

Dictamen 15/03 (Ref. A.G. Entes públicos). La mera ratificación de su oferta económica, realizada por una empresa incurso en presunción de temeridad, no puede entenderse como justificación de la proposición. Supuestos en que procede incautar la garantía provisional a una empresa incurso en presunción de temeridad. **NOTA: Véase la STS de 4-XII-2006, Recurso 8539/2003.**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.I. sobre la procedencia de rechazar, por desproporcionada o temeraria, la oferta presentada y de incautar la garantía provisional constituida por uno de los licitadores admitidos en el procedimiento tramitado para la adjudicación, por concurso, del contrato de obras [...]

De acuerdo con la tramitación prevista, se comunicó a las empresas constituidas en UTE la presunción de que su proposición no podía ser cumplida como consecuencia del carácter desproporcionado o temerario de su oferta económica, recabando la oportuna justificación de la misma que, una vez presentada (cfr. antecedente cuarto), no fue considerada suficiente por el informe técnico para desvirtuar aquella presunción (antecedente quinto), motivando la propuesta de adjudicación del contrato a la siguiente proposición mejor valorada [...]

La justificación de su oferta presentada por la UTE licitadora no fue, sin embargo, una justificación propiamente dicha, sino la mera ratificación de la oferta económica, una vez constatado que no adolecía de errores, pero sin ofrecer explicación alguna de la baja ofertada que permitiera valorar si la proposición podía o no ser cumplida en los términos ofertados, razón por la que, acertadamente, el órgano de contratación consideró «preciso solicitar a la licitadora [...] una aclaración mucho más concreta de la aportada hasta ahora sobre los términos de su oferta que permita tomar una decisión».

Y se considera acertada esta decisión del órgano de contratación por cuanto, si bien la carga de justificar la viabilidad de la oferta incurso en presunción de temeridad corresponde a la licitadora, sin que la mera ratificación de tal oferta pueda tomarse como tal, no cabe duda de que el interés de la Administración reside en adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa que pueda ser cumplida, sin que tal decisión se pueda adoptar con pleno conocimiento de causa cuando no se conocen las razones que motivan una baja que, por superar un límite fijado en el pliego, permite presumir que la proposición no podrá ser cumplida, pero que puede estar justificada y no impedir el cumplimiento de la proposición que, en principio, resulta ser la más ventajosa para la Administración [...]

Finalmente, sobre la posibilidad de incautar la garantía provisional constituida por la UTE cuya proposición se entendiera, de acuerdo con lo expuesto, que no puede ser cumplida apreciando a tal efecto el carácter desproporcionado o temerario de su oferta económica, debe tenerse en cuenta la previsión contenida en el artículo 62 del RCAP, a cuyo tenor:

«1. Si algún licitador retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación o si el adjudicatario no constituye la garantía definitiva o, por causas imputables al mismo, no pudiese formalizarse en plazo el contrato, se procederá a la ejecución de la garantía provisional y a su ingreso en el Tesoro Público o a su transferencia a los organismos o entidades en cuyo favor quedó constituida. A tal efecto, se solicitará la incautación de la garantía a la Caja

General de Depósitos o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales donde quedó constituida.

2. A efectos del apartado anterior, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley, o el reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error, o inconsistencia que la hagan inviable, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición».

El precepto transcrito, que desarrolla las previsiones del artículo 35.2 de la LCAP, equipara a la retirada injustificada de la proposición antes de la adjudicación a que se refiere el precepto legal (con la consiguiente incautación de la garantía provisional que el mismo establece) los supuestos en que, estando la oferta incurso en presunción de temeridad y habiéndose recabado del licitador la información oportuna, bien no se obtiene respuesta alguna al requerimiento, o bien, existiendo tal respuesta, el licitador reconoce el error cometido en la proposición, o la inconsistencia de la misma la hace inviable.

En el caso sometido a consulta, deben descartarse los dos primeros supuestos de los tres mencionados en el referido precepto, pues la UTE licitadora dio respuesta a los dos requerimientos de justificación de su oferta que le dirigió la Presidenta de la Mesa de Contratación, negando expresamente en el primero de los escritos presentados a tal efecto la existencia de error en su oferta económica, que por ello fue ratificada por las empresas constituidas en UTE.

La cuestión ha de centrarse, por tanto, en el tercero de los supuestos recogidos por el precepto reglamentario, que exige la «inconsistencia» de la información ofrecida por el licitador y, por ello, de la justificación de que su proposición puede ser cumplida, considerándose por ello inviable.

Pues bien, de la dicción literal y de la finalidad del precepto se deduce que el mismo no contempla todos los supuestos en los que la información facilitada por el licitador cuya oferta estaba incurso en presunción de temeridad no permite desvirtuar tal presunción, a juicio del órgano de contratación, que por ello no adjudica el contrato a esa proposición pese a ser la más ventajosa, por entender que la misma es inviable. Por el contrario, el precepto exige la «inconsistencia», esto es, la falta de consistencia, coherencia, razonabilidad o lógica interna de la información ofrecida, que es lo que puede equipararse a la retirada injustificada de la oferta, de acuerdo con la finalidad de la norma, pero que no abarca los supuestos en que la justificación ofrecida es consistente y ofrece la necesaria coherencia o lógica interna en su razonamiento, aunque no merezca credibilidad al órgano de contratación o no permita desvirtuar la presunción de que la proposición no será cumplida. Efectivamente, en estos supuestos existirá una justificación insuficiente de la proposición, pero no puede entenderse retirada la proposición sin justificación, que es lo que motiva la incautación de la fianza según el precepto legal respecto al cual el desarrollo reglamentario no puede incurrir en extralimitación.

En el caso a que se refiere la consulta, la información ofrecida por la UTE licitadora ante la solicitud de «una aclaración mucho más concreta (...) sobre los términos de su oferta» que la aportada inicialmente no puede, en modo alguno calificarse de inconsistente a efectos de la incautación de la garantía provisional prevista en el artículo 62 del RCAP, pues tal información explica con claridad las causas de la baja ofertada, fundada en el ahorro de costes derivado de la supresión de determinadas unidades de obra previstas en el proyecto que se consideran

innecesarias al ser los terrenos de mayor calidad a la prevista. La consistencia o razonabilidad de la justificación se reconoce por el propio informe técnico que examina tal información al admitir que «la misma pueda expresar la razón de la baja ofertada», aunque se considere que la proposición no puede ser cumplida por cuanto entraña una modificación no aprobada del proyecto.