

Sc. Comisión Consultiva
GK/.

Informe 2/2012, de 24 de febrero, sobre incautación del importe de la garantía provisional en los supuestos de no formalización del contrato por causa imputable al adjudicatario.

I.- ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Empleo dirige escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en petición de informe con el siguiente texto:

“En fecha 31 de diciembre de 2011 finalizó la vigencia de la última prórroga del contrato administrativo relativo al “SERVICIO DE LIMPIEZA DEL CENTRO DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES PERTENECIENTE A LA DELEGACIÓN PROVINCIAL DE EMPLEO DE SEVILLA”, situado en la calle Carabela La Niña nº 2 de la ciudad de Sevilla –Ref. Expediente 01-2009– con la empresa LIMPIEZAS ECOLOGICAS DEL MEDITERRANEO, S.A., ECOMED, para llevar a cabo las tareas de limpieza del Centro de Prevención de Riesgos Laborales.

Constando la vigencia de la necesidad de la contratación del Servicio, por parte de este Organismo de Contratación, en fecha 02 de noviembre del año 2011 se elevó, por parte de la Secretaria General de la Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, memoria justificativa ante esta Delegación Provincial por la que expresaba la necesidad de llevar a cabo la contratación de los servicios para la limpieza de las Dependencias del Centro de Prevención de Riesgos Laborales de Sevilla.

Esta Delegación Provincial, en vista de dicha memoria, acordó la iniciación del expediente de preparación de dicho contrato, de conformidad con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por lo que aprobó la Resolución de Inicio del Expediente de referencia para su adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad (arts. 154 c) LCSP), que se firmó el día 02 de noviembre, declarándose la Tramitación Anticipada del Gasto de acuerdo con los arts. 8 al 10 del Decreto 44/1993, de 20 de abril.

El día 7 de noviembre se solicitó informe por esta Delegación Provincial a la Asesoría Jurídica de la Consejería de Empleo, de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas (arts. 76.2 y 78.3 Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía), siendo informados (informe nº EMP100188/11) en correspondencia con el art. 99.6 LCSP por el Letrado Jefe de la Junta de Andalucía, Jefe de la Asesoría Jurídica, el 14 de noviembre.



El día 23 de noviembre se dicta Resolución, de acuerdo con el art. 94 de la LCSP, por la que se aprueba el expediente de contratación, la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato y, de acuerdo con los arts. 99 y 100 de la LCSP, la aprobación de los Pliegos.

En fecha 24 de noviembre se cursan invitaciones a presentar ofertas a la licitación en curso a tres empresas del sector, solo presentando oferta en plazo una de ellas: LIMPIEZAS MARSOL. Una vez concluido el Procedimiento de Licitación, resulta adjudicataria del contrato LIMPIEZAS MARSOL por Resolución de la Ilma. Sra. Delegada Provincial de Empleo de Sevilla de 21 de diciembre de 2011, con posterior corrección de errores de 10 de enero de 2012. Así mismo, se ordena la notificación a las empresas interesadas y la publicación del acto conforme a la legislación vigente, así como la formalización del contrato en la cuantía, forma y plazos que establece el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Con fecha 30 de diciembre de 2011 la adjudicataria traslada la dificultad para formalizar el contrato con fecha 1 de enero de 2012 debido a la tardanza de la empresa saliente en entregar la documentación necesaria para proceder a la subrogación del personal. Ante la eventualidad de que el servicio de limpieza del CPRL quedará interrumpido por causa de la gestión del citado traspaso, y dada la urgencia con la que hemos venido actuando y la imperiosa necesidad de contar con este servicio básico, se consideró oportuno contratar el servicio con la empresa ECOMED, por el plazo imprescindible, del 1 de enero hasta el 8 de enero de 2012, para resolver las dificultades expresadas.

El 13 de enero de 2012 se remite a la Adjudicataria burofax por el que se la convoca a la formalización del contrato el día 17 de enero de 2012, de conformidad con los arts. 135.4 y 140.3 de la Ley 30/2007 LCSP. En este acto la adjudicataria manifiesta su no disposición a la formalización del contrato aduciendo causas relativas a problemática con la Empresa saliente (ECOMED) en cuanto a la subrogación de los trabajadores adscritos al Servicio, lo cual se materializa en escrito presentado en el Registro de esta Delegación el 13 de enero de 2012.

Lo no formalización del contrato ha provocado un grave perjuicio al CPRL ya que en plantilla solo disponemos de un puesto de limpiadora que acaba de cubrirse, efectivo del todo insuficiente para abordar el servicio en solitario, y con la dificultad añadida de no poder ofrece el mismo a otra empresa, al haber concurrido un único licitador.

Puesto que de acuerdo con el art. 27 de la ley 30/2007 LCSP el contrato no se ha perfeccionado y como consecuencia no procede dictar Resolución del mismo, y ante el vacío legal que la propia LCSP presenta en cuanto a las indemnizaciones por daños y perjuicios a la Administración en este supuesto, se requiere pronunciamiento sobre la procedencia de la incautación de la garantía definitiva a la empresa adjudicataria sin haberse exigido la constitución de garantía provisional para la licitación, según art. 140.4 de la LCSP, así como de la exigencia de



responsabilidades de todo tipo que pudieran haber incurrido la empresa saliente y/o la adjudicataria y la aplicación de las penalidades que correspondan.”

II.- INFORME

La cuestión que se plantea es la de dilucidar, en el caso de no formalización del contrato por parte del adjudicatario, los efectos que se producen en relación con la garantía definitiva depositada y la posibilidad de exigencia de daños y perjuicios.

El artículo 140.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto (actualmente artículo 156.4 del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, TRLCSP), disposición aplicable al asunto que se plantea por la fecha en que se tramita el expediente, dispone que *“Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido.”*

Del análisis de la citada disposición se deducen dos premisas:

1.- Que el legislador, en el caso de no formalización del contrato por el adjudicatario, no ha previsto la incautación de la garantía definitiva, situación que además no se encuentra entre los supuestos previstos en el artículo 100 del TRLCSP, y es que tal garantía definitiva responde de aquellos conceptos que están ligados con la ejecución del contrato, y en el supuesto que se plantea aún no nos encontramos en presencia de un contrato, puesto que para la perfección del mismo se necesita su formalización según dispone el artículo 27 del TRLCSP.

2.- Que la norma, ante una causa imputable al adjudicatario, que podría asimilarse a la retirada injustificada de su proposición, ha previsto un mecanismo a través del cual se podrá incautar el importe equivalente a la garantía provisional haciéndola efectiva sobre la garantía definitiva depositada, lo que de suyo conlleva que la diferencia restante deberá ser devuelta al adjudicatario. Pero para que tal incautación sea posible la norma en su inciso final pone una condición, que la garantía provisional, dice textualmente *“en su caso hubiese exigido”*. De manera que si tal previsión no constó en el pliego no habrá posibilidad de tal incautación. Piénsese por otra parte que en la misma situación nos encontraríamos en el caso de retirada injustificada de la proposición antes de la adjudicación prevista en el artículo 103.4 del TRLCSP, pero si el pliego no ha previsto la exigencia de garantía provisional la incautación no será posible.

En definitiva y en relación con la consulta sobre este extremo hay que concluir que no es posible incautar el equivalente de una garantía provisional y que, además, al no haberse perfeccionado el contrato y por tanto iniciada su ejecución, no podrán producirse los supuestos previstos de responsabilidad a la que estaría afectada la garantía definitiva, por lo que esta deberá ser devuelta.



En cuanto a otro tipo de responsabilidades, penalidades o daños y perjuicios hay que indicar que, salvo que los mismos hayan sido previstos en el pliego, la legislación sobre contratos no los prevé para la fase de adjudicación del contrato o de su formalización, salvo lo dicho sobre la garantía provisional. Dichas exigencias se regulan para cada caso en concreto en el Libro IV del TRLCSP para la fase de ejecución.

III.- CONCLUSIÓN

La incautación de la garantía provisional prevista en el artículo 156.4 del TRLCSP para el supuesto de falta de formalización del contrato por causa imputable al adjudicatario, sólo será posible si previamente en el pliego se ha exigido la constitución de dicha garantía, o si en el mismo se ha previsto que, en caso de no haberse constituido la garantía provisional, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva de dicho importe y en el porcentaje sobre el presupuesto del contrato que se indique, que no podrá ser superior al 3 por 100 del presupuesto del contrato.

Es todo cuanto se ha de informar.

