a la licitació.

CONCLUSIONS

PRIMERA.- De l'examen del plec de clàusules administratives que va regir la present contractació es conclou que en aquest no es va establir un termini major al previst legalment per a l'adjudicació. Per la qual cosa el temps

¹ 4. Quan per causes imputables a l'adjudicatari no s'haguera formalitzat el contracte dins del termini indicat se li exigirà l'import del 3 per cent del pressupost base de licitació, IVA exclòs, en concepte de penalitat, que es farà efectiu en primer lloc contra la garantia definitiva, si s'haguera constituït, sense perjudici del que s'estableix en la lletra b) de l'apartat 2 de l'article 71.



transcorregut des de l'obertura del sobre que conté els criteris avaluable mitjançant judicis de valor fins a l'adjudicació excedeix del termini, per la qual cosa la retirada de l'oferta té plena justificació legal i ha exercitat l'UTE un dret legítim que respon al compliment d'una circumstància objectiva.

SEGONA .- Atés que el contractista ha complit tots els requeriments efectuats inclosa la constitució de l'UTE no hi ha causa que supose l'aplicació de l'article 154.3 de la LCSP, i per tant de la penalitat descrita en aquest.

El present Informe s'emeta a l'empara del que es disposa en els articles 2.1 i 9 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i tindrà caràcter no vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se al criteri de la Junta o apartant-se d'aquest, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.

LA SECRETÀRIA

VIST I PLAU DEL PRESIDENT
SOTSSECRETARI D'HISENDA I MODEL ECONÒMIC.

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data de