



GOVERN BALEAR
Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació
Junta Consultiva de Contractació Administrativa

INFORME 8/98, DE 29 DE JULIOL DE 1998.

GARANTIA PROVISIONAL. DEVOLUCIÓ A LICITADOR EXCLÒS.

- a) Antecedents**
- b) Presupòsits d'admissibilitat**
- c) Consideracions jurídiques**
- d) Conclusió**

ANTECEDENTS

La Secretaria General Tècnica de la Conselleria de Presidència, tramet una sol·licitud d'informe a aquesta Junta Consultiva del tenor següent:

"Que la Junta Consultiva de Contractació emeti un informe. Sobre la possibilitat de devolució de la garantia provisional abans de l'adjudicació provisional del contracte o de l'adjudicació única al licitador que ha estat exclòs".

Aquesta sol·licitud es fa atès que, al seu torn, la Unitat Administrativa de Contractació de la Conselleria de Presidència la hi fa a la Secretaria General Tècnica, que diu literalment:

"S'ha plantejat un dubte a la Unitat Administrativa de Contractació de la Conselleria de Presidència sobre la possibilitat de devolució de la garantia provisional abans de l'adjudicació provisional del contracte o de l'adjudicació única al licitador que hagi estat exclòs de la licitació abans de l'obertura de la seva oferta".

A l'informe Jurídic que acompanya la sol·licitud s'arriba a la conclusió següent :

" Aquests serveis jurídics entenem que la persona interessada que queda exclosa d'un procediment abans de l'obertura de la seva oferta econòmica podria sol·licitar la devolució de la garantia provisional aportada, encara que la normativa no regula aquesta qüestió i per tant, és dubtós si s'ha d'aplicar l'article 36.3 de la LCAP o s'ha d'atendre a la finalitat de la garantia provisional i, per tant, considerar que si el licitador ho sol·licita és possible la devolució abans de la proposta d'adjudicació (en el cas de subhasta) o de l'adjudicació (quant aquesta sigui per concurs).

Hem de reconèixer el cost econòmic que en determinats casos pugui suportar la persona interessada pel fet d'exigir l'aportació d'una quantitat determinada com a fiança provisional i es planteja el dubte de saber si aquest perjudici econòmic greu per a la persona interessada pot ser objecte d'una consideració jurídica; és a dir, la qüestió és saber si existeix alguna excepció jurídica que motivi la devolució de la fiança provisional abans de la proposta d'adjudicació del contracte en els casos en què la manera d'adjudicació sigui la subhasta o de l'adjudicació, quan aquesta sigui per concurs".

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT

1. La sol·licitud d'informe ve efectuada per la Secretaria General Tècnica de la Conselleria de Presidència, qui té legitimació per a això, d'acord amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer (BOCAIB núm. 24 de 25-2-1997), i amb l'article 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB (BOCAIB núm. 133, de 25-10-1997).
2. A la sol·licitud s'adjunta un informe jurídic sobre la qüestió plantejada, emès pel Servei

Jurídic de la Conselleria, de manera que es compleix el que dicta l'apartat 3 de l'article 16 del Reglament esmentat.

3. La documentació aportada és suficient per poder emetre l'informe sol·licitat, atès que es compleixen, doncs, tots els requisits previs d'admissió.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

PRIMERA.- Per a una adequada solució a la qüestió plantejada s'ha de partir de la regulació que conté la LCAP així com de la finalitat que persegueix el legislador en configurar les garanties provisionals.

La LCAP, en el seu article 36.1, disposa que la garantia provisional és un "requisit necessari per acudir als procediments", i, a l'apartat 5 d'aquest article determina, en relació amb l'article 55, que la no formalització del contracte per causes imputables al contractista comporta la confiscació d'aquesta garantia. Es desprèn d'aquesta regulació que el que es garanteix amb la garantia provisional és la formalització del contracte quan aquesta no pertoqui per causes imputables al contractista, i no n'és més explícita la LCAP quant a si s'ha d'estendre aquesta responsabilitat a altres supòsits distints, així com es dedueix de la regulació anterior.

En efecte, la Llei 198/1963, de 28 de desembre, de bases de contractes de l'Estat, a la seva base XVII, deia que la fiança provisional garantia "la serietat de les ofertes", i la Junta Consultiva del Ministeri d'Economia i Hisenda, als informes 2/93, de 15 d'abril de 1993 i 31/93, de 16 de febrer de 1994, arribà a la conclusió de considerar com a causa de confiscació de la fiança provisional el retirar les ofertes. Però, amb la nova LCAP, derogada la Llei de bases anterior, avui es pot afirmar, només en la part teòrica que la garantia provisional també té com a finalitat la serietat de les ofertes atès que suposa una rèmora el fet d'haver de constituir-la i, per tant, una responsabilitat o una serietat en la seva presentació, però en la part estrictament jurídica, té un desplegament poc clar a la Llei, com manté Luis Cayuela Sebastián (1), encara que altres comentaristes com Alberto Ruiz Ojeda i Joaquín García Bernaldo de Quirós (2), o "El Consultor" (3) mantenen la interpretació fiadora de la serietat i viabilitat de les ofertes.

SEGONA.- Ara bé, qualsevol sigui la interpretació de la finalitat que persegueix la constitució de la garantia provisional (l'estricta de no formalització del contracte per causa imputable al contractista, o l'amplia de la serietat de les ofertes) no pot emparar que la literalitat de l'article 36.3 de la LCAP – en disposar que la garantia provisional serà retornada després de la proposta d'adjudicació a les subhastes o de l'adjudicació als concursos, excepte per al proposat o adjudicatari que se li retindrà, abasti també els supòsits d'exclusió d'algú a la licitació, ja que, encara que no es digui res en cap precepte concret de la Llei sobre això, hem de concordar que qui queda exclòs, no licita i, en conseqüència, ni pot formalitzar cap contracte ni es garanteix la serietat d'una oferta que ni tant sols va ser considerada per no participar en la licitació pròpiament dita, sense possibilitat de tenir cap relació amb l'adjudicació del contracte, referència única certa del precepte perquè a es torni o retengui la garantia a qui hagi arribat al moment procedimental adjudicatari, encara que només sigui com a proposta.

Alguns preceptes de la LCAP emparen aquest criteri de no concedir l'estatus de licitador, *strictu sensu*, a qui resulti exclòs prèviament a l'obertura de les ofertes. Així, l'article 80.2 c) diu que les proposicions hauran d'anar acompanyades, en un sobre a part, del resguard acreditatiu de la garantia provisional, entre d'altres documents, i els articles 83, per a les subhastes, i 89, per als concursos, determinen que la Mesa "qualificarà prèviament" els documents presentats dins del termini i en la forma escaient i "procedirà", en acte públic, a l'obertura de les ofertes admeses o proposicions presentades. D'això es dedueix que no s'obriran les ofertes de qui no acompanyi els documents acreditatius de complir els requisits previs d'admissió dins del termini i en la forma escaient, que no s'admetrà a licitar, i qui no licita no ha de garantir res.

TERCER.- L'omissió de la regulació de la devolució de garanties en casos d'exclusió prèvia de qualque licitador es podria explicar pel fet que la Llei no ha assenyalat cap termini entre la qualificació prèvia dels documents i l'acte públic d'obertura d'ofertes, i es podria fer en un acte únic. Però és cert que a la pràctica aquests dos moments s'allunyen en el temps, a vegades a causa de la concessió del termini de 3 dies per solucionar els defectes materials a la documentació presentada (article 101 del Reglament), altres per la utilització de la facultat de petició d'informes tècnics que li concedeix a la Mesa l'article 82.2, i altres per la dinàmica burocràtica de les administracions, i arriba a ser l'entremig de les actuacions de la Mesa

suficientment ampli per a resultar feixuc a qui, havent estat exclòs, se l'obligui a mantenir la fiança donada.

Hauríem de precisar un darrer punt en el parer exposat, i és el que fa referència al fet que perquè es pugui tornar la garantia provisional als exclosos en una licitació hi haurà d'haver la petició expressa de la persona interessada i, per tant, no impugnar l'acte que resta exclòs, ja que en cas contrari, l'exclòs que llavors veiés atesa la seva reclamació hauria estat en situació de privilegi respecte de la resta de licitadors.

CONCLUSIÓ:

Quan en un procediment de contractació qualche participant sigui exclòs de la licitació en un moment anterior a la proposta d'adjudicació del contracte, en els casos de subhasta, o a l'adjudicació, en el cas de concurs, aquest podrà sol·licitar la devolució de la garantia provisional, que li serà tornada sempre que no faci cap acte impugnatori de l'exclusió i l'accepti.

1. Els contractes de les administracions públiques. Comentaris a la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques, i normes de desplegament. Edicions Estudis Financers. 3a Edició. 1997.
2. Comentaris a la Llei de contractes de les administracions públiques i al seu Reglament de desplegament parcial". Editorial Civitas, S.A. 1996.
3. Contractes de les administracions públiques". Publicacions Abella.1997.