

Informe 2/93, de 15 de abril de 1993. "Modificación al alza del contenido de las propuestas económicas. Retención de la fianza provisional."

Clasificación de los informes: 10.1. Garantías provisionales. 18. Otras cuestiones de carácter general.

ANTECEDENTES

1. Procedente de la Dirección General de Servicios del Ministerio de Justicia, tiene entrada en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito por el que se remite fotocopia del informe del Servicio Jurídico del Estado en el Departamento en relación con los escritos presentados por las empresas "Custodia, S.A.", "Lafer, S.A." y "Asepro, S.A.", licitantes en el concurso público abierto para la ejecución de los servicios de vigilancia y seguridad en diversos órganos judiciales de Madrid y servicios centrales, en los que solicitan modificar al alza el contenido de las propuestas económicas o su exclusión en el concurso, al objeto de que se determine por esta Junta las actuaciones a seguir:

2. El informe del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Justicia, fechado el 23 de diciembre de 1992, es del siguiente tenor literal:

"Se ha solicitado de este Servicio Jurídico informe en relación con el escrito presentado por la empresa CUSTODIA, S.A., licitante en el Concurso Público para la ejecución de los servicios de vigilancia y seguridad en las instalaciones de diversos órganos judiciales de Madrid (lote 2), en el que pretende rectificar la proposición económica leída en el acto público de apertura de proposiciones.

Vistos los antecedentes del caso y la normativa aplicable, me cumple informar cuanto sigue:

1º.- En primer lugar, y dado que el escrito presentado por la empresa CUSTODIA, S.A. el 3 de diciembre del presente año aparece firmado por D. Angel López Galán, persona distinta del firmante de la proposición, deberá comprobarse y, en su caso, acreditarse por el mismo la representación en que actúa.

2º.- El escrito de CUSTODIA, S.A., tiene por objeto modificar al alza el contenido de su propuesta económica o, caso de no ser esto admitido, solicitar su exclusión del concurso.

La propuesta económica, tal y como fue leída en el acto público de apertura, asciende a 182.738.400 pts. (incluido IVA). Sin embargo, ahora se afirma que por error no se sumó el Impuesto sobre el Valor Añadido, resultando una nueva cantidad de 210.149.160 pts.

Ante la situación creada conviene determinar cuál puede ser la más conveniente actuación de la Administración, dado que nos encontramos ante una licitación por Concurso Público.

3º.- El órgano de contratación no se encuentra vinculado, en el presente caso, única y exclusivamente por las proposiciones económicas de los licitadores, sino que ha de atender a todos los criterios establecidos en el pliego (y enumerados, con carácter no exhaustivo por el artículo 36 de la Ley de Contratos del Estado).

Obviamente del escrito presentado por la mercantil CUSTODIA, S.A., se deduce que dicha empresa mal va a cumplir el contrato por el precio de la proposición legalmente presentada si se le llega a adjudicar.

Así pues, incluso para el caso de que no estimásemos posible renunciar o retirar su oferta, y dado que el sistema de adjudicación es el de Concurso Público, el órgano de contratación, velando por el interés público, debe tener en consideración la probable situación de incumplimiento que se daría de adjudicar el contrato a CUSTODIA, S.A.

Ahora bien, no puede afirmarse que la renuncia esté prohibida por el ordenamiento jurídico vigente, si bien ello habrá de dar lugar a la correspondiente indemnización.

Para el supuesto de que se haya perfeccionado, mediante la adjudicación definitiva, y no pudiese formalizarse el contrato por causas imputables al contratista, prevé el art. 39 de la Ley la resolución del mismo con incautación de la fianza provisional.

En el presente caso, el contrato no se ha perfeccionado aún, ni resulta conveniente que llegue a perfeccionarse nunca entre la Administración y CUSTODIA, S.A. La consecuencia de una renuncia previa a la perfección del contrato, sin embargo, ha de dar lugar también a la responsabilidad del licitador con base en la figura de la "culpa in contrahendo", de origen civil.

4º.- En este sentido, se observa como el procedimiento de la contratación administrativa se desarrolla a lo largo de "diferenciados períodos elaborativos, cuales son: la proposición, la oferta, la licitación en su caso, las adjudicaciones provisionales y definitivas, el perfeccionamiento contractual y la natural exigencia de lo convenido" (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1968).

Así, surgen derechos y obligaciones nuevos en cada fase del proceso pero que no suponen una "automática vinculación insuperable, mientras no se alcance el fin propuesto, que es el perfeccionamiento del contrato perseguido" (misma Sentencia, a la que corresponderán también los entrecomillados siguientes).

Añade el Alto Tribunal que al regularse "la presentación de proposiciones de parte de los administrados, trata de garantizar la eficacia de esta presentación a sus efectos, pero no prohíbe ni puede prohibir el derecho general de renuncia a las mismas que comprende el principio general de derecho establecido en el párrafo segundo del artículo 4 del Código Civil" (actualmente, artículo 6.2 de dicho texto legal).

La postura del Tribunal Supremo es lógica y puede resultar de aplicación al presente caso. Conviene, sin embargo tener en cuenta que en el supuesto a que la Sentencia se refiere se trataba de renuncia previa a la apertura de pliegos. No obstante, esto no debe suponer una solución radicalmente distinta para el caso ahora informado, sobre todo si partimos de que el contrato no se ha perfeccionado.

5º.- La sentencia de instancia, cuyos Considerandos acepta la del Tribunal Supremo, insistía en que "en los contratos administrativos, por exigencia misma del procedimiento para la contratación, deviene regla lo que en otros contratos es supuesto infrecuente: la separación de los momentos de oferta y aceptación". Añade a continuación: "Conocida es la solución que la dogmática común atribuye en el orden civil a tal discordancia: el oferente no queda -por su simple oferta- obligado al contenido de la misma, pero puede la oferta alcanzar determinados efectos jurídicos, particularmente en caso de prematuro desistimiento, con la obligada consecuencia de indemnizar daños y perjuicios, en virtud de la llamada "culpa in contrahendo".

Con el fin de aclarar mejor la situación añade que "tanto la Administración como los licitadores, pueden desistir antes de la perfección del contrato... Las consecuencias de su cambio de actitud, por tanto, no pueden suponer para el postor más responsabilidades que las derivadas de "culpa in contrahendo", como es norma en el régimen contractual, y no las derivadas del incumplimiento de lo ya en firme convenido".

De lo expuesto debe concluirse la necesidad de dar validez a la declaración de voluntad manifestada por el licitador que ha de llevar consigo ineludiblemente la existencia de responsabilidad con base en la tan citada "culpa in contrahendo" al defraudar legítimas expectativas de la Administración contratante.

En consecuencia, procede declarar su responsabilidad fijando una cuantía indemnizatoria con base en el importe de la fianza provisional (moderada, si el órgano de contratación lo estima conveniente, a tenor de las circunstancias concurrentes), dando traslado a la empresa CUSTODIA, S.A.

6º.- Con posterioridad a la petición de informe se remitió a este Servicio Jurídico un escrito presentado por la empresa de seguridad Lafer, S.A. en el que se pretendía también la retirada de su oferta.

En este supuesto habrá de acreditarse la representación mediante escritura de poder, siéndole de aplicación las consideraciones efectuada respecto de la mercantil CUSTODIA, S.A.

7º.- Conviene poner en conocimiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa los hechos producidos y a los efectos oportunos.

Es cuanto cumplesme informar. No obstante, por quién proceda se acordará."

Al anterior informe del Servicio Jurídico del Estado se acompaña la siguiente documentación:

a) Oferta económica fechada el 3 de noviembre de 1992 de D. José Luis Serra Montero, en representación de "Custodia, S.A." por importe de 182.738.400 pesetas, incluido IVA, y escrito de

D. Angel López Galán, también en representación de "Custodia, S.A.", registrado de entrada el 3 de noviembre de 1992, en el que se afirma que en la oferta económica se incurrió en el error de no sumar el importe del IVA de 27.410.760 pesetas, por lo que solicita se incremente su anterior propuesta a 210.149.160 pesetas o, alternativamente, se excluya del concurso a la citada empresa.

b) Escrito de D^o María Salud Cañete Soler, Consejero Delegado de "Lafer, S.A.", fechado el 11 de diciembre de 1992, por el que autoriza a D. José Luis Hernández-Franch Martínez a retirar la oferta económica de 198.095.850 pesetas, debido a un error en la confección del presupuesto. Se observa, además una discordancia entre la cifra en letras (ciento noventa y ocho millones, novecientas cincuenta mil pesetas) y la misma cifra en número 198.095.850).

c) Escrito fechado el 22 de diciembre de 1992, firmado por D. Manuel Cadarse Amador, apoderado de "Asepro, S.A.", solicitando la exclusión del concurso por haber cometido un error al transcribir el importe de la oferta económica (en lugar de 72.634.224 pesetas debían figurar 82.634.224 pesetas).

3. Al objeto de poder emitir el informe solicitado, la Secretaría de la Junta Consultiva pidió a la Dirección General de Servicios aclaración sobre si para participar en el concurso se exigió la constitución de fianza provisional y su cuantía y sobre el estado procedimental actual del expediente de contratación, en concreto, sobre si se ha producido o no adjudicación definitiva, extremo que no se considera aclarado en el informe del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Justicia. De otro lado, se solicitaba a la indicada Dirección General de Servicio, la conveniencia de conocer el contenido de las ofertas de las otras dos empresas implicadas -"Lafer, S.A." y "Asepro, S.A." y, además la existencia de otros licitadores posibles adjudicatarios.

4. En contestación al anterior escrito de solicitud, el Director General de Servicios del Ministerio de Justicia remite nueva documentación, registrada de entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en 26 de febrero y 29 de marzo de 1993, de la que resultan los siguientes datos que interesa destacar a efectos del presente informe:

a) En la licitación del lote número 2 del concurso para la contratación de los servicios de vigilancia y seguridad en diversos órganos judiciales en Madrid, concurren, entre otras empresas, "Custodia, S.A." y "Lafer, S.A." constituyendo fianza provisional mediante aval de "Crédito y Caucción, S.A.", por importe, cada una, de 4.273.360 pesetas, ascendiendo sus ofertas económicas, las más bajas de las presentadas, a 182.738.400 pesetas y a 198.095.850 pesetas, respectivamente. El lote fue adjudicado a "Segur Ibérica, S.A." por importe de 211.423.412 pesetas.

b) En la licitación del concurso para el servicio de vigilancia de las dependencias centrales del Ministerio de Justicia, concurre, también entre otras empresas, "Asepro, S.A." que presta fianza provisional mediante aval de "Crédito y Caucción, S.A." por importe de 1.800.000 pesetas, ascendiendo su oferta económica, la más baja de las presentadas, a 72.634.224 pesetas. El contrato fue adjudicado a "Custodia, S.A.", también concurrente en esta licitación por importe de 83.976.105 pesetas.

CONSIDERACIONES

1. Aunque inicialmente el escrito de consulta de la Dirección General de Servicios del Ministerio de Justicia se refería al informe de las actuaciones a seguir en relación con los escritos presentados por "Custodia, S.A.", "Lafer, S.A." y "Asepro, S.A." en los que solicitaban modificar al alza el contenido de las propuestas económicas o su exclusión del concurso para la ejecución de los servicios de vigilancia y seguridad en diversos órganos judiciales y servicios centrales, con lo que parecía hacer referencia a la adjudicación de los respectivos contratos, tema que se aborda en el

informe del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio, en el que, precisamente, se basa la solicitud de informe, posteriormente ha quedado aclarado que la adjudicación de los contratos es un tema definitivamente resuelto y que la cuestión a examinar se centra en determinar las actuaciones a seguir en relación con las empresas afectadas por su pretensión de modificar al alza las ofertas económicas o su exclusión del concurso, con anterioridad a la adjudicación, sin que ésta haya tenido lugar a su favor, pues aunque la empresa "Custodia, S.A." resulta adjudicataria de un concurso, lo es en otro distinto de aquel en que pretende modificar su oferta o su exclusión del concurso.

2. La primera tarea que se impone, por tanto, es la de analizar las ofertas económicas de las tres empresas afectadas y el significado de sus escritos posteriores pretendiendo su modificación al alza o su exclusión del concurso.

Por lo que respecta a "Custodia, S.A.", su oferta económica en el concurso para la adjudicación del servicio de vigilancia y seguridad en diversos órganos judiciales, lote 2 de Madrid, se cifra en 182.738.400 pesetas, cifra que se expresa en letra y en número añadiendo en ambos supuestos la expresión "incluido IVA". En el escrito fechado el 3 de diciembre de 1992, fecha de la apertura de proposiciones, el representante legal de "Custodia, S.A." manifiesta que en la oferta económica, por un lamentable error mecanográfico se omitió sumar el Impuesto sobre el Valor Añadido por importe de 27.410.760 pesetas, por lo que su oferta ascendería a 210.149.160 pesetas y, en consecuencia, pide se subsane el error padecido o se excluya a la empresa del concurso.

Frente a la simple alegación del error cometido, desde luego no justificado, concurren una serie de circunstancias que permiten sentar la conclusión contraria, es decir, la inexistencia de error, dado que éste, sin consignar protesta alguna en el acto de apertura de proposiciones, se denuncia con posterioridad, cuando, de existir tal error, pudo y debió apreciarse con anterioridad, por la documentación existente en poder de la empresa y porque, en contra de lo afirmado por "Custodia, S.A.", la comparación con el precio de los demás oferentes no conduce a conclusión distinta, dado que la baja que representa su oferta en relación con las demás puede quedar justificada por múltiples circunstancias, independientes de la existencia de errores matemáticos y mecanográficos.

En resumen puede afirmarse que la oferta económica de "Custodia, S.A.", por importe de 182.738.400 pesetas, no puede entenderse modificada en base a un error alegado, no justificado, contrario a las declaraciones terminantes de la propia oferta, de los preceptos reglamentarios reguladores del Impuesto sobre el Valor Añadido en la contratación administrativa (artículo 25 del Reglamento aprobado por Real Decreto 2028/1985, de 30 de octubre y el mismo artículo del Reglamento aprobado por Real Decreto 1624/ 1992, de 29 de diciembre) y de las circunstancias concurrentes que apuntan a la inexistencia de error.

La empresa "Lafer, S.A.", en el mismo concurso, presenta oferta económica ascendente a 198.095.850 pesetas y por escrito fechado en 11 de diciembre de 1992 pretende retirar dicha oferta debido - dice - a un error en la confección de dicho presupuesto y, curiosamente, en este último escrito se aprecia una discordancia entre la cifra expresada en letras (ciento noventa y ocho millones novecientas cincuenta mil pesetas) y la expresada en número (198.095.850).

Con mayor claridad, si cabe, también en este supuesto debe descartarse la existencia de error que únicamente se alega y no se intenta siquiera justificar, debiendo significarse, a mayor abundamiento, que la alegación del error se produce en escrito fechado el 11 de diciembre de 1993, cuando había transcurrido en exceso la fecha señalada para la apertura de proposiciones y para el conocimiento de todas las ofertas económicas para todas las empresas concurrentes a la licitación, sin que en el acta correspondiente figure alegación alguna en este sentido.

Por último, en el concurso para la adjudicación del servicio de vigilancia y seguridad de las dependencias centrales del Ministerio de Justicia, la oferta económica de "Asepro, S.A." asciende a 72.634.224 pesetas, IVA incluido, y por escrito fechado el 22 de diciembre de 1992, el día señalado para la apertura de proposiciones, se manifiesta haber cometido un error a la hora de transcribir el importe de la oferta económica (72.634.224 en lugar de 82.634.224) por lo que solicita la exclusión del citado concurso.

Nuevamente hay que reiterar que en este caso, como en los anteriores existe simplemente la alegación de un error, que tampoco se intenta justificar y que dicha alegación se produce con posterioridad a la apertura de proposiciones, sin que en el acta figure reserva o protesta alguna en el sentido indicado.

3. El examen realizado en el apartado anterior ha permitido sentar la conclusión de que en las ofertas económicas de "Custodia, S.A.", "Lafer, S.A." y "Asepro, S.A." no existen o, al menos, no se han justificado, los errores alegados y, teniendo en cuenta que, pese a ser las respectivas ofertas las más bajas desde un punto de vista económico, la adjudicación no se ha realizado en favor de ninguna de estas propuestas, hay que entender que el órgano de contratación, siguiendo los criterios del informe del Servicio Jurídico del Departamento, ha considerado retiradas estas ofertas, en congruencia, además, con lo expresamente solicitado por las tres empresas, por lo que procede analizar la posibilidad de retirar las ofertas presentadas y las consecuencias jurídicas que tal retirada debe producir.

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. Como en el presente caso no ha transcurrido el plazo de tres meses entre la fecha de la apertura de proposiciones (3 y 22 de diciembre de 1992) y la fecha de la adjudicación (29 de enero de 1993), resulta evidente que se ha producido una retirada, en contradicción con los artículos 100 y 116 del Reglamento General de Contratación del Estado, de las proposiciones económicas de "Custodia, S.A.", "Lafer, S.A." y "Asepro, S.A.", las dos primeras en el concurso para la contratación de los servicios de vigilancia y seguridad en diversos órganos judiciales -lote número 2 de Madrid- y la última en el concurso para la contratación del servicio de vigilancia de las dependencias centrales del Ministerio de Justicia.

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.

CONCLUSION

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que procede decretar la pérdida de las fianzas provisionales constituidas por "Custodia, S.A.", "Lafer, S.A." y "Asepro, S.A.", las dos primeras por importe de 4.273.360 pesetas cada una y la última por importe de 1.800.000 pesetas, constituidas para concurrir a la licitación de los concursos convocados para la ejecución de los servicios de vigilancia y seguridad en diversos órganos judiciales de Madrid y servicios centrales del Ministerio, basándose dicho acuerdo, conforme a lo razonado, en la retirada injustificada de las ofertas económicas de las referidas empresas.