

**RESOLUCIÓN PRÁCTICA N°1 CURSO CONTRATOS INAP, NOVIEMBRE  
DE 2019 –BLOQUE 5-.**

**Dr. Miguel Ángel González Iglesias  
Profesor Titular de Universidad**

**1.- ¿Considera correcta la exclusión de los ofertantes en el primer procedimiento y la posterior utilización del procedimiento negociado?**

Para dar respuesta a esta cuestión, se analizará cada oferta y sus causas de exclusión separadamente:

*Respecto a la primera oferta*, la exclusión se produce por la no subsanación en plazo de las deficiencias observadas en la documentación aportada, previa comunicación verbal y anuncio en el tablón correspondiente. En concreto, la documentación que, según el órgano de contratación, no ha sido aportada son los certificados expedidos por la Tesorería General de la Seguridad Social y la Agencia Estatal Tributaria que acreditara el que se carece de tener deuda pendiente con el Estado. Ahora bien, esta cuestión se resolverá, no en el momento de la licitación sino posteriormente: una vez conocida la adjudicación; es decir, en el procedimiento desde la resolución administrativa, declarando sobre quién recae el contrato –art. 150 LCSP-. Ello servirá para demostrar que el empresario encargado de ejecutar el contrato no se encuentra en el supuesto de prohibición previsto en el art. 71 LCSP: no estar al corriente de pago de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social.

Pero lo que sí es cierto es la obligación de aportar un documento donde expresamente se indique, por el licitador, que el contratista no se encuentra en ninguno de los supuestos del art. 71 LCSP, que impide contratar.

Dicho documento tiene trascendencia jurídica, pues aunque el mismo no es más que una mera declaración; en caso de falsedad, podría incurrir en supuesto de nulidad del contrato e incluso declaración expresa de prohibición de contratar, por un periodo máximo de cinco años –arts. 71 y 72 LCSP-.

A mayores, la forma de notificación de este plazo de subsanación de mejoras es correcta, por lo que la empresa en cuestión se encuentra excluida correctamente –art. 81.2 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el RLCAP-, pero únicamente por el segundo de los motivos.

De otro lado, el art. 140 LCSP prevé la obligación de acompañar a las proposiciones la correspondiente declaración responsable.

Por lo que respecta a la no admisión de la segunda oferta, el primero de los motivos es la apreciación de una baja temeraria, cuando el Pliego de Cláusulas no contemplaba ninguna en concreto, aplicándose directamente el art. 85 RLCAP. En este caso, el órgano de contratación incurre en varios errores:

- Aplicar el art. 85 RLCAP. Si bien es cierto que en los procedimientos con varios criterios de adjudicación pueden existir bajas temerarias, no obstante, ha de ser el Pliego el que determine los criterios con arreglo a los que se apreciará dicha circunstancia. Expresamente, el art. 90 RLCAP excluía del concurso la aplicación de este art. 85.
- Además, aunque se hubiere recogido en los Pliegos el propio sistema del art. 85, tampoco sería correcto calificar a esta oferta como temeraria, pues al existir dos licitadores, según el art. 85.2 RLCAP, la baja temeraria viene dada cuando la oferta económica más baja se sitúa 20 unidades porcentuales por debajo de la más alta. En nuestro caso es así, pero la primera oferta ha sido excluida y la Mesa debería haberse abstenido de, incluso, apreciar la propuesta económica del primer licitador tras el análisis de su documentación administrativa y la falta de diligencia a la hora de subsanar el error antes apreciado –arts. 82 y 83 RLCAP-.
- Ahora bien, sí que es cierto que el empresario debió aportar el documento de reciprocidad a que se refiere el art. 68 LCSP donde indica que, además de acreditar su capacidad, solvencia o clasificación, los licitadores extranjeros no europeos deberán aportar un documento de la Misión Diplomática permanente española en aquel país donde se acredite que también a los empresarios españoles, en igualdad de condiciones, se les permite licitar con aquellas Administraciones Públicas; es decir, la denominada “reciprocidad”. Sin embargo, este documento no se aporta, alegándose que el país de Chile tiene suscritos determinados acuerdos de contratación pública en la Organización Mundial del Comercio.

Pero el error se produce dado que el documento que se aporta sustituye a la reciprocidad si la cuantía del contrato hubiere sido igual o superior a las cuantías que fija el art. 20 LCSP (cuantías modificadas por la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018, con los requisitos exigidos en la misma, según los cuales habría que anunciar el procedimiento en el DOUE, pero no es así, por ello debió justificarse la reciprocidad). En todo caso, ¿por qué no se concedió como máximo tres días hábiles para la subsanación de este defecto – art. 141.2 LCSP y art. 81.2 RLCAP-. Es otro error de la Administración, por lo que en este caso no es correcta la exclusión del empresario.

En lo que respecta a la utilización del procedimiento negociado, es cierto que el art. 168, letra a) punto 1 de la LCSP prevé la posibilidad de su utilización cuando en un procedimiento abierto o restringido se excluyesen a los licitadores, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.

## **2.- ¿Le parece correcta la resolución del contrato por la cuestión del aval? ¿Quién tiene razón: el adjudicatario o el interventor?**

Ha de partirse del art. 108 LCSP, que lleva por rúbrica: “Garantías definitivas admisibles”: 1. Las garantías definitivas exigidas en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas podrán prestarse en alguna o algunas de las siguientes formas: a) En efectivo o en valores, que en todo caso serán de Deuda Pública, con sujeción, en cada caso, a las condiciones establecidas en las normas de desarrollo de esta Ley. El efectivo y los certificados de inmovilización de los valores anotados se depositarán en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en las Cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efectos, en la forma y con las condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan, sin perjuicio de lo dispuesto para los contratos que se celebren en el extranjero. b) Mediante aval, prestado en la forma y condiciones que establezcan las normas de desarrollo de esta Ley, por alguno de los bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sociedades de garantía recíproca autorizados para operar en España, que deberá depositarse en los establecimientos señalados en la letra a) anterior. c) Mediante contrato de seguro de caución, celebrado en la forma y condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan, con una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo. El certificado del seguro deberá entregarse en los establecimientos señalados en la letra a) anterior.”

Pues bien, en este caso concreto, el interventor no tiene razón, dado que el RLCAP prevé las condiciones que ha de cumplir la garantía que se constituya bajo la modalidad de valores. De esta manera, en dicho RLCAP se indica que, cuando la garantía se constituya mediante esta fórmula deberán cumplirse dos requisitos: que sean declarados de elevada liquidez, cuestión reconocida para los Fondos de Inversión de Renta Fija, y anotados en cuenta –art. 51 RLCAP-.

El problema reside en que el interventor alude a normas internas del Ayuntamiento, que fijan otros requisitos. Estos podrían haberse recogido en los PCAP, y habrían dado viabilidad a la alegación planteada, como documento contractual que recoge derechos y obligaciones del empresario, pero no ha sido así, ya que el PCAP no es, en ningún caso, un documento interno, sino aquel que rige la contratación específica –art. 67 RLCAP-.

## **3.- ¿Qué sucederá con la indemnización al señor que sufre daños? ¿Quién deberá abonarla: el contratista, la Administración o la empresa consultora que realizó el proyecto, previo contrato con el propio Ayuntamiento, si fue por culpa de esta por lo que el ladrillo estaba mal colocado?**

Respecto a los daños y perjuicios que se causan al particular, aquí se plantea si la Administración debe hacer frente a los mismos. Resulta evidente que sí, ya que en todo caso la obra es pública y se debe partir del principio general del art. 32 LRJSP.

Ahora bien, la verdadera responsabilidad es de quién realizó el proyecto. En principio, quien ejecuta un contrato es responsable frente a tercero de los daños que ocasione, salvo orden directa o defectos del proyecto –arts. 196 y 197 LCSP-; pero sucede, además, que el proyecto lo realizó, contratado por la Administración, un tercero. En este caso, la responsabilidad será compartida entre la Administración y el contratado para hacer el proyecto, atendiendo a los arts. 315 y 320 LCSP.

Lógicamente, la Administración hará frente a los daños, en cuanto a la petición del interesado y, posteriormente, deducirá la cuantía correspondiente al contratista de la garantía definitiva –art. 314 LCSP-, que se constituye obligatoriamente con el fin de asegurar, precisamente, la deducción de los gastos que se ha irrogado a la Administración por la realización incorrecta del contrato.

**4.- ¿Tiene derecho el contratista a la revisión de precios? En caso afirmativo, ¿Cómo se calculará? Por último, ¿tiene el interventor razón para no abonar, en un momento dado y ante la falta de crédito, las certificaciones mensuales como consecuencia de las modificaciones sin resolución?**

El art. 103.5 LCSP indica que “salvo en los contratos de suministro de energía, cuando proceda, la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar, en los términos establecidos en este capítulo, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20% de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia, el primer 20% ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

No obstante, la condición relativa al porcentaje de ejecución del contrato no será exigible a efectos de proceder a la revisión periódica y predeterminada en los contratos de concesión de servicios”.

En nuestro caso resulta que, transcurrido el primer año, el contratista ha ejecutado el 26% del precio del contrato, cuando debió haber realizado un 46%; o lo que es lo mismo, por contrato el primer 46% del precio no está sujeto a la aplicación de la fórmula tipo correspondiente de reactualización. Por ello, en el momento que lo solicita no tendrá derecho a la revisión. Además, en el momento en que ciertamente se ejecute el 20% restante, como no han transcurrido más de dos años, no tendrá derecho.

En lo que afecta a las modificaciones contractuales –art. 242 LCSP-, en este caso resulta que la Administración ha autorizado a través del director de obra modificaciones del contrato, sin resolución expresa del órgano de contratación, que se han venido pagando a través de las certificaciones mensuales y ahora el interventor se niega a la tramitación de su pago, por la no aprobación de dichas modificaciones y la no existencia de crédito.

Es cierto que toda modificación exige una resolución del órgano de contratación, pero en el caso de las obras, y atendiendo ya a una cláusula prevista en el antiguo PCAG del contrato de obras para el Estado, el RLCAP prevé que, sin necesidad de autorización del órgano se lleven a cabo modificaciones en las unidades de obra previstas hasta el límite

del 10% del precio del contrato, pudiendo abonarse con las certificaciones mensuales o con la certificación final de las obras. De esta manera, se garantiza más agilidad en el procedimiento.