

Informes 14/92 y 15/92, de 17 de junio de 1992. "Fianza provisional en los concursos y subastas con posibilidad de ofertas parciales (lotes)".

Clasificación de los informes: 10.1. Garantías provisionales. 23.11. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

1 - En fecha 13 de mayo de 1992 tiene entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del representante de la Asociación nacional de fabricantes de bienes de equipo (SERCOBE) formulando consulta a la Junta Consultiva en los siguientes términos:

"Viene ocurriendo en determinados concursos, en los cuales existe la posibilidad de realizar ofertas parciales por uno o varios de los ítem que componen el concurso total, que la autoridad contratante a la hora de presentar las ofertas exige que las fianzas provisionales por el 2%, deban calcularse sobre el total del concurso. Evidentemente, esto supone un grave perjuicio para estos ofertantes que concurren a ítem sueltos, por el valor del ítem ofertado.

Por nuestra parte estimamos que si el concurso especifica claramente, que es posible realizar la oferta por ítem separados, la "obra" que es objeto de oferta es tan solo la que se refiere al ítem cuyo presupuesto se somete.

Por otra parte, cuando la autoridad contratante exige la constitución de la fianza definitiva, lo hace por el 4% del presupuesto a adjudicar al ofertante de estos ítem, produciéndose una disparidad de criterios con la exigencia de la fianza provisional del 2% del total del concurso.

Esta práctica, evidentemente, imposibilita en numerosas ocasiones la presencia de las pequeñas y medianas empresas, cuya participación es sin duda deseable, y encarece inútilmente la oferta."

2 - Por la Dirección General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa, a efectos de que se emita informe por la Junta Consultiva, de acuerdo con lo previsto en los artículos 21-1 y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, se presenta escrito, registrado en la Secretaría de la Junta el 19 de mayo de 1992, en el que se expone lo siguiente:

"1. REFERENCIAS

1.1. La Ley de Contratos del Estado establece en su artículo 112 como requisito necesario para acudir a las subastas y concursos, la acreditación de la consignación previa de una fianza provisional equivalente al 2 por 100 del presupuesto total de la obra.

1.2. El artículo 97 del Reglamento General de Contratos del Estado indica que el resguardo acreditativo de la fianza provisional debe figurar en sobre aparte de la proposición económica.

En relación al contrato de suministros, el artículo 244.8 del citado Reglamento admite la "posibilidad de licitar por la totalidad del suministro, por partidas independientes o por los lotes que se establezcan dentro de cada partida".

2. ANTECEDENTES.

2.1. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 50/1973, de 20 de diciembre, estima que la fianza provisional, según el artículo 112 de la Ley de Contratos del Estado, equivale al 2 por 100 del presupuesto total, respecto de la cual no puede eludirse su exigibilidad a cada uno de los licitadores en virtud de los siguientes fundamentos:

a) El fraccionamiento del presupuesto es irrealizable aunque no lo señale expresamente el Reglamento, y dado que las proposiciones se presentan en dos sobres cerrados (art. 99 del Reglamento), procediéndose a la apertura primeramente del que contiene la documentación entre la que se encuentra la fianza, se deben rechazar las propuestas que no correspondan a una fianza del 2 por 100 del total.

b) El requisito de la fianza que se exige para acudir al concurso cuando se habla de presupuesto total no puede ser otro que al del conjunto concursado.

c) *El costo en que incurre el contratista en caso de aceptación del aval dada su duración es escaso y aunque el concurso se diferencia de la subasta en que no se devuelven inmediatamente los documentos a quienes no son adjudicatarios provisionales, existe la limitación de tres meses de que dispone el Organismo de contratación para adjudicar.*

3. CONSIDERACIONES

3.1. *La aplicación del mencionado informe de la Junta Consultiva por parte de los diferentes órganos de contratación ha ocasionado repetidas veces problemas en aquellos contratos en que la licitación se permite por lotes, dándose el caso que por las características de un determinado contrato en que los lotes no son homogéneos los licitadores a lotes pequeños han de aportar fianzas incluso superiores al lote al que acuden.*

3.2. *Ni en la Ley de Contratos del Estado ni en su Reglamento se menciona la posibilidad de dividir la fianza, ni tampoco criterio en contra de realizarlo, no obstante sí se contempla la posibilidad de licitar por partidas independientes o por los lotes que se establezcan dentro de cada partida (art. 244.8 del Reglamento), por lo que en principio parece admisible la presentación de las fianzas también en relación a las citadas partidas.*

3.3. *El conocimiento de la fianza con antelación a la propuesta económica, no parece ser un motivo de preocupación, ya que lo único que se conocería serían los diferentes lotes a que cada licitador acude sin que en ningún momento pueda deducirse el valor de su oferta, ya que la fianza se presentaría por el 2 por 100 del total del presupuesto del lote.*

3.4. *En cuanto a la opinión de la Junta acerca de que la referencia sobre la fianza provisional en la Ley de Contratos del Estado del 2 por 100 del presupuesto total no pueda referirse más que al del conjunto concursado, no parece encontrarse apoyada en ningún precepto establecido en la mencionada Ley o su Reglamento.*

3.5. *Igualmente cabe señalarse en cuanto a la apreciación de la Junta acerca del escaso costo que supone el establecimiento de la fianza provisional alegando la limitación de tiempo que tiene el Organismo de contratación para su devolución, es más si por cualquier motivo un adjudicatario a un lote del contrato perdiese la fianza por la no formalización del mismo, se podría dar el caso de que dicha fianza fuese desproporcionada a la cuantía de su contrato y por consiguiente producirse un enriquecimiento injusto de la Administración.*

3.6. *Las garantías sobre el cumplimiento de las obligaciones de los licitadores a un contrato ante la Administración puede suponerse cubiertas con la aplicación de un 2 por 100 del total del presupuesto del contrato, este sería el caso de la licitación por el total contrato, de tratarse de un contrato dividido en varios lotes y cada licitador estableciera su fianza por el total, la Administración obtendría una garantía sobre el contrato en exceso de lo que según la Ley de Contratos del Estado parece admitir como suficiente.*

4. CONCLUSIONES

4.1. *De las consideraciones anteriores parece deducirse que la fianza provisional a presentar por los licitadores que acudan a una subasta o concurso en que se admita la licitación por lotes, de acuerdo con el artículo 244.8 del Reglamento General de Contratación, podría admitirse que fuera por el 2 por ciento del presupuesto de los lotes a que se licite.*

4.2. *Por lo expuesto y vistas las dificultades que la aplicación del informe de la Junta Consultiva 50/1973, de 20 de diciembre, en lo referente a la exigencia del 2 por 100 del total del contrato a todos los licitadores, con independencia de que acudan al total del contrato o a alguno de los lotes, se remite a dicha Junta la presente consulta para la reconsideración del informe mencionado."*

3 - Al ser idéntica la cuestión suscitada por la Asociación nacional de fabricantes de bienes de equipo (SERCOBE) y el Ministerio de Defensa, por diligencia de 22 de mayo de 1992, la Secretaría de la Junta acuerda la acumulación de los expedientes 14/92 y 15/92, de conformidad con el artículo 73-1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, a efectos de su resolución mediante la emisión de un único informe.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1ª La única cuestión que se suscita en los expedientes 14/92 y 15/92, es la relativa a determinar si, en los casos en que se admita la licitación por lotes, la fianza provisional ha de fijarse atendiendo al importe exclusivo de los lotes a los que se concurre o al importe total de todos los lotes, incluso aquellos respecto de los cuales no se formula proposición económica, cuestión que ha de ser resuelta mediante una interpretación de los preceptos de la legislación de contratos del Estado, con un examen especial de informe de esta Junta de 20 de diciembre de 1973 (Expediente 50/73) en el que se trata de fundar la tesis de que la fianza provisional, en la licitación por lotes, ha de fijarse en atención al importe total de los lotes, incluidos aquellos respecto de los cuales no se formula proposición económica.

2ª El artículo 112 de la vigente Ley de Contratos del Estado que, aunque literalmente se refiere al contrato de obras, resulta aplicable al resto de los contratos administrativos (artículo 123 de la propia Ley de Contratos del Estado, artículo 1 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril y artículo 1 del Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio) establece como requisito necesario para acudir a licitaciones el acreditar la consignación previa de una fianza provisional equivalente al 2 por 100 del presupuesto total de la obra, es decir, del objeto del contrato, por lo que una mera interpretación literal del precepto podría conducir a la conclusión de entender que la referencia al presupuesto total obliga, aunque se licite por determinados lotes, a tomar en consideración la totalidad de los lotes para la fijación de la fianza provisional.

Esta conclusión, derivada de la interpretación literal del artículo 112 de la Ley de Contratos del Estado debe, no obstante, ser descartada, dado que según el artículo 3-1 del Código Civil el elemento literal de la interpretación no es el único, ni siquiera el mas importante, carácter que se atribuye al elemento finalista o teleológico al señalar que las normas se interpretarán atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

Conforme se desprende de los artículos 39 y 112 de la Ley de Contratos del Estado, reproducidos y desarrollados en los artículos 120 y 346 del Reglamento General de Contratación del Estado, la finalidad de la fianza provisional es la de garantizar la seriedad de las ofertas y, como consecuencia de ello, el lograr la formalización del contrato, disponiéndose, a tal efecto, en los artículos reseñados, que la fianza provisional será devuelta a los interesados, excepto al adjudicatario, inmediatamente después de la adjudicación provisional en los casos de subasta o de la adjudicación única en los de concurso, reteniéndose al adjudicatario hasta la formalización del contrato, dando lugar, si esta no se produce por causas imputables al mismo a la incautación de la fianza provisional.

Lógicamente tal finalidad debe ponerse necesariamente en relación, no con la totalidad del contrato, sino con la parte del mismo respecto de la cual el licitador formula su postura económica por lo que, si en el caso consultado, conforme a lo previsto en el artículo 244-8 del Reglamento General de Contratación del Estado, en el pliego del contrato de suministro se prevé la posibilidad de licitar por partidas independientes o por los lotes que se establezcan dentro de cada partida, la fianza provisional debe garantizar exclusivamente la formalización del contrato en cuanto a las partidas o lotes por los que se licita.

La postura contraria, consistente en afirmar que la fianza provisional, aunque se licite por partidas o lotes, debe fijarse en el 2 por 100 del presupuesto total del contrato, conduce a conclusiones absurdas y como tal antijurídicas. En primer lugar, la de que el importe de la fianza provisional puede ser superior al de la definitiva en contra de la intención evidente del legislador que, teniendo en cuenta la finalidad concreta que persiguen ambas clases de fianzas -garantizar la formalización y la ejecución del contrato, respectivamente-, ha establecido el porcentaje de la

fianza definitiva en el doble de la fianza provisional. En segundo lugar, en el caso de decretarse la incautación de la fianza provisional por incumplimiento de uno, de varios o de todos los licitadores, al girar cada una sobre la totalidad del presupuesto del contrato, se produciría un enriquecimiento indebido de la Administración en cantidad que, podría darse el caso en supuestos extremos, superase el propio importe total del presupuesto. Por último debe destacarse que, al utilizar la legislación de contratos del Estado la misma expresión para referirse a la base sobre la que debe girar el porcentaje de las fianzas provisional y definitiva -presupuesto total de la obra en los artículos 112 y 113 de la Ley de Contratos del Estado- las mismas conclusiones y por los mismos argumentos había que sentar en ambas clases de fianzas, es decir, que el adjudicatario de determinadas partidas o lotes debería afianzar el 4 por 100 del importe total del contrato, aunque sólo se le haya adjudicado parte del mismo, conclusión que, al ser unánimemente descartada, obliga a aplicar idéntico criterio en relación con la fianza provisional.

Como conclusión de este apartado debe afirmarse que la interpretación correcta del artículo 112 de la Ley de Contratos del Estado obliga a entender que, en el supuesto de licitación por partidas o lotes, el importe de la fianza provisional, es decir, el 2 por 100 debe aplicarse sobre el importe exclusivo de las partidas o lotes para las que se presenta proposición económica y no sobre el importe de la totalidad de partidas y lotes que integran el objeto del contrato.

3ª En el escrito de consulta de la Dirección General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa se señala, aunque no se está conforme con el mismo, como único posible argumento favorable a la postura descartada en el apartado anterior el contenido del informe de esta Junta de 20 de diciembre de 1973 (Expediente 50/73), por lo que procede realizar el análisis del mismo para concluir si constituye o no base suficiente, para desvirtuar los argumentos hasta aquí utilizados.

Ante todo debe significarse que el supuesto de hecho del que se partía en el informe de 20 de diciembre de 1973, emitido a solicitud de la Junta Central de Compras y Suministros del entonces Ministerio de Agricultura, era distinto del que ahora se plantea, pues no se trataba de la aplicación del artículo 244-8 del Reglamento General de Contratación del Estado, es decir, de la previsión en los pliegos de licitación por partidas o lotes, sino de una situación de hecho consignada en los antecedentes al señalar que "en determinados concursos de suministro no suelen presentarse ofertas para la totalidad que se desea adquirir, al no existir empresas que puedan absorber aquella, motivo por el cual la adjudicación se efectúa en favor de varios oferentes".

Las dificultades meramente formales, que en el citado informe de 20 de diciembre de 1973 esta Junta consideraba que se oponían a la posibilidad de fraccionamiento de la fianza provisional, debe entenderse que pueden operar exclusivamente para supuestos como el contemplado en aquel informe -concurso sin división anticipada por partidas o lotes- pero que desaparecen cuando se utiliza la posibilidad prevista en el artículo 244-8 del Reglamento General de Contratación del Estado, ya que cada licitador puede consignar en la documentación presentada, distinta de la proposición económica, las partidas o lotes a las que concurre, conforme a la posibilidad que le confiere el pliego y el órgano de contratación comprobar adecuadamente si la cuantía de la fianza provisional es el 2 por 100 del importe de las partidas o lotes a los que el licitador concurre.

Como resumen de este apartado debe afirmarse que el contenido del informe de esta Junta de 20 de diciembre de 1973 no puede servir de base para sentar conclusiones distintas a las derivadas de la correcta interpretación del artículo 112 de la Ley de Contratos del Estado, la cual ha quedado expuesta en el apartado 2 de las Consideraciones de este informe.

CONCLUSION

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, en los supuestos en que se prevea la posibilidad de licitar por partidas o lotes, el 2 por 100 de la fianza provisional debe calcularse sobre la base del importe exclusivo de las partidas o lotes para los que se presente proposición económica, sin incluir las demás aunque en realidad integren el presupuesto total del contrato.