



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 28 d'octubre de 2011

Informe 5/2011, de 28 d'octubre. Incompliment, per part del licitador que ha presentat l'oferta econòmicament més avantatjosa, del termini per presentar la documentació a què es refereix l'article 135.2 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic. Eficàcia de la resolució del recurs especial en matèria de contractació que preveu aquesta Llei mentre una comunitat autònoma no reguli l'òrgan competent per resoldre aquest recurs

Antecedents

1. La batlessa de l'Ajuntament d'Eivissa ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

Mitjançant el present, i de conformitat al previst a la Disposició Addicional Segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la CAIB, us remetem sol·licitud d'informe en relació a l'expedient de contractació 49/10 "Servei de regulació i control de l'estacionament de vehicles amb limitació horària a la via pública de determinades zones de la ciutat d'Eivissa".

Els antecedents es determinen detalladament en l'informe jurídic que acompanya al present escrit com a Annex 1, si bé de forma resumida pot establir-se que, oberta la licitació per al contracte de referència, l'empresa classificada en primer lloc per a l'adjudicació no va presentar la documentació exigida dins del termini de deu dies establert a l'efecte, procedint aquest Ajuntament, de conformitat amb la clàusula 17.3 del PCAP, l'article 135.2 de la LCSP, i al mateix requeriment efectuat, a considerar que havia retirat la seva oferta, i a sol·licitar la documentació corresponent a la següent empresa classificada, fet que va motivar la presentació d'un recurs especial en matèria de contractació -pendent de resolució a data actual- en el qual també es sol·licita la suspensió de la tramitació de conformitat amb la Disposició Transitòria Segona de la Llei 34/2010.

Mitjançant el present es sol·licita a la Junta Consultiva l'emissió d'informe en relació:

— Tant a la correcció de la interpretació realitzada per aquest Ajuntament de la clàusula 17.3 del plec de clàusules administratives particulars, que



reflexa l'obligació establerta en l'article 135.2 de la Llei de Contractes del Sector Públic,

— Com a l'abast de la suspensió establerta en la Disposició Transitòria segona de la Llei 34/2010 en relació al règim supletori a aplicar en tant que una Comunitat Autònoma no reguli els òrgans competents per a la resolució del recurs especial en matèria de contractació.

Pel que fa a aquest darrer dubte, l'informe jurídic que acompanya la sol·licitud concreta els aspectes sobre els quals es considera convenient que aquesta Junta Consultiva es pronunciï i els enuncia en els termes següents:

— Si el previst a l'apartat d) de la disposició transitòria segona de la Llei 34/2010, en els supòsits de desestimació total de recursos especials interposats contra actes d'adjudicació amb aixecament de la suspensió automàtica, suposa que no es puguin formalitzar els contractes fins que la desestimació del recurs sigui ferma o pel cas que s'hi hagi interposat recurs contenciós fins que l'òrgan judicial decideixi envers la suspensió, fet que suposa una suspensió *ex lege* dels procediments.

— Si el previst a l'apartat d) de la disposició transitòria segona de la Llei 34/2010, en els supòsits de desestimació total de recursos especials interposats contra acords previstos a l'article 310.2 de la Llei 34/2010, en els que s'hagi sol·licitat mesura provisional de suspensió, suposa que el procediment no pot continuar fins que la desestimació del recurs sigui ferma, o pel cas que s'hi hagi interposat recurs contenciós fins que l'òrgan judicial decideixi envers la suspensió, fet que suposa una suspensió *ex lege* dels procediments.

— Respecte als efectes que té l'apartat d) de la disposició transitòria segona de la Llei 34/2010, en els supòsits de desestimacions i estimacions parcials i d'estimacions de recursos especials interposats.

2. La batlessa de l'Ajuntament d'Eivissa està legitimada per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. A l'escrit s'adjunta l'informe jurídic preceptiu que s'exigeix en l'article 16.3 del Reglament d'organització i funcionament d'aquesta Junta Consultiva, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997. Per tant, es compleixen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja dues qüestions relacionades amb algunes novetats



que es recullen en la Llei 34/2010, de 5 d'agost, de modificació de les lleis 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, 31/2007, de 30 d'octubre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals, i 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, per a adaptació a la normativa comunitària de les dues primeres (en endavant, Llei 34/2010).

La primera qüestió es refereix a la correcció de la interpretació realitzada per l'Ajuntament d'Eivissa de la clàusula 17.3 del plec de clàusules administratives particulars, que incorpora l'obligació que preveu l'article 135.2 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP). Es tracta, per tant, d'una consulta relativa a la interpretació de l'article 135.2 de l'LCSP pel que fa a les conseqüències de l'incompliment, per part del licitador que ha presentat l'oferta econòmicament més avantatjosa, del termini per atendre el requeriment a què es refereix aquest article.

La segona qüestió es refereix a l'abast de la possible suspensió o paralyzació del procediment derivada de la disposició transitòria segona de la Llei 34/2010 mentre que una comunitat autònoma no atribueixi a un òrgan concret la competència per resoldre el recurs especial en matèria de contractació previst en l'article 310 de l'LCSP.

Amb caràcter previ, s'ha d'assenyalar que els informes de la Junta Consultiva no poden substituir, en cap cas, els informes preceptius dels serveis jurídics corresponents, ni poden pronunciar-se, amb caràcter general, per resoldre qüestions concretes d'un expedient, sinó que han d'interpretar la normativa de contractació pública en els aspectes que presentin algun dubte o alguna contradicció, i sempre des de la perspectiva que aquestes interpretacions puguin ser d'interès general.

En conseqüència, les consideracions que es fan en aquest Informe són de caràcter general, sense començar a analitzar l'expedient de contractació concret a què es refereix aquesta consulta.

2. La Llei 34/2010 incorpora a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 2007/66/CE del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de desembre de 2007, per la qual es modifiquen les directives 89/665/CEE, de 21 de desembre, i 92/13/CEE, de 25 de febrer, del Consell pel que fa a la millora de l'eficàcia dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació de contractes públics.



Aquestes directives preveuen l'existència d'un recurs específic, ràpid i eficaç, que impedeix la subscripció del contracte fins que es resolgui de forma expressa, i que garanteix l'aplicació efectiva de les directives comunitàries en matèria d'adjudicació de contractes, en particular, en la fase en què les infraccions encara poden corregir-se.

La Directiva 2007/66/CE pretén donar solució als punts febles dels mecanismes de recurs dels estats membres, posats de manifest per la jurisprudència comunitària, entre d'altres, en les sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 28 d'octubre de 1999 (assumpte C-81/98, *Alcatel*), de 18 de juny de 2002 (assumpte C-92/00) i de 12 de desembre de 2002 (assumpte C-470/99).

En aquest sentit, la Directiva 2007/66/CE exigeix que hi hagi un període de paralització del procediment entre l'adjudicació del contracte i la seva formalització amb una durada suficient per permetre la interposició d'un recurs, i estableix una norma relativa a la perfecció dels contractes. En concret, la Directiva disposa que entre l'adjudicació i la signatura o formalització del contracte ha de transcórrer, en tot cas, un termini de deu dies, o quinze, segons el mitjà de notificació que s'hagi utilitzat, comptador des que es va notificar l'adjudicació a totes les parts interessades.

Cal recordar que la Llei 30/2007 havia regulat un nou recurs especial en matèria de contractació en l'article 37 i que aquesta regulació va ser criticada durant la tramitació de l'avantprojecte de llei, entre d'altres, pel Consell d'Estat i el Consell Econòmic i Social, i posteriorment també va ser objecte de crítiques per la doctrina, entre d'altres motius, perquè era contrària a la jurisprudència comunitària i perquè no s'adequava enterament a la Directiva 2007/66/CE, tramitada simultàniament a la LCSP i adoptada poc després que s'aprovàs aquesta.

De fet, la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 3 d'abril de 2008 (assumpte C-444/06) va declarar que Espanya havia incomplert les obligacions imposades per les directives de recursos en no preveure un termini obligatori perquè l'entitat adjudicadora notifiqui la decisió d'adjudicació d'un contracte a tots els licitadors i en no preveure un termini d'espera obligatori entre l'adjudicació d'un contracte i la seva formalització.

En el dictamen motivat de la Comissió Europea com a conseqüència de l'incompliment d'aquesta sentència per part del Govern espanyol, la Comissió manifesta que l'LCSP no compleix les exigències del dret comunitari en matèria



de recursos. En concret, assenyala que la Llei no permet recórrer davant un òrgan independent de l'òrgan de contractació que garanteixi una protecció jurídica plena i eficaç. A més, la Comissió considera que el recurs contra l'adjudicació provisional no equival al recurs contra l'adjudicació mateixa del contracte i no permet als licitadors exclosos valorar la correcció de les actuacions posteriors a l'adjudicació provisional, motiu pel qual el recurs previst en l'article 37 era ineficaç.

Així, el dret comunitari exigeix que es pugui interposar un recurs eficaç després que s'hagi adoptat la decisió d'adjudicar un contracte i abans de la "*celebración del contrato*" (segons la terminologia comunitària —és a dir, abans de la formalització, segons la terminologia nacional).

En definitiva, atesos aquests antecedents, la reforma operada per la Llei 34/2010 dóna una nova regulació al recurs especial en matèria de contractació per adaptar-la a les exigències comunitàries i preveu la creació d'òrgans independents de caràcter administratiu per conèixer aquests recursos. A més, modifica el règim d'adjudicació dels contractes i el moment de la perfecció del contracte, que ara coincideix amb el de la formalització d'aquest. D'acord amb l'exposició de motius de la Llei, hi havia "la necessitat de refundre en un de sol els actes d'adjudicació provisional i definitiva fent coincidir la perfecció del contracte amb la seva formalització, sense que entre els dos tràmits es prevegi cap actuació, llevat, està clar, les que derivin de la possible interposició del recurs. Aquesta modificació ha generat la necessitat de modificar una sèrie important d'articles de la Llei que han resultat afectats tot i que no tinguin relació directa amb el recurs especial en matèria de contractació".

Un dels articles afectats per la reforma, com a conseqüència de la supressió de la dualitat entre adjudicació provisional i definitiva, és l'article 135 de l'LCSP, que regula la classificació de les ofertes, l'adjudicació del contracte i la notificació de l'adjudicació.

3. La primera consulta que es planteja fa referència a les conseqüències de l'incompliment, per part del licitador que ha presentat l'oferta econòmicament més avantatjosa, del termini per presentar la documentació a què es refereix l'article 135.2 de la Llei de contractes.

L'article 135.2 de l'LCSP disposa que:

L'òrgan de contractació ha de requerir el licitador que hagi presentat l'oferta econòmicament més avantatjosa perquè, dins del termini de deu



dies hàbils, a comptar del següent a aquell en què hagi rebut el requeriment, presenti la documentació justificativa d'estar al corrent en el compliment de les seves obligacions tributàries i amb la Seguretat Social o autoritzi l'òrgan de contractació per obtenir de forma directa l'acreditació d'això, de disposar efectivament dels mitjans que s'hagi compromès a dedicar o adscriure a l'execució del contracte conforme a l'article 53.2, i d'haver constituït la garantia definitiva que sigui procedent. Els corresponents certificats poden ser expedits per mitjans electrònics, informàtics o telemàtics, llevat que s'estableixi una altra cosa en els plecs.

Les normes autonòmiques de desplegament d'aquesta Llei poden fixar un termini més gran al previst en aquest paràgraf, sense que s'excedeixi el de vint dies hàbils.

Si no es formalitza adequadament el requeriment en el termini assenyalat, s'entén que el licitador ha retirat la seva oferta, i en aquest cas s'ha de procedir a demanar la mateixa documentació al licitador següent, per l'ordre en què hagin quedat classificades les ofertes.

Així doncs, es regula un tràmit previ a l'adjudicació del contracte, que consisteix a requerir al licitador que ha presentat l'oferta econòmicament més avantatjosa perquè, dins el termini de deu dies hàbils, a comptar del següent a aquell en què hagi rebut el requeriment, aporti la documentació justificativa d'estar al corrent en el compliment de les seves obligacions tributàries i amb la Seguretat Social, de disposar efectivament dels mitjans que s'hagi compromès a dedicar o adscriure a l'execució del contracte i d'haver constituït la garantia definitiva. Si no s'atén el requeriment adequadament dins termini s'entén que el licitador retira l'oferta i s'ha de requerir el licitador següent, per l'ordre en què hagin quedat classificades les ofertes, perquè presenti la mateixa documentació.

La retirada d'una oferta té com a conseqüència, d'acord amb els articles 49.2 d i 91.4 de l'LCSP, respectivament, que el licitador incorr en una causa de prohibició de contractar amb les administracions públiques si hi ha hagut dol, culpa o negligència, i que l'òrgan de contractació ha d'incautar al licitador, necessàriament, la garantia provisional que, si n'és el cas, hagi constituït.

Per tant, ateses les greus conseqüències que es poden derivar de l'incompliment del requeriment dins termini, s'ha d'analitzar si una vegada transcorregut aquest termini el licitador pot o no complir el tràmit. És a dir, si es tracta d'un termini ampliable i, en conseqüència, l'òrgan de contractació pot atorgar al licitador un nou termini per presentar la documentació, o si es tracta d'un termini no ampliable, un termini de caràcter preclusiu.



A més, sembla convenient analitzar si es tracta d'un tràmit susceptible d'esmena, és a dir, si és possible esmenar els documents que s'han presentat en el cas que no reuneixin els requisits exigits per considerar formalitzat adequadament el requeriment.

4. Com hem vist, l'article 135.2 de l'LCSP imposa al licitador que ha presentat l'oferta econòmicament més avantatjosa una obligació de fer —presentar uns documents en un termini determinat— i estableix unes conseqüències per al cas d'incompliment d'aquesta obligació: d'una banda, la Llei preveu una sanció per al licitador —es considera que ha retirat l'oferta, amb les conseqüències dels articles 49.2 *d* i 91.4 de l'LCSP— i, d'una altra, estableix una obligació per a l'òrgan de contractació —ha de demanar la mateixa documentació al licitador següent, per l'ordre en què hagin quedat classificades les ofertes.

Per tant, atesa la redacció del precepte, que és molt clar quant a les conseqüències de l'incompliment del termini, els licitadors que han participat en el procediment d'adjudicació del contracte tenen una expectativa raonablement fundada sobre quina serà l'actuació de l'òrgan de contractació una vegada classificades les ofertes i en quin termini es produirà.

Atès que, d'acord amb l'article 3.1 del Codi civil, les normes s'interpreten segons el sentit propi de les seves paraules, en relació amb el context, els antecedents històrics i legislatius i la realitat social del temps en què han de ser aplicades, atesos fonamentalment l'esperit i la finalitat que tenen, podria considerar-se que si s'entén, més enllà de la literalitat del precepte, que l'actuació de l'òrgan de contractació pot ser diferent de la que es preveu en aquest article, s'introduiria una nota d'incertesa que podria afectar el principi de seguretat jurídica.

S'ha de tenir en compte que el procediment de contractació és, amb caràcter general, un procediment de concurrència competitiva en el si del qual hi ha terminis procedimentals que afecten simultàniament tots els licitadors, com és el cas del termini per presentar ofertes, i altres terminis, com és el que estableix l'article 135.2, que només afecten un dels licitadors, que ha de dur a terme una actuació concreta.

En el cas que un termini afecti diversos licitadors, que han de dur a terme una mateixa actuació, l'ampliació del termini a un únic licitador seria contrària als principis d'igualtat de tracte i no-discriminació consagrats en els articles 1 i 123 de la Llei de contractes i en el dret comunitari. En canvi, en el cas que un termini afecti un únic licitador, que ha de dur a terme una actuació determinada, cal



entendre que, tot i que una ampliació del termini no suposaria necessàriament una vulneració d'aquells principis, és obligat tenir en compte que hi ha altres licitadors amb una expectativa legítima de poder arribar a ser adjudicatari en el cas que el licitador que hagi presentat l'oferta econòmicament més avantatjosa no compleixi el tràmit que preveu l'article 135.2 de la Llei.

Cal recordar que els terminis que estableixen les lleis són d'observança inexcusable i que no són mers formalismes sense transcendència. En aquest sentit, la sentència del Tribunal Suprem de 3 de maig de 2004 manifesta que:

[...] en modo alguno puede devaluarse la exigencia legal de los plazos para los diversos trámites de los procedimientos administrativos a una mera «formalidad temporal», frente a la que se alcen como únicos factores relevantes de la decisión el cumplimiento de los requisitos materiales que sean precisos en cada procedimiento. Antes al contrario, los plazos cumplen diversos objetivos esenciales para el interés público, entre los que se cuentan el de posibilitar la ordenada tramitación de los procedimientos administrativos, garantizar la seguridad jurídica o asegurar un trato igual para los administrados.

En relació amb el termini per dur a terme l'obligació que estableix l'article 135.2 de la Llei, s'ha d'entendre que es configura com un tràmit de caràcter preclusiu per la seva naturalesa. Així, la rellevància del tràmit que regula (del qual depèn l'adjudicació del contracte al licitador que ha presentat l'oferta econòmicament més avantatjosa), la suficiència del termini en relació amb les actuacions que el licitador ha de dur a terme i la diligència que ha de guiar l'actuació del licitador, com també les expectatives d'altres licitadors d'arribar a ser adjudicatari, són circumstàncies que aconsellen considerar que aquest tràmit té un caràcter preclusiu. Per tant, s'ha d'entendre que no és possible ampliar-lo més enllà dels deu dies hàbils que determina la Llei i que, per tant, no s'ha d'aplicar supletòriament la Llei 30/1992.

5. La disposició final vuitena de la Llei de contractes disposa que els procediments que regula aquesta Llei es regeixen, en primer terme, pels preceptes que aquesta conté i les seves normes de desplegament i, subsidiàriament, pels de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, i normes complementàries.

L'article 49 de la Llei 30/1992 estableix la possibilitat que l'Administració, llevat que hi hagi un precepte en contra, concedeixi d'ofici o a petició dels interessats una ampliació dels terminis establerts, que no excedeixi de la meitat d'aquests,



però sempre que les circumstàncies ho aconsellin i que no es perjudiquin drets de tercers.

Diversos òrgans s'han pronunciat sobre l'aplicació supletòria de la Llei 30/1992 als procediments de contractació.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Economia i Hisenda s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió en l'Informe 16/00, d'11 d'abril, en els termes següents:

[...] los procedimientos en materia de contratación administrativa se rigen por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus normas de desarrollo y, por tanto, la aplicación supletoria únicamente puede entrar en juego, no sólo cuando la normativa a aplicar en primer lugar guarde silencio sobre un determinado extremo, sino, sobre todo, cuando la normativa supletoria no sea contraria al contenido general y principios generales que inspiran aquélla, pues en estos casos debe entenderse que la materia aparece regulada por la primera.

En el caso concreto que se examina, la duración y efectos de los procedimientos de adjudicación de los contratos y de los llamados procedimientos para la modificación, resolución, cesión de los contratos y subcontratación debe quedar subordinada al cumplimiento de los trámites y al despliegue de efectos que la legislación de contratos de las Administraciones Públicas consagra y si tales trámites y efectos son incompatibles con los plazos y efectos que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala esta última debe quedar descartada en su aplicación puramente supletoria.

La primera conclusión que, por tanto, debe ser mantenida es la de que en los procedimientos reseñados de adjudicación, modificación, resolución, cesión de los contratos y subcontratación deben cumplirse los trámites y deben producirse los efectos que señala la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, cualesquiera que sean los plazos de duración y efectos recogidos en las normas puramente procedimentales.

Posteriorment, el Consell d'Estat, en el Dictamen 477/2001, de 29 de març, relatiu a la resolució contractual, manifesta que “no puede postularse una aplicación supletoria indiscriminada de la Ley 30/1992 en el ámbito de la contratación administrativa, y que la misma puede quedar obstaculizada por ser contraria a los principios generales que rigen la contratación pública”.



L'Advocacia de l'Estat, en l'Informe de 24 de juny de 2004 sobre el còmput del termini de prescripció de l'acció per reclamar interessos de demora per retard en el pagament de certificacions dels contractes administratius, arriba a les mateixes conclusions i manifesta que:

En supuestos como los anteriores [en referència als casos que analitzen la Junta Consultiva i el Consell d'Estat en els documents esmentats abans] y, en general, en todos aquellos casos en los que la regulación de contratos de las Administraciones Públicas contemple peculiaridades en relación con los trámites exigidos o a los efectos previstos, cabe entender que tales singularidades convierten a la legislación de contratos en la normativa específicamente aplicable, sin que proceda acudir a la regulación general de la LRJ-PAC que, no hay que olvidar, está llamada a ser aplicable con carácter meramente supletorio.

Així doncs, aquests òrgans han ressaltat el caràcter de legislació específica de la normativa en matèria de contractació, que s'ha d'aplicar en primer terme, amb el ple respecte als tràmits i els efectes que preveu. Només és possible aplicar supletòriament la Llei 30/1992 quan la Llei de contractes no es pronunciï sobre un aspecte concret i la seva aplicació no sigui contrària al contingut general i als principis generals que inspiren la legislació de contractes.

6. El Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals s'ha pronunciat sobre el tràmit que preveu l'article 135.2 de l'LCSP en la Resolució 153/2011, d'1 de juny, en la qual es va estimar el recurs interposat per l'empresa licitadora l'oferta de la qual havia quedat classificada en segon lloc, contra l'adjudicació del contracte al licitador que no va acreditar dins termini que disposava dels mitjans personals que s'havia compromès a adscriure a l'execució del contracte. En concret, el Tribunal es va pronunciar en els termes següents:

La exigencia del artículo 135.2 citado, no es otra que aquel que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa acredite, en el plazo señalado en el precepto transcrito, entre otros, la efectiva disposición de los medios, en este caso personales, que se ha comprometido a adscribir a la ejecución del contrato, de manera que si no presenta la documentación exigida se considerará que el licitador retira su oferta y entonces la Administración procederá a recabar esa información al licitador siguiente, atendiendo al orden de clasificación de las ofertas.

A estos efectos interesa destacar que el plazo de diez días hábiles, que establece el artículo 135.2 antes reproducido, para aportar la justificación exigida no puede ser rebasado, señalando, además, el pliego de cláusulas expresamente en la cláusula IX, apartado 5 que dicho plazo es "máximo", pues de no ser así ello supondría un punto de máxima inseguridad jurídica



para el resto de los licitadores, y sería contrario a los principios de publicidad, libre concurrencia y transparencia en la contratación, consagrados en los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público.

En canvi, el Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó, en l'Acord 8/2011, de 27 de juny, va considerar que aquest tràmit s'ha de dur a terme tenint en compte els diferents principis jurídics en joc i, en especial, el de proporcionalitat, perquè no es converteixi en un tràmit d'“exclusió”, i, a més, que la presentació d'alguns documents permet deduir, almenys inicialment, que la voluntat del licitador que presenta inadequadament o no presenta la totalitat de la documentació requerida no és retirar l'oferta.

7. D'acord amb les consideracions efectuades, especialment en les consideracions jurídiques 4 i 5, i tot i que hi pugui haver altres possibles interpretacions sobre la supletòrietat de la Llei 30/1992 en aquests casos¹, i atesa la dicció literal de l'article 135.2 de l'LCSP, no és necessari aplicar supletòriament la Llei 30/1992, atès que els termes en què està redactat l'article en qüestió són clars i posen de manifest la voluntat del legislador quant als efectes de l'incompliment del requeriment en el termini atorgat.

No obstant això, en el cas que només hi hagi participat un únic licitador, o que només la proposició d'un figure a la classificació de les ofertes, pareix raonable ampliar el termini per facilitar el compliment adequat d'aquest tràmit al licitador, d'una banda, perquè no hi ha tercers que puguin resultar perjudicats ni veure defraudades les seves expectatives en relació amb l'adjudicació del contracte —i, per tant, desapareix la nota que caracteritza els procediments de concurrència competitiva—; d'una altra, perquè la Llei guarda silenci sobre la possibilitat que només hi hagi un únic licitador en el procediment (atès que obliga a requerir la mateixa documentació al licitador següent) —i, per tant, no hi hauria obstacle per entendre que la Llei 30/1992 es pot aplicar supletòriament atès que no seria contrària al contingut ni als principis de l'LCSP—, i, d'una altra, perquè el principi d'economia processal i la defensa de l'interès públic aconsellen ampliar el termini abans que iniciar novament el procediment d'adjudicació del contracte. En aquest cas, és necessari recordar que, d'acord amb l'article 49 de la Llei 30/1992, l'ampliació dels terminis no pot excedir de la meitat d'aquests i que tant la petició del licitador com la decisió sobre l'ampliació s'han de produir abans del venciment del termini de què es tracti.

¹ Vegeu l'Informe 18/2011, de 6 de juliol, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó.



Finalment, cal esmentar un supòsit en què, excepcionalment, s'admetrà la presentació fora de termini d'un dels documents a què es refereix l'article 135.2 de la Llei de contractes, en el cas què la causa de l'incompliment li sigui imputable a l'Administració. Així, l'article 87.1 de l'LCSP, relatiu al termini per acreditar la constitució de la garantia definitiva, disposa el següent:

[...] Si no compleix aquest requisit per causes que li són imputables, l'Administració no ha d'efectuar l'adjudicació a favor seu, i és aplicable el que disposa l'últim paràgraf de l'article 135.2.

D'acord amb aquest precepte, si el licitador proposat com a adjudicatari no acredita, per causes que li siguin imputables, la constitució de la garantia definitiva dins del termini de deu dies hàbils a comptar des del següent a aquell en què hagi rebut el requeriment a què es refereix l'article 135.2, no podrà ser adjudicatari i, a més, s'entendrà que retira l'oferta. *A contrario sensu*, s'admetrà l'acreditació fora de termini quan les causes que li impedeixen acreditar la constitució de la garantia definitiva siguin imputables a l'Administració, sempre que el licitador hagi actuat amb la diligència deguda.

8. Una altra qüestió que és convenient analitzar és si es tracta d'un tràmit susceptible d'esmena, és a dir, si és possible esmenar els documents que s'han presentat en el cas que no reuneixin els requisits exigits per considerar formalitzat adequadament el requeriment.

D'acord amb l'article 135.2 de la Llei, el requeriment s'ha de formalitzar adequadament en el termini que s'hi estableix. És a dir, el licitador que ha presentat l'oferta econòmicament més avantatjosa ha de presentar de forma correcta la documentació que s'hi estableix dins del termini de deu dies hàbils, a comptar del següent a aquell en què hagi rebut el requeriment.

El Tribunal Suprem s'ha pronunciat en nombroses ocasions sobre el caràcter esmenable dels defectes de la documentació general acreditativa del compliment de requisits previs que els licitadors han d'aportar en els procediments de contractació i ha configurat una doctrina favorable a l'esmena dels defectes formals en la documentació acreditativa *del compliment* dels requisits dels licitadors, però no *de l'existència* del requisit en el moment en què sigui exigible.

Així, en la sentència de 6 de juliol de 2004, que n'esmenta d'altres, el Tribunal manifesta que una interpretació literalista de les condicions exigides per prendre part en els procediments administratius de contractació, que condueixi a la no-



admissió de proposicions per simples defectes formals, fàcilment esmenables, és contrària al principi de concurrència, i que la preclusió d'aportacions documentals té per objecte evitar sorpreses per a la resta de concursants, o estratagemes poc netes, però no exclou els participants per defectes de la documentació de caràcter formal.

Aquesta mateixa doctrina és la que ha adoptat el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, entre d'altres en les resolucions 128/2011, de 27 d'abril, i 184/2011, de 13 de juliol, com també, anteriorment, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Economia i Hisenda i altres juntes consultives autonòmiques que s'havien pronunciat sobre aquesta qüestió.

D'acord amb aquesta doctrina, que es pot considerar aplicable als defectes dels documents justificatius a què fa referència l'article 135.2 de l'LCSP, i tenint en compte el principi de proporcionalitat, els defectes serien esmenables quan es refereixin a l'adequada acreditació d'un requisit, però no al seu compliment, és a dir, quan es refereixin a qüestions purament formals.

Quant al termini en què s'ha de complir el tràmit d'esmena, s'ha d'entendre que l'òrgan de contractació ha d'atorgar al licitador un termini per dur a terme l'esmena que permeti a l'òrgan de contractació, en la mesura del que sigui possible, adjudicar el contracte en els cinc dies hàbils següents a la recepció de la documentació, a què fa referència l'apartat 3 de l'article 135. Per aplicació analògica de l'apartat 2 de l'article 81 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, el termini per dur a terme l'esmena no ha de superar els tres dies hàbils.

9. La segona qüestió que es planteja en la consulta es refereix a l'abast de la suspensió o paralització del procediment que es deriva de la disposició transitòria segona de la Llei 34/2010 mentre que una comunitat autònoma no atribueixi a un òrgan concret la competència per resoldre el recurs especial en matèria de contractació previst en l'article 310 de l'LCSP.

Com s'ha esmentat en la consideració jurídica segona d'aquest informe, la Llei 34/2010 introdueix novetats importants en la regulació del recurs especial en matèria de contractació per adaptar-la a les directives de recursos. Aquesta Llei ha suposat, entre d'altres modificacions, la incorporació a l'LCSP del Llibre VI que, sota l'epígraf "Règim especial de revisió de decisions en matèria de



contractació i mitjans alternatius de resolució de conflictes”, regula en els articles 310 a 319 el recurs especial en matèria de contractació i en l’article 320, l’arbitratge.

D’acord amb aquesta regulació, la competència per resoldre el recurs especial en matèria de contractació correspon a un òrgan especialitzat que ha d’actuar amb independència funcional en l’exercici de les seves funcions i que s’ha de crear de conformitat amb el procediment i els requisits que estableix l’article 311.

En l’àmbit de l’Administració General de l’Estat, aquest òrgan especialitzat, de nova creació, és el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, adscrit al Ministeri d’Economia i Hisenda.

Pel que fa a les comunitats autònomes, l’apartat 2 de l’article 311 disposa que han de crear un òrgan especialitzat, amb uns requisits determinats, sens perjudici que puguin, així mateix, atribuir la competència per resoldre els recursos al tribunal especial competent per resoldre els recursos de l’Administració general de l’Estat.

Pel que fa a les corporacions locals, l’apartat 3 del mateix precepte disposa que l’òrgan competent per resoldre els recursos pot ser el que determini una norma de la comunitat autònoma o l’òrgan al qual s’hagi atribuït la competència per resoldre els recursos de la comunitat autònoma el territori de la qual formin part, en funció, respectivament, que la comunitat autònoma tengui atribuïda o no la competència normativa i d’execució en matèria de règim local i contractació.

És a dir, la Llei 34/2010 obliga les comunitats autònomes a actuar en un sentit (crear un òrgan especialitzat) o en un altre (subscriure un conveni amb l’Administració general de l’Estat per atribuir-ne la competència al tribunal central), sens perjudici del fet que estableix un règim transitori per als casos en què no s’hagi regulat (o —cal entendre— decidit) qui ha de resoldre aquests recursos. Així, la disposició transitòria segona, que regula el règim supletori per a les comunitats autònomes estableix el següent:

Mentre una comunitat autònoma no reguli davant qui s’ha d’incoar la qüestió de nul·litat prevista en els articles 37 a 39 de la Llei 30/2007, de 30 d’octubre, o en els articles 109 a 111 de la Llei 31/2007, de 30 d’octubre, o interposar-se el recurs contra els actes indicats a l’article 310.1 i 2 de la primera o a l’article 101.1 de la segona, i quins efectes deriven de la seva interposició, són aplicables les normes següents:



- a) Són objecte de recurs els actes esmentats a l'article 310.2 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, tal com queda redactat per aquesta Llei, quan es refereixin a algun dels contractes que s'enumeren en l'apartat 1 del mateix article o, si s'escau, els esmentats a l'article 101.1.a) de la Llei 31/2007, de 30 d'octubre, així mateix en la redacció que en fa aquesta Llei.
- b) La competència per a la resolució dels recursos continua encomanada als mateixos òrgans que la tinguin atribuïda amb anterioritat.
- c) Els recursos s'han de tramitar de conformitat amb el que estableixen els articles 312 a 318 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, o, si s'escau, en els articles 103 a 108 de la Llei 31/2007, de 30 d'octubre, tal com queden redactats per aquesta Llei.
- d) Les resolucions dictades en aquests procediments són susceptibles de recurs contenciós administratiu. Quan les resolucions no siguin totalment estimatòries o quan sent-ho hagin comparegut en el procediment altres interessats diferents del recurrent, no són executives fins que siguin fermes o, si han estat objecte de recurs, fins que l'òrgan jurisdiccional competent no decideixi sobre la seva suspensió.

D'acord amb aquest règim transitori, els actes susceptibles de recurs i la tramitació del procediment són els mateixos que per a les comunitats autònomes que sí que han creat un òrgan especialitzat o han signat un conveni amb l'Administració general de l'Estat, amb la particularitat que la competència per resoldre els recursos correspon a l'òrgan de contractació. A més, atès que no es tracta d'un òrgan independent, la disposició transitòria imposa un obstacle a l'eficàcia plena de les resolucions que adopti l'òrgan de contractació. En concret, preveu que algunes resolucions, en funció del seu sentit, no siguin immediatament executives.

Així, d'acord amb l'apartat *d* d'aquesta disposició, l'eficàcia de les resolucions que no siguin totalment estimatòries (és a dir, de les resolucions que estimin només parcialment o que desestimïn les pretensions del recurrent) i de les resolucions totalment estimatòries en el procediment de les quals hagin comparegut altres interessats diferents del recurrent, queda diferida fins que adquireixin fermesa o, en el cas que s'hi hagi interposat en contra un recurs contenciós administratiu, fins que l'òrgan jurisdiccional no decideixi sobre la suspensió.

Per tant, la resolució d'un recurs especial en matèria de contractació només és executiva en el cas en què sigui totalment estimatòria i no hagi comparegut en el procediment cap altre interessat. En conseqüència, en aquests casos es podria continuar la tramitació del procediment i formalitzar el contracte.



Pel que fa a la resta de casos, la possibilitat de formalitzar o no el contracte dependrà de l'acte impugnat i, per tant, de si el procediment de contractació estava suspès *ex lege* o no, i de si, amb anterioritat a la resolució del recurs hi havia hagut un pronunciament sobre la suspensió *ex lege* que deriva de l'article 315 de la Llei o sobre l'adopció d'una mesura cautelar de suspensió. Certament, la casuística pot ser molt variada.

10. Cal recordar que la Llei 34/2010 incorpora a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 2007/66/CE, que té com a objectiu millorar l'eficàcia dels procediments de recurs en matèria d'adjudicació de contractes públics. Amb aquest objectiu introdueix una sèrie de mesures per tal de permetre que els candidats i licitadors que intervinguin en els procediments d'adjudicació puguin interposar recurs contra les infraccions legals que es produeixin en la tramitació dels procediments de selecció comptant amb la possibilitat raonable d'aconseguir una resolució eficaç. Com a mesura accessòria per garantir els efectes de la resolució que es dicti en el procediment d'impugnació, la Directiva preveu la suspensió de l'acord d'adjudicació fins que transcorri un termini suficient perquè els interessats puguin interposar els seus recursos, i que la suspensió dels acords d'adjudicació es mantingui fins que es resolgui sobre el fons del recurs o sobre el manteniment o no de la suspensió.

En aquest sentit, pel que fa a la suspensió dels acords d'adjudicació, l'article 315 de l'LCSP disposa que:

Una vegada interposat el recurs, si l'acte objecte de recurs és el d'adjudicació, queda en suspens la tramitació de l'expedient de contractació.

En canvi, la Llei no preveu una disposició similar per a la resta d'actes que són susceptibles del recurs especial en matèria de contractació, que, per tant, no queden suspesos *ex lege* arran de la interposició del recurs.

L'article 316, relatiu a la tramitació del procediment, disposa, en l'apartat 3, que l'òrgan encarregat de resoldre el recurs ha de decidir, en el termini de 5 dies hàbils següents a la interposició del recurs, sobre el manteniment o no de la suspensió automàtica a què es refereix l'article 315, i que aquesta s'ha d'entendre vigent mentre no es dicti resolució expressa que n'acordi l'aixecament. També disposa que en el mateix termini l'òrgan s'ha de pronunciar sobre les mesures cautelars a què es refereix l'article 313, en el cas que se n'hagi sol·licitat qualcuna.



L'article 313 regula la possibilitat que un licitador, abans d'interposar el recurs especial en matèria de contractació (contra qualsevol dels actes que són susceptibles de recurs), sol·liciti l'adopció d'una mesura cautelar, ja sigui per corregir les infraccions de procediment o per impedir que es causin altres perjudicis. Una d'aquestes mesures cautelars pot ser la suspensió del procediment d'adjudicació del contracte.

Així doncs, quan s'interposa un recurs especial en matèria de contractació contra l'acord d'adjudicació del contracte es produeix la suspensió automàtica de la tramitació del procediment d'adjudicació fins que es resolgui expressament el recurs, o fins que hi hagi un pronunciament sobre el manteniment de la suspensió, sense que, per tant, sigui possible formalitzar el contracte.

Com es pot apreciar, és possible que, tot i haver impugnat l'adjudicació del contracte, s'aixequi posteriorment la suspensió que s'havia produït automàticament *ex lege*. I també és possible que tot i que no s'interposi un recurs contra l'adjudicació es produeixi la suspensió del procediment.

11. En definitiva, com hem vist, la resposta a la segona qüestió plantejada depèn de diversos factors. En concret, depèn del sentit de la resolució del recurs, de l'acte impugnat i de si el procediment de contractació estava suspès o no, ja sigui en virtut de la suspensió *ex lege* o de l'adopció d'una mesura cautelar.

Així, depèn del sentit de la resolució del recurs especial en matèria de contractació i, en conseqüència, es pot afirmar que la resolució només és executiva en el cas en què sigui totalment estimatòria de les pretensions del recurrent i no hagi comparegut en el procediment cap altre interessat. En la resta de casos, la possibilitat de continuar el procediment i formalitzar el contracte dependrà de l'acte impugnat i, per tant, de si el procediment de contractació estava suspès *ex lege* o no, i de si, amb anterioritat a la resolució del recurs hi havia hagut un pronunciament sobre la suspensió *ex lege* que deriva de l'article 315 de la Llei o sobre l'adopció d'una mesura cautelar de suspensió.

Conclusions

1. L'incompliment, per part del licitador que ha presentat l'oferta econòmicament més avantatjosa, del termini per presentar la documentació a què es refereix l'article 135.2 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, té com a conseqüència que s'entén que el licitador ha retirat l'oferta i que l'òrgan de contractació ha de demanar la mateixa documentació al licitador



següent, per l'ordre en què hagin quedat classificades les ofertes. Aquest termini no és ampliable, però s'ha d'entendre que l'òrgan de contractació ha d'atorgar al licitador un termini per esmenar els documents que s'han presentat en el cas què no reuneixin els requisits exigits per considerar formalitzat adequadament el requeriment, sempre que els defectes es refereixin a l'acreditació d'un requisit i no al seu compliment.

2. L'abast de la suspensió o paralització del procediment derivada de la disposició transitòria segona de la Llei 34/2010 mentre que una comunitat autònoma no atribueixi a un òrgan concret la competència per resoldre el recurs especial en matèria de contractació previst en l'article 310 de l'LCSP depèn de diversos factors, en concret, del sentit de la resolució del recurs, de l'acte impugnat i de si el procediment de contractació estava suspès o no, ja sigui en virtut de la suspensió *ex lege* o de l'adopció d'una mesura cautelar.