MINISTERIO
DE HACIENDA

MINISTERIO DE HACIENDA
DIRECCIÓN GRAL. DEL PATRIMONIO DEL ESTADO
SECRETARÍA DE LA JUNTA CONSULTIVA
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO
REGISTRO
30 JUL 2020
SALIDA 7832 .

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
PUBLICA DEL ESTADO
PRESIDENCIA
Fecha 04 AGO. 2020
N.º 1074
ENTRADA

Dic. 5/2020

En Madrid, a 29 de julio de 2020, se ha reunido la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, y ha aprobado el siguiente Informe:

DIPUTACIÓ DE VALÈNCIA
ENTRADA
-4 AGO. 2020
Núm. 46709
- Presidencia

Expediente 5/2020 Procedimiento abierto simplificado

ANTECEDENTES

La Diputación de Valencia ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

"Los servicios dependientes de los órganos de contratación de la Diputación de Valencia encargados de la tramitación de los expedientes de contratación plantean diversas cuestiones derivadas de la interpretación, en la gestión de los expedientes, de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, relativos al cómputo de plazos y otros aspectos sobre los procedimientos abiertos simplificados.

Dichas cuestiones se trasladan por el presente escrito a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicitando esta Presidencia la emisión de informe a efectos de garantizar la correcta tramitación de los procedimientos de contratación.

1) Del cómputo de plazos. Esta Administración:

a. Efectúa, con carácter general, las notificaciones en el expediente de contratación mediante comparecencia en sede electrónica con publicación simultánea del acto objeto de la notificación en perfil de contratante conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta.1 de la LCSP.

En el artículo 159.4 de la LCSP se prevé, en los procedimientos simplificados, un plazo de 7 días hábiles a contar desde el envío de la comunicación del primer clasificado y propuesto en la adjudicación para aportar la documentación requerida a los efectos de la misma y 5 días hábiles a contar desde el envío de la notificación a fin de justificar la viabilidad de la oferta ¿debe entenderse complementada en cualquier caso dicha previsión con la publicación simultánea en perfil de los actos correspondientes o se trata de una excepción a la regla general de la Disposición Adicional Decimoquinta.1 en aras a la agilidad de dicho procedimiento que únicamente requeriría que la puesta a disposición de la notificación fuera acompañada del aviso de la misma conforme al artículo 41.1 de la Ley 39/15?

b. Concede al propuesto en la adjudicación un plazo de 3 días naturales por analogía a lo dispuesto en el artículo 141.2 in fine de la LCSP con relación a la disposición Adicional Duodécima de la misma norma a fin de aportar/subsanar los defectos en la documentación presentada a efectos de adjudicación del contrato. No obstante, se ha detectado que muchos poderes adjudicadores vienen otorgando un plazo de 3 días hábiles por analogía a lo dispuesto en el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. ¿cuál sería el plazo adecuado?

2) De la aplicación del artículo 153.4 LCSP a los procedimientos abiertos simplificados.

Según las previsiones del artículo 159.4 f) penúltimo párrafo LCSP, 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.

¿Debemos entender que esta previsión es específica y sustituye a la norma general ya que no impone consecuencias a la no presentación de la documentación requerida? O, sin embargo, no impide la aplicación del artículo 153.4 LCSP ya que en lo no previsto en el artículo 159 LCSP se observan las normas generales aplicables al procedimiento abierto?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1.- En la primera de las dudas que nos plantea la Diputación de Valencia cuestiona la compatibilidad de la forma de practicar la notificación descrita en el artículo 159.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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) con la establecida tanto en la Disposición adicional decimoquinta LCSP como en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La aplicación de la tramitación electrónica a los procedimientos abiertos simplificados ya ha sido mantenida por esta Junta Consultiva en informes pretéritos. En efecto, tanto en el informe 1/2018 como en el 2/2018, ambos de 1 de marzo de 2018, alcanzamos la conclusión de que resultaba

obligatoria la aplicación de la contratación electrónica en el caso de los contratos públicos, salvo en el caso de concurrencia de cualquiera de las excepciones tasadas establecidas en la LCSP. En el último de los informes citados aludimos a que el preámbulo de la LCSP hacía una decidida apuesta "a favor de la licitación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario" y a que las disposiciones adicionales 15ª y 16ª no dejaban lugar a dudas sobre la necesidad de utilizar la tramitación electrónica en todo el procedimiento de selección del contratista.

La Disposición adicional decimoquinta de la LCSP señala que *"las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica."* Añade la citada norma que los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.

A este aviso de notificación al que alude la DA 15ª de la LCSP se refiere también la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPA) en su artículo 41.6 cuando señala que *"Con independencia de que la notificación se realice en papel o por medios electrónicos, las Administraciones Públicas enviarán un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que este haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo*

correspondiente o en la dirección electrónica habilitada única. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida."

Por tanto, en términos generales la notificación que se ha de realizar en el seno de cualquier licitación que se tramite por medios electrónicos se puede llevar a cabo mediante la comparecencia electrónica del órgano de contratación, esto es, como señala el artículo 43 de la LPA, mediante el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación. En este caso, que es el que se describe en la consulta, cualquier plazo que se inicie con la notificación efectuada por el órgano de contratación, como el de aportación de cualquier documento, tiene como *dies a quo* la fecha del aviso de notificación que se debe enviar al dispositivo electrónico y a la dirección de correo electrónico que el interesado hubiera proporcionado previamente. Además, el órgano de contratación queda obligado a la publicación del acto objeto de notificación el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación.

Si se cumplen todas estas condiciones la notificación se entiende realizada en la fecha del aviso, lo que constituye una especialidad respecto de la regla contenida en el artículo 43.2 LPA conforme a la cual las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido.

De no ser así, si no existiera la coetánea publicación en el perfil, y con el fin de salvaguardar los derechos del interesado en el procedimiento de selección del contratista, los plazos se computarían desde la recepción de la notificación por el licitador.

2. En la regulación general del procedimiento abierto no hay ninguna referencia al envío de la comunicación. Por contra, en el procedimiento abierto simplificado el artículo 159.4 de la LCSP establece un trámite por el que se ha de proceder a requerir mediante una comunicación electrónica a la entidad que haya obtenido la mejor puntuación para que constituya la garantía definitiva y aporte los pertinentes compromisos en el plazo de siete días hábiles *"a contar desde el envío de la comunicación"*, plazo que se reduce a cinco días hábiles en el caso de oferta anormalmente baja para que el licitador justifique la viabilidad de su oferta.

Tal referencia podría interpretarse como una regla específica para el procedimiento abierto simplificado. Sin embargo, a nuestro juicio, tal conclusión no sería correcta por las siguientes razones:

- Porque tanto la LCSP como LPA permiten, en general, dos tipos de comunicaciones electrónicas, esto es, la comparecencia electrónica y la dirección electrónica habilitada.
- Porque no parece razonable que se restrinja tal posibilidad en el procedimiento abierto simplificado.
- Porque la celeridad y agilidad que es propia de este tipo de procedimientos no queda mermada cuando estamos hablando de un trámite asociado a la comparecencia electrónica que debe realizar la propia entidad contratante, con sus propios medios y sin depender de ningún tercero, por lo que puede ser llevado a efecto de manera inmediata junto con el aviso de notificación.
- Porque las reglas que establece la LCSP diferencian con nitidez la forma de cómputo de los plazos que derivan de las notificaciones electrónicas, que en el caso de emplear la dirección electrónica habilitada tendrán

como dies a quo la fecha del envío, y en el caso de la comparecencia electrónica, la del aviso.

- Porque tal distinción es razonable atendiendo a la peculiaridad de cada forma de comunicación. La comparecencia requiere de un acto voluntario del licitador, que consiste en acceder a la sede electrónica del órgano de contratación y, por tanto, es lógico que la entidad contratante le avise de que existe una comunicación pendiente. El legislador ha querido que si tal aviso va acompañado de la publicación en el perfil de contratante en el mismo día, el plazo para aportar la documentación se pueda contar desde la fecha del aviso, lo que agiliza aun más el procedimiento.
- Porque en el caso de la inmediata publicación en el perfil, la fecha del aviso coincidiría con la de un eventual envío de la notificación si ésta se hiciera a una dirección electrónica habilitada.

Por todas estas razones, parece lógico entender que la LCSP no quiere excluir la posibilidad de practicar las comunicaciones mediante la comparecencia electrónica del licitador en el procedimiento abierto simplificado, de modo que el cómputo de los plazos que concede el artículo deberá contarse tal como señala la DA 15ª de la LCSP, que debe considerarse plenamente congruente con la expresión genérica que contiene el artículo 159.4 y que ampara también el empleo de la comparecencia electrónica como medio de comunicación entre el órgano de contratación y el licitador.

En conclusión, la regla que contiene el artículo 159.4 de la LCSP no constituye una excepción a la regla general establecida en la Disposición Adicional Decimoquinta, de modo que en el caso de que las comunicaciones a los licitadores se realizaran mediante comparecencia electrónica, además

del aviso de comunicación deberá procederse a la publicación de la misma en el perfil de contratante del órgano de contratación.

3. En la segunda cuestión nos plantea la entidad consultante cuál debe ser el plazo de subsanación concedido en el procedimiento abierto simplificado.

Es perfectamente razonable, en cuanto al plazo para subsanar los defectos subsanables que se observen en la documentación aportada por el licitador propuesto como adjudicatario, que se emplee por analogía el plazo de tres días que menciona el artículo 141.2 in fine de la LCSP. La finalidad del trámite de subsanación es idéntica en ambos supuestos y, por otro lado, la celeridad que constituye la impronta propia del procedimiento abierto simplificado se ve favorecida por el hecho de que el plazo de subsanación sea inferior al plazo inicial de aportación de la documentación de que se trate.

Por lo que se refiere a si el plazo debe entenderse referido a días naturales, cabe recordar que la DA 12ª de la LCSP señala que los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles y que si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente. Por tanto, teniendo en cuenta tal mandato, lo procedente es que este plazo se compute en días naturales, siendo ésta la opción más respetuosa con el mandato de la LCSP. Así lo manifestó el Tribunal Administrativo central de Recursos Contractuales en su Resolución 1085/2018. Por aplicación del artículo 30 de la Ley 39/2015, al señalarse los plazos por días naturales, por aplicación de la Ley 9/2017, se debe hacer constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones.

4. En la tercera de las cuestiones que nos han sido planteadas se pregunta cuál debe ser la consecuencia en caso de que en un procedimiento abierto simplificado el candidato propuesto como adjudicatario no presente la garantía definitiva en el plazo otorgado al efecto.

El artículo 159.4 de la LCSP señala que *"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."*

Por su parte, el artículo 150.2, referente al procedimiento abierto, señala al efecto que *"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 haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. (...)*

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."

Desde el punto de vista terminológico ambos preceptos tienen un contenido muy similar, por más que el artículo 159.4 LCSP utilice el verbo "presentar" y el 150.2 hable cumplimentar adecuadamente el requerimiento. Parece claro que en ambos casos existe un requerimiento previo que debe ser atendido mediante la presentación de la documentación correspondiente. De no hacerlo así, las consecuencias también son muy próximas: se entiende que el licitador retira su oferta y se inicia el mismo trámite de requerimiento de la documentación respecto del siguiente clasificado.

En realidad, la principal duda que surge en este punto estriba en el sentido que se haya de otorgar al verbo presentar en el caso del procedimiento abierto simplificado. A nuestro juicio, tal expresión se refiere al hecho de aportar, cumplimentando el requerimiento efectuado, la documentación acreditativa de la efectiva constitución de la garantía, no alcanzando las consecuencias perniciosas anudadas a su falta a la posible existencia de un defecto subsanable en un documento ya presentado.

Es conocido que la doctrina más reciente viene admitiendo la posibilidad de subsanación también en el caso de los documentos que el licitador propuesto como adjudicatario ha de aportar en el trámite del artículo 150.2 LCSP. En efecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), entre otras, en su Resolución 582/2019 señala que procede distinguir entre los supuestos de incumplimiento total o grave de la obligación de aportación de la documentación que, conforme ya indicábamos en nuestro informe 15/2013 bajo la vigencia de la legislación anterior,

comporta la retirada de la oferta, de los supuestos de cumplimiento defectuoso o menos grave, que exigen conceder un plazo de subsanación. Señala el Tribunal que el efecto de la retirada injustificada de la oferta *"se limita a los incumplimientos totales de determinadas obligaciones, admitiendo la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones en la cumplimentación del requerimiento en determinados supuestos haciendo prevalecer el derecho de la empresa propuesta como adjudicataria, entendiendo que, después de haberse tramitado el procedimiento de licitación para escoger la oferta económicamente más ventajosa, no parece razonable rechazarla por existir algún error o imperfección en la documentación presentada."* En el mismo sentido se pronuncia la Resolución 337/2019. Incluso, el Tribunal, en su Resolución 747/2018, alude al derecho subjetivo del licitador propuesto como adjudicatario a que se le conceda un trámite de subsanación, porque la finalidad del artículo 150.2 LCSP es resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado.

En nuestro informe 48/02, de 28 de febrero de 2003), en referencia a la garantía provisional señalamos que la falta de su constitución no puede considerarse defecto subsanable salvo que la misma sí estuviese constituida de manera efectiva y lo que se hubiera omitido fuera el documento de su acreditación, doctrina que es también aplicable al caso de la garantía definitiva. Nuestra constante doctrina (informes de 18 de octubre de 1996, 14 de julio de 1997 o 30 de octubre de 2000, entre otros muchos), explica que no siendo posible realizar una lista exhaustiva y completa de todos los defectos subsanables y no subsanables que se pueden producir en el seno de las licitaciones, las expresiones utilizadas en el artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas exigen considerar insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos, y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple

falta de acreditación de los mismos o a meros defectos formales de tal acreditación.

Aplicando estos criterios a la falta de constitución de las garantías provisionales (in- forme de 10 de julio de 1997) afirmamos que tal falta de constitución de la garantía no es un defecto o error material que pueda subsanarse, sino que la tesis de los defectos o errores subsanables debe extenderse exclusivamente a la acreditación de requisitos que, existiendo en el momento de aportar la documentación (por ejemplo, poder del garante), no se han acreditado debidamente.

Este es el mismo criterio que aplica el TACRC, por ejemplo, en su resolución 337/2019 referente al régimen de subsanación en la constitución de la garantía definitiva, donde señala que cuando se ha elegido la oferta económica más ventajosa y la adjudicación solo depende de la correcta presentación de la documentación requerida, se debe conceder a la empresa en la que se aprecia algún defecto subsanable en dicha documentación un plazo adicional para la subsanación de la oferta, debiendo ser el órgano de contratación especialmente flexible salvo que lo que acontezca sea la absoluta falta de constitución de la garantía.

En conclusión, a pesar de la diferente redacción de los artículos 150.2 para el procedimiento abierto y 159.4 para el procedimiento abierto simplificado, en el trámite de aportación de la documentación necesaria para acreditar la garantía definitiva podrá concederse un trámite para subsanar los errores o defectos subsanables de tal documentación, a menos que lo que ocurra es que falta la propia constitución de la garantía definitiva u otro defecto que no se pueda considerar subsanable, supuesto en que procederá efectuar propuesta de adjudicación a favor del siguiente candidato en puntuación,

otorgándole el correspondiente plazo para constituir la citada garantía definitiva.

La entidad consultante cuestiona la aplicación supletoria del artículo 153.4 LCSP al procedimiento abierto simplificado. En realidad, la consulta está mal orientada porque tal precepto regula las consecuencias de la falta de formalización del contrato por causas imputables al adjudicatario, mientras que el 159.4 se refiere a un momento en el que todavía no se ha efectuado la adjudicación del contrato.

La verdadera cuestión sería si es aplicable supletoriamente la previsión del artículo 150.2 a la que ya hemos aludido. En este caso, esta Junta consultiva entiende que el artículo 159 sólo regula los efectos para con la adjudicación del contrato de la falta de constitución de la garantía y no, como sí hace el artículo 150.2 LCSP, los efectos para el licitador propuesto como adjudicatario de la falta de atención al requerimiento de documentación. Se trata realmente de una laguna legal que ha de ser suplida mediante la fórmula descrita en el propio artículo 159.4 h), esto es, mediante la aplicación de las normas generales aplicables al procedimiento abierto (150.2 LCSP) conforme a las cuales el efecto para el licitador será entender que 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. No hay razón alguna que justifique que el licitador quede eximido de esta penalidad en el procedimiento abierto simplificado, pues su conducta es igualmente perniciosa para el interés público.

En mérito a las anteriores consideraciones esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado realiza las siguientes

CONCLUSIONES.

1. La regla que contiene el artículo 159.4 de la LCSP no constituye una excepción a la regla general establecida en la Disposición Adicional Decimoquinta, de modo que en el procedimiento abierto simplificado las notificaciones del órgano de contratación pueden realizarse mediante comparecencia electrónica. En este caso cualquier plazo que se inicie con la notificación efectuada por el órgano de contratación tiene como *dies a quo* la fecha del aviso de notificación que se debe enviar al dispositivo electrónico y a la dirección de correo electrónico que el interesado hubiera proporcionado previamente. Además, el órgano de contratación queda obligado a la publicación del acto objeto de notificación el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación.

2. El plazo de subsanación de las proposiciones en el procedimiento abierto simplificado ha de ser de tres días naturales.

3. A pesar de la diferente redacción de los artículos 150.2 para el procedimiento abierto y 159.4 para el procedimiento abierto simplificado, en el trámite de aportación de la documentación necesaria para acreditar la garantía definitiva podrá concederse un trámite para subsanar los errores o defectos subsanables de tal documentación, a menos que lo que ocurra es que falta la propia constitución de la garantía definitiva u otro defecto que no se pueda

considerar subsanable, supuesto en que procederá efectuar propuesta de adjudicación a favor del siguiente candidato en puntuación, otorgándole el correspondiente plazo para constituir la citada garantía definitiva.

4. El artículo 159 de la LCSP sólo regula los efectos de la falta de constitución de la garantía para con la adjudicación del contrato y no, como sí hace el artículo 150.2 LCSP, los efectos para el licitador propuesto como adjudicatario de la falta de atención al requerimiento de documentación. Se trata de una laguna legal que ha de ser suplida mediante la fórmula descrita en el propio artículo 159.4 h), esto es, mediante la aplicación de las normas generales aplicables al procedimiento abierto (150.2 LCSP) conforme a las cuales el efecto para el licitador será entender que 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.

Madrid, 30 de Julio de 2020

El Abogado del Estado Secretario

De la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

Miguel Pardo González

Sr. Presidente de la Diputación de Valencia