

# EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



## Les garanties en els contractes públics

21-03-2022

L'exigència de demanar una garantia en els contractes públics respon a la necessitat d'assegurar la correcta execució del contracte i garantir la satisfacció de l'interès públic que perseguim. D'aquesta manera assegurem que en cas d'incompliment del contractista tenim una manera per mitigar els danys que ens ocasioni, sens perjudici que també li reclamem els danys que excedeixin de l'import de la garantia.

La LCSP estableix que el licitador que presenti la millor oferta **ha de constituir** a disposició de l'òrgan de contractació **una garantia definitiva d'un 5% del preu final ofert**, per tant la constitució de la garantia definitiva és una obligació que té el licitador que presenta la millor oferta -recordem que la garantia es calcula sempre sobre el preu sense IVA.

Aquesta obligació de constituir la garantia definitiva té dues excepcions, que són el procediment obert simplificat abreujat (art. 159.6.f) i la contractació reservada (disposició addicional quarta), i en ambdós casos la LCSP dispensa l'adjudicatari de constituir la garantia definitiva.

1. Es pot eximir l'adjudicatari de la constitució de la garantia definitiva?

La LCSP permet a l'òrgan de contractació eximir de la constitució de la garantia definitiva l'adjudicatari quan així ho consideri adient per les circumstàncies especials concurrents en el contracte i **sempre que ho justifiqui adequadament** al plec de clàusules administratives particulars, especialment per al cas de subministraments de béns consumibles en els quals el lliurament i la recepció s'ha d'efectuar abans del pagament del preu, contractes que tinguin per objecte la prestació de serveis socials o la inclusió social o laboral de persones de col·lectius en risc d'exclusió social, així com contractes privats de l'Administració (art. 25.1.a, punts 1 i 2).

No és possible l'exempció de la garantia definitiva en el cas dels contractes d'obres ni de concessió d'obres.

2. Es pot augmentar el percentatge de garantia definitiva que fixa la Llei?

Es pot augmentar el percentatge de garantia definitiva quan:

- Ens trobem davant de contractes en què, per la seva naturalesa especial, règim de pagaments o condicions del compliment del contracte, l'òrgan de contractació assumeix **un risc superior** que fa que

sigui aconsellable incrementar el percentatge de la garantia definitiva ordinària.

- L'oferta de l'adjudicatari estigui sotmesa inicialment a **presumpció d'anormalitat**.

Al meu parer, que la LCSP en aquest supòsit permeti reforçar sempre la garantia sense necessitat de cap més justificació pot semblar una mica incoherent, perquè si l'oferta en un inici era presumptament anormal però, un cop seguit el procediment contradictori que marca la Llei, el licitador l'ha justificada, i si aquesta oferta, a més, ha estat acceptada per l'òrgan de contractació perquè s'ha considerat viable i ha resultat ser l'oferta adjudicatària, que la LCSP ens permeti demanar encara un plus de garantia sembla que situï les ofertes que han tingut uns llindars d'anormalitat en una posició de falta de confiança i que passin a tenir la consideració d'ofertes de risc.

Aquest augment de la garantia s'ha d'acordar mitjançant una resolució motivada de l'òrgan de contractació i s'ha d'establir clarament al plec de clàusules administratives, i a més a més de la garantia definitiva s'ha de prestar una garantia complementària.

La garantia es pot augmentar fins a un màxim d'un 5% més del preu final ofert pel licitador que presenta la millor oferta, i el percentatge de la garantia definitiva **pot arribar a assolir un màxim total d'un 10% del preu esmentat**.

3. Contractes amb particularitats per a la constitució de la garantia

- **Contractes en els quals el preu es formula en funció de preus unitaris:** en aquests contractes l'import de la garantia a constituir es fixa atenent al pressupost base de licitació (IVA exclòs).
- **Concessions d'obres i de serveis:** en aquests contractes l'import de la garantia definitiva es fixa en cada cas al plec de clàusules administratives particulars en funció de la naturalesa, la importància i la durada de la concessió de què es tracti.
- **Acords marcs i sistemes dinàmics d'adquisició:** En els acords marc i en els sistemes dinàmics d'adquisició es pot optar, i fer-ho constar així als plecs de clàusules, per fixar una garantia definitiva estimada o fixar una garantia definitiva per a cada contracte basat en relació amb l'import d'adjudicació.

La garantia definitiva respon respecte dels incompliments tant de l'acord marc i dels sistemes dinàmics d'adquisició, com del contracte basat o específic de què es tracti.

Si s'opta per la constitució d'una garantia definitiva general de l'acord marc o del sistema dinàmic d'adquisició fixada de forma estimada, quan la suma dels imports, IVA exclòs, dels contractes basats en els acords marc o sistemes dinàmics d'adquisició excedeixi del doble de la quantitat resultant de capitalitzar al 5% l'import de la garantia definitiva, aquesta s'ha d'incrementar en una quantia equivalent.

4. Garanties definitives admissibles

El licitador que hagi presentat la millor oferta ha d'acreditar en el termini assenyalat en la Llei la constitució de la garantia definitiva. Si no compleix aquest requisit per causes que li siguin imputables, l'Administració no ha d'efectuar l'adjudicació a favor seu, s'ha d'entendre que ha retirat la seva oferta i se li ha d'exigir el 3% del pressupost de penalitat; s'ha de demanar la mateixa documentació al licitador següent per ordre de classificació d'ofertes. Per tant, la no constitució de la garantia té conseqüències molt perjudicials per al licitador proposat a adjudicatari, per això és necessari extreure les precaucions i adoptar la màxima diligència en el compliment del que exigeix la LCSP i en els plecs, en la forma, el termini i la quantitat establerts.

Les garanties definitives exigides es poden prestar en efectiu o en valors, mitjançant aval o mitjançant contracte d'assegurança de caució, de la manera i en les condicions que ho estableix l'article 108 de la LCSP.

Cal destacar la possibilitat que dona la llei de constituir la garantia mitjançant la **retenció de preu**, forma que fomenta l'accés de les pimes a la contractació pública, ja que contribueix a facilitar-los la disponibilitat de recursos econòmics per poder fer front a les obligacions del contracte.

Per poder utilitzar la retenció de preu cal que es tracti d'un contracte d'obres, subministraments o serveis, així com de concessió de serveis quan les tarifes les aboni l'administració contractant, **s'ha d'establir en els plecs de clàusules administratives** particulars i s'ha de fixar la forma i les condicions de la retenció.

L'acreditació de la constitució de la garantia definitiva des de l'entrada en vigor de la LCSP es pot fer mitjançant mitjans electrònics.

5. Responsabilitats a què estan afectes les garanties

La garantia definitiva únicament pot respondre dels conceptes següents:

- De l'**obligació de formalitzar** el contracte en termini, de conformitat amb el que disposa l'article 153.
- De les **penalitats** imposades al contractista.

En relació amb les obligacions de pagament, la LCSP atorga als subcontractistes/subministradors la condició de condicions especials d'execució, posa de manifest que el seu incompliment permet imposar les penalitats que continguin els plecs i expressament manifesta que n'ha de respondre la garantia definitiva.

- De l'**execució correcta** de les prestacions establertes al contracte, incloent-hi que les millores ofertes pel contractista hagin estat acceptades per l'òrgan de contractació.
- De les despeses originades a l'Administració per la **demora** del contractista en el compliment de les seves obligacions, i dels **danyos i perjudicis** ocasionats a aquesta amb motiu de l'execució del contracte o pel seu **incompliment**, quan no n'escaigui la resolució.
- De la confiscació que es pot decretar en els casos de **resolució del contracte**, d'acord amb el que estigui establert al contracte o a la LCSP.
- En els contractes d'obres, de serveis i de subministraments, la garantia definitiva ha de respondre pels **vicis o defectes dels béns** construïts o subministrats o dels serveis prestats durant el termini de garantia que s'hagi establert al contracte.

6. Reposició, reajustament, renovació o reemplaçament de garanties

Sempre que l'import dipositat com a garantia definitiva disminueixi, s'ha de reajustar. Aquesta disminució pot succeir quan ens trobem amb:

- **Penalitats i indemnitzacions:** quan es fan efectives penalitats o indemnitzacions exigibles al contractista sobre la garantia definitiva, aquest ha de reposar la garantia o ampliar-la, fins a la quantitat que correspongui, en un termini màxim de 15 dies des de l'execució, i en cas contrari pot incórrer en causa de resolució.
- **Modificació del contracte:** quan es modifica el contracte i en conseqüència se'n varia el preu, la garantia definitiva s'ha de reajustar perquè guardi la deguda proporció amb el nou preu modificat. El contractista té un termini de 15 dies comptats des de la data en què se li notifica l'acord de modificació.

En els supòsits de successió del contractista, quan, a conseqüència de les operacions mercantils com la fusió d'empreses en què participi la societat contractista o en els supòsits d'escissió, aportació o transmissió d'empreses o branques d'activitat, el contracte s'atribueix a una entitat diferent, la garantia definitiva pot ser, a criteri de l'entitat atorgant d'aquesta, renovada o reemplaçada per una nova garantia que subscrigui la nova entitat, tenint en compte les característiques especials del risc que constitueixi aquesta darrera entitat. En aquest cas, l'antiga garantia definitiva ha de conservar la vigència fins que estigui constituïda la nova garantia.

#### 7. Devolució i cancel·lació de les garanties definitives

Un cop aprovada la liquidació del contracte i transcorregut el termini de garantia, si no en resulten responsabilitats s'ha de tornar la garantia constituïda o s'ha de cancel·lar l'aval o l'assegurança de caució.

**L'acord de devolució s'ha d'adoptar i notificar a l'interessat en el termini de dos mesos des de la finalització del termini de garantia.** S'ha de tenir present que un cop ha transcorregut aquest termini sense que s'aboni la quantitat al contractista comencen a comptar els interessos, de manera que la quantitat deguda s'incrementarà amb l'interès legal dels diners corresponent al període transcorregut des del venciment del termini esmentat fins a la data de la devolució de la garantia, sempre que aquesta no s'hagi fet efectiva per causa imputable a l'Administració.

Un cop transcorregut un any des de la data de finalització del contracte i vençut el termini de garantia sense que la recepció formal i la liquidació hagin tingut lloc per causes no imputables al contractista, sense més demora s'ha d'efectuar la devolució o la cancel·lació de les garanties un cop depurades les responsabilitats que hi puguin haver. El termini es redueix d'un any a sis mesos quan el valor estimat del contracte sigui inferior a 1.000.000 d'euros, si es tracta de contractes d'obres, o a 100.000 euros, en cas d'altres contractes, o quan les empreses licitadores reuneixin els requisits de pime, definida segons el que estableix la LCSP.

En el plec de clàusules administratives es pot autoritzar de forma expressa que el contractista pugui sol·licitar la devolució o la cancel·lació de la part proporcional de la garantia en els supòsits de **recepció parcial**.

En els casos de **cessió de contractes**, no s'ha d'efectuar la devolució o la cancel·lació de la garantia prestada pel cedent fins que estigui constituïda formalment la del cessionari.

#### 8. Garantia provisional

Per acabar, fem esment a l'anomenada "garantia provisional", garantia que és molt poc utilitzada pels òrgans de contractació. **La garantia provisional fa que els licitadors responguin del manteniment de les seves ofertes fins a la perfecció del contracte.**

En el procediment de contractació es pot exigir la garantia provisional de forma excepcional quan per motius d'interès públic l'òrgan de contractació ho consideri necessari i ho **justifiqui motivadament a l'expedient**.

En els plecs de clàusules s'ha de determinar l'exigència de garantia provisional i l'import, que no pot ser superior al 3% del pressupost base de licitació del contracte (exclòs IVA), i també s'hi ha d'establir el règim de devolució.

La garantia provisional es pot prestar de les mateixes maneres que la garantia definitiva.

S'ha de tenir en compte una particularitat d'aquesta garantia per a les licitacions que es divideixen en lots, ja que la garantia provisional s'ha de fixar atenent exclusivament a l'import dels lots per als quals el licitador presenti oferta i no en funció de l'import del pressupost total del contracte.

En els acords marc i en els sistemes dinàmics d'adquisició, l'import de la garantia provisional, si s'exigeix, s'ha de fixar a tant alçat, sense que en cap cas pugui superar el **3% del valor estimat del contracte**.

La garantia provisional **s'extingeix automàticament amb la perfecció del contracte** i s'ha de tornar als licitadors immediatament. En tot cas, la garantia provisional s'ha de tornar al licitador seleccionat com a adjudicatari quan hagi constituït la garantia definitiva, i es pot aplicar l'import de la garantia provisional a la definitiva o constituir de nou la garantia definitiva.



## **Èlia Vilaseca Arquès**

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública