

**INFORME 8/98, de 29 de Julio de 1998.**  
**GARANTÍA PROVISIONAL. DEVOLUCIÓN A LICITADOR EXCLUIDO.**

**ANTECEDENTES**

Por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia, se dirige solicitud de informe a esta Junta Consultiva del siguiente tenor:

*"Que la Junta Consultiva de Contratación emita informe. Sobre la posibilidad de devolución de la garantía provisional con anterioridad a la adjudicación provisional del contrato o de la adjudicación única al licitador que ha sido excluido".*

Dicha solicitud se efectúa a la vista de la que a su vez le hace a la Secretaría General Técnica su Unidad Administrativa de Contratación, que literalmente dice:

*"Se ha planteado una duda en la Unidad Administrativa de Contratación de la Consejería de Presidencia sobre la posibilidad de devolución de la garantía provisional con anterioridad a la adjudicación provisional del contrato o de la adjudicación única al licitador que haya sido excluido de la licitación con anterioridad a la apertura de su oferta".*

En el informe Jurídico que acompaña a la solicitud se llega a la siguiente conclusión:

*"Estos servicios jurídicos entendemos que el interesado que es excluido de un procedimiento antes de la apertura de su oferta económica podría solicitar la devolución de la garantía provisional aportada, aunque la normativa no regula esta cuestión y por tanto, es dudoso si se ha de aplicar el artículo 36.3 de la LCAP o hay que atender a la finalidad de la garantía provisional y, por tanto, considerar que si el licitador lo solicita es posible su devolución con anterioridad a la propuesta de adjudicación (en caso de subasta) o de la adjudicación (cuando aquella sea por concurso).*

*Cabe reconocer el coste económico que en determinados casos puede soportar el interesado por el hecho de ser exigida la aportación de una cantidad determinada como fianza provisional y se plantea la duda de saber si este grave perjuicio económico al interesado puede ser objeto de una consideración jurídica; es decir, la cuestión es saber si existe alguna excepción jurídica que motive la devolución de la fianza provisional con anterioridad de la propuesta de adjudicación del contrato en los casos en los que la forma de adjudicación sea la subasta o de la adjudicación, cuando aquella sea por concurso".*

## **PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD:**

**1º)** La solicitud de informe viene efectuada por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia, quien tiene legitimación para ello conforme al art. 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero (BOCAIB nº 24 de 25-2-1997), y al art. 15.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB (BOCAIB nº 133, de 25-10-1997).

**2º)** A la solicitud se acompaña un informe Jurídico sobre la cuestión planteada, emitido por el Servicio Jurídico de la Consejería, cumpliendo lo preceptuado en el apartado 3 del art. 16 del Reglamento citado.

**3º)** La documentación aportada es suficiente para poder emitir el informe solicitado, reuniéndose, pues, todos los requisitos previos de admisión.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS:**

**PRIMERA.-** Para una adecuada solución a la cuestión planteada se ha de partir de la regulación contenida en la LCAP así como a la finalidad perseguida por el legislador al configurar las garantías provisionales.

La L.C.A.P., en su artículo 36.1, dispone que la garantía provisional es un "requisito necesario para acudir a los procedimientos", y, en el apartado 5 del mismo artículo viene a determinar, en relación con el artículo 55, que la no formalización del contrato por causas imputables al contratista lleva aparejada la incautación de ésta garantía. Se desprende de ésta regulación que lo que se garantiza con la garantía provisional es la formalización del contrato cuando ésta no tenga lugar por causas imputables al contratista, no siendo más explícita la LCAP en cuanto a si se ha de extender dicha responsabilidad a otros supuestos distintos, como así se deducía de la anterior regulación.

En efecto, la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, en su base XVII, decía que la fianza provisional garantizaba "la seriedad de las ofertas", y la Junta Consultiva del Ministerio de Economía y Hacienda, en informes 2/93, de 15 de abril de 1993 y 31/93, de 16 de febrero de 1994, llegó a la conclusión de considerar causa de incautación de la fianza provisional el retirar las ofertas. Sin embargo, con la nueva LCAP, derogada la anterior Ley de Bases, hoy no se puede afirmar sino sólo en el plano teórico que la garantía provisional también tiene por finalidad la seriedad de las ofertas en tanto que supone una rémora el tener que constituirla y por tanto una responsabilidad o seriedad en su presentación, pero en el plano estrictamente jurídico, tiene una extensión poco clara en la Ley, como sostiene Luis Cayuela Sebastián (1), aunque

otros comentaristas como Alberto Ruiz Ojeda y Joaquín García Bernaldo de Quirós (2), o "El Consultor" (3) mantienen la interpretación garante de la seriedad y viabilidad de las ofertas.

**SEGUNDA.-** Ahora bien, cualquiera que sea la interpretación de la finalidad perseguida por la constitución de la garantía provisional (la estricta de no formalización del contrato por causa imputable al contratista, o la amplia de seriedad de las ofertas) no puede amparar que la literalidad del art. 36.3 de la LCAP --- al disponer que la garantía provisional será devuelta después de la propuesta de adjudicación en las subastas o de la adjudicación en los concursos, excepto para el propuesto o adjudicatario que le será retenida ---, alcance también a los supuestos de exclusión de algún ofertante a la licitación, pues, aunque nada se diga en precepto concreto de la Ley sobre ello, hemos de concordar que quien es excluido, no licita y, en consecuencia, ni puede formalizar contrato alguno ni se garantiza la seriedad de una oferta que ni siquiera va a ser considerada por no participar en la licitación propiamente dicha, sin posibilidad de tener ninguna relación con la adjudicación del contrato, referencia única cierta del precepto para que se devuelva o retenga la garantía a quien haya llegado al momento procedimental adjudicatorio, aunque sólo sea en forma de propuesta.

Diversos preceptos de la LCAP arrojan este criterio de no conceder el status de licitador, stricto sensu, a quien resulte excluido previamente a la apertura de las ofertas. Así, el artículo 80.2 c) dice que las proposiciones deberán ir acompañadas, en sobre aparte, del resguardo acreditativo de la garantía provisional, entre otros documentos, y los artículos 83, para las subastas, y 89, para los concursos, determinan que la Mesa "calificará previamente" los documentos presentados en tiempo y forma y "procederá", en acto público a la apertura de las ofertas admitidas o proposiciones presentadas. De lo que se deduce que no se abrirán las ofertas de quien no acompañe los documentos acreditativos de cumplir los requisitos previos de admisión en tiempo y forma, no siendo admitido a licitar, y quien no licita no ha de garantizar nada.

**TERCERA.-** La omisión de regulación de la devolución de garantías en casos de exclusión previa de algún licitador podría tener su explicación en el hecho de que la Ley no ha señalado plazo alguno entre la calificación previa de los documentos y el acto público de apertura de ofertas, pudiéndose efectuar en un único acto. Pero lo cierto es que en la práctica éstos dos momentos se distancian en el tiempo, unas veces debido a la concesión del plazo de 3 días para subsanación de defectos materiales en la documentación presentada (art. 101 del Reglamento), otras por utilización de la facultad de petición de informes técnicos que le concede a la Mesa el artículo 82.2, y otras por la mera dinámica burocrática de las Administraciones, llegando a ser el intervalo de las actuaciones de la Mesa

lo suficientemente amplio para resultar gravoso a quién, habiendo sido excluido, se le obligue a mantener la fianza prestada.

Un último matiz precisaríamos en el parecer expuesto, y es el referente a que para que se pueda devolver la garantía provisional a los excluidos en una licitación deberá mediar petición del interesado y aceptación expresa de la exclusión.

### **CONCLUSIÓN:**

Cuando en un procedimiento de contratación algún participante sea excluido de la licitación en un momento anterior a la propuesta de adjudicación del contrato, en los casos de subasta, o a la adjudicación, en el caso de concurso, éste podrá solicitar la devolución de la garantía provisional, que podrá serle devuelta siempre que acepte expresamente la exclusión .

- (1) *Los Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y normas de desarrollo". Ediciones Estudios Financieros. 3ª Edición. 1997.*
- (2) *"Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de Desarrollo Parcial". Editorial Civitas, S.A. 1996.*
- (3) *"Contratos de las Administraciones Públicas". Publicaciones Abella. 1997.*