

Informe 9/2019, de 26 de febrero de 2020, sobre la imposición de la penalidad indicada en el artículo 150.2 LCSP al procedimiento abierto simplificado regulado en el artículo 159 LCSP.

I – ANTECEDENTES

El Presidente de la Diputación de Almería solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“ Según el artículo 150.2, párrafo segundo, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), relativo a la clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato:

“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”.

Según el artículo 159.4.f)4º, párrafo cuarto, de la LCSP, párrafo cuarto, de la LCSP, relativo al procedimiento abierto simplificado:

“En caso de que en el plazo otorgado al efecto el candidato propuesto como adjudicatario no presente la garantía definitiva, se efectuará propuesta de adjudicación a favor del siguiente candidato en puntuación, otorgándole el correspondiente plazo para constituir la citada garantía definitiva”.

Como puede observarse, en la regulación del artículo 150.2 de la LCSP, que se encuadra dentro de las normas generales para la adjudicación de los contratos, se establece una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en el caso de que el adjudicatario propuesto no cumplimente el correspondiente requerimiento. En cambio, en la regulación del artículo 159.4.f)4º, párrafo cuarto, que se encuadra dentro de la regulación específica del procedimiento abierto simplificado (donde, entre otras especialidades, no procede la constitución de garantía provisional), no se establece dicha penalidad.

En consecuencia, procedemos a realizar la siguiente consulta a la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía:

¿la imposición de la penalidad indicada en el artículo 150.2, párrafo segundo, de la LCSP es aplicable al procedimiento abierto simplificado regulado en el artículo 159 de la LCSP, o dicho artículo 159 establece una regulación específica completa para el caso de que el adjudicatario propuesto no presente garantía definitiva y, en consecuencia, no sería aplicable dicha penalidad en el procedimiento abierto simplificado?”.

II – INFORME

1- La Diputación de Almería formula una cuestión referida a la imposición de penalidad en caso de que el adjudicatario propuesto no presente la garantía definitiva, imposición prevista en el artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), interesándose por su aplicación o no al procedimiento abierto simplificado, en los siguientes términos:



“¿la imposición de la penalidad indicada en el artículo 150.2, párrafo segundo, de la LCSP es aplicable al procedimiento abierto simplificado regulado en el artículo 159 de la LCSP, o dicho artículo 159 establece una regulación específica completa para el caso de que el adjudicatario propuesto no presente garantía definitiva y, en consecuencia, no sería aplicable dicha penalidad en el procedimiento abierto simplificado?”

En primer lugar cabe señalar que el artículo 150 LCSP, relativo a la clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato se sitúa dentro del Libro Segundo “De los contratos de las Administraciones Públicas”, Título I “Disposiciones generales”, Sección 2ª “De la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas”, Subsección 1ª “normas generales”.

Es decir, este precepto se recoge dentro de las normas generales que regulan la clasificación de las ofertas y adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, con independencia del procedimiento de adjudicación elegido.

El artículo 150.2 LCSP establece lo siguiente, en su primer párrafo, con respecto al requerimiento que debe efectuarse al licitador que haya presentado la mejor oferta:

“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”.

El artículo 150.2 LCSP, en su segundo párrafo, establece una serie de consecuencias en el caso de no cumplirse adecuadamente el requerimiento:

“De no cumplirse 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”.

Por su parte, en la misma sección 2ª citada pero en la Subsección 2ª (artículos 156 a 158) se regula el procedimiento abierto, y en su artículo 159 se hace una regulación específica para el procedimiento abierto simplificado.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) ha creado la figura del procedimiento abierto simplificado, señalando su exposición de motivos que este procedimiento nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación. El procedimiento abierto simplificado se regula en el artículo 159 de la LCSP, sin perjuicio de que, en lo no previsto en este artículo, se observarán las normas generales aplicables al procedimiento abierto.



Cabe señalar que el artículo 159 LCSP, al regular el procedimiento abierto simplificado, dispone en en su apartado 4, en relación al requerimiento que debe realizarse a la empresa que ha obtenido mejor puntuación y las consecuencias de no atender debidamente el mismo, lo siguiente:

“ 4º Requerir a la empresa que ha obtenido la mejor puntuación mediante comunicación electrónica para que constituya la garantía definitiva, así como para que aporte el compromiso al que se refiere el artículo 75.2 y la documentación justificativa de que dispone efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y todo ello en el plazo de 7 días hábiles a contar desde el envío de la comunicación (...). En caso de que en el plazo otorgado al efecto el candidato propuesto como adjudicatario no presente la garantía definitiva, se efectuará propuesta de adjudicación a favor del siguiente candidato en puntuación, otorgándole el correspondiente plazo para constituir la citada garantía definitiva (...).”

Es decir, este artículo 159 LCSP no se pronuncia expresamente sobre la penalidad, por lo que cabría plantearse si la penalidad contemplada en el artículo 150.2 segundo párrafo, podría ser aplicada tanto al procedimiento abierto como al abierto simplificado, más si cabe a la vista de lo dispuesto en el artículo 159.4h) LCSP que establece que *“en lo no previsto en este artículo se observarán las normas generales aplicables al procedimiento abierto”*, procedimiento al que a su vez resultan de aplicación las normas generales.

2- Esta cuestión ha sido tratada en los diferentes modelos de pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares que han sido elaborados por las distintas Comunidades Autónomas, entre ellas, Andalucía, Aragón o Madrid. La cuestión se resuelve de diferentes maneras en los mismos.

Por ejemplo, el modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares para el procedimiento abierto simplificado recomendado por la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía opta por imponer la penalidad de igual forma tanto en el procedimiento abierto como en el procedimiento abierto simplificado.

De tal forma que este modelo de pliego en Andalucía establece lo siguiente: *“De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que la persona licitadora ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP, de conformidad con lo previsto en el artículo 150.2 del citado texto legal.*

En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a solicitar la misma documentación a la licitadora siguiente por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, y así se procederá sucesivamente hasta que se presente correctamente la documentación exigida”. Incluye por tanto el modelo de PCAP en Andalucía una referencia expresa al mismo artículo 150.2.

En cambio, el modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares de la Comunidad Autónoma de Aragón no aplica la penalidad, aunque indica que la no cumplimentación de forma adecuada del requerimiento implica que el licitador ha retirado su oferta. En su modelo de pliego de contrato de servicios mediante procedimiento abierto simplificado indica que:

“De no cumplimentarse adecuadamente con la presentación de toda la documentación indicada dentro del plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”.



La Comunidad Autónoma de Madrid, en el modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato de suministro a adjudicar por el procedimiento abierto simplificado con pluralidad de criterios, opta por aplicar la penalidad, de tal forma que:

“Si el licitador no presenta la documentación requerida en el plazo señalado, si no la subsana, en su caso, o si del examen de la aportada se comprueba que no cumple los requisitos establecidos en este pliego, se entenderá que ha retirado su oferta y que ha imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor, incurriendo, en su caso, en la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 71.2 a) de la LCSP; asimismo, se le exigirá el importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad. En estos supuestos la Mesa de contratación propondrá al órgano de contratación la adjudicación a favor del licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, previa acreditación de su capacidad para contratar con la Comunidad de Madrid, mediante la presentación de la documentación correspondiente en el plazo establecido para ello”.

Se destaca en este pliego la consecuencia del incumplimiento del requerimiento como es que la empresa ha imposibilitado la adjudicación del contrato.

En la Administración del Estado, por ejemplo, el modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación por procedimiento abierto simplificado señala que *“en caso de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento a que se refiere el artículo 159 de la LCSP en el plazo señalado se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”* aunque la cláusula en que se recoge tal circunstancia la titula *“incumplimiento de las condiciones por el licitador propuesto”*.

Por tanto, una vez más se quiere poner de manifiesto el incumplimiento de la empresa que ha resultado propuesta como adjudicataria de un contrato y este incumplimiento no es gratuito, sino que acarrea unas consecuencias dispuestas en el artículo 150.2 LCSP.

3- Este órgano consultivo entiende, en coherencia con el modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares para el procedimiento abierto simplificado previsto en la administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía recomendado por esta Comisión Consultiva de Contratación Pública, que no debe establecerse diferenciación alguna en este aspecto entre el procedimiento abierto y el procedimiento abierto simplificado y, en consecuencia, la previsión recogida en el artículo 150.2 LCSP, que se enmarca dentro de las normas generales de la adjudicación de los contratos, debe aplicarse tanto en un procedimiento abierto como en un abierto simplificado.

III – CONCLUSIONES

1- De acuerdo con lo establecido en el artículo 150.2 LCSP de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento previsto en el mismo 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.



2- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 159. 4 h) LCSP para el procedimiento abierto simplificado en lo no previsto en ese artículo se observarán las normas generales aplicables al procedimiento abierto, procedimiento al que a su vez resultan de aplicación las normas generales.

Es todo cuanto se ha de informar.

