



Informe 1/2016, de 18 de febrero de 2016, sobre admisión de un aval como garantía de cumplimiento del plazo de ejecución de un contrato.

ANTECEDENTES

Por el Ayuntamiento de Redondela se dirigió a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

Cuestión sobre la que se solicita informe: “la posibilidad de exigir un aval para garantizar el cumplimiento del plazo de ejecución”

ANTECEDENTES DE HECHO:

El Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Redondela presenta escrito que dice literalmente: “ *El ayuntamiento va a incoar el expediente de contratación para la construcción de un pabellón polideportivo financiado con fondos europeos. La licitación será por procedimiento abierto y con varios criterios de adjudicación. Uno de los criterios a valorar será una memoria que deberán presentar los distintos licitadores sobre aspectos de la realización de la obra. Y, dentro de esa memoria, uno de los apartados determinantes de dicha valoración será la justificación por parte de las empresas del cumplimiento del plazo de ejecución de la obra, aspecto especialmente importante en este contrato, puesto que la justificación de la actuación dentro del plazo correspondiente al órgano administrativo competente es un requisito imprescindible para que el Ayuntamiento perciba el importe de la subvención. Una de las formas por las que libremente podría optar el licitador para justificar su compromiso en el cumplimiento del plazo es la presentación de un aval que podría alcanzar hasta el importe de la subvención y que el Ayuntamiento ejecutaría en caso de que por causa imputable a la empresa se incumpliera el plazo y conllevara a la pérdida de la subvención.*

Ante las dudas planteadas por los servicios jurídicos y económicos del Ayuntamiento sobre el origen de dicho aval, se estima su parecer”.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1.- Segundo el dispuesto en el artículo 2.1 del Decreto 237/2007, de 5 de diciembre, por lo que se crea la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa le corresponde a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquellas cuestiones que, en materia de contratación administrativa, sometan a su consideración las entidades enumeradas en su artículo 1 entre las que figuran las entidades locales de Galicia.

2.- El Ayuntamiento de Redondela manifiesta en el escrito de solicitud de informe, su pretensión de señalar, como uno de los criterios de adjudicación del contrato, una memoria donde deberá justificarse el cumplimiento del plazo de ejecución ofertado. Entendiendo que dicho cumplimiento es requisito imprescindible para que el ayuntamiento reciba una subvención comunitaria, se pretende que una de las formas “*por las que libremente podría optar el licitador para justificar su compromiso en el cumplimiento del plazo*” sea la presentación de un aval por el importe de la subvención que el Ayuntamiento ejecutaría si por causa imputable a la empresa se incumpliera el plazo con la consiguiente pérdida de la subvención.



3.- El primer tema que conviene abordar es sobre la idoneidad de añadir, entre los criterios de adjudicación, una memoria *“sobre aspectos de realización de la obra”*.

Indica el artículo 150 del Texto refundido Ley de contratos del sector público (en adelante TRLCSP), que para la *“valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más favorable, deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato”*, es decir, que deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con la realización del contrato que, en el caso que nos ocupa, es la ejecución de una obra. Atendiendo a la definición que encontramos en el Informe de la Xunta consultiva de contratación administrativa nº 30/2007, la memoria constructiva es un documento contractual básico que, a la vista del proyecto de obras y su documentación, presenta el licitador en el marco de su proposición técnica y que comprende, entre otros: la explicación del resultado final que se concierta, la manifestación y justificación detallada de las unidades de obra previstas, de los medios materiales y personales adscritos, de las calidades a utilizar y/o de la orden cronológica de la realización de estos trabajos. En la medida en la que esta expresión documental de la justificación de la oferta consta en los pliegos como criterio de adjudicación, asignándole una puntuación en el procedimiento, pasa a formar parte de la adjudicación y adquiere, consecuentemente, naturaleza contractual.

No obstante son numerosas las alertas que desde la jurisprudencia y la doctrina se señalan sobre la utilización de este tipo de memorias como criterio de adjudicación. En ocasiones, por no concretar los aspectos objetivos sobre los que versará su evaluación por lo que, respeto a su contenido material y a sus efectos como criterio de adjudicación, en el criterio de la memoria deben establecerse subcriterios objetivos que permitan a los licitadores conocer aquellos aspectos técnicos puntuales que serán evaluados en el documento presentado (por todas, ver Resolución del Tribunal administrativo central de recursos contractuales 839/2014, de 7 de noviembre, y las referencias en ella citadas).

En otros casos esa memoria se encuentra desvinculada del objeto del contrato, como indica el Informe del Tribunal de cuentas de fiscalización del Sector Público Local, ejercicio 2009:

III.3.1 La vinculación del criterio con el objeto del contrato

Por lo que se refiere al primero de los requisitos exigidos para la aceptación de los criterios, esto es, su directa vinculación al objeto del contrato, en algunos contratos se apreció el empleo de criterios que pudieran no cumplir esta exigencia al no estar vinculados al objeto.

Así, al margen de que en algún caso el objeto del contrato se convierta en dispositivo para el contratista, según se desprende del empleo de criterios como el de “Adecuación del proyecto al pliego técnico”; la consideración de criterios tales como la “Aplicación de nuevas tecnologías” no parece tener relación con el objeto de un Contrato de obras (Muralla árabe). Idéntica crítica cabe efectuar de la valoración de aspectos que, siendo formalmente propios de la presentación de la oferta, no afectan al objeto del contrato, así: la presentación de una “Memoria descriptiva del proceso de ejecución de las obras proyectadas” o un “Estudio de la programación” (renovación urbana margen norte del paseo de General Dávila).

Respetado lo anterior, nada obsta a que el Ayuntamiento señale, en la propia memoria constructiva como uno de los subapartados determinantes de la valoración, un plan de trabajo que implique una reducción del plazo inicial del proyecto y una justificación del plan presentado.

4.- Entrando ya en el tema de la consulta procede ahora examinar si, como pretende el Ayuntamiento, cabe considerar la presentación de un aval como *“justificación por parte de las empresas del cumplimiento del plazo de ejecución de la obra”*. Entiende esta Junta consultiva que, pretendiendo el Ayuntamiento incluirlo como opción voluntaria para acreditar el señalado criterio de adjudicación, el aval, por su naturaleza, no es un documento por sí mismo evaluable al no cumplir uno de los requisitos previamente analizados, la vinculación con el objeto. Considerado un aval como un producto financiero de garantía en el que el avalista asume el riesgo de tener que hacer frente a un pago en caso de que el avalado incumpla sus compromisos, no se puede identificar con un criterio de adjudicación sino con una obligación derivada del incumplimiento del



contrato mismo. La justificación del cumplimiento del plazo ofertado debe ser un documento de carácter técnico que, analizando la naturaleza de la obra y el proyecto aprobado, examine y justifique el plazo de ejecución de las obras cuando suponga reducción de la misma. Se debe recordar, en este punto que cuando se ponen como criterio de evaluación de las ofertas una reducción en el plazo de ejecución de los contratos debemos tener en consideración que, según la Xunta consultiva de contratación estatal, en su Informe 13/2004, constituye un fraude manifiesto el incumplimiento del plazo de ejecución del contrato cuando la reducción del mismo se consideró como un criterio de adjudicación.

Consideración jurídica 5ª

Apartado 8: En cuanto se refiere a la consideración y efecto de la reducción de plazo de ejecución presentada por el contratista cabe señalar que si tal reducción constituyó un criterio de adjudicación del contrato su incumplimiento representa en si mismo un manifiesto fraude que impidió la adjudicación del contrato a otro candidato que pudo realizar una proposición más ajustada a la realidad. Por tanto, el incumplimiento del plazo de ejecución debe constituir una causa resolutoria del contrato con los efectos que respecto de la misma se determinan en el artículo 20, letra c), como causa de declaración de la prohibición para contratar, y, en su caso, en el artículo 33, apartado 2 y apartado 3, letra b), de la Ley.

5.- En este punto debemos advertir que ya la normativa de contratación pública regula los medios de garantizar el cumplimiento de la ejecución del contrato vía garantías, penalidades o resolución.

La garantía se puede definir, de un modo genérico, como el aseguramiento del cumplimiento de una obligación, mediante la afectación de la cuantía o cosa determinada por el propio obligado, para el caso de incumplimiento de la misma. Según el artículo 100.b) responde de la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato. En este caso, la pretensión de garantizar el cumplimiento del plazo de ejecución del contrato por este medio, exigiendo el 100 por 100 del importe de la subvención comunitaria a recibir por el Ayuntamiento podría entrar en conflicto, dependiendo de su cuantía, con el dispuesto en el artículo 95 del TRLCSP que señala “los que presenten las ofertas económicamente más ventajosas en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por 100 del importe de adjudicación , y, en casos especiales (párrafo 2), se podrá establecer que, además de la garantía anterior, se preste una complementaria de hasta un 5 por 100 del importe de adjudicación del contrato, pudiendo alcanzar la garantía total un 10 por 100 del precio del contrato.

Otro sistema de garantizar el cumplimiento del contrato previsto en el texto refundido lo encontramos en el artículo 150.6 en el que se prevé que los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el artículo 212.1, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características en el carácter de deber contractual esencial a los efectos señalados en el artículo 223.f) como causa de resolución.

El 150.6 del TRLCSP remite al art. 212 señalando que se pueden prever, en los pliegos o en el documento contractual, penalidades por incumplimiento defectuoso de la prestación o por incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales del contrato establecidas. En concreto señala que el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva. Respeto a su régimen jurídico, el texto refundido concreta:

- a) que esas penalidades deben ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no puede ser superior al 10% del presupuesto del contrato.
- b) Que la constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la administración



- c) Que cuando el contratista incurra en demora sobre el plazo total (o en los plazos parciales, si así se prevé en los pliegos), por causa imputable al mismo, la Administración podrá optar por resolver el contrato o por imponer las penalidades diarias en proporción de 0,20 € por cada 1.000 € del precio del contrato. Esta cantidad puede ser distinta cuando, por las especiales características del contrato, se considere necesario para su ejecución y así se justifique en el expediente.

CONCLUSIÓN

Esta Junta consultiva de contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia entiende que la presentación de un aval que cubra el importe de una futura subvención comunitaria, por su naturaleza jurídica, no puede considerarse un criterio de adjudicación ni una justificación legalmente válida para el cumplimiento del deber de respetar los plazos ofertados por los licitadores. Señala, asimismo, que existen, en el propio Texto refundido de la ley de contratos de las administraciones públicas, otros mecanismos dirigidos a tal fin como el establecimiento de garantías complementarias, la imposición de penalidades por incumplimiento de plazos de ejecución parciales o totales, o la resolución del contrato.

Santiago de Compostela, a 18 de febrero de 2016