El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de _____ solicita un informe jurídico sobre la imposición de la penalidad al licitador por la retirada de su oferta.

ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de _____ en su escrito de petición de informe dirigido a este Servicio de Asistencia y Asesoramiento a Entidades Locales expone:

> *"TERCERO.- Que con posterioridad inmediata a la presentación de la oferta y antes de la formalización se produjo una alteración extraordinaria, abrupta e imprevisible de los mercados energéticos, materias primas, combustibles y transporte derivada del contexto geopolítico internacional y de las tensiones económicas vinculadas al conflicto en Oriente Próximo.*
>
> *CUARTO.- Que dicha alteración afectó de forma directa e inmediata a materiales esenciales vinculados a la ejecución de la obra contratada, especialmente materiales dependientes de energía, petróleo, transporte y procesos industriales intensivos.*
>
> *QUINTO.- Que la empresa comunicó inmediatamente al órgano de contratación la imposibilidad económica sobrevenida producida antes de la formalización contractual y antes del inicio de ejecución material de la obras.*
>
> *La actuación de esta mercantil NO constituyó una retirada voluntaria, estratégica o arbitraria de oferta. La empresa no actuó con mala fe, negligencia ni voluntad de incumplimiento.*

La actuación desarrollada consistió exclusivamente en comunicar al Ayuntamiento la existencia de una imposibilidad económica sobrevenida producida después de la formulación de la oferta y antes de la formalización contractual.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

ÚNICA

El art. 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (EDL 2017/226876) –LCSP 2017-, establece que:

"Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mayor 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".

La imposición de la penalidad al licitador que regula el anterior artículo consideramos que no es potestativa siguiendo la interpretación que realizó el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales en su Resolución 783/2020 al indicar que: *"La imposición de la penalidad se configura en nuestro ordenamiento jurídico como una consecuencia o efecto ex lege que, por su propia naturaleza, debe aplicarse en casos de retirada de ofertas por los licitadores sin dejar margen al órgano de contratación, ni a este Tribunal, para valorar otras circunstancias que pudiera enervar o desplazar la imposición de la tan citada penalidad. Por ello, la imposición de la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, resulta ajustada a Derecho".*

Por ello la penalidad prevista en el artículo 150.2 LCSP se activa cuando no cumplimenta adecuadamente el requerimiento en plazo, entendiéndose retirada la oferta, y la consecuencia es exigir el 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido. La aplicación de la penalidad deriva directamente de la ley, no está condicionada a previsión en el pliego y no está permitida su excepción, con lo que el órgano de contratación no dispone de una potestad de dispensa por razones de oportunidad, aunque el licitador alegue encarecimientos sobrevenidos.

Así la constatación del incremento de precios puede ser relevante para mecanismos de revisión o reequilibrio económico, pero esos instrumentos operan en el

ámbito de contratos en ejecución y mediante procedimientos específicos. En particular, la revisión excepcional de precios en obras requiere solicitud del contratista durante la vigencia del contrato y se resuelve conforme al procedimiento regulado, sin que aparezca configurada como causa de exoneración de la penalidad del artículo 150.2 LCSP en fase preadjudicativa.

C O N C L U S I Ó N

Procede que el órgano de contratación desestime la solicitud formulada por el licitador que retiró su oferta argumentando que fue por causa del incremento de los materiales derivado del conflicto bélico, pues el Ayuntamiento no dispone de libertad para dispensarle de la penalidad del 3% que es “ex lege” de conformidad con lo que establece el artículo 150.2 LCSP.