

Posibles efectos de la renuncia injustificada a un contrato de arrendamiento presentada por un licitador

JCCA Andalucía 28/11/2022

Un ayuntamiento solicitó informe en relación a varias cuestiones con ocasión de la renuncia a un contrato de arrendamiento presentada por un licitador una vez fue requerido para aportar la documentación previa a la adjudicación.

La JCCA sostiene que para determinar los efectos de una posible retirada injustificada de un licitador debemos acudir a lo determinado en el PCAP que rigió la licitación, el cual contempla en su cláusula 11 la pérdida de la fianza depositada, la exclusión de las dos próximas subastas y el resarcimiento del daño causado al ayuntamiento.

No obstante, realiza las siguientes matizaciones:

- Las prohibiciones para contratar deben estar establecidas en normas con rango de ley, sin que los pliegos pueden crearse causas distintas.
- El resarcimiento del daño causado a la Administración debe regirse por los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad debiendo ser razonable, justificada, proporcional a la entidad del daño causado y ponderada entre lo que se pretende garantizar y los efectos restrictivos que la cuantía puede tener en la concurrencia en la licitación, así como el mal que debe soportar la persona contratista.

Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, Informe, 28-11-2022

I – ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Pedroche solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

En el procedimiento abierto y tramitación ordinaria para el arrendamiento por seis años de los nueve (9) lotes del Partido “Medio” de la Dehesa Boyal de Propios “El Bramadero”, se permitía a todos los ofertantes la posibilidad de ofertar, como máximo, a tres lotes distintos.

Tras la apertura de plicas, se adjudicó provisionalmente el arrendamiento del lote 7 “Suerte de la Bomba”, a D. José Carlos Moreno Cobos, al resultar la oferta con más puntuación. El lote tenía un tipo de licitación de 2.700,00 euros y la oferta del Sr. Moreno Cobos ascendía a 5.900,00 euros. Además de éste, el Sr. Moreno Cobos también resultó adjudicatario de otros dos lotes, al ser sus tres ofertas las mejores.

Al requerirle la presentación de documentación previa a la adjudicación definitiva de los tres lotes, presentó renuncia a dicho lote 7 "Suerte la Bomba", aduciendo las razones que juzgó convenientes. Se adjunta en el expediente copia de escrito presentado. Si aceptó la adjudicación provisional de los otros dos lotes.

Con fecha 7 de junio de 2021, el Ayuntamiento le requiere aclaración de los motivos de su renuncia, indicándole en dicho acto las posibles consecuencias que la renuncia le puede acarrear y que reproducimos a continuación:

"Asimismo, le recuerdo y advierto de lo indicado en el Pliego de Cláusulas Administrativas y que puede ser aplicable al caso:

Cláusula 11

"En el caso de que un licitador que haya resultado adjudicatario provisional renunciara a la adjudicación sin una razón que el Ayuntamiento entienda justa y razonable, se entenderá como posible perjuicio ocasionado la diferencia entre el importe económico ofrecido y el que finalmente se obtenga de la adjudicación definitiva de los lotes afectados y deberá resarcir al Ayuntamiento por el mismo. Además, perderá la fianza depositada, sin que pueda ésta detraerse del posible perjuicio ocasionado. Asimismo, el licitador quedará excluido de participar en las próximas dos subastas de la Dehesa."

Además de ello, en la cláusula 28 del citado Pliego, se indica:

"Este contrato tiene carácter privado, su preparación y adjudicación se regirá por lo establecido en este Pliego, y para lo no previsto en él, la Legislación aplicable viene determinada por: 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."

También se le advierte que, en dicha ley aparecen los siguientes artículos que pudieran ser aplicables al caso:

Artículo 150.2 " 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.

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.

Artículo 71.

2. Además de las previstas en el apartado anterior, son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley, en las condiciones establecidas en el artículo 73 las siguientes:

a) Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del artículo 150 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.

Artículo 73. Efectos de la declaración de la prohibición de contratar.

1. En los supuestos en que se den las circunstancias establecidas en el apartado segundo del artículo 71 y en la letra e) del apartado primero del mismo artículo en lo referente a haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable del artículo 140 o al facilitar otros datos relativos a su capacidad y solvencia, la prohibición de contratar afectará al ámbito del órgano de contratación competente para su declaración.

Dicha prohibición se podrá extender al correspondiente sector público en el que se integre el órgano de contratación.”

Con fecha 18 de junio presentó alegaciones con las razones que el adjudicatario provisional entiende aplicables al caso. También se adjuntan las mismas.

Paralelamente, el Ayuntamiento continuó el procedimiento para intentar adjudicar el lote renunciado. Se le ofreció al resto de ofertantes y fue aceptado por D^{ña}. Catalina Moreno Torrico, por el importe ofertado de 4.860,00 euros. Tras el trámite de rigor se le adjudicó definitivamente por esa cantidad.

El Pleno de este Ayuntamiento, en la sesión de adjudicación definitiva, acordó solicitar asesoramiento jurídico para ayudarles a tomar la resolución adecuada respecto a esta renuncia. Dado que en la actualidad no disponemos de titular de la Secretaría, siendo ésta asumida de forma accidental por un funcionario, rogamos a ese Servicio Jurídico el asesoramiento necesario para evacuar un informe en que se pronuncie sobre las siguientes preguntas, que entendemos es necesario aclarar para tener un conocimiento claro del asunto, y que así permita al Pleno (u órgano competente) tener la información necesaria a la hora de tomar una resolución.

1.- ¿Qué órgano municipal sería el competente para resolver tanto los actos de trámite como la resolución?.

2.- Una vez estudiadas las razones expuestas por el Sr. Moreno Cobos, ¿entienden éstas como justas y razonables para argumentar la renuncia?.

3.- De acuerdo al pliego de cláusulas administrativas particulares, ¿sería procedente excluirlo de las dos próximas subastas? ¿Se podría considerar como perjuicio para el Ayuntamiento la diferencia entre el precio ofertado por el Sr. Moreno Cobos y el finalmente adjudicado, multiplicado por los seis años de duración?.

4.- De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 150.2 de la Ley de Contratos, ¿habría que incautarle la garantía provisional depositada y requerirle el 3% del tipo de licitación multiplicado por los 6 años?.

5.- De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley de Contratos, ¿habría que declarar la prohibición de contratar con la Administración? En caso afirmativo ¿con que Administraciones además del Ayuntamiento? ¿Qué período temporal abarcaría dicha prohibición?”

II – INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública.

El Ayuntamiento de Pedroche solicita informe sobre una serie de cuestiones con ocasión de la renuncia a un contrato de arrendamiento presentada por un licitador una vez que le ha sido requerido la documentación previa a la adjudicación, con base en la documentación e información que aporta la entidad consultante.

Al respecto cabe señalar que no le compete a este órgano consultivo sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Comisión, como por ejemplo el asesorar jurídicamente a la entidad solicitante para la toma de decisiones en sus expedientes contractuales con respecto a las relaciones jurídicas que mantenga con terceros ni, en concreto, analizar por ejemplo si las razones expuestas por el adjudicatario son razonables para argumentar la renuncia o precisar si sería procedente o no excluirlo de las dos próximas subastas. No obstante, en el presente caso realizaremos algunas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas.

1- De la documentación aportada por la entidad consultante se desprende que nos encontramos ante una licitación de un contrato privado de arrendamiento, debiendo definirse en primer lugar el régimen jurídico aplicable al mismo.

Consecuencia de las exclusiones realizadas por la Directiva 24/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) detalla una serie de relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos de su ámbito de aplicación. En este sentido, el artículo 4 de la LCSP establece que “Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”.

El apartado segundo del artículo 9 de la LCSP, referido a las exclusiones de las relaciones jurídicas, negocios y contratos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial se establece que “Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, (...) que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial”.

Tal y como se afirma en el informe 12/2019 de esta Comisión Consultiva de Contratación pública, los contratos patrimoniales se regirán por la legislación patrimonial que sea de aplicación teniendo en cuenta la prelación de fuentes y teniendo validez las remisiones que se hacen a la legislación contractual y, si no hubiera norma aplicable, podría acudir a los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

El PCAP que regula la licitación de contrato de arrendamiento a la que alude la consultante en su cláusula 28 establece que “Este contrato tiene carácter privado, su preparación y adjudicación se regirá por lo establecido en este Pliego, y para lo no previsto en él, la Legislación aplicable viene determinada por: 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.”

2. Las competencias de los órganos de contratación en el ámbito local estaban reguladas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Sin embargo, la Disposición derogatoria única de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público derogó determinados preceptos correspondientes de aquella Ley estatal básica, y en su lugar efectuó un reparto de atribuciones en la Disposición adicional segunda, que se mantiene como tal en la LCSP, en la que se regula las "Competencias en materia de contratación en las Entidades Locales". Concretamente, en el ámbito de las Entidades Locales pueden ser órganos de contratación el Alcalde o Presidente, el Pleno, la Junta de Gobierno Local, y en su caso la Junta de Contratación.

En lo que al caso que nos ocupa compete, concretamente el apartado 9 de la D.A.2ª indica: “En las entidades locales corresponde a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales la competencia para la celebración de los contratos privados, así como la adjudicación de concesiones sobre los bienes de las mismas y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando

el presupuesto base de licitación, en los términos definidos en el artículo 100.1, no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados.”

3. La cláusula 11 del PCAP que regula la licitación de contrato de arrendamiento de la consultante indica que “ En el caso de que un licitador que haya resultado adjudicatario provisional renunciara a la adjudicación sin una razón que el Ayuntamiento entienda justa y razonable, se entenderá como posible perjuicio ocasionado la diferencia entre el importe económico ofrecido y el que finalmente se obtenga de la adjudicación definitiva de los lotes afectados y deberá resarcir al Ayuntamiento por el mismo. Además, perderá la fianza depositada, sin que pueda ésta detraerse del posible perjuicio ocasionado. Asimismo, el licitador quedará excluido de participar en las próximas dos subastas de la Dehesa.”

Los términos “justo y razonable” implican la intervención de un concepto indeterminado y en consecuencia su valoración se enmarca en el ámbito de la discrecionalidad de los poderes públicos, la cual tiene como contrapeso que se avale la elección que se adopte con argumentos sólidos que obren en el expediente y que sirvan para sustentarla, evitando así incurrir en arbitrariedad (artículo 9.3 CE).

Como se ha indicado anteriormente, esta Comisión no puede sustituir al órgano de contratación que es a quien verdaderamente corresponde pronunciarse en el ejercicio concreto de sus potestades discrecionales, pero si puede recordar que como excepción al conocido principio jurídico “ire contra facta propria non valet” pueden aducirse circunstancias imprevisibles que hay que sopesar para lograr una coherencia entre el rechazo o aceptación de la justificación y las razones defendidas.

En este sentido pueden tomarse en consideración el lapso de tiempo transcurrido entre la presentación de la oferta y el requerimiento de adjudicación, la alteración sustancial de las circunstancias que una persona licitadora suficientemente diligente no hubiese podido prever, la aparición de motivos externos e incontrolables ajenos a la voluntad del contratista, la intervención administrativa o legislativa de alcance general, que provoquen una alteración de los elementos económicas, fiscales, sociales, medioambientales que se traduzcan en un desequilibrio de tal envergadura que hagan manifiestamente insostenible para el licitador el mantenimiento de su oferta. Todos ellos son los factores, sin ánimo de exhaustividad, que pueden ser considerados como instrumentos útiles para ponderar la decisión que corresponda, de la cual se debe dejar constancia en el expediente.

4. Procede a continuación determinar los efectos de una posible retirada injustificada de la proposición para lo cual y atendiendo a la naturaleza del contrato debemos acudir a lo determinado en el PCAP que rigió la licitación, el cual contempla en su cláusula 11 la pérdida de la fianza depositada, la exclusión de las dos próximas subastas y el resarcimiento del daño causado al Ayuntamiento.

Con respecto a la pérdida de la fianza, contempla el PCAP una previsión similar a la establecida en el artículo 62.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. A tal efecto, se solicitará la incautación de la garantía a

la Caja General de Depósitos o al órgano equivalentes de la Entidad local donde quedó constituida, procediéndose a la ejecución de la misma y a su ingreso a favor de la entidad en cuyo favor quedó constituida.

Esta incautación hace las veces de la imposición de una penalidad y como tal es indudablemente una sanción civil solo admisible en caso de incumplimientos graves, voluntarios y culposos. En este sentido traemos a colación las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 338/2018, 747/2018 y 710/2021 pues el Tribunal entiende que "sólo procede su imposición cuando el incumplimiento de los requisitos para ser adjudicatario es grave y claro, y el licitador no ha actuado de buena fe, y media dolo, culpa o negligencia."

En otro orden de cosas, teniendo en cuenta que las prohibiciones para contratar son causas o situaciones en las que una persona, física o jurídica, puede incurrir y que mientras se dan le impiden la posibilidad de contratar con la Administración, la consecuencia prevista en el pliego de exclusión de las dos próximas subastas nos lleva a ellas.

Las prohibiciones de contratar se regulan como uno de los motivos de exclusión previstos en el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública en virtud de las cuales los Estados pueden incluir en sus legislaciones la exclusión de una empresa por determinados motivos. La transposición de esta previsión a nuestro derecho interno se ha llevado a cabo por el artículo 71 y siguientes de la actual LCSP, que establece, entre otras, una prohibición de contratar por "haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del artículo 150 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia (...)"-artículo 71.2, a) de la LCSP.

Es importante destacar que los supuestos o causas por los que un órgano de contratación puede promover la imposición de una prohibición de contratar tienen una reserva de ley y por tanto ni norma de rango inferior ni menos aún los pliegos pueden crear causas de prohibición de contratar distintas a las contempladas en las leyes, aunque se circunscriban al propio órgano de contratación y reducidas a licitaciones equivalentes a la de la retirada injustificada de la oferta.

En este sentido véase la Sentencia del TS de 20/12/1995 (recurso de apelación 2548/1991):

"CUARTO.- No es dudoso que la capacidad para contratar, y todo lo que sobre ella incide, como son las "prohibiciones para contratar", constituyen materia reservada en la ley. Conclusión que, además de no ser dudosa, se encuentra avalada por la realidad normativa. Tanto la ley vigente cuando los hechos enjuiciados acaecieron (artículo 9 de la L.C.E), como en la actualidad (artículo 20 L.C.A.P.) regulan esta cuestión. Establecida la conclusión anterior, que es premisa de nuestro razonamiento, y relacionándola con la cualidad de la norma impugnada, es patente la nulidad de ésta. Pues es clara la improcedencia de introducir prohibiciones de contratar mediante normas que tengan rango inferior a la ley, y mucho más

si tienen tan ínfima jerarquía normativa como la que corresponde a la que aquí es examinada: "Pliego de Condiciones Particulares", aprobado por Orden de la Consejería.

A la citada conclusión no puede oponerse, seriamente, que la prohibición analizada tiene fundamento en la naturaleza de los contratos, de asesoría a los que va a ser aplicada. Y ello por la elemental consideración de que en materia de prohibiciones contractuales el límite lo establece la ley y no las peculiares relaciones contractuales que en cada caso se establezcan, en virtud de la individualidad de cada contrato. Es decir, en materia de prohibiciones contractuales administrativas el monopolio de su establecimiento corresponde a quien pertenece el poder de dictar normas con rango formal de ley. Las autoridades administrativas carecen de facultad para incorporar prohibiciones contractuales a los contratos que celebren, por muy razonables que puedan parecer éstas. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares tienen un ámbito de actuación más reducido. Finalmente, la prohibición impugnada, no tiene cobertura en el Real Decreto de 16 de febrero de 1986, sobre contratos de asistencia técnica, pues tal norma, como no podía ser de otro modo, no crea nuevas prohibiciones contractuales, sino que remite, en este punto, al artículo noveno de la L.C.E”.

Por último se alude en los pliegos al resarcimiento del daño causado al Ayuntamiento a cuyos efectos indica que “se entenderá como posible perjuicio ocasionado la diferencia entre el importe económico ofrecido y el que finalmente se obtenga de la adjudicación definitiva de los lotes afectados (...)”

Ya la exposición de motivos de la LCSP contempla el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad, concretándose posteriormente en el artículo 132 cuando se impone a los órganos de contratación que ajusten su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.

Además como medida sancionadora que es debe regirse necesariamente por los principio de seguridad jurídica y proporcionalidad y sus subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), en cuanto exigen que tanto el sancionado como terceros conozcan hasta donde alcanza la prohibición y, a su vez, se pueda cuestionar y revisar si la limitación establecida es adecuada y ajustada a la sanción, es decir, es razonable, justificada y proporcional a la entidad del daño causado.

En este sentido es imprescindible llevar a cabo una ponderación entre lo que se pretende garantizar (teniendo en cuenta los fines que se persiguen con la penalidad: coercitivo, indemnizatorio y sancionador) y los efectos restrictivos que la cuantía de la penalidad puede tener en la concurrencia en la licitación, así como el mal que debe soportar la persona contratista de imponérsele finalmente la penalidad.

III – CONCLUSIONES

1- La LCSP califica a los contratos de arrendamientos como contratos privados en su artículo 9.2, excluyéndolos de su ámbito de aplicación, siendo el régimen jurídico aplicable el previsto en la normativa patrimonial que sea de aplicación teniendo en cuenta la prelación de fuentes y teniendo validez las

remisiones que se hacen a la legislación contractual y, si no hubiera norma aplicable, los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

2- En las entidades locales corresponde a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales la competencia para la celebración de los contratos privados cuando el presupuesto base de licitación no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros.

3- Corresponde al órgano de contratación en el ejercicio concreto de sus potestades discrecionales valorar si la retirada de las proposiciones se consideran justificadas o no, lo cual debe quedar debidamente motivado en el expediente evitando en todo momento incurrir en arbitrariedad.

4- La retirada injustificada de la proposición puede conllevar la ejecución de la fianza provisional en el caso de que la persona licitadora no haya actuado de buena fe o haya mediado dolo, culpa o negligencia.

5- Las prohibiciones para contratar deben estar establecidas en normas con rango de ley, sin que los pliegos pueden crearse causas distintas.

6- El resarcimiento del daño causado a la Administración debe regirse por los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad debiendo ser razonable, justificada, proporcional a la entidad del daño causado y ponderada entre lo que se pretende garantizar y los efectos restrictivos que la cuantía puede tener en la concurrencia en la licitación, así como el mal que debe soportar la persona contratista.

Es todo cuanto se ha de informar.