



INFORME SOBRE LES NOVETATS DE LA LLEI 9/2017, DE 8 DE NOVEMBRE, DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC, EN MATÈRIA DE GARANTIES EXIGIBLES

INTRODUCCIÓ

La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives de Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (d'ara endavant LCSP), regula als articles 106 i següents les garanties exigibles en els contractes públics i ho fa incorporant algunes novetats respecte a la regulació anterior, el text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (d'ara endavant TRLCSP):

GARANTIES EXIGIBLES EN ELS CONTRACTES CELEBRATS AMB LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

1. Garantia provisional.

Primera.- La norma general és la **no exigència de garantia provisional**¹ d'acord amb l'article 106 de la LCSP, excepte quan l'òrgan de contractació de forma excepcional i per motius d'interès públic ho consideri necessari i ho justifiqui motivadament a l'expedient.

Segona.- En el cas que l'òrgan de contractació hagi acordat l'exigència de garantia provisional, la LCSP estableix unes determinacions específiques en relació amb:

- **Divisió en lots del contracte:** en aquest cas, es clarifica que la garantia provisional es fixarà atenent exclusivament a l'import dels lots respecte dels que el licitador presenti oferta i no en funció de l'import del pressupost total del contracte.
- **Acords marc i sistemes dinàmics d'adquisició:** en cas d'exigir-se, es fixarà a preu fet per l'Administració Pública, sense que en cap cas es pugui superar el 3 per 100 del valor estimat del contracte.

Tercera.- Per últim, la LCSP estableix que la garantia provisional es **retornarà després de perfeccionar el contracte**². En tot cas, la garantia provisional es retornarà al licitador seleccionat com a adjudicatari quan s'hagi constituït la garantia definitiva, i l'adjudicatari pot aplicar l'import de la garantia provisional a la definitiva o procedir a una nova constitució d'aquesta última.

¹ L'article 103 del TRLCSP regulava l'exigència de la garantia provisional com una potestat de l'òrgan de contractació, sempre amb justificació a l'expedient.

² L'article 103.4 del TRLCSP estableix que la garantia es retorna immediatament després de l'adjudicació del contracte, no de la perfecció del contracte com preveu la LCSP (art. 36 LCSP estableix que el contracte es perfecciona amb la formalització).

2. Garantia definitiva.

Primera.- L'article 107 diu que els licitadors hauran de constituir a disposició de l'òrgan de contractació una garantia d'un 5 per 100 del preu final ofert, exclòs l'Impost del Valor Afegit, com ja establia el TRLCSP.

Ara bé, tal com passa amb els contractes de subministraments de béns consumibles, la LCSP amplia els supòsits en els quals l'òrgan de contractació pot **eximir l'adjudicatari de l'obligació** de constituir garantia definitiva, justificant-ho adequadament al plec de clàusules administratives, a:

- Els contractes que tinguin per objecte la prestació de serveis socials, o la inclusió social o laboral de persones pertanyents als col·lectius en risc d'exclusió social.
- Els contractes privats de l'administració als que es refereixen l'article 25.1 a) i 25.2 a) de la LCSP, que fan referència als contractes de serveis financers, creació i interpretació artística i literària i els espectacles; així com subscripció a revistes, publicacions periòdiques i bases de dades.

Cal recordar que, igual que estava previst a la normativa anterior, l'exempció no serà possible en el cas de contractes d'obres, ni de concessió d'obres.

Segona.- Es manté també que en **casos especials** es pugui presentar una garantia complementària de fins a un 5 per 100 del preu ofert podent arribar la garantia total a un 10 per cent del preu. Com a novetat important, la LCSP defineix aquests supòsits especials i diu que, a aquests efectes, es considerarà que constitueixen casos especials:

- Aquells contractes en què, a causa del risc que en virtut d'ells assumeix l'òrgan de contractació, per la seva especial naturalesa, règim de pagaments o condicions del compliment del contracte, resulti aconsellable incrementar el percentatge de la garantia definitiva ordinària a què es refereix l'apartat 1 de l'article 107, el que s'haurà d'acordar mitjançant resolució motivada.
- En particular, es podrà preveure la presentació d'aquesta garantia complementària per als casos en què l'oferta de l'adjudicatari resultarà inicialment sotmesa en presumpció d'anormalitat.

Tercera.- S'afegeix un apartat on s'estableixen especificacions per determinar l'import en els casos d'acords marc i sistemes dinàmics d'adquisició (art. 107.5 LCSP):

- Els plecs que regeixin els acords marc i els sistemes dinàmics d'adquisició establiran si la garantia definitiva es fixa estimativament per l'Administració o es fixa per a cada contracte basat en relació amb el seu import d'adjudicació.

Si s'optés per la constitució d'una garantia definitiva general de l'acord marc o del sistema dinàmic d'adquisició fixada estimativament per l'Administració, 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 per 100 l'import de la garantia definitiva, aquesta haurà de ser incrementada en una quantia equivalent.

- *La garantia definitiva a què es refereixen els paràgrafs anteriors respondrà respecte dels incompliments tant de l'acord marc i dels sistemes dinàmics d'adquisició, com del contracte basat o específic de què es tracti.”*

No obstant això, cal recordar que en els plecs de l'acord marc o del sistema dinàmic d'adquisició s'ha d'establir si s'opta per una garantia fixa estimativa o per una garantia fixa per a cada contracte basat en funció de l'import d'adjudicació.

3. Altres consideracions sobre la nova regulació de les garanties exigibles

Primera.- L'article 109 de la LCSP sobre constitució, reposició i reajustament de garanties és pràcticament igual a l'article 99 del TRLCSP, però afegeix un nou apartat 4, que bàsicament diu que en el cas que la garantia es presti mitjançant **assegurança de caució**, es preveu la possibilitat de substitució successiva o pròrroga quan el contracte duri més de cinc anys.

Segona.- A l'article 110 de la LCSP sobre responsabilitats a què estan afectes les garanties, a les ja establertes a l'article 100 del TRLCSP s'afegeixen que:

- La garantia definitiva respondrà també de l'obligació de **formalitzar el contracte** dins de termini, d'acord amb l'article 153 de la LCSP;
- Així mateix, es precisa que la garantia definitiva no només respon de la correcta execució de les prestacions contemplades en el contracte, sinó que també ho fa respecte de les **millores ofertades pel contractista** que hagin estat acceptades per l'òrgan de contractació.
- S'amplia als contractes d'obres i de serveis la possibilitat que la garantia definitiva responguin de la existència de **vicis i defectes dels béns construïts o dels serveis** prestats durant el termini de garantia previst al contracte. El TRLCSP únicament ho recollia respecte dels contractes de subministrament.

Tercera.- L'article 113.1 de la LCSP manté la preferència de l'Administració per fer efectives les garanties³, tant provisionals com definitives, sobre qualsevol altre creditor.

Com a novetat, s'afegeix un tercer apartat a l'article 113 de la LCSP que disposa que en el cas de concurs de creditors, els crèdits derivats de les obligacions *ex lege* o els sorgits en virtut d'actes administratius tenen la consideració de crèdits amb privilegi general d'acord amb el que estableix l'article 91.4 de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, **concursal**. D'aquesta manera, la LCSP clarifica que amb independència de la naturalesa de la garantia, que és la que fins

³ L'article 107 TRLCSP disposa que: "1. Per fer efectiva la garantia, l'Administració contractant tindrà preferència sobre qualsevol altre creditor, sigui quina sigui la seva naturalesa i el títol del qual derivi el seu crèdit". La LCSP especifica que quan parla de garantia es refereix tant a la provisional com a la definitiva.

ara determinava en els supòsits de concursos de creditors la preferència per al cobrament per part de l'Administració, ara s'unifica la naturalesa d'aquests crèdits que passen a qualificar-se com a crèdits amb privilegi general.

Quarta.- La LCSP no preveu la possibilitat d'una **garantia global**⁴.

GARANTIES EXIGIBLES EN ALTRES CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

Es manté la regulació separada pel que fa a les garanties exigibles per les Administracions Públiques i pels poders adjudicadors que tenen la condició d'administració pública (arts. 106ss LCSP) i les que poden exigir les restants entitats del sector públic (art. 114 LCSP).

En relació amb les garanties exigibles per aquestes darreres entitats, com a principals novetats de la LCSP destaquem que:

- Es preveu que no és necessària la constitució de la garantia a la Caixa General de Dipòsits.
- S'especifica que les garanties que es poden exigir per a aquests altres contractes del sector públic no poden sobrepassar els límits dels articles 106.2 i 107.2 de la LCSP.

Barcelona, 7 de febrer de 2018

Joan Puigdollers Llovet

Rosa Maldonado i Camats

Tècnic de la Direcció General
de Contractació Pública

Responsable Jurídic de
Processos i d'Organització

⁴ La garantia global estava prevista a l'article 98 del TRLCSP.