

Informe 42/10, de 28 de octubre de 2011. “Dudas sobre la modificación de la garantía exigida y constituida. Necesidad de ampliarla hasta cubrir el precio total y las consecuencias que acarrearía la no ampliación de la garantía definitiva”.

Clasificación de los informes. 10.2 Régimen de las garantías. Garantías definitivas.

ANTECEDENTES

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Coria (Cáceres) se formula consulta en los términos que a continuación se transcriben:

“En este Ayuntamiento se ha tramitado expediente de contratación de la gestión del servicio público de “Limpieza viaria, recogida y traslado de residuos urbanos, campañas de desratización, desinfección y desinsectación en el término municipal de Coria”, por un periodo de 12 años.

Por acuerdo plenario de fecha 27 de mayo de 2010 se acordó la adjudicación provisional a la empresa BEJARANA DE SERVICIOS Y CONTRATAS, S. L., por el precio de 511.910,48 euros y 35.833,73 euros de I.V.A.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige esta contratación fija el importe de la garantía provisional de 18.000 euros, indicando, respecto de la garantía definitiva, que “el que resulte adjudicatario provisional del contrato deberá constituir una garantía del 5% del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, en cualquiera de las forma indicadas anteriormente para la garantía provisional”.

Habiéndose constituido la garantía definitiva por importe de 25.595,52 euros en la Tesorería Municipal, se acordó en sesión plenaria de fecha 15 de julio de 2010 la adjudicación definitiva del contrato a la indicada empresa, por el precio anual indicado.

Seguidamente, se ha observado en la Secretaría General del Ayuntamiento que el importe de la fianza construida en la Tesorería Municipal se corresponde con una anualidad, entendiéndose que la fianza debería corresponderse con la duración total del contrato, es decir, 12 años, debiendo multiplicarse, en consecuencia, el importe constituido por los indicados 12 años.

Como quiera que la empresa adjudicataria manifiesta su oposición a incrementar el importe de la fianza constituida, se eleva consulta a fin de que ese órgano se pronuncie sobre:

1º.- La corrección de la fianza constituida.

2º.- La necesidad de ampliarla hasta cubrir el precio total del contrato, con lo cual la fianza a constituir ascendería a la cantidad de 307.146,24 euros

3º.- Las consecuencias que acarrearía la no ampliación de la garantía definitiva ahora constituida y, en su caso, la necesidad de resolver el contrato, planteándose, igualmente, si en este caso sería necesario elevar nuevamente la cuestión a ese órgano”.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. El Ayuntamiento de Coria plantea tres cuestiones íntimamente relacionadas entre sí relativas a la fianza definitiva constituida por el adjudicatario en un contrato de gestión del servicio público de “Limpieza viaria, recogida y traslado de residuos urbanos, campañas de desratización, desinfección y desinsectación en el término municipal de Coria”, habiéndose ya acordado por el Ayuntamiento de adjudicación definitiva del contrato una vez aceptada la fianza constituida.

Antes de nada, cabe recordar que se trata de un contrato licitado conforme a un pliego aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Coria con fecha 25 de marzo de 2010 y por tanto sometido al régimen jurídico previsto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en los diferentes aspectos objeto de las cuestiones consultadas.

2. La primera de estas cuestiones, punto de partida de las restantes, es la corrección de la fianza constituida por importe de 25.595,52 euros, calculada sobre la base de la aplicación del 5 % sobre el precio anual de 511.910,48 euros y 35.833,73 euros de I.V.A., previsto en la adjudicación provisional del contrato, para un contrato previsto para un período de 12 años.

Para determinar la corrección de esta fianza debe tomarse como referencia en primer lugar lo dispuesto en el pliego, cuya cláusula séptima, en su párrafo cuarto establece que “el que resulte adjudicatario provisional del contrato

deberá constituir una garantía del 5 % del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido”. El análisis reside por tanto en determinar si, teniendo en cuenta que se trata de un contrato con un período de vigencia de 12 años, a la vista de lo dispuesto en el pliego, para el cálculo del importe de adjudicación debe tenerse en cuenta el importe anual, conforme al cual se ha licitado y adjudicado el contrato, o el importe completo correspondiente al conjunto de 12 años de vigencia prevista para el contrato.

A este respecto, cabe señalar que lo dispuesto en el pliego reproduce lo dispuesto como regla general en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 83 de la Ley 30/2007, que remite al importe de adjudicación. Sobre la interpretación del alcance del mismo en relación con las reglas para determinar el valor estimado de los contratos del artículo 76, esta Junta Consultiva ha señalado en su informe 43/2008, de 28 de julio de 2008, lo siguiente, en ese caso a propósito de computar en el importe el período de prórroga de los contratos:

“Debe tenerse en cuenta que el artículo 76 de la Ley de Contratos del Sector Público tiene su origen directo en el artículo 9 de la Directiva 2004/18/CE que tiene por objeto establecer método para calcular el valor estimado de los contratos públicos, de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición, a efectos de determinar los que se encuentran por encima de los umbrales que determinan la aplicación de sus normas. ... Por consiguiente, los preceptos del artículo 76 han de ser entendidos siempre en relación con esta funcionalidad y no extenderlos más allá de lo que resulte razonable en función de esta circunstancia.

Por el contrario, cuando el artículo 83 de la Ley se refiere al importe de adjudicación del contrato debemos entender que se trata, como se desprende de una interpretación literal del mismo, del precio final ofertado por el adjudicatario del contrato, es decir el que, en la licitación, ha servido de base, por sí solo o en conjunción con otros elementos de la oferta, para acordar la adjudicación. Pues bien este precio, en los contratos de tracto sucesivo, en los que la prestación se realiza reiterativamente por periodos de tiempo va referido precisamente al tiempo de duración inicialmente previsto para el contrato, sin incluir las prórrogas.”

En su virtud, siguiendo el criterio de esta Junta Consultiva en el informe mencionado, de conformidad con lo previsto en el pliego, la garantía definitiva debería haberse calculado aplicando el 5 % sobre el precio total durante los doce años de vigencia del contrato, por lo que no es correcta la fianza constituida y aceptada por el Ayuntamiento.

3. Concluida la incorrección de la fianza constituida, cabe entrar en las otras dos cuestiones planteadas: la necesidad de ampliar la fianza y las consecuencias que acarrearía la no ampliación de la misma.

Sobre esta cuestión, cabe recordar un dato de capital importancia de conformidad con la información suministrada por ese Ayuntamiento, como es que ha dado por buena la garantía constituida, ya que requerido el adjudicatario provisional a su constitución, se ha dado por buena la documentación presentada y se ha procedido a elevar a definitiva la adjudicación provisional y en consecuencia a adjudicar definitivamente el contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.4 de la Ley 30/2007 vigente al momento en que se produce.

Existe, en definitiva, un acto declarativo de derechos para el adjudicatario, estimando correcta la garantía aportada. En su virtud, no podrá exigirse la ampliación de la garantía en tanto no se revisa el acto citado, para lo cual deberán seguirse los cauces previstos en el artículo 34 de la Ley 30/2007, que se remite a lo dispuesto en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

No cabe, en consecuencia, el planteamiento de la situación derivada de la no ampliación de la garantía definitiva, porque, en tanto no se concluye el procedimiento de revisión correspondiente que finalice con la declaración de incorrección de la garantía fijada, se estima que el adjudicatario no está obligado a esta ampliación.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Respecto a la corrección de la fianza constituida, de conformidad con lo previsto en el pliego, la garantía definitiva debería haberse calculado aplicando el 5 % sobre el precio total durante los doce años de vigencia del contrato, por lo que no es correcta la fianza constituida y aceptada por el Ayuntamiento.
2. Dado que el Ayuntamiento ha dado por buena la garantía constituida y ha adjudicado definitivamente el contrato, no podrá exigirse la ampliación de la garantía en tanto no se revisa el acto citado, para lo cual deberán seguirse los cauces previstos en el artículo 34 de la Ley 30/2007.