



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 28 de octubre de 2011

Informe 5/2011, de 28 de octubre. Incumplimiento, por parte del licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, del plazo para presentar la documentación a que se refiere el artículo 135.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Eficacia de la resolución del recurso especial en materia de contratación que prevé esta Ley mientras una comunidad autónoma no regule el órgano competente para resolver este recurso

Antecedentes

1. La alcaldesa del Ayuntamiento de Eivissa ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

Mediante el presente, y de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional Segunda del Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, sobre contratación de la CAIB, le remitimos solicitud de informe en relación al expediente de contratación 49/10 “Servicio de regulación y control del estacionamiento de vehículos con limitación horaria en la vía pública de determinadas zonas de la ciudad de Eivissa”.

Los antecedentes se determinan detalladamente en el informe jurídico que acompaña al presente escrito como Anexo 1, si bien de forma resumida puede establecerse que, abierta la licitación para el contrato de referencia, la empresa clasificada en primer lugar para la adjudicación no presentó la documentación exigida dentro del plazo de diez días establecido al efecto, procediendo este Ayuntamiento, de conformidad con la cláusula 17.3 del PCAP, el artículo 135.2 de la LCSP, y el propio requerimiento efectuado, a considerar que había retirado su oferta y a solicitar la documentación correspondiente a la siguiente empresa clasificada, hecho que motivó la presentación de un recurso especial en materia de contratación –pendiente de resolución a fecha actual– en el que también se solicita la suspensión de la tramitación de conformidad con la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 34/2010.

Mediante el presente se solicita a la Junta Consultiva la emisión de informe en relación:

– Tanto a la corrección de la interpretación realizada por este Ayuntamiento de la cláusula 17.3 del pliego de cláusulas administrativas



particulares, que refleja la obligación establecida en el artículo 135.2 de la Ley de Contratos del Sector Público,

– Como al alcance de la suspensión establecida en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 34/2010 en relación al régimen supletorio a aplicar en tanto una Comunidad Autónoma no regule los órganos competentes para la resolución del recurso especial en materia de contratación.

En cuanto a esta última duda, el informe jurídico que acompaña la solicitud concreta los aspectos sobre los cuales se considera conveniente que esta Junta Consultiva se pronuncie y los enuncia en los siguientes términos:

– Si lo previsto en el apartado d) de la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010, en los supuestos de desestimación total de recursos especiales interpuestos contra actos de adjudicación con levantamiento de la suspensión automática, supone que no se puedan formalizar los contratos hasta que la desestimación del recurso sea firme o, en el caso de que se haya interpuesto recurso contencioso hasta que el órgano judicial decida acerca de la suspensión, hecho que supone una suspensión *ex lege* de los procedimientos.

– Si lo previsto en el apartado d) de la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010, en los supuestos de desestimación total de recursos especiales interpuestos contra acuerdos previstos en el artículo 310.2 de la Ley 34/2010, en los que se haya solicitado medida provisional de suspensión, supone que el procedimiento no puede continuar hasta que la desestimación del recurso sea firme, o en el caso de que se haya interpuesto recurso contencioso hasta que el órgano judicial decida acerca de la suspensión, hecho que supone una suspensión *ex lege* de los procedimientos.

– Respecto a los efectos que tiene el apartado d) de la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010, en los supuestos de desestimaciones y estimaciones parciales y de estimaciones de recursos especiales interpuestos.

2. La alcaldesa del Ayuntamiento de Eivissa está legitimada para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con la disposición adicional segunda del Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, sobre contratación de la Comunitat Autònoma de las Illes Balears. Al escrito se adjunta el informe jurídico preceptivo que se exige en el artículo 16.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de esta Junta Consultiva, aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997. Por tanto, se cumplen los requisitos previos de admisión para poder emitir



el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas

1. El escrito de consulta plantea dos cuestiones relacionadas con algunas novedades que se recogen en la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras (en adelante, Ley 34/2010).

La primera cuestión se refiere a la corrección de la interpretación realizada por el Ayuntamiento de Eivissa de la cláusula 17.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares, que incorpora la obligación que prevé el artículo 135.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Se trata, por tanto, de una consulta relativa a la interpretación del artículo 135.2 de la LCSP en relación con las consecuencias del incumplimiento, por parte del licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, del plazo para atender el requerimiento a que se refiere este artículo.

La segunda cuestión se refiere al alcance de la posible suspensión o paralización del procedimiento derivada de la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010 en tanto una comunidad autónoma no atribuya a un órgano concreto la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 310 de la LCSP.

Con carácter previo debe señalarse que los informes de la Junta Consultiva no pueden sustituir, en ningún caso, a los informes preceptivos de los servicios jurídicos correspondientes, ni pueden pronunciarse, con carácter general, para resolver cuestiones concretas de un expediente, sino que deben interpretar la normativa de contratación pública en los aspectos que presenten alguna duda o alguna contradicción, y siempre desde la perspectiva de que estas interpretaciones puedan ser de interés general.

En consecuencia, las consideraciones que se realizan en este Informe son de carácter general, sin entrar a analizar el expediente de contratación concreto a que se refiere esta consulta.



2. La Ley 34/2010 incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE, de 21 de diciembre, y 92/13/CEE, de 25 de febrero, del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

Estas directivas prevén la existencia de un recurso específico, rápido y eficaz, que impide la celebración del contrato hasta que se resuelva de forma expresa, y que garantiza la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos, en particular, en la fase en que las infracciones todavía pueden corregirse.

La Directiva 2007/66/CE pretende dar solución a los puntos débiles de los mecanismos de recurso de los estados miembros, puestos de manifiesto por la jurisprudencia comunitaria, entre otras, en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de octubre de 1999 (asunto C-81/98, *Alcatel*), de 18 de junio de 2002 (asunto C-92/00) y de 12 de diciembre de 2002 (asunto C-470/99).

En este sentido, la Directiva 2007/66/CE exige que haya un período de paralización del procedimiento entre la adjudicación del contrato y su celebración con una duración suficiente para permitir la interposición de un recurso, y establece una norma relativa a la perfección de los contratos. En concreto, la Directiva dispone que entre la adjudicación y la firma o celebración del contrato debe transcurrir, en todo caso, un plazo de diez días, o quince, según el medio de notificación que se haya utilizado, a contar desde que se notificó la adjudicación a todas las partes interesadas.

Cabe recordar que la Ley 30/2007 había regulado un nuevo recurso especial en materia de contratación en el artículo 37 y que esta regulación fue criticada durante la tramitación del anteproyecto de ley, entre otros, por el Consejo de Estado y el Consejo Económico y Social, y posteriormente también fue objeto de críticas por la doctrina, entre otros motivos, porque era contraria a la jurisprudencia comunitaria y porque no se adecuaba enteramente a la Directiva 2007/66/CE, tramitada simultáneamente a la LCSP y adoptada poco después de que se aprobara esta.

De hecho, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2008 (asunto C-444/06) declaró que España había incumplido las



obligaciones impuestas por las directivas de recursos al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración.

En el dictamen motivado de la Comisión Europea como consecuencia del incumplimiento de esta sentencia por parte del Gobierno español, la Comisión manifiesta que la LCSP no cumple las exigencias del derecho comunitario en materia de recursos. En concreto, señala que la Ley no permite recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación que garantice una protección jurídica plena y eficaz. Además, la Comisión considera que el recurso contra la adjudicación provisional no equivale al recurso contra la adjudicación misma del contrato y no permite a los licitadores excluidos valorar la corrección de las actuaciones posteriores a la adjudicación provisional, motivo por el cual el recurso previsto en el artículo 37 era ineficaz.

Así, el derecho comunitario exige que pueda interponerse un recurso eficaz después de que se haya adoptado la decisión de adjudicar un contrato y antes de la “*celebración del contrato*” (según la terminología comunitaria —es decir, antes de la formalización, según la terminología nacional).

En definitiva, vistos estos antecedentes, la reforma operada por la Ley 34/2010 da una nueva regulación al recurso especial en materia de contratación para adaptarla a las exigencias comunitarias y prevé la creación de órganos independientes de carácter administrativo para conocer de estos recursos. Además, modifica el régimen de adjudicación de los contratos y el momento de la perfección del contrato, que ahora coincide con el de su formalización. De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley, existía “la necesidad de refundir en uno solo los actos de adjudicación provisional y definitiva haciendo coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso. Esta modificación ha generado la necesidad de modificar una serie importante de artículos de la Ley que han resultado afectados por ella aún cuando no tengan relación directa con el recurso especial en materia de contratación”.

Uno de los artículos afectados por la reforma, como consecuencia de la supresión de la dualidad entre adjudicación provisional y definitiva, es el artículo 135 de la LCSP, que regula la clasificación de las ofertas, la adjudicación del contrato y la notificación de la adjudicación.



3. La primera consulta que se plantea hace referencia a las consecuencias del incumplimiento, por parte del licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, del plazo para presentar la documentación a que se refiere el artículo 135.2 de la Ley de Contratos.

El artículo 135.2 de la LCSP dispone que:

El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 53.2, 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.

Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

Así pues, se regula un trámite previo a la adjudicación del contrato, que consiste en requerir al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que haya recibido el requerimiento, aporte la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, de disponer efectivamente de los medios que se haya comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato y de haber constituido la garantía definitiva. Si no se atiende el requerimiento adecuadamente en plazo se entiende que el licitador retira su oferta, debiéndose requerir al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, para que presente la misma documentación.



La retirada de una oferta tiene como consecuencia, de acuerdo con los artículos 49.2 *d* y 91.4 de la LCSP, respectivamente, que el licitador incurre en una causa de prohibición de contratar con las administraciones públicas si ha habido dolo, culpa o negligencia, y que el órgano de contratación incautará al licitador, necesariamente, la garantía provisional que, en su caso, haya constituido.

Por tanto, vistas las graves consecuencias que se pueden derivar del incumplimiento del requerimiento en plazo, debe analizarse si una vez transcurrido este plazo el licitador puede o no cumplimentar el trámite. Es decir, si se trata de un plazo ampliable y, en consecuencia, el órgano de contratación puede otorgar al licitador un nuevo plazo para presentar la documentación, o si se trata de un plazo no ampliable, un plazo de carácter preclusivo.

Además, parece conveniente analizar si se trata de un trámite susceptible de subsanación, es decir, si es posible subsanar los documentos que se han presentado en el caso de que no reúnan los requisitos exigidos para considerar cumplimentado adecuadamente el requerimiento.

4. Como hemos visto, el artículo 135.2 de la LCSP impone al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa una obligación de hacer — presentar unos documentos en un plazo determinado— y establece unas consecuencias para el caso de incumplimiento de esta obligación: por un lado, la Ley prevé una sanción para el licitador —se considera que ha retirado su oferta, con las consecuencias de los artículos 49.2 *d* y 91.4 de la LCSP— y, por otro lado, establece una obligación para el órgano de contratación —deberá solicitar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

Por tanto, dada la redacción del precepto, que es muy claro en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del plazo, los licitadores que han participado en el procedimiento de adjudicación del contrato tienen una expectativa razonablemente fundada sobre cuál será la actuación del órgano de contratación una vez clasificadas las ofertas y en qué plazo se producirá.

Dado que, de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil, las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad que tienen, podría considerarse que si se entiende, más allá de la literalidad del precepto, que la actuación del órgano de contratación puede ser diferente de la



que se prevé en este artículo, se introduciría una nota de incertidumbre que podría afectar al principio de seguridad jurídica.

Debe tenerse en cuenta que el procedimiento de contratación es, con carácter general, un procedimiento de concurrencia competitiva en cuyo seno hay plazos procedimentales que afectan simultáneamente a todos los licitadores, como el caso del plazo para presentar ofertas, y otros plazos, como el que establece el artículo 135.2, que sólo afectan a uno de los licitadores, que tiene que llevar a cabo una actuación concreta.

En el caso de que un plazo afecte a varios licitadores, que han de llevar a cabo una misma actuación, la ampliación del plazo a un único licitador sería contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos y en el derecho comunitario. En cambio, en el caso de que un plazo afecte a un único licitador, que tiene que llevar a cabo una actuación determinada, debe entenderse que, aunque una ampliación del plazo no supondría necesariamente una vulneración de aquellos principios, es obligado tener en cuenta que hay otros licitadores con una expectativa legítima de poder llegar a ser adjudicatarios en el caso de que el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa no cumplimente el trámite que prevé el artículo 135.2 de la Ley.

Es necesario recordar que los plazos que establecen las leyes son de observancia inexcusable y que no son meros formalismos sin trascendencia. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2004 manifiesta 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 relación con el plazo para llevar a cabo la obligación que establece el artículo 135.2 de la Ley, debe entenderse que se configura como un trámite de carácter preclusivo por su naturaleza. Así, la relevancia del trámite que regula (del cual depende la adjudicación del contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa), la suficiencia del plazo en relación con las



actuaciones que el licitador ha de llevar a cabo y la diligencia que debe guiar la actuación del licitador, así como las expectativas de otros licitadores de llegar a ser adjudicatarios, son circunstancias que aconsejan considerar que este trámite tiene un carácter preclusivo. Por tanto, debe entenderse que no es posible ampliarlo más allá de los diez días hábiles que determina la Ley y que, por tanto, no debe aplicarse supletoriamente la Ley 30/1992.

5. La disposición final octava de la Ley de Contratos dispone que los procedimientos que regula esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y normas complementarias.

El artículo 49 de la Ley 30/1992 establece la posibilidad de que la Administración, salvo precepto en contrario, conceda de oficio o a petición de los interesados una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, pero siempre que las circunstancias lo aconsejen y que no se perjudiquen derechos de terceros.

Varios órganos se han pronunciado sobre la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 a los procedimientos de contratación.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda se ha pronunciado sobre esta cuestión en el Informe 16/00, de 11 de abril, en los términos siguientes:

[...] 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.

Posteriormente, el Consejo de Estado, en el Dictamen 477/2001, de 29 de marzo, relativo a la resolución contractual, manifiesta 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”.

La Abogacía del Estado, en el Informe de 24 de junio de 2004 sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar intereses de demora por retraso en el pago de certificaciones de los contratos administrativos, llega a las mismas conclusiones y manifiesta que:

En supuestos como los anteriores [en referencia a los casos que analizan la Junta Consultiva y el Consejo de Estado en los documentos antes citados] 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.

Así pues, estos órganos han resaltado el carácter de legislación específica de la normativa en materia de contratación, que debe aplicarse en primer término, con pleno respeto a los trámites y los efectos que prevé. Sólo es posible aplicar supletoriamente la Ley 30/1992 cuando la Ley de Contratos no se pronuncie sobre un aspecto concreto y su aplicación no sea contraria al contenido general y a los principios generales que inspiran la legislación de contratos.

6. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado sobre el trámite que prevé el artículo 135.2 de la LCSP en la Resolución 153/2011, de 1 de junio, en la que se estimó el recurso interpuesto por la empresa licitadora cuya oferta había quedado clasificada en segundo lugar,



contra la adjudicación del contrato al licitador que no acreditó en plazo que disponía de los medios personales que se había comprometido a adscribir a la ejecución del contrato. En concreto, el Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

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 cambio, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en el Acuerdo 8/2011, de 27 de junio, consideró que este trámite debe llevarse a cabo teniendo en cuenta los diferentes principios jurídicos en juego y, en especial, el de proporcionalidad, para que no se convierta en un trámite de “exclusión”, y, además, que la presentación de algunos documentos permite deducir, al menos inicialmente, que la voluntad del licitador que presenta inadecuadamente o no presenta la totalidad de la documentación requerida no es retirar la oferta.

7. De acuerdo con las consideraciones efectuadas, especialmente en las consideraciones jurídicas 4 y 5, y a pesar de que pueda haber otras posibles interpretaciones sobre la supletoriedad de la Ley 30/1992 en estos casos¹, y dada la dicción literal del artículo 135.2 de la LCSP, no es necesario aplicar supletoriamente la Ley 30/1992, dado que los términos en que está redactado el artículo en cuestión son claros y ponen de manifiesto la voluntad del legislador en cuanto a los efectos del incumplimiento del requerimiento en el plazo otorgado.

¹ Vid. el Informe 18/2011, de 6 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.



Ello no obstante, en el caso de que sólo haya participado un único licitador, o que sólo la proposición de uno figure en la clasificación de las ofertas, parece razonable ampliar el plazo para facilitar el cumplimiento adecuado de este trámite al licitador, por un lado, porque no hay terceros que puedan resultar perjudicados ni ver defraudadas sus expectativas en relación con la adjudicación del contrato —y, por tanto, desaparece la nota que caracteriza los procedimientos de concurrencia competitiva—; por otro, porque la Ley guarda silencio sobre la posibilidad de que sólo haya un único licitador en el procedimiento (dado que obliga a requerir la misma documentación al licitador siguiente) —y, por tanto, no habría obstáculo para entender que la Ley 30/1992 puede aplicarse supletoriamente dado que no sería contraria al contenido ni a los principios de la LCSP—, y, por otro, porque el principio de economía procesal y la defensa del interés público aconsejan ampliar el plazo antes que iniciar nuevamente el procedimiento de adjudicación del contrato. En este caso es necesario recordar que, de acuerdo con el artículo 49 de la Ley 30/1992, la ampliación de los plazos no puede exceder de la mitad de los mismos y que tanto la petición del licitador como la decisión sobre la ampliación deben producirse antes del vencimiento del plazo de que se trate.

Finalmente, debe mencionarse un supuesto en el que, excepcionalmente, se admitirá la presentación fuera de plazo de uno de los documentos a que se refiere el artículo 135.2 de la Ley de Contratos, en el caso de que la causa del incumplimiento le sea imputable a la Administración. Así, el artículo 87.1 de la LCSP, relativo al plazo para acreditar la constitución de la garantía definitiva, dispone lo siguiente:

[...] De no cumplir este requisito por causas a él imputables, la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 135.2.

De acuerdo con este precepto, si el licitador propuesto como adjudicatario no acredita, por causas que le sean imputables, la constitución de la garantía definitiva dentro del plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a aquel en que haya recibido el requerimiento a que se refiere el artículo 135.2, no podrá ser adjudicatario y, además, se entenderá que retira su oferta. *A contrario sensu*, se admitirá la acreditación fuera de plazo cuando las causas que le impiden acreditar la constitución de la garantía definitiva sean imputables a la Administración, siempre que el licitador haya actuado con la diligencia debida.



8. Otra cuestión que es conveniente analizar es si se trata de un trámite susceptible de subsanación, es decir, si es posible subsanar los documentos que se han presentado en el caso de que no reúnan los requisitos exigidos para considerar cumplimentado adecuadamente el requerimiento.

De acuerdo con el artículo 135.2 de la Ley, el requerimiento debe cumplimentarse adecuadamente en el plazo que en el mismo se establece. Es decir, el licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa tiene que presentar de forma correcta la documentación que en el mismo se establece dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que haya recibido el requerimiento.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el carácter subsanable de los defectos de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que los licitadores tienen que aportar en los procedimientos de contratación y ha configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa *del cumplimiento* de los requisitos de los licitadores, pero no *de la existencia* del requisito en el momento en que sea exigible.

Así, en la sentencia del 6 de julio de 2004, que menciona otras, el Tribunal manifiesta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, y que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para el resto de concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos de la documentación de carácter formal.

Esta misma doctrina es la que ha adoptado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras en las resoluciones 128/2011, de 27 de abril, y 184/2011, de 13 de julio, así como, anteriormente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda y otras juntas consultivas autonómicas que se habían pronunciado sobre esta cuestión.

De acuerdo con esta doctrina, que puede considerarse aplicable a los defectos de los documentos justificativos a los que hace referencia el artículo 135.2 de la LCSP, y teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, los defectos serían subsanables cuando se refieran a la adecuada acreditación de un requisito, pero



no a su cumplimiento, es decir, cuando se refieran a cuestiones puramente formales.

En cuanto al plazo en el que tiene que cumplirse el trámite de subsanación, debe entenderse que el órgano de contratación ha de otorgar al licitador un plazo para llevar a cabo la subsanación que permita al órgano de contratación, en la medida que sea posible, adjudicar el contrato en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación, a que hace referencia el apartado 3 del artículo 135. Por aplicación analógica del apartado 2 del artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, el plazo para llevar a cabo la subsanación no debe superar los tres días hábiles.

9. La segunda cuestión que se plantea en la consulta se refiere al alcance de la suspensión o paralización del procedimiento que se deriva de la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010 en tanto una comunidad autónoma no atribuya a un órgano concreto la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 310 de la LCSP.

Como se ha mencionado en la consideración jurídica segunda de este informe, la Ley 34/2010 introduce importantes novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación para adaptarla a las directivas de recursos. Esta Ley ha supuesto, entre otras modificaciones, la incorporación a la LCSP del Libro VI que, bajo el epígrafe “Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos”, regula en los artículos 310 a 319 el recurso especial en materia de contratación y en el artículo 320, el arbitraje.

De acuerdo con esta regulación, la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde a un órgano especializado que debe actuar con independencia funcional en el ejercicio de sus funciones y que se ha de crear de conformidad con el procedimiento y los requisitos que establece el artículo 311.

En el ámbito de la Administración General del Estado, este órgano especializado, de nueva creación, es el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda.

En cuanto a las comunidades autónomas, el apartado 2 del artículo 311 dispone que deben crear un órgano especializado, con unos requisitos determinados, sin



perjuicio de que puedan, asimismo, atribuir la competencia para resolver los recursos al tribunal especial competente para resolver los recursos de la Administración General del Estado.

En cuanto a las corporaciones locales, el apartado 3 del mismo precepto dispone que el órgano competente para resolver los recursos puede ser el que determine una norma de la comunidad autónoma o el órgano al cual se haya atribuido la competencia para resolver los recursos de la comunidad autónoma de cuyo territorio formen parte, en función, respectivamente, de que la comunidad autónoma tenga atribuida o no la competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.

Es decir, la Ley 34/2010 obliga a las comunidades autónomas a actuar en un sentido (crear un órgano especializado) o en otro (celebrar un convenio con la Administración General del Estado para atribuir la competencia al tribunal central), sin perjuicio de establecer un régimen transitorio para los casos en que no se haya regulado (o —debe entenderse— decidido) quién ha de resolver estos recursos. Así, la disposición transitoria segunda, que regula el régimen supletorio para las comunidades autónomas, establece lo siguiente:

En tanto una Comunidad Autónoma no regule ante quién debe incoarse la cuestión de nulidad prevista en los artículos 37 a 39 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, o en los artículos 109 a 111 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, o interponerse el recurso contra los actos indicados en el artículo 310.1 y 2 de la primera o en el artículo 101.1 de la segunda, y qué efectos derivarán de su interposición, serán de aplicación las siguientes normas:

a) Serán recurribles los actos mencionados en el artículo 310.2 de la Ley 30/2007, de 30 octubre, tal como queda redactado por esta Ley, cuando se refieran a alguno de los contratos que se enumeran en el apartado 1 del mismo artículo o, en su caso, los mencionados en el artículo 101.1.a de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, asimismo en la redacción dada por esta Ley.

b) La competencia para la resolución de los recursos continuará encomendada a los mismos órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad.

c) Los recursos se tramitarán de conformidad con lo establecido en los artículos 312 a 318 de la Ley 30/2007, de 30 octubre, o, en su caso, en los artículos 103 a 108 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, tal como quedan redactados por esta Ley.

d) Las resoluciones dictadas en estos procedimientos serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias o cuando siéndolo hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto



el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas.

De acuerdo con este régimen transitorio, los actos susceptibles de recurso y la tramitación del procedimiento son los mismos que para las comunidades autónomas que sí que han creado un órgano especializado o han firmado un convenio con la Administración General del Estado, con la particularidad de que la competencia para resolver los recursos corresponde al órgano de contratación. Además, dado que no se trata de un órgano independiente, la disposición transitoria impone un obstáculo a la eficacia plena de las resoluciones que adopte el órgano de contratación. En concreto, prevé que algunas resoluciones, en función de su sentido, no sean inmediatamente ejecutivas.

Así, de acuerdo con el apartado *d* de esta disposición, la eficacia de las resoluciones que no sean totalmente estimatorias (es decir, de las resoluciones que estimen sólo parcialmente o que desestimen las pretensiones del recurrente) y de las resoluciones totalmente estimatorias en cuyo procedimiento hayan comparecido otros interesados diferentes del recurrente, queda diferida hasta que adquieran firmeza o, en el caso de que contra las mismas se haya interpuesto un recurso contencioso-administrativo, hasta que el órgano jurisdiccional no decida sobre la suspensión.

Por tanto, la resolución de un recurso especial en materia de contratación sólo es ejecutiva en el caso en que sea totalmente estimatoria y no haya comparecido en el procedimiento ningún otro interesado. En consecuencia, en estos casos se podría continuar la tramitación del procedimiento y formalizar el contrato.

En cuanto al resto de casos, la posibilidad de formalizar o no el contrato dependerá del acto impugnado y, por tanto, de si el procedimiento de contratación estaba suspendido *ex lege* o no, y de si, con anterioridad a la resolución del recurso había habido un pronunciamiento sobre la suspensión *ex lege* que deriva del artículo 315 de la Ley o sobre la adopción de una medida cautelar de suspensión. Ciertamente, la casuística puede ser muy variada.

10. Cabe recordar que la Ley 34/2010 incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2007/66/CE, que tiene como objetivo mejorar la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Con este objetivo introduce una serie de medidas para permitir que los candidatos y licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación



puedan interponer recurso contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz. Como medida accesorias para garantizar los efectos de la resolución que se dicte en el procedimiento de impugnación, la Directiva prevé la suspensión del acuerdo de adjudicación hasta que transcurra un plazo suficiente para que los interesados puedan interponer sus recursos, y que la suspensión de los acuerdos de adjudicación se mantenga hasta que se resuelva sobre el fondo del recurso o sobre el mantenimiento o no de la suspensión.

En este sentido, respecto a la suspensión de los acuerdos de adjudicación, el artículo 315 de la LCSP dispone que:

Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación.

En cambio, la Ley no prevé una disposición similar para el resto de actos que son susceptibles del recurso especial en materia de contratación, que, por tanto, no quedan suspendidos *ex lege* a raíz de la interposición del recurso.

El artículo 316, relativo a la tramitación del procedimiento, dispone, en el apartado 3, que el órgano encargado de resolver el recurso decidirá, en el plazo de 5 días hábiles siguientes a la interposición del recurso, sobre el mantenimiento o no de la suspensión automática a que se refiere el artículo 315, entendiéndose vigente en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento. También dispone que en el mismo plazo el órgano debe pronunciarse acerca de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 313, en el caso de que se haya solicitado alguna.

El artículo 313 regula la posibilidad de que un licitador, antes de interponer el recurso especial en materia de contratación (contra cualquiera de los actos que son susceptibles de recurso), solicite la adopción de una medida cautelar, ya sea para corregir las infracciones de procedimiento o para impedir que se causen otros perjuicios. Una de estas medidas cautelares puede ser la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

Así pues, cuando se interpone un recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato se produce la suspensión automática de la tramitación del procedimiento de adjudicación hasta que se resuelva expresamente el recurso, o hasta que haya un pronunciamiento sobre el



mantenimiento de la suspensión, sin que, por tanto, sea posible formalizar el contrato.

Como puede apreciarse, es posible que, a pesar de haber impugnado la adjudicación del contrato, se levante posteriormente la suspensión que se había producido automáticamente *ex lege*. Y también es posible que a pesar de que no se interponga un recurso contra la adjudicación se produzca la suspensión del procedimiento.

11. En definitiva, como hemos visto, la respuesta a la segunda cuestión planteada depende de varios factores. En concreto, depende del sentido de la resolución del recurso, del acto impugnado y de si el procedimiento de contratación estaba suspendido o no, ya sea en virtud de la suspensión *ex lege* o de la adopción de una medida cautelar.

Así, depende del sentido de la resolución del recurso especial en materia de contratación y, en consecuencia, puede afirmarse que la resolución sólo es ejecutiva en el caso en que sea totalmente estimatoria de las pretensiones del recurrente y no haya comparecido en el procedimiento ningún otro interesado. En el resto de casos, la posibilidad de continuar el procedimiento y formalizar el contrato dependerá del acto impugnado y, por tanto, de si el procedimiento de contratación estaba suspendido *ex lege* o no, y de si, con anterioridad a la resolución del recurso había habido un pronunciamiento sobre la suspensión *ex lege* que deriva del artículo 315 de la Ley o sobre la adopción de una medida cautelar de suspensión.

Conclusiones

1. El incumplimiento, por parte del licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, del plazo para presentar la documentación a que se refiere el artículo 135.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, tiene como consecuencia que se entiende que el licitador ha retirado su oferta y que el órgano de contratación tiene que solicitar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas. Este plazo no es ampliable, pero debe entenderse que el órgano de contratación tiene que otorgar al licitador un plazo para subsanar los documentos que se han presentado en el caso de que no reúnan los requisitos exigidos para considerar cumplimentado adecuadamente el requerimiento, siempre que los defectos se refieran a la acreditación de un requisito y no a su cumplimiento.



2. El alcance de la suspensión o paralización del procedimiento derivada de la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010 en tanto una comunidad autónoma no atribuya a un órgano concreto la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 310 de la LCSP depende de varios factores, en concreto, del sentido de la resolución del recurso, del acto impugnado y de si el procedimiento de contratación estaba suspendido o no, ya sea en virtud de la suspensión *ex lege* o de la adopción de una medida cautelar.