

Informe 27/05, de 29 de junio de 2005. "Exclusión de ofertas presentadas por empresas pertenecientes a un mismo grupo en la valoración de las ofertas anormalmente bajas".

Clasificación de los informes: 16.6 Bajas desproporcionadas.

ANTECEDENTES

Por el Presidente de la Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional (SEOPAN) se formula consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa mediante escrito redactado en los siguientes términos:

"CUESTION SOMETIDA A INFORME:

Antecedentes:

A) El artículo 83.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, refiriéndose a la presunción de temeridad de las ofertas presentadas en las subastas, establece:

"3. El carácter desproporcionado o temerario de las bajas se apreciará de acuerdo con los criterios objetivos que se establezcan reglamentariamente y su declaración requerirá la previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en ella, así como el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

A los efectos del párrafo anterior no podrán ser consideradas las diversas proposiciones que se formulen individualmente por sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen."

El artículo 86 de dicho texto legal, en sus apartados 3 y 4, refiriéndose a los concursos, añade:

3. En los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.

Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, se deberán expresar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.

4. En los supuestos contemplados en el apartado anterior, se estará a lo dispuesto, para las subastas, en el artículo 83, en lo que concierne a la tramitación de las proposiciones y garantía a constituir, sin que las proposiciones de carácter económico que formulen individualmente sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, puedan ser consideradas a efectos de establecer el precio de referencia para valorar las ofertas económicas e identificar las que deben considerarse como desproporcionadas o temerarias.

Por su parte, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en sus artículos 85 y 86, dispone:

Artículo 85. Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas.

Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores.

6. Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada.

Artículo 86. Valoración de las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo.

1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta mas baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.

2. Cuando se presenten distintas proposiciones por sociedades en las que concurren alguno de los supuestos alternativos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, respecto de los socios que las integran, se aplicarán respecto de la valoración de la oferta económica las mismas reglas establecidas en el apartado anterior.

3. A los efectos de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, las empresas del mismo grupo que concurren a una misma licitación deberán presentar declaración sobre los extremos en los mismos reseñados.

4. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer el criterio o criterios para la valoración de las proposiciones formuladas por empresas pertenecientes a un mismo grupo.

B) SEOPAN y sus empresas asociadas y, hasta el momento, la mayor parte de los órganos de contratación han venido interpretando las referidas normas, cuando varias empresas pertenecientes al mismo Grupo presentan distintas proposiciones, de la siguiente forma:

Previamente se determina la referencia sobre la cual debe procederse al cálculo para considerar, en principio, desproporcionada o temeraria una o más ofertas. Esta referencia está constituida por la media aritmética de las ofertas presentadas y no por la media aritmética de las bajas de las ofertas presentadas (Junta Consultiva Informe 47/03, de 2 de febrero de 2004. "Aplicación del artículo 85.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la apreciación de las bajas desproporcionadas o temerarias"). Para el cálculo de esta media aritmética se excluyen todas las ofertas presentadas por las empresas pertenecientes al mismo Grupo, excepto la más baja.

Posteriormente, y ya establecida la referencia (media aritmética de las ofertas presentadas) se consideran individualmente todas las ofertas -incluidas las que, por pertenecer al mismo Grupo, no fueron en principio tomadas en cuenta para la determinación de la media aritmética- declarándose incursas en presunción de temeridad sólo las que se encuentren en los supuestos previstos en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en el caso de las subastas) o en los correspondientes Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en el caso de concursos), sin

que la pertenencia al mismo Grupo empresarial produzca otros efectos que los anteriormente señalados de fijación de la media aritmética.

C) Determinados órganos de contratación sostienen una interpretación distinta del referido artículo 86 del Reglamento. En concreto, del último inciso de su apartado 1 que dice "...produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo".

Mantienen los referidos órganos de contratación que, establecida la media aritmética de la forma indicada en el artículo 86.1 del Reglamento (excluidas las ofertas presentadas por las empresas del mismo Grupo excepto la más baja), si dicha oferta (la más baja de las presentadas por las empresas del mismo Grupo) estuviera incurso en presunción de temeridad, también lo estarán automáticamente las restantes ofertas de las empresas del Grupo, aunque éstas no estuvieran comprendidas en los supuestos previstos en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en el caso de las subastas) o en los correspondientes Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en el caso de concursos). Es decir, que la consideración como temeraria de una oferta del Grupo implica que automáticamente lo sean también las restantes, aunque éstas no traspasen los umbrales de temeridad fijados por el Reglamento o, en su caso, por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato.

Consulta:

Ante la inseguridad jurídica que las distintas interpretaciones de la norma están creando y a fin de fijar un criterio uniforme, se solicita de la Junta Consultiva la emisión de informe sobre la interpretación, a su juicio, correcta de las transcritas normas que regulan la presentación de ofertas distintas por empresas pertenecientes al mismo Grupo empresarial y, en concreto, si es correcta la interpretación que realiza SEOPAN (contenida en la letra B) de los anteriores antecedentes) o si, por el contrario, es correcta la interpretación que están realizando determinados órganos de contratación (contenida en la letra C) de dichos antecedentes).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Como claramente resulta del escrito de consulta la cuestión planteada, consiste en determinar la interpretación correcta del artículo 86.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y, en concreto, si la exclusión de ofertas de empresas de un mismo grupo se produce sólo para el cálculo de la media aritmética de las ofertas presentadas (tesis de la Entidad consultante y según dice de la mayor parte de los órganos de contratación) o, por el contrario, todas las ofertas de empresas del mismo Grupo deben considerarse incursas en presunción de temeridad, aunque no concurren en las mismas los supuestos del artículo 85 del Reglamento, en las subastas o del pliego de cláusulas administrativas particulares en los concursos por estar incurso en presunción de temeridad la oferta más baja de las empresas del grupo (tesis, según se dice en el escrito de consulta, mantenida por determinados órganos de contratación).

2. Para resolver la cuestión planteada es preciso proceder a la interpretación del último inciso del artículo 86.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto después de señalar que en el caso de ofertas de empresas de un mismo grupo se tomara únicamente la oferta más baja, añade el siguiente texto: "produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo".

3. La interpretación que debe darse al inciso transcrito se produce en el sentido de la primera opción que se consigna en el escrito de consulta por los siguientes argumentos:

Por la interpretación literal del término apreciar en el sentido gramatical de reducir a cálculo o medida, por lo que se entiende que lo que se extiende a las restantes ofertas es la regla de cálculo para apreciar que ofertas son temerarias, pero no la fase de justificación o la exclusión.

Por la interpretación sistemática del precepto relacionándolo con el artículo 83.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto este último establece que “a los efectos del párrafo anterior no podrán ser consideradas las diversas proposiciones que se formulen individualmente por sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”.

El precepto transcrito se refiere a los efectos del párrafo anterior que es el de apreciar o calcular el carácter desproporcionado o temerario de la baja y, además, expresamente señala que “no podrán ser consideradas” para apreciar, lo que no equivale a equiparar a estos efectos las distintas ofertas.

También desde el punto de vista sistemático debe hacerse una referencia al artículo 86.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto con toda claridad establece que las proposiciones de carácter económico que formulen individualmente sociedades pertenecientes a un mismo grupo no pueden “ser consideradas a efectos de establecer el precio de referencia para valorar las ofertas económicas e identificar las que deben considerarse como desproporcionadas o temerarias”.

Por la interpretación finalista o teológica del artículo 86.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 83.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que como señala la Exposición de Motivos de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que introduce los preceptos reseñados se trata de establecer “una regulación más adecuada de los supuestos de baja temeraria introduciendo su posible apreciación en los concursos y evitando la realización por sociedades pertenecientes a un mismo grupo de prácticas que pueden desvirtuar la competencia tratándose de evitar con esto última la alteración intencionada de las medias aritméticas que pueda producirse por la intervención de varias empresas vinculadas, pero sin que dicha finalidad llegue a fundamentar la necesidad de justificación de ofertas, aunque sean del mismo grupo, sin ser las más bajas, ni rechazar ofertas en sí mismo aceptables, por haber sido rechazada la oferta más baja de una de las empresas del Grupo.

3. Por lo demás la tesis que se sustenta en el escrito de consulta ha sido mantenida, por los argumentos que han quedado expuestos, en el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento de 7 de junio de 2005 dirigido al Director General de Ferrocarriles y también por los escasos autores que se han ocupado de este tema concreto.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la interpretación del último inciso del artículo 86.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, conduce a la conclusión que la exclusión de ofertas de empresas de un mismo grupo se produce a los solos efectos de determinación de la media aritmética, pero no implica que a las ofertas que no sean la más baja se les exija justificación de su oferta o se les excluya de la adjudicación.