



CONSULTA 021/2024. Procedimiento para imponer la penalidad del artículo 150.2 LCSP cuando el objeto del contrato se ha dividido en lotes.

CONSULTA

“Estamos licitando un contrato de obras de Tratamientos Selvícola mediante procedimiento abierto simplificado y la empresa que ha resultado adjudicataria no ha constituido la garantía definitiva. El artículo 150.2 de la LCSP establece que debemos de imponer una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido y, además imponerle prohibición de contratar según el artículo 71.2 a) LCSP, en el caso que medie dolo, culpa o negligencia.

El contrato está dividido en 3 LOTES a esta empresa se le ha adjudicado uno de los lotes, habiendo pujado para todos los lotes. ¿El Presupuesto Base de Licitación del artículo 150.2 LCSP se refiere al contrato o al lote que fue adjudicado? Entiendo que se refiere al del contrato.

Es la primera vez que nos pasa una situación así, al ser una cuestión delicada porque no habíamos impuesto nunca penalidades, ¿podrían indicarnos cuál es el procedimiento a seguir en estos casos?

Nosotros estamos siguiendo el procedimiento de la contratación, pasando al siguiente licitador, entiendo que sería una cuestión incidental no procediendo a la suspensión de la misma”.

RESPUESTA

En relación con la citada consulta, responderemos a las cuestiones planteadas:

- Sobre si la penalidad del 3% del Presupuesto base de Licitación del artículo 150.2 de la LCSP es respecto del contrato o respecto del lote que fue adjudicado:

Para responder a esta cuestión, partiremos del artículo 99 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 en adelante), relativo al objeto del contrato, y que, en su apartado 7, señala que:

“7. En los contratos adjudicados por lotes y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato”.



Al hilo de ello, resulta muy ilustrativo el Expediente 12/20 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) sobre *Diversas cuestiones referentes a un contrato dividido en lotes*. Así, se expresa la JCCPE en los siguientes términos (resaltaremos lo más interesante conforme a la consulta planteada):

“3. La división en lotes del objeto del contrato ha sido prevista por el legislador con la finalidad de promover y facilitar el acceso de las PYMES a la contratación pública. En el aspecto procedimental, no obstante, se establece como garantía específica para evitar el fraccionamiento ilícito del contrato y que se puedan ver vulneradas las normas adjetivas y los umbrales aplicables que “cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido en el artículo 101, salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2.” (artículo 99.6 de la LCSP). Por tanto, la determinación del procedimiento aplicable a la selección del contratista y los umbrales aplicables deben responder al valor acumulado del conjunto de las prestaciones o lotes en que se divide el contrato. Esta norma guarda una perfecta congruencia con la prevista en el artículo 101.12 de la LCSP a los efectos del cálculo del valor estimado en los contratos adjudicados simultáneamente por lotes.

*No dice lo mismo la norma respecto de otros aspectos concretos como puedan ser la solvencia y las garantías y, sin embargo, podemos encontrar en la LCSP otras normas que sí tratan la cuestión. La primera de ellas es el artículo 74.2 donde se indica que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos deben “estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.” **Esa necesaria proporcionalidad determinaría que, si estamos en presencia de diferentes contratos para cada lote adjudicado, como resulta ser la regla general, cada uno de ellos exija unas condiciones de solvencia vinculadas a la concreta prestación que constituye su objeto. Por el contrario, si estamos en presencia de un solo contrato, bien por exigirlo los pliegos o bien por razón de la existencia de ofertas integradoras, la proporción adecuada de las condiciones de solvencia se alcanzará con el conjunto de las prestaciones a que se refiere el único***



contrato existente y las ofertas integradoras presentadas en su seno. Este mismo criterio puede deducirse del párrafo final del artículo 87 a) de la LCSP en que se ordena que el criterio del volumen anual de negocios o el del volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato se aplique en relación con cada uno de los lotes en que esté dividido el contrato.

Por lo que se refiere a las garantías cabe destacar que conforme al artículo 106.2 de la LCSP en el caso de división en lotes, la garantía provisional se fijará atendiendo exclusivamente al importe de los lotes para los que el licitador vaya a presentar oferta y no en función del importe del presupuesto total del contrato. Por tanto, también en este caso si existen tantos contratos como lotes a cada uno de ellos se le exigirá una garantía apropiada y proporcionada al valor de cada lote separado. Por el contrario, cuando sólo exista un contrato por exigirlo el pliego o por existir ofertas integradoras se deberá fijar la garantía en función del valor conjunto de los lotes adjudicados de manera integrada.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1069/2017, de 17 de noviembre, dictada sobre la base de la regulación de la Directiva 2014/24/UE ya que todavía no estaba en vigor la nueva LCSP, alude a la regla general de existencia de tantos contratos como lotes adjudicados y, en este caso, afirma que “no cabe duda que cada lote funciona como un contrato independiente, cada uno con su propio presupuesto, diferente solvencia técnica y económica, distinta exigencia de garantía definitiva, etc. La independencia de cada uno de los lotes se pone de manifiesto en caso de impugnación de la adjudicación en uno de ellos, pues la misma no determina la suspensión del resto, cuyos contratos pueden formalizarse y su ejecución comenzar. De la misma forma, la exclusión del licitador en uno de los lotes por alguna deficiencia en su solvencia u oferta, no determina por sí misma, la exclusión en todos los lotes en los que se hubiera presentado. Si todo esto es así, la misma conclusión cabe alcanzar en lo que se refiere a la adscripción de medios personales. No cabe la inclusión global de los perfiles, sino su concreción para cada lote y, dentro de ellos, para cada centro.”

En el caso contrario, cuando sólo exista un contrato, la respuesta habrá de ser, como hemos visto, también la contraria, de modo que las condiciones de solvencia y la garantía habrán de referirse, como dice la ley al “valor acumulado del conjunto.”



4. Si en condiciones normales cada lote constituye un contrato, **las cuestiones relativas a sus efectos y cumplimiento deben resolverse teniendo en cuenta esta característica (...)”.**

Sentado esto, y vinculándolo a nuestro caso concreto, podemos encontrarnos con dos escenarios posibles:

- Si estamos ante el supuesto de que cada lote constituye un contrato, se atenderá al presupuesto de cada lote a la hora de imponer la penalidad.
 - Si estamos ante el supuesto de que los 3 lotes constituyan un único contrato, bien por disponerlo así en los pliegos, o bien por existir ofertas integradoras, la penalidad del 3% a que se refiere el artículo 150.2 de la LCSP, vendrá referida al valor acumulado del conjunto de los lotes en que se hubiera dividido el objeto del contrato.
- Sobre el procedimiento para imponer la penalidad del artículo 150.2 LCSP:

En relación con esta cuestión, hay que partir de lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP, que señala lo siguiente:

“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.

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”.

En este sentido, el precepto mencionado determina una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, para el caso de que el propuesto como adjudicatario no atienda correctamente el requerimiento efectuado con la documentación justificativa.

Sobre la interpretación de este artículo, ha tenido ocasión de pronunciarse la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) en su Expediente 6/2021, donde, tras distinguir entre dos posibles supuestos de no aportación de la documentación en plazo, establece las consecuencias que se derivan de ese hecho (el resaltado es nuestro):

“...La misma conclusión se alcanza en la Resolución 897/2020 (se refiere la Junta, al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) que, como la anterior, distingue claramente dos supuestos:

a) Cuando no se cumplimenta en absoluto el requerimiento del art. 150.2, supuesto en el que debe hacerse una interpretación restrictiva y estricta y dar por incumplida totalmente la obligación. Tal circunstancia ocurre en el caso de completa falta de cumplimentación del requerimiento y ha de aparejar las consecuencias legalmente establecidas.

b) Cuando se cumplimenta el requerimiento de manera incompleta, de modo que existe un incumplimiento parcial, sin que afecte a la existencia previa del requisito, en cuyo caso procede requerir la subsanación de tal documentación en el plazo de tres días, con el fin de reparar los defectos u omisiones en que se hubiera incurrido.



En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal en las resoluciones 532/2020, de 8 de abril, 590/2020, de 14 de mayo y 779/2020, de 3 de julio.

4. La copiosa doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales coincide con el criterio de esta Junta Consultiva. La aplicación del principio de concurrencia exige que ante incumplimientos de mero carácter formal y, por tanto, subsanables, se pueda ofrecer al licitador la posibilidad de demostrar, siempre en un breve plazo que no perjudique al interés público, que verdaderamente cumplía con el requisito exigido. Otra solución podría ser pernicioso para el interés público que subyace necesariamente en todo contrato público, porque la exclusión del licitador que ha fallado en la acreditación de un requisito del que sí disponía sin incurrir en una negligencia grave por su parte, no sólo perjudica al citado licitador, sino también a la entidad contratante, que se ve obligada a prescindir de la mejor proposición por la existencia de meros defectos formales, fácilmente enmendables.

*Por el contrario, cuando lo que ocurre es que el licitador no ha hecho el menor esfuerzo por aportar la documentación exigida o cuando de la misma se deduzca con claridad que lo que ocurre es que el licitador no cumple algunas de las condiciones que, como requisitos previos, exige la LCSP para poder ser adjudicatario, la única solución es descartar su proposición excluyéndolo de la licitación, repetir el trámite del artículo 150.2 respecto de la siguiente de las proposiciones e imponer, en este caso de forma automática, las penalidades que marca la norma. **No se trata, en realidad, de hacer una interpretación más o menos rigurosa de la LCSP, sino de que el órgano de contratación no puede adjudicar el contrato a quien no acredita en modo alguno o no cumple alguna de las condiciones exigidas para contratar o a quien, requerido para su acreditación, presenta una conducta indolente o negligente y omite la acreditación de alguna de ellas.***

(...).

Tanto en el primer caso, como si en el trámite de subsanación el licitador falta nuevamente a la acreditación de la solvencia técnica, se habrán de aplicar las consecuencias descritas en el artículo 150.2, de modo que procederá entender 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 la posible existencia de una prohibición de contratar. A continuación se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas. Esta aplicación tiene carácter automático por virtud de la aplicación de la norma legal.

De este modo, la valoración de las circunstancias del caso, es decir, si existe un incumplimiento subsanable del licitador, tiene carácter previo a la decisión que proceda tomar. Si se entiende que no cabe la subsanación, procederá de forma automática, la imposición de la correspondiente penalidad”.

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución nº 710/2021, sobre un supuesto de hecho similar al del caso que nos concierne, señaló lo siguiente (el resaltado es nuestro):

“(…) En cuanto a la impugnación del apartado 1º del acuerdo, “tener por retirada su oferta”, la empresa recurrente se limita a indicarlo en su petitum, pero no lo desarrolla a lo largo del escrito de recurso. No afirma cumplir con la solvencia técnica exigida. Tampoco que esté en condiciones de prestar la garantía definitiva establecida. Es decir, no solicita la subsanabilidad del trámite del 150.2 LCSP, por estar en condiciones de cumplir con la solvencia y garantía definitiva exigidas.

(…).

En cuanto a la garantía definitiva, no la constituyó en el plazo concedido, ni alega la posibilidad de poder constituirla en la actualidad.

Por tanto, aunque este Tribunal ha declarado que el trámite del 150.2 LCSP es susceptible de subsanación, en este caso no procede conceder dicho trámite, ya que ni siquiera ha sido solicitado. Los incumplimientos claros en la aportación de la documentación exigida hacen que la resolución del órgano de contratación teniendo por retirada la oferta de la recurrente se considere ajustada a Derecho, por lo que se desestima este motivo de recurso.



Dicho esto, será el órgano de contratación quien sopesa, en su caso, sobre la posibilidad de requerir previamente de subsanación al licitador, si entiende que es un trámite susceptible de ello. De lo contrario, procederá de la manera prevista en el artículo 150.2 y que ya ha sido detallada: entender por retirada la oferta y exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad.

En cuanto al modo de exigirle tal penalidad, de la dicción de precepto mencionado, podemos ver que la misma opera “*ope legis*”, es decir, se podrá imponer directamente en la propia Resolución del órgano de contratación en la que entienda indebidamente retirada la oferta. Este es el criterio que han venido siguiendo tanto la JCCPE (en el Expediente anteriormente analizado, señalaba que: *procederá de forma automática, la imposición de la correspondiente penalidad*), como el TACRC, como, por ejemplo, en su Resolución 497/2022, donde se pronuncia sobre un caso similar (el resaltado es nuestro):

“Los términos del precepto son claros y no dejan lugar a dudas sobre la imposición de la penalidad en el presente caso, por mor de no atenderse debidamente por la mercantil actora –en tiempo y/o forma– el trámite regulado ex artículo 150.2 de la LCSP.

Ello es una consecuencia legal que el licitador está obligado a admitir, habida cuenta de su previsión tanto en la Ley como en los pliegos que no han sido impugnados.

Procede aplicar a este supuesto, de falta de acreditación de la solvencia técnica las consideraciones vertidas en la Resolución nº 312/2022, de 10 de marzo:

*“Es decir, aunque no se recoja en los pliegos de manera expresa que la presentación de un DEUC incompleto determina la exclusión del licitador si, tras el correspondiente requerimiento, no se procede a su subsanación, **esta consecuencia trae causa directa de la norma; esto es, se produce ope legis.** Y ello porque dicho documento tiene por objeto acreditar que el licitador reúne los requisitos de capacidad y solvencia. De modo y manera que, no habiéndose subsanado la deficiencia observada y a pesar de los tres requerimientos efectuados, procedía la exclusión de la empresa actora”.*



No ocurre lo mismo con la **prohibición para contratar** a la que se refiere el inciso final del párrafo segundo del artículo 150.2 *-sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71-*. En este caso, la declaración de la prohibición para contratar no opera de forma automática (a diferencia de la imposición de la penalidad a lo que nos referíamos anteriormente) sino que, si el órgano de contratación decide imponerla, deberá llevar a cabo el procedimiento establecido a tal efecto, y que se encuentra regulado tanto en el artículo 72 de la LCSP, como en el artículo 19 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP). Sobre esta cuestión, se pronunció el TACRC en la ya mencionada Resolución nº 710/2021 (el destacado es nuestro):

“En cuanto a la prohibición de contratar impuesta en el acuerdo impugnado, la empresa recurrente alega que se ha omitido el preceptivo procedimiento, particularmente el trámite de audiencia.

El órgano de contratación considera que el artículo 72.2 LCSP permite declarar en un primer momento la prohibición de contratar, como se ha hecho, y que posteriormente se instruirá el procedimiento para determinar el alcance y duración, en el que se dará audiencia a la empresa recurrente.

*El Tribunal no comparte el criterio del órgano de contratación. El artículo 72.2, párrafo segundo, establece que en los supuesto contemplados en el apartado segundo (en este caso, el apartado 2.a) del artículo 71 LCSP), el **alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante un procedimiento instruido al efecto**. El procedimiento está regulado en el artículo 19 del Real Decreto 1098/2001 (RGLCAP), y se considera que se trata de un único procedimiento, que tendrá como resultado, previa audiencia del interesado, la declaración o no de la prohibición de contratar, y en caso afirmativo, su duración y alcance. **No es admisible imponer la prohibición de contratar sin procedimiento alguno**, para luego determinar su duración y alcance con la audiencia del contratista, ya que este trámite de audiencia puede ser relevante para apreciar si existe o no el exigido dolo, culpa o negligencia (artículo 71.2.a)).*

Por tanto, procede estimar este motivo de recurso, y anular la declaración contenida en el acuerdo recurrido relativa a la prohibición de contratar con el Ayuntamiento de Cocentaina sin perjuicio de que, tras el procedimiento oportuno, pueda ser declarada en el futuro”.



Por otro lado, y aunque no es objeto de debate en esta consulta, para otros supuestos en los que el órgano de contratación tenga que imponer penalidades durante la fase de ejecución del contrato, el procedimiento de imposición de las mismas deberá ajustarse a lo prevenido en la LCSP y en RGLCAP; así como en lo dispuesto en las normas de procedimiento administrativo, que se aplican con carácter supletorio. En este sentido, el artículo 194.2 de la LCSP dispone que las penalidades previstas en sus artículos 192 y 193 *“se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de los mencionados pagos”*.

A este respecto, indicarles que, en los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares aprobados por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, que se encuentran publicados en el Portal de Contratación de Castilla-La Mancha (<https://contratacion.castillalamancha.es/node/3#accordion-72-3>), y que son de uso obligatorio para todos los órganos de contratación del sector público regional que, a efectos de la legislación aplicable, tienen la consideración de Administraciones Públicas, constan los trámites para llevar a cabo en el procedimiento para la imposición de penalidades.

- Sobre la suspensión o no del procedimiento:

Para resolver la última de las cuestiones planteadas, hemos de referirnos a lo establecido en la disposición final cuarta de la LCSP, que, en su apartado 1, establece que: *“Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias”*

La norma contractual sólo se refiere, con carácter general, a la suspensión (automática), durante la tramitación del procedimiento, en el artículo 53, que regula los efectos derivados de la interposición del recurso especial en materia de contratación; así, *“Una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de*



adjudicación (...). En otros casos, resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, relativo a la “suspensión del plazo máximo para resolver”, que señala los supuestos en que podrá suspenderse dicho plazo.

En el caso que nos ocupa, tal y como hemos indicado, para aplicar la penalidad del 3% no es necesario instruir ningún procedimiento; por tanto, si no hay procedimiento, no hay nada que fuera susceptible de suspensión. En otros supuestos en que resulte necesario instruir un procedimiento (como, por ejemplo, el que resulta necesario para imponer una prohibición para contratar, o para resolver la ejecución del contrato), corresponderá al órgano de contratación valorar si, en su tramitación, sería conveniente o no decretar la suspensión, en atención a lo dispuesto en el citado artículo 22 de la Ley 39/2015.

Finalmente indicar que, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y en ningún caso resulta vinculante.

EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN