



INFORME 2/2014, DE 10 DE JULIO, SOBRE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 146 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio ha dirigido consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

Según el artículo 44 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se añaden dos nuevos apartados 4 y 5 al artículo 146 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de la siguiente forma:

“4. El órgano de contratación, si lo estima conveniente, podrá establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que la aportación inicial de la documentación establecida en el apartado 1 se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración. En tal caso, el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación, deberá acreditar ante el órgano de contratación, previamente a la adjudicación del contrato, la posesión y validez de los documentos exigidos. En todo caso bastará con esta declaración responsable en los contratos de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 euros y de suministros y servicios con valor estimado inferior a 90.000 euros.

En todo caso el órgano de contratación, en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato.

5. El momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones.”

La Recomendación 32 de 2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCAE) sobre la interpretación de algunos preceptos del texto refundido de la ley de contratos del sector público tras la modificación de la misma realizada por la ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su

internacionalización establece una serie de criterios para la interpretación de este artículo.

El Acuerdo 39/2013, de 15 de octubre, sobre adaptación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, recoge las modificaciones necesarias en los Pliegos con motivo de la Ley de emprendedores. Respecto del artículo mencionado, se expresa así:

“Se recogen las modificaciones de los apartados 4 y 5 del artículo 146, estableciendo la posibilidad de que, en aquellos contratos en que el órgano de contratación así lo indique en la cláusula 1 del pliego y, en todo caso, en contratos de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 euros y de suministros y servicios con valor estimado inferior a 90.000 euros, la aportación inicial de la documentación establecida en el apartado 1 de dicho artículo se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración. Para ello, ha sido preciso adaptar las cláusulas relativas a la forma y contenido de las proposiciones, calificación de la documentación presentada, valoración de los criterios de selección y apertura de proposiciones y adjudicación del contrato.”

Así, en los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares recomendados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid (JCCACM) concretamente en el correspondiente a los servicios a adjudicar por procedimiento abierto mediante el criterio precio, se plasma la modificación de la siguiente forma en la cláusula 1:

“7.- Sustitución de la acreditación inicial del cumplimiento de las condiciones para contratar por una declaración responsable del licitador.

Procede: [SÍ]/[NO]”

Con la siguiente nota a pie de página:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 146.4 del TRLCSP, la aportación inicial de la documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones para contratar con la Administración, establecida en el apartado 1 del mismo artículo, puede sustituirse por una declaración responsable del licitador en el caso de los contratos de servicios con valor estimado inferior a 90.000 euros y, si el órgano de contratación lo estima conveniente, en los de valor estimado igual o superior a ese importe.”

La cláusula 11 (Forma y contenido de las proposiciones) establece en su apartado 6, dentro de SOBRE N° 1 “DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA” que ha de presentarse:

“Declaración responsable sobre el cumplimiento de las condiciones para contratar con la Comunidad de Madrid.

Si así se indica en el apartado 7 de la cláusula 1, y en todo caso en los contratos de servicios de valor estimado inferior a 90.000 euros, la aportación inicial de la documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones para contratar con la Comunidad de Madrid, indicada en los anteriores apartados 1, 2, 3, 4, y 5 puede sustituirse por una declaración responsable de licitador, conforme al modelo que figura como anexo V bis del presente pliego.

El licitador, antes de firmar la declaración responsable, deberá cerciorarse de que reúne los requisitos de capacidad y solvencia exigidos en esta cláusula en el momento de finalizar el plazo de presentación de las proposiciones.

En todo caso, el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación deberá acreditar ante el órgano de contratación, con carácter previo a la adjudicación del contrato, la posesión y validez de los documentos exigidos. Sin perjuicio de ello, si el órgano de contratación lo estima conveniente, en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten la documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato.”

Por otra parte, la cláusula 15 (Adjudicación del contrato) determina al respecto:

“(…) El licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, a requerimiento del órgano de contratación deberá aportar, si no los ha presentado antes, los documentos señalados en los apartados 1 (capacidad de obrar), 2 (bastanteo de poderes), 4 (solvencia económica, financiera y técnica) y 5 (jurisdicción de empresas extranjeras) de la cláusula 11 de este pliego y los que se indican a continuación, a cuyo efecto se le otorgará un plazo de diez días hábiles (...).

(…) Si no se presenta la documentación requerida en el plazo señalado o si del examen de la aportada se comprueba que el licitador no cumple los requisitos establecidos en este pliego, se entenderá que ha retirado su oferta y que ha

imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor, incurriendo, en su caso, en la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 60.2 d) del TRLCSP. En estos supuestos la Mesa de contratación propondrá al órgano de contratación la adjudicación a favor del licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, previa acreditación de su capacidad para contratar con la Comunidad de Madrid.”

Ante los cambios normativos y su plasmación en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), surgen varias dudas en cuanto a la aplicación de este artículo, pese a la Recomendación mencionada:

1.- Si la sustitución de la documentación por la declaración es obligatoria para los licitadores una vez que el órgano de contratación ha establecido en los PCAP que procede la sustitución o si se trata de una posibilidad que el licitador puede utilizar o no, según crea conveniente.

La nueva redacción del TRLCSP parece establecer en principio una obligación, pero por otra parte menciona el término “basta”, lo que no excluye la posibilidad de que se trate de una mera opción para los licitadores.

De lo recogido en los modelos de PCAP de la JCCACM se podría interpretar que el licitador puede elegir entre presentar la declaración o la documentación y que por lo tanto no es una obligación, pues la modificación establecida por la Ley de emprendedores parece instaurar un beneficio para los emprendedores, permitiéndoles presentar una mera declaración frente a toda la documentación.

Sin embargo, la Recomendación de la JCCAE parece tratarlo como obligación, al exigir la subsanación en caso de no haber presentado la declaración, pese a que hayan presentado la documentación a la que sustituye la declaración, obligando pues a los licitadores a presentar un documento más a todo lo ya aportado.

2.- La segunda de las cuestiones se encuentra estrechamente relacionada con la primera, pues versa sobre la subsanación a exigir a los licitadores y sus consecuencias.

Si consideramos que los licitadores pueden optar entre presentar la declaración o la documentación, podría entenderse que de presentar esta última correcta en todos sus extremos, no será necesario exigirles la declaración.

De exigirles la declaración en subsanación nos enfrentaríamos ante la incongruencia de, de no subsanar la empresa en plazo, excluir a un licitador que ha presentado la documentación correcta en todos sus extremos.

Cuestión diferente sería si la documentación presentada no fuera correcta en todos sus extremos, pues entonces podría dársele la posibilidad de subsanar ya fuese presentando la declaración o la documentación correctamente.

En cambio, si se entiende que la declaración es obligatoria para los licitadores, habrá de exigírseles en subsanación, tal y como determina la Recomendación de la JCCAE. Esto puede suponer el problema de tener que excluir a una empresa que, presentando la documentación correcta en todos sus extremos no subsana aportando la declaración.

Se solicita pues aclaración sobre si es necesario solicitar en subsanación la declaración, habiendo aportado el licitador la documentación a la que sustituye, así como si procedería la exclusión de la empresa de no presentar la declaración, a pesar de haber aportado la documentación correctamente.

3.- Por otra parte, se solicita nos indiquen si se pueden modificar los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares recomendados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, para una vez resueltas estas cuestiones, establecer el criterio adoptado respecto a las mismas.

Entendemos que los modelos son lo que su propio nombre indica, no pliegos-tipo, pero es frecuente que, desde los Servicios Jurídicos, se solicite que nuestros pliegos mantengan el modelo establecido por la Junta.

Consideramos la posibilidad de, en el supuesto de ser obligatoria la declaración, dejar únicamente ésta, junto con la garantía provisional y las uniones temporales de empresarios, en la cláusula 11 para evitar confusiones y sustituir la expresión “puede” por “debe”.

En cualquier caso, también se podría valorar la posibilidad de integrar en la declaración sustitutiva, el compromiso de contratar trabajadores con discapacidad de reunirse las circunstancias establecidas por la normativa, de forma que baste con que los licitadores presenten la declaración sustitutiva (que integraría la documentación y el resto de las declaraciones exigidas en los pliegos) y en su caso, la garantía provisional o el compromiso de UTE de ser necesario.

4.- *En cuanto a qué procedimientos debe aplicarse el artículo 146.4 del TRLCSP, pese a que en su redacción no se hace distinción, entendemos que en los procedimientos restringidos y negociados con publicidad, en los que se realiza una selección de los licitadores con arreglo a criterios de solvencia, esta declaración no podría sustituir a la solvencia en base a la cual se seleccionaría a los candidatos o invitados al procedimiento.*

De ser diferente la interpretación de la Junta, rogamos nos indiquen cómo se deberían sustanciar estos procedimientos para dar cabida a los diferentes artículos de la Ley.

5.- *Respecto a la aplicación práctica del artículo 146.4 del TRLCSP, surge la duda sobre si, presentada en un primer momento la declaración, cuando se reclame al licitador, una vez propuesto adjudicatario, la documentación correspondiente, ésta ha de ser calificada por la Mesa de contratación reunida para la ocasión.*

De ser así, sería conveniente que constase en los PCAP para evitar las diversas interpretaciones por parte de los miembros de las Mesas de contratación.

Sería necesario también determinar si la Mesa únicamente calificaría esa documentación o si debería examinar también la que anteriormente se le solicitaba al propuesto adjudicatario en este momento (artículo 151.2 del TRLCSP): obligaciones tributarias, con la Seguridad Social, acreditación, en su caso de la adscripción de medios materiales y personales y la constitución de la garantía definitiva.

Esta cuestión es básica, pues afecta tanto a la capacidad de subsanar como a la de las consecuencias de no aportar dicha documentación o hacerlo de forma incorrecta.

Conforme a la Recomendación de la JCCAE, sí ha de hacerse una distinción entre la documentación a la que sustituye la declaración y la que debe aportar el propuesto adjudicatario en base al 151.2 del TRLCSP, pues considera que respecto a la primera cabe dar plazo de subsanación y no así en cuanto a la segunda.

Además atribuye diferentes consecuencias a la no aportación de la documentación o su incorrección, pues en el caso de no presentar la requerida de conformidad con el 151.2 del TRLCSP se consideraría una retirada indebida de la proposición, siendo prohibición de contratar [60.1 d) del TRLCSP] y sin embargo

respecto de la sustituida por la declaración, la JCCAE precisa que sólo supondría prohibición de contratar de apreciarse falsedad documental [60.1 e) del TRLCSP].

Esta circunstancia no queda reflejada en los PCAP de la Comunidad de Madrid, lo que sería altamente recomendable si se interpreta tal y como recomienda la JCCAE, pues los licitadores (especialmente aquel que, de no presentar el propuesto adjudicatario la documentación, debería ser el siguiente propuesto adjudicatario según el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas) pueden considerar vulnerados sus derechos si se le da al propuesto adjudicatario un plazo de subsanación que no es mencionado. Los modelos de PCAP establecen que:

“En estos supuestos la Mesa de contratación propondrá al órgano de contratación la adjudicación a favor del licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, previa acreditación de su capacidad para contratar con la Comunidad de Madrid.”

También se establecen en los PCAP las consecuencias de no aportar la documentación o hacerlo de forma incorrecta sin que se distinga entre la documentación:

“Si no se presenta la documentación requerida en el plazo señalado o si del examen de la aportada se comprueba que el licitador no cumple los requisitos establecidos en este pliego, se entenderá que ha retirado su oferta y que ha imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor, incurriendo, en su caso, en la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 60.2 d) del TRLCSP.”

Se solicita por tanto aclaración sobre si la documentación sustituida por la declaración ha de ser tratada de forma diferente a la requerida en base al 151.2 y por tanto conceder plazo de subsanación y las consecuencias de no aportar dicha documentación en relación con las prohibiciones de contratar.

6.- Por último, queda la cuestión sobre los valores anormales o desproporcionados de las ofertas. Estos valores se establecen en relación con el “conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado” en aplicación del artículo 152.1 del TRLCSP.

Se entiende que cuando un propuesto adjudicatario no cumple con las obligaciones establecidas en el artículo 151.2 del TRLCSP, está retirando indebidamente su oferta, pero que esta fue admitida en su momento y era válida y por lo

tanto no es necesario volver a calcular qué ofertas poseen valores anormales o desproporcionados.

El caso del artículo 146.4 del TRLCSP es totalmente distinto. Se presupone la validez de la oferta de la empresa porque ésta realiza una declaración de que posee la capacidad para contratar con la Administración, pero su documentación no ha sido calificada hasta el momento de ser propuesto adjudicatario.

Entendemos que de no aportar la documentación a la que sustituye la declaración, la oferta no sería válida y por lo tanto debería volver a calcularse qué ofertas poseen valores anormales o desproporcionados, pues no se hubiera admitido de haberse podido calificar en su momento.

Se solicita aclaración sobre la necesidad de volver a calcular la baja.

Sin perjuicio de lo anterior, podría ser conveniente la introducción de la aclaración de esta cuestión en los PCAP.

Es la consulta que se eleva a esa Junta Consultiva de Contratación.

CONSIDERACIONES

1.- Se suscitan en el escrito de consulta diferentes cuestiones relacionadas con la aplicación práctica de los apartados 4 y 5 del artículo 146 de la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), así como respecto al apartado 2 del artículo 151 del mismo texto, en relación con el contenido de los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por esta Junta Consultiva.

2.- Las cuestiones planteadas como números 1, 2, 4 y 5 se encuentran resueltas en gran medida en la Recomendación 2/2014, de 10 de julio, emitida por esta Comisión Permanente, por lo que con carácter general nos remitimos a lo informado en ella ampliándola con las aclaraciones que se indican a continuación.

El que la sustitución de la documentación exigida en el artículo 146.1 del TRLCSP por una declaración responsable del licitador sea obligatoria o una mera posibilidad que se les ofrece a los candidatos y licitadores en los procedimientos de contratación, depende de cómo se estipule en los pliegos de cláusulas administrativas particulares por el órgano de contratación. Cualquiera de las dos opciones es conforme a

la regulación prevista en el artículo 146 del TRLCSP, no obstante esta Comisión Permanente se inclina por razones de eficacia y eficiencia porque la Mesa de contratación efectúe una única calificación de la documentación, no considerándose oportuno dejar al albur del licitador la organización y actuación de la Mesa de contratación en la tramitación del procedimiento.

Los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid se prepararon para que pudieran servir tanto para cuando se exige la documentación del artículo 146.1 del TRLCSP como para cuando basta con la declaración, sin embargo, para una mayor claridad del clausulado y atendiendo a las diferencias procedimentales se van a redactar nuevos pliegos diferenciando ambos supuestos.

Cuando en la cláusula del pliego relativa a la forma y contenido de las proposiciones o, en su caso, de las solicitudes de participación, claramente se indique que en el sobre número 1 deben presentar la declaración responsable del licitador relativa al cumplimiento del artículo 146.1 del TRLCSP acompañada, en su caso, por la documentación que proceda, de no presentar la declaración del artículo 146.1 o el resto de documentación exigible en su caso, o si adolece de algún defecto, procederá que la Mesa conceda el plazo de subsanación que considere oportuno, aunque el licitador *motu proprio* haya presentado toda la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 146.1, puesto que la Mesa no tiene por qué proceder a calificar la documentación en este momento procedimental. Si el licitador no subsanase en el plazo concedido, resultaría excluido por no presentar la documentación requerida en el sobre nº 1.

En los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la literalidad de la cláusula relativa a la forma y contenido de las proposiciones o, en su caso, de las solicitudes de participación, indica que es potestativo para el licitador presentar la documentación o sustituirla por la declaración, por lo que no procede solicitar subsanación, ni mucho menos excluir al empresario cuando presenta la documentación correctamente.

3.- La cuestión nº 3 plantea si resulta posible que los órganos de contratación efectúen modificaciones en los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por esta Junta Consultiva.

Entre las funciones de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid se encuentra la de informar con carácter preceptivo los pliegos de

cláusulas administrativas particulares de general aplicación por cada órgano de contratación de la Comunidad de Madrid, conforme a lo dispuesto en el artículo 38.1 c) del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGPCM). Los citados modelos de pliegos tienen como finalidad facilitar la labor de los órganos de contratación, así como impulsar y promover la normalización de estos documentos, pero no se trata de modelos tipo, puesto que no han sido informados por los Servicios Jurídicos, por lo que los órganos de contratación pueden utilizarlos tal como se encuentran redactados, modificar su contenido para adecuarlos a sus necesidades o bien elaborar sus propios modelos de pliegos, y posteriormente requerir los preceptivos informes de los Servicios Jurídicos y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 115.6 del TRLCSP y en el 38.1 c) del RGPCM.

No obstante, en los Acuerdos mediante los cuales son informados estos modelos por la Junta Consultiva, se recomienda su utilización por los órganos de contratación, a fin de impulsar y promover la normalización de la documentación administrativa en materia de contratación, sin perjuicio de las funciones de la Consejería competente en materia de calidad de los servicios y atención al ciudadano, dado que aquella es otra de las funciones que corresponden a la Junta Consultiva. Asimismo, hay que destacar también que los citados modelos de pliegos son actualizados convenientemente cada vez que se producen cambios normativos y son objeto de una mejora constante en su redacción, por lo que resulta aconsejable su utilización, sin que pueda, no obstante, considerarse obligatoria.

En relación a integrar en la declaración responsable del licitador, sustitutiva de la documentación prevista en el artículo 146.1 del TRLCSP, el compromiso de contratar trabajadores con discapacidad no se incluyó en el modelo por no tratarse de un requisito previo de los recogidos en el citado artículo.

4.- Por último, la cuestión nº 6 solicita aclaración sobre la necesidad de volver a calcular el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas en caso de que el propuesto adjudicatario no aporte la documentación a la que sustituye la declaración, entendiendo que no resulta válida su oferta en este supuesto, dado que el artículo 152.1 indica que dicho carácter lo será por referencia al conjunto de ofertas validas que se hayan presentado.

La presentación de una declaración responsable correctamente formulada en sustitución de la documentación establecida en el apartado 1 del artículo 146 del TRLCSP, en los casos en que resulte procedente, supone la aceptación de la oferta como

válida, pudiendo, en consecuencia, procederse a la apertura de la proposición económica. Si, posteriormente, se comprueba que lo declarado no se corresponde con la realidad, la oferta no será considerada inválida sino que se entenderá que el licitador ha retirado su oferta y ha imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor, incurriendo, en su caso, en la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 60.2 d) del TRLCSP, por lo que no sería preciso, en su caso, volver a calcular qué ofertas poseen valores anormales o desproporcionados.

CONCLUSIONES

1.- La Recomendación 2/2014, de 10 de julio, emitida por esta Comisión Permanente, sobre presentación de la documentación acreditativa de la capacidad para contratar con la Comunidad de Madrid, solventa las dudas relativas a la aplicación del artículo 146.1 del TRLCSP.

2.- Los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid no tienen la consideración de modelos tipo. Los órganos de contratación pueden, en su caso, modificar su contenido para adecuarlos a sus necesidades o bien elaborar sus propios modelos de pliegos. No obstante, se recomienda su utilización sin que pueda, sin embargo, considerarse obligatoria.

3.- La presentación de una declaración responsable correctamente formulada en sustitución de la documentación establecida en el apartado 1 del artículo 146 del TRLCSP supone la aceptación de la oferta como válida, por lo que no sería preciso, en su caso, volver a calcular qué ofertas poseen valores anormales o desproporcionados.