

**Informe 25/07, de 5 de julio de 2007. «Devolución de la garantía provisional a una empresa que cuya proposición se ha apreciado que contiene indicios de constituir una oferta anormalmente baja».**

Clasificación de los informes: 10.5 Régimen de las garantías. Devolución de las garantías.

**ANTECEDENTES**

1. Por el Alcalde del Ayuntamiento de Canals se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

*“En el procedimiento para la adjudicación del contrato de obra de la urbanización de la Unidad Ejecución U-4 mediante subasta, una vez admitidos los licitadores por la Mesa de Contratación, se procedió a la apertura de las proposiciones económicas. Analizadas éstas se comprobó, en aplicación del artículo 85.4 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 109812001 de 12 de octubre (RCAP), que se encontraban tres licitadores en presunción de baja temeraria.*

*Tras ello, de acuerdo con el artículo 83.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 212000 de 16 de junio (LCAP), la Mesa acordó requerir a las tres empresas para que en el plazo de diez días presentasen los justificantes y documentos que estimasen oportunos en relación con su oferta.*

*Dos de las tres empresas presentaron justificación de su baja. En cambio, la otra, CESMAN, presentó durante este plazo el siguiente escrito:*

*“Recibida su comunicación en la cual nos indican que la oferta se considera en principio desproporcionada o temeraria y que se justifique mediante los documentos que se estimen la oferta presentada de la obra “Urbanización Unidad Ejecución U-4” manifiesto que al hallarse incurso en presunción de temeridad, por el presente ponemos en su conocimiento que la cifra que figura en la proposición económica presentada obedece a un error de cálculo, por lo que solicitamos no sea tenida en consideración, y se lleve a cabo la adjudicación al mejor postor no incurso en presunción de temeridad, y se nos devuelva la fianza provisional depositada para licitar en dicha obra”*

*Visto este escrito, mediante Resolución de Alcaldía de 22 de diciembre de 2006 se decidió incautar la garantía presentada por esta empresa, por retirar de forma injustificada su oferta antes de la adjudicación, de conformidad con los artículos 35.2 LCAP y 62.2 RCAP.*

*Frente a este acto administrativo, la empresa ha presentado recurso de reposición donde, según dice, viene a presentar la siguiente justificación documental del error material habido en la documentación presentada, solicitando en consecuencia la devolución de la garantía:*

*“Justificación de la baja temeraria correspondiente a la obra “proyecto de urbanización de la unidad de ejecución UA-4 de Canals (Valencia)*

*A continuación se adjunta el estudio de la obra, así como faxes de los precios más significativos de los materiales que se emplearían en la obra*

*Una vez realizada la justificación se ha detectado el siguiente error: Partida CAN5011.*

*Capa de rodadura 5-20.*

*Capa de rodadura realizada con mezcla bituminosa en caliente tipo 5-20 y 8 cm de espesor, con árido calcáreo, extendida y compactada al 97 % del ensayo Marshall, según la norma NL T -195/75.*

Descripción	ds	L ongitud	A nchura	A ltura	P arciales	T otales

c/ M. Arnau	9	6	0	4
	6.00	.00	.08	6.08
c/Esperanza	9	5	0	3
	3.00	.00	.08	7.20
c/A. March	9	4	0	2
	3.00	.00	.08	9.76
Av. Quernes	6	7	0	0
	.00	,55	.08	.74
				13.78

*El precio unitario que se puso en el estudio fue 19,50 €/m<sup>2</sup>, y como se puede observar son m<sup>3</sup>, por lo cual el precio debería ser 243,75 €/m<sup>3</sup>.*

*En términos globales de la obra supone una diferencia de 25.520,17 € (6,48 %).*

*En la plica presentada el importe para la realización de la obra era de 362.799, 51€ (33,29%), en la cual se reducían los gastos generales y el beneficio industrial del 19% al 8,80%.*

*Con el error cometido y asumiendo la misma reducción de GG+BI (10,20%), el importe real por el cual podríamos ejecutar la obra sería de 397.999,10 € (26,82%)"*

*Nótese que la justificación se ha presentado no durante el plazo concedido al efecto sino con posterioridad, tras la presentación del recurso de reposición. Pero la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 42/2005, de 26 de octubre, parece excluir de la obligación de incautar garantía aquellos supuestos en que exista error debidamente acreditado. Por tanto, sobre los antecedentes anteriores, se plantea la procedencia de la devolución a CESMAN de la garantía provisional depositada".*

2. Se adjunta, como documentación complementaria:

- Pliego de cláusulas administrativas particulares.
- Anuncio de licitación publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Valencia.
- Acta de apertura de los sobres nº 1 que contienen las proposiciones económicas de los licitadores.
- Requerimiento de documentación a la empresa Cesman, S. L., para que justifique la baja temeraria.
- Escrito de la empresa, con registro de entrada 11.130, de fecha 13 de diciembre de 2006, indicando el error cometido.
- Resolución de la Alcaldía adjudicando el contrato a la empresa UTE LIC, S. L., REFOR, S. L.
- Recurso de reposición presentado por la empresa Cesman, S. L.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

1. La cuestión principal planteada es la procedencia de la devolución a la empresa CESMAN de la garantía provisional depositada.

2. Es criterio ampliamente reiterado de esta Junta Consultiva en sus diferentes informes, que su competencia se circunscribe, en su función consultiva, a expresar sus criterios interpretativos

sobre cuestiones relacionadas con la contratación, pero que en tal competencia no se incluye la función de asesoramiento jurídico de los órganos de contratación en cuestiones relacionadas con expediente concretos en los que la competencia está atribuida a los órganos que cumplen tal función y que en el presente caso se determina en el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que en su artículo 113.4 atribuye tal competencia a la Secretaría del Ayuntamiento.

Este criterio no impide que se expresen las consideraciones que desde el punto de vista práctico permitan al Ayuntamiento adoptar una decisión.

3. Las garantías provisionales en nuestra legislación de contratos tiene una doble finalidad, por un lado, reforzar la seriedad y firmeza de las ofertas presentadas por los licitadores y por otro, asegurar el cumplimiento por el adjudicatario de la formalización del contrato, así como de la constitución de la correspondiente garantía definitiva.

4. Estando incurso la proposición presentada por Cesman, S.L., en indicio de oferta anormalmente baja, fue requerida para que presentara los justificantes y documentos oportunos en relación a la misma. La empresa expresa en primer lugar, con fecha de 13 de diciembre de 2006, que la cifra que figura en la proposición económica presentada obedece a un error de cálculo, por lo que solicita que no sea tenida en consideración, y que se le devuelva la fianza provisional. Más tarde, con fecha de 12 de febrero de 2007 y ya fuera de plazo, presenta la justificación documental del error material habido en la documentación presentada para concurrir en la adjudicación.

A estos efectos, esto es, la retirada de la proposición, el apartado 1 del artículo 62 del Reglamento General de la Ley determina que si algún licitador retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación o si el adjudicatario no constituye la garantía definitiva o, por causas imputables al mismo, no pudiese formalizarse en plazo el contrato, el órgano de contratación procederá a la ejecución e ingreso en el Tesoro Público de la garantía provisional y oficiará, en su caso, al órgano donde quedó constituida a los mismos efectos, equiparando el apartado 2 del citado artículo a la retirada injustificada de la proposición tanto la falta de contestación por el empresario a la solicitud de información emitida por el órgano de contratación cuando la proposición de aquél esté inicialmente incurso en el concepto de oferta anormalmente baja a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como el reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable.

Por tanto, y teniendo en cuenta lo anterior, puesto que la alegación de error se estima como retirada injustificada de oferta e impide al órgano de contratación la adjudicación del contrato a la misma, procede actuar en el sentido que se especifica respecto de la incautación de la garantía provisional.