



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA HACIENDA
Y COMERCIO
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

INFORME 5/2002 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE POSIBILIDAD DE SUBSANACIÓN DE GARANTÍA PROVISIONAL CONSTITUIDA POR IMPORTE INSUFICIENTE.

El Director General de Recursos Económicos del Servicio Canario de Salud, mediante escrito de 3 de septiembre de 2002, plantea consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre si la insuficiencia del importe de una garantía provisional constituida es defecto subsanable o, por el contrario, es causa de exclusión del procedimiento.

A fin de dar respuesta a la consulta planteada, resulta necesario hacer referencia a la normativa reguladora de las garantías provisionales, recogida en los artículos 35 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) y en los artículos 61 y siguientes del Reglamento General de dicha ley (RG).

El apartado 1 del artículo 35 TRLCAP dispone el carácter necesario de la acreditación de la constitución de garantía provisional para acudir a los procedimientos abiertos o restringidos de cuantía igual o superior a la fijada en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2, según el tipo de contrato de que se trate. El mismo precepto establece el importe de la garantía provisional en cuantía equivalente al 2 por 100 del presupuesto del contrato, entendiéndose por tal el establecido por la Administración como base de la licitación. La garantía provisional está destinada a responder del mantenimiento de las proposiciones presentadas por los licitadores hasta la adjudicación y de la proposición del adjudicatario hasta la formalización del contrato, no produciéndose su devolución o cancelación hasta que se hayan producido tales circunstancias (artículos 43.1 y 44 TRLCAP).

Por otra parte, el artículo 79.2.c) TRLCAP preceptúa que las proposiciones de los interesados en el procedimiento de adjudicación deberán ir acompañadas, entre otros documentos de *“el resguardo acreditativo de la garantía provisional, cuando la misma sea exigible conforme a los preceptos de esta ley”*. Complementando esta norma, el artículo 81.1 RG dispone que *“A los efectos de la calificación de la documentación presentada ..., el Presidente ordenará la apertura de los sobres que contengan la documentación a que se*



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA HACIENDA
Y COMERCIO
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

refiere el artículo 79.2 de la Ley”, mientras que el apartado 2 de dicho artículo 81 RG establece que “Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los interesados ... concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ...”. Por otra parte, el artículo 82 RG establece que “La mesa, una vez calificada la documentación ... y subsanados, en su caso, los defectos u omisiones de la documentación presentada, procederá a determinar las empresas que se ajustan a los criterios de selección ... con pronunciamiento expreso sobre los admitidos a la licitación, los rechazados y sobre las causas de su rechazo.”

Analizando en su conjunto los preceptos reproducidos, obtenemos una primera conclusión clara, cual es la de que, siendo requisito para licitar haber constituido la garantía provisional que, en su caso, sea exigible, la ausencia de tal constitución motivará la exclusión del procedimiento del licitador que se encuentre en tal circunstancia.

No obstante, tal trascendente consecuencia ha de ser necesariamente matizada haciendo hincapié en que la causa de exclusión operará tan solo si el requisito exigido no ha sido cumplido, pero no así cuando, cumpliéndose el requisito, la deficiencia radica en los medios aportados para su constatación. De producirse este segundo supuesto, el posible efecto de la exclusión ha de quedar relegado y supeditado a que se produzca o no la subsanación de la deficiencia habida en los medios de acreditación aportados.

Llegados a este punto, la solución a la cuestión planteada ha de girar en torno al alcance o extensión que haya de darse a la expresión “defectos u omisiones subsanables” utilizada por el artículo 81.2 RG antes citado.

En este sentido, se observa una importante diferencia de matiz en la normativa vigente al respecto, si la comparamos con las normas equivalentes del anterior Reglamento General de Contratación del Estado (RCE), aprobado por Decreto 3.410/1975, en lo que se refiere a la posibilidad de subsanación:

En efecto, el segundo párrafo del artículo 101 RCE disponía que *“Si la Mesa observase defectos materiales en la documentación presentada, podrá conceder, si lo estima conveniente, un plazo no superior a tres días para que el licitador subsane el error.”* Por el



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA HACIENDA
Y COMERCIO
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

contrario, el vigente artículo 81.2 RG utiliza el término “defectos” de manera más amplia e indeterminada, sin restringirlo a los supuestos de defectos materiales y extendiéndolo, además, a posibles supuestos de omisión, y, por otra parte, suprime la discrecionalidad en la decisión de otorgar la posibilidad de subsanar, atribuyéndole el carácter de necesaria.

Si, por otra parte, ponemos esta norma en relación con el precepto contenido en el artículo 22 RG, relativo a la posibilidad de que la Mesa de contratación recabe de los licitadores aclaraciones sobre la documentación aportada para acreditar la solvencia y la capacidad para contratar, parece evidente que la normativa contenida en el nuevo Reglamento General pretende instaurar una mayor flexibilidad en lo que se refiere a las formalidades para acreditar la personalidad jurídica y capacidad de los licitadores en la fase de admisión a la licitación. De esta forma, el RG, abandonando el rigorismo formal del anterior RCE, establece un sistema más abierto y flexible para la constatación de los requisitos exigidos para la admisión a la licitación, en beneficio del principio de concurrencia, sin que, por otra parte, ello produzca detrimento alguno a los intereses legítimos del conjunto de los licitadores, ni a los principios de igualdad de oportunidades y de equidad que han de imperar en la adjudicación del contrato.

Similar línea evolutiva hacia la flexibilidad se ha producido en las normas relativas al carácter preceptivo o discrecional de la exigencia de constituir garantía provisional. La primitiva redacción del artículo 36 de la LCAP imponía la constitución de garantía provisional como requisito necesario para acudir a todos los procedimientos abiertos y restringidos, mientras que, con la modificación introducida en dicha norma por la Ley 53/1999, tal requisito sólo será exigible en los supuestos de contratos de cuantía igual o superior a los umbrales establecidos para la publicidad en el DOCE, dejando a la discrecionalidad del órgano de contratación exigir o no garantía provisional en los procedimientos de adjudicación de contratos de cuantía inferior.

Teniendo en cuenta lo que antecede y, en consecuencia, basándonos en el espíritu normativo que se desprende del conjunto de preceptos actualmente vigentes al respecto, esta Junta Consultiva estima que la decisión sobre la posibilidad de subsanar defectos



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA HACIENDA
Y COMERCIO
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

relacionados con la garantía provisional exigida para concurrir a una licitación, dependerá en cada caso de que se produzcan las dos circunstancias siguientes:

1) Que el defecto o la omisión no imposibiliten, por sí mismos, la consecución del fin que se persigue con la garantía, ni contravengan de forma sustancial los requisitos que ésta haya de tener. Siendo la finalidad de la garantía provisional responder del mantenimiento de las proposiciones presentadas, en las condiciones y con los requisitos establecidos en los artículos 35 y siguientes del TRLCAP y artículos 55 y siguientes del RG, la ausencia total de constitución de garantía, o la constitución en términos o condiciones que contravengan sustancial y directamente los preceptos citados, darían lugar a la exclusión del licitador que incurriera en tal circunstancia, ya que de tales defectos u omisiones derivarían de un incumplimiento manifiesto de la norma.

2) Que el defecto o la omisión sean subsanables antes del plazo establecido para resolver sobre la admisión o exclusión de los licitadores.

Con estos condicionantes, la respuesta a la consulta planteada respecto a la posibilidad de subsanación de una garantía provisional constituida por importe insuficiente, no puede ser contestada de forma genérica, pues será necesario que, en cada caso, la Mesa de contratación, requiriendo de la empresa interesada justificación al respecto, evalúe las circunstancias que hayan podido provocar el defecto de haber constituido una garantía provisional por importe inferior al exigido, de tal forma que, pudiendo acreditarse que efectivamente se ha producido error en el importe, tal insuficiencia no constituiría un incumplimiento manifiesto de la norma, sino un error que podrá ser subsanado aportando garantía constituida por importe suficiente dentro del plazo establecido para la subsanación.

CONCLUSIÓN

1º.- La ausencia total de constitución de garantía provisional, o su constitución en términos o condiciones que contravengan sustancial y directamente los preceptos relativos a la misma, darían lugar a la exclusión del licitador que incurriera en tal circunstancia.



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA HACIENDA
Y COMERCIO
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

2º.- La posibilidad de subsanación de una garantía provisional constituida por importe insuficiente, deberá ser considerada en cada caso por la Mesa de contratación, requiriendo de la empresa interesada justificación respecto a las circunstancias que hayan podido provocar tal defecto, de forma que, acreditándose que se ha producido error en el importe, tal insuficiencia no constituiría un incumplimiento manifiesto de la norma, sino un error que podrá ser subsanado aportando garantía constituida por importe suficiente dentro del plazo establecido para la subsanación.

Las Palmas de Gran Canaria, a 31 de octubre de 2002.