

**Informe 1/2016, de 18 de febreiro de 2016, sobre admisión dun aval como garantía de cumprimento do prazo de execución dun contrato.**

## **ANTECEDENTES**

Polo Concello de Redondela dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

*Cuestión sobre a que se solicita informe: “a posibilidade de esixir un aval para garantir o cumprimento do prazo de execución”*

### **ANTECEDENTES DE FEITO:**

*O Alcalde do Excmo. Concello de Redondela presenta escrito que di literalmente: “ O concello vai a incoar o expediente de contratación para a construción dun pavillón polideportivo financiado con fondos europeos. A licitación será por procedemento aberto e con varios criterios de adxudicación. Un dos devanditos criterios a valorar será unha memoria que deberán presentar os distintos licitadores sobre aspectos da realización da obra. E, dentro desa memoria, un dos apartados determinantes de dita valoración será a xustificación por parte das empresas do cumprimento do prazo de execución da obra, aspecto especialmente importante neste contrato, posto que a xustificación da actuación dentro do prazo correspondente ao órgano administrativo competente é un requisito imprescindible para que o Concello perciba o importe da subvención. Unha das formas polas que libremente podería optar o licitador para xustificar o seu compromiso no cumprimento do prazo é a presentación dun aval que podería alcanzar ata o importe da subvención e que o Concello executaríase no caso de que por causa imputable á empresa se incumprise o prazo e conlevase á perda da subvención.*

*Ante as dúbidas plantexadas polos servizos xurídicos e económicos do Concello sobre a procedencia de dito aval, se estima o seu parecer”.*

## **CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS.**

1.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as entidades locais de Galicia.

2.- O Concello de Redondela manifesta no escrito de solicitude de informe, a súa pretensión de sinalar, como un dos criterios de adxudicación do contrato, unha memoria onde deberá xustificarse o cumprimento do prazo de execución ofertado. Entendendo que o devandito cumprimento é requisito imprescindible para que o concello reciba unha subvención comunitaria, pretendese que unha das formas “*polas que libremente podería optar o licitador para xustificar o seu compromiso no cumprimento do prazo*” sexa a presentación dun aval polo importe da subvención que o Concello executaríase se por causa imputable á empresa se incumprise o prazo coa conseguinte perda da subvención.

3.- O primeiro tema que convén abordar é sobre a idoneidade de engadir, entre os criterios de adxudicación, unha memoria “*sobre aspectos de realización da obra*”.



Indica o artigo 150 do Texto refundido la Lei de contratos do sector público (en adiante TRLCSP), que para a “*valoración das proposicións e a determinación da oferta economicamente máis favorable, deberá atenderse a criterios directamente vinculados ao obxecto do contrato*”, e dicir, que deben ser concordantes coa finalidade que se persegue coa realización do contrato que, no caso que nos ocupa, é a execución dunha obra. Atendendo á definición que atopamos no Informe da Xunta consultiva de contratación administrativa nº 30/2007, a memoria construtiva é un documento contractual básico que, á vista do proxecto de obras e a súa documentación, presenta o licitador no marco da súa proposición técnica e que comprende, entre outros: a explicación do resultado final que se concerta, a manifestación e xustificación detallada das unidades de obra previstas, dos medios materiais e persoais adscritos, das calidades a utilizar e/ou da orde cronolóxica da realización destes traballos. Na medida na que esta expresión documental da xustificación da oferta consta nos pregos como criterio de adxudicación, asignándolle unha puntuación no procedemento, pasa a formar parte da adxudicación e adquire, consecuentemente, natureza contractual.

Non obstante son numerosas as alertas que dende a xurisprudencia e a doutrina se sinalan sobre a utilización deste tipo de memorias como criterio de adxudicación. En ocasións, por non concretar os aspectos obxectivos sobre os que versará a súa avaliación polo que, respecto ao seu contido material e aos seus efectos como criterio de adxudicación, no criterio da memoria deben establecerse subcriterios obxectivos que permitan aos licitadores coñecer aqueles aspectos técnicos puntuais que serán avaliados no documento presentado (por todas, ver Resolución do Tribunal administrativo central de recursos contractuais 839/2014, de 7 de novembro, e as referencias nela citadas).

Noutros casos esa memoria atópase desvinculada do obxecto do contrato, como indica o Informe do Tribunal de contas de fiscalización do Sector Público Local, exercicio 2009:

### *III.3.1 A vinculación do criterio co obxecto do contrato*

*Polo que se refire ao primeiro dos requisitos esixidos para a aceptación dos criterios, isto é, a súa directa vinculación ao obxecto do contrato, nalgúns contratos apreciouse o emprego de criterios que puidesen non cumprir esta esixencia ao non estar vinculados ao obxecto.*

*Así, á marxe de que nalgún caso o obxecto do contrato convértase en dispositivo para o contratista, segundo despréndese do emprego de criterios como o de “Adecuación do proxecto ao prego técnico”; a consideración de criterios tales como a “Aplicación de novas tecnoloxías” non parece ter relación co obxecto dun Contrato de obras (Muralla árabe). Idéntica crítica cabe efectuar da valoración de aspectos que, sendo formalmente propios da presentación da oferta, non afectan o obxecto do contrato, así: a presentación dunha “Memoria descritiva do proceso de execución das obras proxectadas” ou un “Estudo da programación” (renovación urbana marxe norte do paseo de Xeneral Dávila).*

Respetado o anterior, nada obsta a que o Concello sinale, na propia memoria construtiva como un dos subapartados determinantes da valoración, un plan de traballo que implique unha redución do prazo inicial do proxecto e una xustificación do plan presentado.

4.- Entrando xa no tema da consulta procede agora examinar si, como pretende o Concello, cabe considerar a presentación dun aval como “*xustificación por parte das empresas do cumprimento do prazo de execución da obra*”. Entende esta Xunta consultiva que, pretendendo o Concello incluílo como opción voluntaria para acreditar o antedito criterio de adxudicación, o aval, pola súa natureza, non é un documento por sí mesmo avaliábel ao non cumprir un dos requisitos previamente analizados, a vinculación co obxecto. Considerado un aval como un produto financeiro de garantía no que o avalista asume o risco de ter que facer fronte a un pago no caso de que o avalado incumpra os seus compromisos, non se pode identificar cun criterio de adxudicación senón cunha obriga derivada do incumprimento do contrato mesmo. A xustificación do cumprimento do prazo ofertado debe ser un documento de carácter técnico que, analizando a natureza da obra e o proxecto aprobado, examine e xustifique o prazo de execución das obras cando supoña redución da mesma. Débese lembrar, neste punto que cando se pon como criterio de avaliación das ofertas unha redución no prazo de execución dos contratos debemos ter en consideración que,

segundo a Xunta consultiva de contratación estatal, no seu Informe 13/2004, constitúe un fraude manifesto o incumprimento do prazo de execución do contrato cando a redución do mesmo considerouse como un criterio de adxudicación.

#### *Consideración xurídica 5ª*

*Apartado 8: En canto refírese á consideración e efecto da redución de prazo de execución presentada polo contratista cabe sinalar que se tal redución constituíu un criterio de adxudicación do contrato o seu incumprimento representa en se mesma unha manifesta fraude que impediu a adxudicación do contrato a outro candidato que puido realizar unha proposición máis axustada á realidade. Por tanto, o incumprimento do prazo de execución debe constituír unha causa resolutoria do contrato cos efectos que respecto da mesma determináanse no artigo 20, letra c), como causa de declaración da prohibición para contratar, e, no seu caso, no artigo 33, apartado 2 e apartado 3, letra b), da Lei.*

5.- Neste punto debemos advertir que xa a normativa de contratación pública regula os medios de garantir o cumprimento da execución do contrato vía garantías, penalidades ou resolución.

A garantía se pode definir, dun modo xenérico, como o aseguramento do cumprimento dunha obrigaón, mediante a afectación da contía ou cousa determinada polo propio obrigado, para o caso de incumprimento da mesma. Segundo o artigo 100.b) responde da correcta execución das prestacións contempladas no contrato. Neste caso, a pretensión de garantir o cumprimento do prazo de execución do contrato por este medio, esixindo o 100 por 100 do importe da subvención comunitaria a recibir polo Concello podería entrar en conflito, dependendo da súa contía, co disposto no artigo 95 do TRLCSP que sinala “os que presenten as ofertas economicamente máis vantaxosas nas licitacións dos contratos que celebren as Administracións Públicas deberán constituír a disposición do órgano de contratación unha garantía dun 5 por 100 do importe de adxudicación, e, en casos especiais (parágrafo 2), poderase establecer que, ademais da garantía anterior, se preste unha complementaria de ata un 5 por 100 do importe de adxudicación do contrato, podendo alcanzar a garantía total un 10 por 100 do prezo do contrato.

Outro sistema de garantir o cumprimento do contrato previsto no texto refundido atopámolo no artigo 150.6 no que se prevé que os pregos ou o contrato poderán establecer penalidades, conforme ao previsto no artigo 212.1, para os casos de incumprimento ou de cumprimento defectuoso da prestación que afecten a características da mesma que se teñan tido en conta para definir os criterios de adxudicación, ou atribuír á puntual observancia destas características no carácter de obriga contractual esencial aos efectos sinalados no artigo 223.f) como causa de resolución.

O 150.6 do TRLCSP remite ao art. 212 sinalando que se poden prever, nos pregos ou no documento contractual, penalidades por incumprimento defectuoso da prestación ou por incumprimento dos compromisos ou das condicións especiais do contrato establecidas. En concreto sinala que o contratista está obrigado a cumprir o contrato dentro do prazo total fixado para a súa realización, así como dos prazos parciais sinalados para a súa execución sucesiva. Respecto ao seu réxime xurídico, o texto refundido concreta:

- a) que esas penalidades deben ser proporcionais á gravidade do incumprimento e a súa contía non pode ser superior ao 10% do presuposto do contrato.
- b) Que a constitución en mora do contratista non precisará intimación previa por parte da administración
- c) Que cando o contratista incorra en demora sobre o prazo total (ou nos prazos parciais, se así se prevé nos pregos), por causa imputable ao mesmo, a Administración poderá optar por resolver o contrato ou por impoñer as penalidades diarias en proporción de 0,20 € por cada 1.000 € do prezo do contrato. Esta cantidade pode ser distinta cando, polas especiais características do contrato, se considere necesario para a súa execución e así se xustifique no expediente.

## **CONCLUSIÓN**

Esta Xunta consultiva de contratación administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia entende que a presentación dun aval que cubra o importe dunha futura subvención comunitaria, pola súa natureza xurídica, non pode considerarse un criterio de adjudicación nin una xustificación legalmente válida para o cumprimento da obriga de respectar os prazos ofertados polos licitadores. Sinala, así mesmo, que existen, no propio Texto refundido da lei de contratos das administracións públicas, outros mecanismos dirixidos a tal fin como o establecemento de garantías complementarias, a imposición de penalidades por incumprimento de prazos de execución parciais ou totais, ou a resolución do contrato.

Santiago de Compostela, a 18 de febreiro de 2016