

**Informe 30/98, de 11 de noviembre de 1998. "Incautación de garantías provisionales en caso consideración como tal de la falta de retirada injustificada de ofertas y justificación requerida en los supuestos de baja temeraria".**

#### **8.14. Régimen de las garantías en los contratos.**

##### **ANTECEDENTES.**

1. Por el Presidente de la Entidad Autoridad Portuaria de Santander se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

*«Con fecha 4 de febrero de 1998 fue aprobado económicamente el proyecto de referencia, por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santander, por un importe de 566.055.782, ptas. más 90.568.925.- pts. en concepto de IVA y el sistema de subasta abierta.*

*Abiertas las ofertas ante la Mesa de Contratación, el primer y el segundo mejor postor quedaron incurso en temeridad, renunciando ulteriormente a la ejecución de las obras, por lo cual, el contrato ha sido adjudicado al tercer mejor postor. Es la primera vez que se plantea este supuesto ante la Autoridad Portuaria de Santander. Esta Entidad mantiene retenidas las fianzas de los licitadores porque entiende que han incumplido con las obligaciones que se derivan de participar en una licitación pública, al retirar su oferta.*

*No obstante lo anterior, la redacción de alguno de los preceptos de la Ley de Contratos plantea dudas acerca de la posición en que quedan los licitadores de una subasta una vez abiertas las ofertas.*

*Por lo tanto ruego que, a la vista de la documentación del expediente cuya copia se adjunta y del informe emitido por el Secretario de la Autoridad Portuaria, se nos informe acerca de las cuestiones planteadas en el mismo, con el fin de que esta Presidencia pueda adoptar la resolución que sea más acorde con la normativa vigente.»*

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo copia de la documentación que integra el expediente y copia del informe del Secretario de la Autoridad Portuaria de Santander en el que propone la formulación de consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, estructurándose el escrito de la Secretaría en los siguientes apartados:

A) Preliminar. Aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a la Autoridad Portuaria de Santander.

En este apartado se razona sobre la aplicabilidad de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuestiones relativas al funcionamiento de la Mesa de contratación y actuaciones en subastas, concursos... etc. por la gran similitud de las normas específicas de contratación con las de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y las continuas referencias en los pliegos y en los contratos a dicha Ley, estando prevista expresamente su aplicación en defecto de las normas de contratación de la Entidad, aprobadas por Puertos del Estado el 3 de mayo de 1993.

B) Antecedentes administrativos de la consulta.

En este apartado se hace constar la situación de los licitadores en el procedimiento de adjudicación por subasta del proyecto de "urbanización de la zona portuaria de Raos destinada al tráfico de automóviles" por un presupuesto de ejecución de 566.055.782 pesetas más IVA que era la siguiente:

Mejor postor: UTE Agroman Empresa Constructora, S.A. y Transportes y Excavación Cuevas.

Segundo mejor postor: Arruti, S.A.

Tercer mejor postor: Construcciones Paraño, S.A. (Copasa).

Al estar incluidas las dos primeras ofertas en presunción de baja temeraria, por exceder su baja en más de diez puntos a la media de las bajas del resto de las licitadoras, la Mesa adjudicó el contrato provisionalmente a la UTE Agromán-Cuevas y acordó requerir a las dos primeras oferentes la oportuna justificación de sus ofertas.

Arruti, S.A. señaló que dado el riesgo añadido que implicaba el afianzamiento del 100 por 100 del importe del contrato renunciaba a presentar la justificación para la posible adjudicación.

La UTE Agromán Cuevas señala la imposibilidad de justificar la viabilidad de la obra en el presupuesto ofertado, debido a una error de cálculo en el coste de las mezclas bituminosas. Tras diversas incidencias en orden a las solicitudes de justificación de las ofertas, la Autoridad Portuaria de Santander, en 26 de marzo de 1998, adjudicó el contrato al tercer mejor postor, no incurso en temeridad, Construcciones Paraño, S.A. instruyéndose expediente para la devolución o incautación de las garantías provisionales a la UTE Agromán-Cuevas y a Arruti, S.A., que formularon alegaciones oponiéndose a la incautación de la garantía y solicitando su devolución.

C) Consideraciones acerca de los hechos anteriores.

En este apartado del informe del Secretario de la Autoridad Portuaria de Santander se analiza la situación procedimental de la UTE Agromán Cuevas y de Arruti, S.A., señalando que la primera se encuentra vinculada por su oferta y que la no selección por falta de justificación debe llevar a la incautación de la fianza llegando a idéntica conclusión, respecto a la segunda, por no resultar aplicable el artículo 85 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Después de apuntar las dificultades que puede suponer la obligación de afianzar el 100 por 100 y la circunstancia de que la situación de temeridad no es imputable en su totalidad al licitador, sino que también depende de las ofertas del resto de las empresas concurrentes, centra las cuestiones que deben someterse a esta Junta en las siguientes:

Primera: Si la renuncia del mejor postor incurso en temeridad, UTE AGROMAN-CUEVAS, lleva aparejada, como consecuencia la pérdida de la fianza constituida.

Segunda: Si la renuncia del segundo mejor postor, incurso en temeridad, ARRUTI, S.A. lleva aparejada la pérdida de fianza o si bien puede desistir libremente, al amparo del artículo 85 de la Ley.

Igualmente, si no hubiesen sido contestadas anteriormente y dado que en ulteriores licitaciones se plantearán sin duda alguna, los supuestos que se indican, la consulta se extiende a los siguientes extremos:

a) Si las renunciadas basadas en la alegación de imposibilidad de prestar fianza por importe del 100% del contrato, tienen o pueden tener un tratamiento diferenciado de las renunciadas que se basan en otros motivos, o por el contrario, acarrearían sin más, la incautación de la fianza provisional.

b) Si el rechazo de la justificación aportada en relación con las ofertas incursas en temeridad, sería causa de incautación de la fianza.

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Para proceder al examen de las cuestiones que se suscitan en el presente expediente hay que empezar por delimitar negativamente aquéllas que no requieren pronunciamiento de esta Junta, por coincidir con los criterios expuestos en el informe del Secretario de la Autoridad Portuaria de Santander y en las alegaciones de las empresas afectadas por el posible acuerdo de incautación o devolución de las garantías provisionales.

Así, en primer lugar, no resulta necesario detenerse en el régimen jurídico de la contratación aplicable al Ente público "Autoridad Portuaria de Santander", pues aparte de que, como acertadamente señala el informe del Secretario, la aplicabilidad de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas resulta de las constantes referencias en los pliegos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la aplicación supletoria de ésta en defecto de normas específicas, lo cierto es que la consulta se centra en las soluciones que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas da a las cuestiones suscitadas, lo que ha de exponerse con independencia de que el Ente público esté sujeto en su actividad contractual a normas de derecho privado, según resulta del artículo 35.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

En segundo lugar tampoco procede examinar las cuestiones derivadas del artículo 85.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues ninguna de las empresas afectadas -UTE Agroman-Transportes y Excavaciones Cuevas y Arruti, S.A.- se encuentran en el supuesto de hecho que determina la aplicación de la regla del citado artículo 85.1, que no es otro que el del adjudicatario de un contrato que no cumple las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del mismo, lo que produce la resolución del contrato, al perfeccionarse por la adjudicación, la incautación de la garantía provisional conforme al artículo 55.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la posibilidad prevista en el artículo 85.1 de que la Administración pueda adjudicar el contrato al licitador o licitadores siguientes con la conformidad del nuevo adjudicatario.

Basta tener en cuenta que, ni la UTE Agroman-Transportes y Excavaciones Cuevas, ni Arruti, S.A., han sido adjudicatarias del contrato convocado por el Ente "Autoridad Portuaria de Santander" para descartar la aplicación del artículo 85 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y entender que la cuestión suscita es otra bien distinta y consiste en determinar si en el supuesto de bajas temerarias la retirada de las ofertas antes de la adjudicación o la falta de la justificación requerida para acreditar la posibilidad de cumplimiento de la oferta debe determinar o no la incautación de la garantía provisional prestada por las empresas que se encuentran en tal situación-

2. Centrada la cuestión suscitada en el presente expediente en los términos que han quedado reseñados, lo primero que hay que destacar es que las garantías provisionales en el sistema de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas responden, aparte del supuesto específicamente previsto en el artículo 55.3 para los casos de resolución por falta de formalización, de la seriedad de las ofertas, como ha declarado esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes de 15 de abril de 1993 (Expediente 2/93), de 16 de febrero de 1994 (Expediente 31/93) y de 30 de junio de 1998 (Expediente 24/98), en los que ha reconocido la incautación de las garantías provisionales en supuestos de retirada injustificada de ofertas, informes los dos primeros que, aunque referidos a la anterior Ley de Contratos del Estado, pueden ser trasladados a la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En el informe de 15 de abril de 1993 esta Junta declaraba lo siguiente:

*«Con toda claridad el párrafo segundo del artículo 100 del Reglamento General de Contratación del Estado, al tratar de las subastas pero con aplicación al concurso por lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de Contratos del Estado, establece que "una vez entregada la proposición no podrá ser retirada bajo ningún concepto". A idéntica*

*conclusión se llega con la interpretación de la norma específica que para el concurso incorpora el artículo 116, último párrafo del Reglamento General de Contratación del Estado del que se deduce también la imposibilidad de retirar las ofertas económicas en el concurso, ya que tal posibilidad únicamente se consagra en el supuesto de que la Administración no hubiere dictado acuerdo resolutorio del concurso, transcurridos tres meses desde la fecha de las proposiciones, salvo que en las bases del mismo se hubiere establecido otro mayor.*

*Lógica consecuencia de la retirada injustificada de las proposiciones económicas es la de decretar la pérdida de la fianza provisional para participar en la licitación, pues, aunque de manera clara y expresa no se establece tal efecto en la vigente legislación de contratos del Estado, resulta así del último párrafo del artículo 116 del Reglamento General de Contratación del Estado en cuanto sólo permite retirar las fianzas provisionales, por el transcurso del plazo de tres meses sin haber sido resuelto del concurso y, sobre todo, de la esencia y finalidad de la fianza provisional que, siendo la de garantizar la seriedad de las ofertas, mal se compagina con su devolución en casos, como el presente de retirada injustificada de ofertas económicas. Por lo demás, resulta innecesario aludir a los evidentes perjuicios económicos que la retirada de ofertas por parte de las empresas reseñadas, al ser las retiradas las más bajas desde el punto de vista económico, han producido a la Administración contratante.»*

En el informe de 16 de febrero de 1994, que puede considerarse complementario y aclaratorio del anterior, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa hacía las siguientes declaraciones:

*«En segundo lugar y ésta se convierte en la alegación básica de los recursos interpuestos- se aduce que la incautación o pérdida de la fianza provisional sólo procede en los supuestos de falta de formalización del contrato por causa imputable al adjudicatario citándose en apoyo de tal tesis la cita literal de los artículos 39 y 112 de la Ley de Contratos del Estado y las propias palabras utilizadas por esta Junta en su informe de 15 de abril de 1993 en el sentido de que, en relación con la pérdida de la fianza provisional "de manera clara y expresa no se establece este efecto en la vigente legislación de contratos del Estado".*

*Frente a tal alegación hay que afirmar que la cuestión básica que se suscita - devolución o incautación de la fianza provisional- es una cuestión de interpretación de normas jurídicas que, como tal, tiene que ser resuelta con diversos elementos interpretativos, entre los cuales, el literal -el sentido propio de las palabras según expresión del artículo 3.1 del Código Civil- no es el único, ni siquiera el fundamental pues dicho artículo atribuye tal carácter al elemento teleológico, es decir, al espíritu y finalidad de las normas y es este sentido el que debe ser atribuido a las palabras de esta Junta de que de manera clara y expresa no se establece la pérdida de la fianza provisional en la vigente legislación de contratos del Estado para los supuestos de retirada de ofertas, puesto que, al no establecerse de manera literal y expresa tal efecto, tiene que ser establecido como resultado de la interpretación finalista y sistemática de los preceptos de dicha legislación.*

*La idea básica de la que hay que partir es la de la finalidad que persigue la constitución de fianzas provisionales en la contratación administrativa que no es otra que la de garantizar la seriedad de las ofertas económica, tal como con toda claridad, con independencia de argumentos teóricos que puedan aducirse, lo establece terminantemente la base XVII de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de contratos del Estado, a la cual necesariamente hubo de ajustar su regulación la Ley de Contratos del Estado y del Reglamento General de Contratación del Estado y en la que literalmente se establecía que "serán reguladas las fianzas y garantías que aseguren la seriedad de las ofertas y el cumplimiento de los contratos de obras ....."*

*distinción entre la finalidad de la fianza provisional -asegurar la seriedad de las ofertas- y la de la fianza definitiva -asegurar el cumplimiento de los contratos- que no puede ser cuestionada siendo confirmada la finalidad de la fianza provisional en el artículo 347 del Reglamento General de Contratación del Estado que permite la incautación de la misma por falta de constitución de la fianza definitiva y en la Orden de 10 de mayo de 1968, por la que se aprueba el modelo de aval a efectos de afianzamiento en los contratos del Estado, en el que se señala como finalidad de la fianza provisional el responder de las obligaciones derivadas de la licitación, con lo que queda descartada la tesis de que la fianza provisional sólo responde de la falta de formalización por causa imputable al contratista.*

*Por ello cabe concluir que siempre que quede frustrada la finalidad de la fianza provisional por causa imputable al contratista -y no sólo por la falta de formalización- procede decretar la pérdida o incautación de la fianza provisional, bastando que, en lo demás, esta Junta reitere los argumentos expuestos en su anterior informe de 15 de abril de 1993 en orden a la cuestión suscitada.»*

Por último, en cuanto a la retirada de ofertas en supuestos de bajas temerarias, es expresivo el informe de esta Junta Consultiva de 30 de junio de 1998 en cuanto declara que:

*«En el supuesto de bajas temerarias o incursas en presunción de temeridad es evidente que la falta, por causas imputables al licitador, de contestación a la solicitud de información sobre la oferta que efectúa el órgano de contratación, prevista en el artículo 84.3 de la Ley, equivale a una retirada injustificada de la oferta, dado que la proposición no debe estimarse completa ni permite la adjudicación del contrato, sin la práctica de esta información, debiendo mantenerse igual conclusión respecto a la imposibilidad de asumir el coste de la garantía definitiva del 100 por 100, pues, cualquiera que sea la consideración de "lege ferenda" que merezca esta última, lo cierto es que está recogida en una norma legal, cuya alegación no debe servir para eludir la posible adjudicación del contrato. En cuanto a los errores materiales debe sostenerse igual conclusión siempre que, conforme a los criterios de los informes citados de esta Junta, no se acredite el carácter de tales errores y que los mismos no son imputables al licitador que formula la proposición».*

**3.** La aplicación de los criterios expuestos al presente expediente conducen a la conclusión de que la UTE Agroman-Transportes y Excavaciones Cuevas, en la documentación obrante en el expediente, se limita a afirmar que "no está en disposición de justificar la posibilidad de ejecución de las obras en el presupuesto ofertado" y que "ello es debido a que en el precio ofertado por la UTE se ha producido un error de cálculo en el coste de las mezclas bituminosas", declaraciones que bastan para concluir que la simple alegación de un error no justificado no puede desvirtuar la calificación de los hechos como retirada injustificada de la oferta, sin que, tampoco, puedan tomarse en consideración las alegaciones de la propia UTE referentes al carácter de la adjudicación provisional o propuesta de adjudicación realizada a su favor que figuran en la documentación del expediente, pues aunque pudieran ser ciertas, nada tiene que vez con la propia cuestión suscitada.

La Empresa Arruti, S.A., según la misma documentación, se limita a afirmar que "teniendo en cuenta que ocupábamos el segundo lugar detrás de la UTE Agroman- Cuevas y que el riesgo añadido que supone el afianzamiento del 100% del importe del contrato supera nuestra estimación de costos para las obras, renunciamos a presentar la justificación de nuestra oferta para la posible adjudicación de la misma", por lo que el supuesto de hecho queda perfectamente subsumido en el contemplado en nuestro informe de 30 de junio de 1998. Por otra parte, ya se ha indicado y razonado sobre la inoportunidad de cita del artículo 85.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que no se refiere a supuestos de retirada injustificada de ofertas, sino al distinto de adjudicatario que no cumple las condiciones para la formalización del contrato.

4. Una última consideración ha de realizarse en este expediente conectada a la última pregunta que se realiza en el escrito-informe del Secretario de la Autoridad Portuaria de Santander, dado que si los razonamientos anteriores son perfectamente válidos para los supuestos de falta de justificación de las ofertas en los casos de baja temeraria, en los que se entiende existe una retirada injustificada de ofertas, no lo son en el supuesto planteado en la última pregunta en el que el propio órgano de contratación rechaza o no considera suficiente la justificación aportada en relación con las ofertas incursas en temeridad, pues en este caso, obviamente ni siquiera puede hablarse de retirada de ofertas, al ser el propio órgano de contratación, no el licitador, el que las excluye de la posibilidad de adjudicación del contrato.

## **CONCLUSIONES.**

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, reiterando criterios expuestos en anteriores informes, entiende:

1. Que en el caso de retirada injustificada de ofertas por parte de los licitadores con anterioridad a la adjudicación procede de la incautación de garantías provisionales, supuesto que debe diferenciarse del de falta de formalización por parte del adjudicatario que tiene un tratamiento específico en el artículo 85.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
2. Que en los supuestos de bajas temerarias la falta de justificación de la posibilidad de cumplir la oferta, requerida por el órgano de contratación, debe conceptuarse como retirada injustificada de la oferta, conceptualización improcedente cuando es el órgano de contratación el que estima de imposible cumplimiento la oferta, pese a la justificación aportada.
3. Que en el presente caso debe estimarse que existe retiradas injustificadas de ofertas por parte de la UTE Agromán-Transportes y Excavaciones, por alegación de error no justificado y por parte de Arruti, S.A., por falta de justificación de su oferta y alegación de la imposibilidad de constituir garantía de 100 por 100, sin que exista diferencia de régimen jurídico entre uno y otro supuesto.