



Recurso nº 54/2015 C.A. Extremadura 3/2015

Resolución nº 167/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 13 de febrero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.J.R.G. en nombre y representación de EXACO Y DOPEX, S.A. y D.M.B.S., en nombre y representación de INYPSA INFORMES Y PROYECTOS, S.A. contra la resolución de adjudicación de la Secretaría General de la Consejería de Fomento, Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo del contrato de “Servicio de asistencia técnica para la conservación y mantenimiento, vigilancia y auscultación, y ayuda a la explotación de las presas de la Consejería de Fomento, Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo de la Comunidad Autónoma de Extremadura, (Expediente: SER0514093)”, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Secretaría General de la Consejería de Fomento, Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo convocó mediante anuncio publicado el 1 de agosto de 2014 en BOE, 4 de agosto en el DOE y el 29 de julio en el DOUE y en el Perfil del Contratante de la Junta de Extremadura, licitación para adjudicar por procedimiento abierto y tramitación ordinaria el contrato de “Servicio de asistencia técnica para la conservación y mantenimiento, vigilancia y auscultación, y ayuda a la explotación de las presas de la Consejería de Fomento, Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo de la Comunidad Autónoma de Extremadura”, cifrándose el valor estimado del contrato en 4.958.677,70 euros, a la que entre otras, presentó oferta la empresa recurrente.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en las disposiciones

de desarrollo de la Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. La UTE EXACO Y DOPEX, S.A.-INYPSA INFORMES Y PROYECTOS, S.A. presentó escrito interponiendo recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del contrato de referencia, solicitando que se deje sin efecto la misma por la indebida aplicación del artículo 86.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, al supuesto en que dos empresas pertenecientes al mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten proposiciones diferentes en una misma licitación pública, cuando una de ellas concorra agrupada en unión temporal con una tercera empresa ajena al grupo.

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe.

Quinto. Por la Secretaría del Tribunal se ha puesto de manifiesto el expediente a los restantes licitadores a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes, habiéndose evacuado por la adjudicataria, la cual solicita la inadmisión del recurso por considerar que la resolución de adjudicación se ajusta a derecho.

Sexto. La Secretaria del Tribunal por delegación de este, en su reunión de 2 de febrero de 2015, ha acordado adoptar la medida provisional consistente en el mantenimiento de la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del recurso en virtud del artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), y al amparo del Convenio de colaboración suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad

Autónoma de Extremadura el 16 de julio de 2012 y publicado en el BOE el día 9 de agosto de 2012.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Tercero. El acto recurrido ha sido dictado en el seno de un proceso de licitación relativo a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, siendo por ello susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo previsto en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al tratarse de un licitador que ha concurrido al procedimiento.

Quinto. Antes de entrar a considerar la cuestión de fondo planteada en el recurso, relativa a la justificación o no de la oferta presentada por el recurrente, hemos de analizar las disposiciones de los pliegos sobre los parámetros establecidos para apreciar las ofertas desproporcionadas. Como ya hemos señalado en diversas resoluciones (entre otras, en la Resolución 662/2014, relativa a un contrato de servicios de la Consejería de Educación y Cultura del Gobierno de Extremadura, o la Resolución 23/2015, también relativa a un contrato de servicios de la Consejería de Fomento, Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo del Gobierno de Extremadura), aunque no es objeto de controversia que de acuerdo con el PCAP, conviene dejar constancia de la escasa diferencia entre la media de las bajas y el umbral de temeridad resultante de lo definido en el PCAP. Esto ha supuesto que casi la mitad de las ofertas se consideren desproporcionadas.

Como manifestábamos en las Resoluciones citadas, el establecer un umbral de temeridad muy próximo a la media de las ofertas, puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las “ofertas con valores anormales o desproporcionados”. Si se trata de establecer un mecanismo para contrastar la viabilidad de las ofertas con valores muy bajos –las “ofertas temerarias”- no resulta procedente, en buena lógica, la posibilidad

de extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a las proposiciones que se presenten con un margen de baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, no debieran ser tachadas como “anormalmente bajas” o “temerarias”. En un sector como el de los servicios profesionales de ingeniería, afectado por la reducción de la demanda, sería además razonable que el umbral de temeridad se definiera si acaso con una mayor amplitud respecto a la media de las ofertas. Por el contrario, en la licitación impugnada, ese umbral, al ser la baja media muy elevada, ha resultado establecido en apenas 4 puntos porcentuales por debajo de la media. Ahora bien, como indicábamos en la resolución citada, una vez expuesto lo anterior, hay que tener en cuenta que los pliegos constituyen la ley del contrato y que la empresa recurrente no cuestiona que su oferta estuviera por debajo del umbral definido en aquellos para ser calificada, en principio, como desproporcionada. Por todo ello, no cabe sino mantener que a su proposición le son de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 152 del TRLCSP, sobre la necesidad de justificar que la ejecución del contrato resulta viable con la oferta presentada.

Sexto. Entrando en el fondo de la cuestión, considera el recurrente que la mesa de contratación ha aplicado indebidamente el artículo 86.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP, en adelante) relativo al supuesto en que dos empresas pertenecientes al mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten proposiciones diferentes en una misma licitación pública, cuando una de ellas concurra agrupada en unión temporal con una tercera empresa ajena al grupo

Por su parte, el órgano de contratación viene a contradecir lo expresado por la recurrente, manteniendo el criterio interpretativo expuesto por Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Extremadura 1/2014, de 19 de junio, sobre la calificación de las ofertas presentadas por empresas vinculadas, en el que se señala que “En lo que respecta a la aplicabilidad del artículo 86.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a las ofertas presentadas por empresas que forman parte de un mismo grupo integradas en Unión Temporal perteneciendo una de ellas a un grupo vinculado de empresas que licita también individualmente en el mismo procedimiento,

hemos de aplicar idéntica fundamentación a la seguida hasta el momento: primero será preciso demostrar la posición dominante de la empresa vinculada dentro de la UTE (debiendo tener un compromiso de participación superior al de los restantes componentes –superior al 50% si son dos, al 33,33% si son tres...), una vez probada esta, si además concurren las circunstancias descritas de posición dominante de la empresa vinculada que licita individualmente, será motivo de exclusión de ambas ofertas. De no concurrir esta segunda circunstancia, pero sí poder considerar vinculadas la UTE y la empresa que licita individualmente, resultará de aplicación la previsión del artículo 86.1 del RD 1098/2001”.

Séptimo. La cuestión planteada en el presente recurso ya ha sido objeto de consideración por este Tribunal y por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuya doctrina procede exponer para determinar su aplicación al presente caso.

El artículo 86 del RGLCAP establece:

“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 más 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.”

Dicho precepto encuentra su amparo legal en el vigente artículo 145.4 del TRLCSP que establece: *“En los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas. No obstante, si sobreviniera la vinculación antes de que concluya el plazo de presentación de ofertas, o del plazo de presentación de candidaturas en el procedimiento restringido, podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las citadas empresas. En los demás contratos, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152. Se considerarán empresas vinculadas las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.”*

En interpretación del precepto del RGLCAP se han sucedido cronológicamente diversos criterios como pusimos de manifiesto en la Resolución nº 565/2014. Así como al momento de dictarse la Resolución 137/2011, de 11 de mayo de 2011, la interpretación sentada por este Tribunal era la siguiente, según señala su fundamento jurídico cuarto:

<< “(...) La Abogacía General del Estado en su dictamen 18/07, sentó el criterio de que las ofertas presentadas por empresas del mismo grupo, cuando alguna de ellas lo hiciera formando unión temporal de empresas con otras que no pertenecieran al mismo grupo, deberán valorarse como ofertas independientes para la determinación de qué bajas deben considerarse como anormales o desproporcionadas. Tal criterio es contradicho por la recurrente al indicar que la consideración de tales ofertas como independientes llevaría en algunos casos a la aplicación de la norma en claro fraude de ley. Este Tribunal no puede por menos que reconocer, como hace en su dictamen la Abogacía General del Estado, que no procede aplicar lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las uniones temporales de empresas constituidas o a constituir por dos o más empresas de las cuales una se encuentre vinculada a un determinado grupo, pero no las demás. Esta conclusión es una

lógica consecuencia de la interpretación teleológica del precepto. En efecto, el fundamento de este precepto no es otro que evitar la manipulación que de la presentación de ofertas por empresas pertenecientes al mismo grupo puede derivarse para la determinación del límite cuantitativo a partir del cual una oferta debe considerarse anormalmente baja o desproporcionada. Tal presunción no puede afectar a las uniones temporales de empresas integradas por entidades de las que no todas están vinculadas al grupo en cuestión toda vez que el contenido de la proposición y, en particular, el importe de la oferta económica se determinará por acuerdo de todas las integrantes y no atendiendo a instrucciones de la matriz del grupo.”

Pues bien, ese criterio general de no aplicación del artículo 86 RGLCSP a las uniones temporales de empresas constituidas o a constituir por dos o más empresas de las cuales una se encuentre vinculada a un determinado grupo, se matiza en el caso concreto planteado por la apreciación de un posible fraude de ley, en el fundamento jurídico quinto. “(...) Siendo cierta la consideración hecha en el apartado anterior no puede ignorarse que en determinadas ocasiones las empresas pertenecientes a un grupo podrían acudir a la unión temporal de empresas con otras que estén fuera del mismo para eludir la aplicación de la norma anteriormente transcrita. Ello puede presumirse, en particular, cuando se trate de uniones temporales en que la participación de la empresa vinculada sea muy superior a la de la otra empresa, o ésta última tenga un objeto relacionado sólo de forma marginal con la prestación o en supuestos similares. En tales casos no ofrece duda que puede presumirse la existencia de fraude de ley tal como lo define el artículo 6 del Código Civil (...). A tal respecto el Tribunal ha examinado los compromisos de unión temporal de empresas celebrados y a los que no ha sido aplicado lo dispuesto en el artículo 86 citado, debiendo considerar que del porcentaje de responsabilidad asumido por cada una de las empresas que los integran se desprende, sin lugar a dudas, que evidentemente no se trata de supuestos de aplicación fraudulenta de la norma (...).(…) Resulta claro que dados los porcentajes de responsabilidad asumidos en las dos primeras uniones temporales no cabe dudar de su veracidad y por tanto es adecuado no tomarlas en consideración a efectos del tantas veces citado artículo 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Alguna duda podría plantear la unión temporal prevista entre Dragados S.A. y MJ Construcción y Obras Públicas S.A., puesto que la diferencia entre ambos porcentajes de responsabilidad puede considerarse más

desproporcionada. Sin embargo, no debe olvidarse que el límite del 20% lo admite el propio Reglamento en su artículo 52.4 como participación mínima de cada empresa en la unión temporal para que su clasificación pueda ser computada a efectos de acreditar ésta. En consecuencia si, de conformidad con el Reglamento, un veinte por ciento de participación en la unión temporal hace que la clasificación ostentada por la empresa sea suficiente para computar a efectos de determinar la clasificación de la unión temporal, no existe razón para no tenerla en cuenta a efectos de no aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento.” De la mera lectura de la Resolución resulta que la afirmación de que el criterio del 20% o más de participación en la UTE de la empresa no vinculada, para no aplicar a la UTE el efecto de presentación de ofertas por empresas de un mismo grupo y, a sensu contrario, aplicárselo a todas aquellas en que la participación de la no vinculada es menor, que el párrafo de la cláusula impugnado afirma que es criterio asentado de este Tribunal, no lo era al momento de dictarse la Resolución 137/2011, siéndolo menos aún, por haber variado con posterioridad, nuestra doctrina actual. En efecto, conforme al fundamento cuarto de la Resolución 137/2011, el criterio establecido como general es que la presunción de temeridad no afectaba a las UTEs integradas por empresas de las que no todas están vinculadas a un grupo. Sin perjuicio de aplicar dicho criterio general, la Resolución examina la posibilidad de un fraude de ley por parte del grupo de empresas consistente en la creación de UTEs que domina o controla y entiende que tal dominio o control no se da porque la participación de la no vinculada es igual o superior al 20%, pero este criterio empleado para dilucidar la existencia o no de fraude de ley en el concreto asunto planteado no altera el criterio general de no aplicar la consideración de grupo a efectos de temeridad a las UTEs estén o no integradas por empresas vinculadas. Este criterio fue ratificado por remisión en la Resolución 285/2012, de 14 de diciembre. Ese mismo día, 14 de diciembre, se emite el Informe 34/12, de la JCCA que configura un nuevo criterio en relación a la interpretación del artículo 86 del RGLCAP, a partir de la jurisprudencia comunitaria, singularmente de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), de 27 de noviembre de 2001, en los asuntos acumulados C285/99 y C-286/99, (Sentencia Lombardini y Mantovani) Señala el informe lo siguiente. “(...)La consulta, en esta primer pregunta, se plantea dos posibles interpretaciones de la expresión “individualmente” [del artículo 86.1 RGLCAP]: bien una interpretación literal, que (...) conduciría a la inaplicación del artículo 86.1 del Reglamento General “ya que en una UTE no se licita individualmente sino solidariamente”; o bien una

interpretación finalista que lleva a la aplicación del citado precepto al caso que nos ocupa, dado que este primero, según indica acertadamente la consulta, “busca evitar la alteración por los licitadores de los umbrales de presunción de temeridad”. Esta Junta Consultiva, en coherencia con su doctrina, con la jurisprudencia del TJUE y compartiendo el criterio del Tribunal Central de Recursos Contractuales expresado en su resolución nº 166/2012, entiende que debe hacerse una interpretación finalista del artículo 86.1 del Reglamento, en base a las consideraciones jurídicas que se explican a continuación (...).

(...)En este sentido no está de más recordar que el régimen jurídico de Derecho Comunitario de las ofertas anormalmente bajas (tradicionalmente denominadas en nuestro ordenamiento jurídico como “desproporcionadas o temerarias”) lo encontramos en el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE, que debe ser leído a la luz de la jurisprudencia del TJUE: Sentencia de 23 de abril de 2009, asunto C-292/07, Comisión/Bélgica; Sentencia de 27 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-285/99 y C-286-99, Lombardini y Mantovani; Sentencia de 29 de marzo de 2012, asunto C599/10, SAG ELV Slovensko, entre otras. Con carácter general se considera necesario partir del esquema que acertadamente esgrimió la Abogacía General del Estado en su informe de 7 de junio de 2005, según el cual en “el procedimiento que se tramita con ocasión de la temeridad de las ofertas (...) es posible distinguir”: 1. “Una primera fase dedicada a apreciar qué ofertas merecen ser calificadas como presuntamente temerarias.” Es la fase de identificación de la denominada, por la doctrina, oferta “suspecta”. 2. “Una segunda fase en la que se pide a las empresas la justificación sobre las ofertas presuntamente temerarias, para su correspondiente valoración.” Este es el procedimiento contradictorio en el que principalmente se ha centrado el Derecho Comunitario. 3. “Y una tercera fase en la que, en su caso, se acuerda la exclusión de aquellas ofertas que no hayan dado una explicación satisfactoria (de ofertas incursas en presunción de temeridad han pasado a ser ofertas ya calificables como temerarias)”. El órgano de contratación solo habrá de tomar la decisión motivada de excluir una proposición de la clasificación cuando, tras seguir el citado procedimiento contradictorio (fase 2), considere que aquella o aquellas ofertas no pueden ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionadas. Como ya se ha dicho tanto el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE, como la mayor parte de la jurisprudencia del TJUE, centran su atención en el procedimiento contradictorio (fase 2),

respecto del cual el alto tribunal señala que está destinado “a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas” (sentencia Lombardini y Mantovani, apartado 57 y sentencia SAG ELV Slovensko, apartado 29). En palabras de esta Junta Consultiva (informes 18/1996 y 36/2004, entre otros), el Derecho Comunitario persigue la finalidad de evitar que se puedan rechazar automáticamente dichas ofertas sin hacer previamente una comprobación de las mismas a efectos de determinar su posible cumplimiento. Se sienta así, por el Derecho Comunitario, el principio de imposibilidad de rechazo automático de las proposiciones como garantía del principio de libre concurrencia. Nótese que esta finalidad se proyecta también sobre las demás fases (1 y 3) del procedimiento. Adicionalmente, el TJUE ha señalado, respecto de la primera fase (que es a la que se refiere la consulta), esto es, la consistente en la aplicación de los criterios de valoración de las proposiciones a efectos de identificar la oferta u ofertas “suspecta” o incursas en presunción de anormalidad, que siempre que se cumplan todas las exigencias que se impongan y no se vean afectados los objetivos que persigue la Directiva, el Derecho Comunitario no se opone, en principio, a la normativa y a la práctica administrativa de un Estado miembro que, en materia de determinación y de verificación de las ofertas anormalmente bajas, aplica un método de cálculo del umbral de anomalía basado en la media de todas las ofertas recibidas para la adjudicación de que se trate, “de manera que los licitadores no están en condiciones de conocer dicho umbral en el momento de presentar su documentación; no obstante, la entidad adjudicadora debe poder reconsiderar el resultado al que conduzca la aplicación de este método de cálculo” (fallo de las sentencia Lombardini y Manotovani). El método de cálculo del umbral de anomalía que deriva actualmente de los artículos 145.4 (...) y 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y de los artículos 85, 86 y 90 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no solo no contraviene el principio de imposibilidad de rechazo automático de las proposiciones, sino que cumple todos los requisitos que el TJUE en su Sentencia Lombardini SpA exige respecto de sistema de valoración, en los términos que se señalan a continuación. Concretamente, los artículos enumerados en el párrafo anterior dan forma a un sistema de valoración previa de proposiciones que distingue según cuál sea la naturaleza y número de los criterios de adjudicación (entre otros, informes de la JCCA 18/96, 28/01, 58/08, 54/10 y resoluciones del TCRC nº 228/2011, 113/2012, 147/2012) (...).

Una vez esgrimido el sistema de valoración vigente en nuestro ordenamiento jurídico procede indicar en qué medida cumple con las exigencias del TJUE, expresadas en el fallo de la Sentencia Lombardini (reproducido más arriba). En este sentido procede hacer dos consideraciones:

- En primer lugar, la previsión del artículo 86.1 del Reglamento General en cuanto a que “se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja”, cuando concurren empresas pertenecientes a un mismo grupo, tiene el efecto que persigue el TJUE cuando exige que los licitadores no estén en condiciones de conocer el umbral de anomalía en el momento de presentar su documentación. Esta cautela es una garantía para el principio de libre competencia y no lo contrario, toda vez que este inciso del artículo 86.1 del Reglamento General establece la exclusión de ofertas “sólo para el cálculo de la media aritmética de las ofertas presentadas” (según informe 27/05 de esta Junta Consultiva (...)).
- En segundo lugar nótese que el sistema de valoración que sientan los artículos 85 y 86 del Reglamento General para las antiguas subastas, contempla la posibilidad de que el órgano de contratación atempere el resultado de la aplicación de los criterios que establecen estos preceptos cuando el artículo 85 en su apartado sexto indica que “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”, cumpliendo así con una de las exigencias del TJUE, concretamente la que se refiere a que “la entidad adjudicadora debe poder reconsiderar el resultado al que conduzca la aplicación de este método de cálculo”.

De todo lo anterior siguen las siguientes conclusiones: en primer lugar el sistema de valoración de las proposiciones, a efectos de determinar en una primera fase la oferta “suspecta”, y en especial los artículos 85 y 86 del Reglamento General, cumplen con los requisitos de compatibilidad con el Derecho Comunitario que el TJUE sentó en la Sentencia “Lombardini SpA”. Es más, coadyuvan a la eficacia del principio de libre competencia, cuyo respeto es una exigencia del Derecho Comunitario; y en segundo lugar, los criterios interpretativos y de aplicación que sienta la jurisprudencia del TJUE respecto del artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE deben ser tenidos en cuenta por el aplicador nacional de nuestras normas en materia de ofertas anormalmente bajas o



temerarias, en la forma en que se explica en los párrafos siguientes. (...) En este sentido parece evidente que la interpretación literal del artículo 86.1 que propone la consulta, y que como se explicará no comparte esta Junta Consultiva, podría conducir a un resultado contrario al pretendido por el legislador y también al exigido por el Derecho Comunitario. La consulta aduce a favor de la interpretación literal que la misma propone, que la adopción de una interpretación finalista “podría perjudicar a un tercero ajeno a la relación, es decir, a la otra u otras empresas miembros de la UTE, licitadores con carácter solidario”. Sin embargo esta Junta Consultiva no alcanza a ver cuál es ese perjuicio toda vez que, de acuerdo con la interpretación realizada por ésta en su informe 27/05 ya citado, la exclusión de la proposición o proposiciones que resulta de la aplicación del artículo 86.1 del Reglamento General únicamente afecta al cálculo del umbral de anomalía y, por lo tanto, todas las empresas cuya proposición esté incurso en presunción de anormalidad participarán en el procedimiento contradictorio que sigue a continuación. La interpretación finalista, en suma, no solo no perjudica al interés de licitadores ajenos al Grupo, sino todo lo contrario, dado que salvaguarda el principio de libre competencia, principio éste cuya tutela persiguen tanto la regulación nacional como el Derecho Comunitario. (...) La consulta (...) plantea una segunda cuestión para el caso de que esta Junta Consultiva alcance la conclusión, como así ha sido, de que procede aplicar el artículo 86.1 del Reglamento General también cuando dos empresas pertenecientes al mismo Grupo participen en una misma licitación pública y una de ellas concurren en unión temporal como otra u otras empresas terceras ajenas al Grupo. (...) Concretamente pregunta si podría ser tomado en consideración, en alguna medida, el porcentaje de participación en la UTE para determinar el control de la misma, para la aplicación del mecanismo del artículo 86 del Reglamento General esta Junta Consultiva entiende que la única respuesta coherente con la interpretación teleológica o finalista del artículo 86.1, que se viene defendiendo, es aquélla que no admite condicionar, en ninguna medida, su aplicación a la circunstancia de qué empresa ejerce el control sobre el Grupo. De lo contrario se podría estar poniendo en riesgo la finalidad a la que sirve el citado precepto, finalidad ésta que, como ya se ha dicho, constituye una exigencia del Derecho Comunitario y que, en último término, sirve al principio de libre competencia, amparado también en nuestra legislación. (...) (...) En definitiva, cabe concluir que de acuerdo con una interpretación teleológica del artículo 86.1 del Reglamento General debe entenderse que cuando concurren a una licitación pública empresas que pertenezcan a un mismo

Grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas anormales o desproporcionadas, la oferta más baja, y ello con independencia de que presenten su proposición en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al Grupo y con las cuales concurren en unión temporal. Se descarta la interpretación literal que se propone en el escrito de consulta del artículo 86.1 por las razones siguientes:

- primero porque la misma no serviría al objetivo que persiguió el legislador, y que exige el TJUE, de evitar la manipulación por parte de empresas vinculadas del umbral de anormalidad;
- segundo porque no contribuye a la realización del principio de libre concurrencia que impone el Derecho Comunitario y también el nacional;
- y tercero porque la nueva redacción de la norma de rango legal que el artículo 86.1 viene a desarrollar (artículo 145.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) no recoge la expresión “concurrir individualmente” (...).

No es posible tomar en consideración, en ninguna medida, el porcentaje de participación en la UTE para determinar el control de la misma, para la aplicación del mecanismo del artículo 86 del Reglamento General, toda vez que una respuesta negativa es la única coherente con la interpretación teleológica o finalista del citado precepto” >>

Acogiendo la doctrina sentada por la JCCA este Tribunal señala en la Resolución 541/2013, de 22 de noviembre de 2013, en su fundamento jurídico séptimo señala:

<< “Fijadas así las posiciones de las partes y desde la óptica de la preceptividad de los pliegos, se ha de reconducir la cuestión a la interpretación que ha de darse al artículo 86 del RGLCAP y, en particular, bajo el prisma dado por los criterios interpretativos mantenidos por la JCCA, en el Informe 34/2012, de 14 de diciembre de 2012 relacionado con la interpretación del referido precepto reglamentario (...)

La JCCA, con apoyo en la jurisprudencia del TJUE, abandona una interpretación literal del precepto y opta por otra de carácter teleológico o finalista, en la que se viene a apoyar el órgano de contratación en su informe (...)

(...)Siguiendo la interpretación dada al artículo 86.1º del RGLCAP, al que nos remiten los PCAP y dado el carácter de la JCCA de órgano consultivo específico en materia de contratación administrativa (artículo 324 del TRLCSP), para el cálculo de la media aritmética se llega a la conclusión adoptada por la mesa de contratación y avalada en la resolución de adjudicación por el órgano de contratación. De tal forma que, en el presente caso, conforme al artículo 86.1 del RGLCAP, la media aritmética ha de calcularse excluyendo las proposiciones en cuya formulación (individualmente o bajo compromiso de UTE) hayan incurrido empresas del grupo (...)” No existe pues contradicción en nuestra doctrina, sino antes bien evolución, igualmente no existe contradicción entre nuestra doctrina y la de la JCCA sino que, este Tribunal ha acogido y hecho suya la doctrina de la JCCA posterior a sus primeras Resoluciones y en conformidad con la jurisprudencia comunitaria. Así las cosas, la consideración del porcentaje de participación en la UTE para determinar el control de la misma, a efecto de excluir a las UTEs en que participe una o varias empresas de un grupo de la aplicación del artículo 86.1 del RGLCAP, como hace el párrafo impugnado, es contraria al artículo 86.1 del RGLCAP por infringir el principio de libre competencia. Cosa distinta es la aplicación del artículo 86 del RGLCAP y de la jurisprudencia comunitaria a la licitación que nos ocupa, de lo que nos ocuparemos en el fundamento siguiente.

Siguiendo la interpretación dada al artículo 86.1º del RGLCAP, al que nos remiten los PCAP y dado el carácter de la JCCA, la media aritmética ha de calcularse excluyendo las proposiciones en cuya formulación (individualmente o bajo compromiso de UTE) hayan incurrido empresas del mismo grupo, excepto la más baja, pero independientemente del porcentaje de participación de la empresa vinculada en la correspondiente UTE, por lo que en el presente caso, no debió tomarse en consideración la oferta que fue la formulada bajo compromiso de la UTE INGIOPSA INGENIERIA SL.– DRAGADOS, S.A. por formar parte del grupo ACS

La media aritmética de baja de las ofertas consideradas así calculada y el límite de baja para considerar las ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas, de acuerdo con la fórmula prevista en el cuadro resumen de características al que se remite el PCAP, permite considerar que varía con respecto del resultado obtenido por la mesa de contratación, que incluyó la oferta de la UTE INGIOPSA INGENIERIA SL.- DRAGADOS, S.A, cuando debió excluirla, ya que en el primer caso la media a tener en consideración

sería 32,42%, mientras que de la aplicación del sistema de la mesa de contratación resulta 32,81%, lo cual ha supuesto que la oferta del adjudicatario, con un porcentaje de baja de 32,44%, no haya entrado en la zona de presunción de temeridad “ >>

Resultando de esta forma que la oferta de la UTE adjudicataria, PROINTEC S.A.-CONSTRUCCIONES SEVILLA NEVADO, S.A., entraría en presunción de anormalidad o desproporcionalidad, la resolución de adjudicación del contrato no sería ajustada a derecho, siendo preciso, de acuerdo con el artículo 86 del RGLCAP, que la mesa de contratación solicite a aquella UTE, previamente al acuerdo de adjudicación, las precisiones que juzgue oportunas sobre la composición de la oferta presentada incurso en presunción de anormalidad o desproporcionalidad.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J.J.R.G. en nombre y representación de EXACO Y DOPEX, S.A. y D.M.B.S., en nombre y representación de INYPSA INFORMES Y PROYECTOS, S.A., contra la resolución de adjudicación de la Secretaría General de la Consejería de Fomento, Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo del contrato de “ Servicio de asistencia técnica para la conservación y mantenimiento, vigilancia y auscultación, y ayuda a la explotación de las presas de la Consejería de Fomento, Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo de la Comunidad Autónoma de Extremadura”, (Expediente: SER0514093), anular la resolución impugnada y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la valoración de las ofertas económicas, para que se proceda a determinar las ofertas que presenten valores anormales o desproporcionados en los términos previstos en esta Resolución.

Segundo. Mantener la suspensión del procedimiento acordada de conformidad con lo previsto en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público hasta la resolución del recurso de este Tribunal número 98/2015.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en el plazo dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.