



Recurso nº 504/2014

Resolución nº 565/2014

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

En Madrid, a 24 de julio de 2014.

VISTA la reclamación interpuesta por D. F.G.S.S.R. y D. P.B.D.C., en nombre y representación de SIEMENS, S.A., contra el Pliego de Condiciones Particulares que rige la contratación para la “Ejecución de las obras y realización del mantenimiento de los centros de autotransformación y telemando de energía del tramo Monforte-Murcia del Nuevo Acceso Ferroviario de Alta Velocidad Madrid-Castilla-La Mancha-Comunidad Valenciana-Región de Murcia” (Expediente 4.14/20810.0047), licitada por la Entidad Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidad, entidad pública dependiente de la Administración General del Estado, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 30 de mayo de 2014 el Consejo de Administración, acuerda la aprobación de los expedientes de contratación, de los pliegos, la aprobación del gasto, y la apertura del procedimiento de adjudicación, del contrato de ejecución de las obras y realización del mantenimiento de los centros de auto transformación y telemando de energía del tramo Monforte-Murcia del Nuevo Acceso Ferroviario de Alta Velocidad Madrid-Castilla La Mancha-Comunidad Valenciana-Región de Murcia, expediente 4.14/20810.0047. Se publica el anuncio en el Perfil del Contratante de la entidad, el 10 de junio de 2014 en el Boletín Oficial del Estado y el 17 de junio de 2014 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Se fija en los anuncios publicados en los diarios oficiales como lugar de obtención de documentación e información, las dependencias del organismo, siendo la fecha límite de

obtención de documentación e información la misma de la presentación de proposiciones, hasta las once horas del día 30 de julio de 2014.

El valor estimado del contrato es de 10.876.622,85 euros, IVA excluido, calificado en el Anexo I de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales (LCSE), como de la categoría 45.23, “*construcción de autopistas, carreteras, campos de aterrizaje, vías férreas y centros deportivos*”, con referencia de nomenclatura CPV 45234170-8.

El contrato es por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con varios criterios de adjudicación, atribuyéndose 25 puntos a la ponderación de los criterios evaluables mediante juicio de valor u oferta técnica, 75 puntos a los criterios evaluables mediante fórmula u oferta económica, y 15 puntos a la renuncia expresa a la revisión de precios.

La cláusula 14 del Pliego de Condiciones Particulares (PCAP), referida a las ofertas con valores anormales o desproporcionados, tras especificar la fórmula para determinar que ofertas económicas incurren en presunción de temeridad, y el procedimiento para formular las justificaciones y apreciarlas por la entidad contratante, señala en sus tres últimos párrafos lo siguiente.

“(...) Cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente o en U.T.E., a la adjudicación de un contrato será considerada a los efectos de establecer la Baja Media (BM) la más baja de cada grupo, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.

De conformidad con el criterio asentado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, no resultara de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior a las ofertas presentadas en compromiso de uniones temporales de empresas que estén integradas por dos o más empresas, de las cuales una o varias se encuentren vinculadas a un determinado grupo pero no las demás, siempre y cuando la participación en las UTE/s de las empresa/s que no formen parte del grupo empresarial sea igual o superior al 20%.

Se entiende por empresas pertenecientes a un mismo grupo, las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio”.

Segundo. El 25 de junio de 2014, SIEMENS, S.A. anuncia a la entidad contratante la interposición de la reclamación prevista en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE) contra el penúltimo párrafo de la cláusula 14 del PCP.

El 27 de junio de 2014 se presenta en este Tribunal la reclamación anunciada.

En el *petitum* de la reclamación se solicita lo siguiente.

“(…)Tenga por interpuesta la presente reclamación, la admita y, en consecuencia, acuerde la anulación del penúltimo párrafo de la cláusula 14 del Pliego de Condiciones Particulares y ordene la continuación del procedimiento de contratación sin que en él resulte de aplicación el citado párrafo.”

Igualmente se solicita la medida cautelar de suspensión provisional del procedimiento de contratación.

Tercero. El 3 de julio de 2014, la entidad contratante remite el expediente de contratación, acompañándolo de su informe, a este Tribunal.

Cuarto. Se acompaña al expediente certificación de 2 de julio de 2014, de que hasta el día de la fecha no se habían presentado ninguna oferta a la licitación.

Quinto. Interpuesta la reclamación, el 11 de julio de 2014 la Secretaria del Tribunal, en el ejercicio de competencias delegadas, dicta resolución por la que se concede la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 103 y 105 de la LCSE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101.1 de la LCSE, al ser la entidad contratante una de las expresamente enumeradas en la disposición adicional segunda, apartado 6, en relación con los artículos 3.1 y 10.1 de la LCSE

Segundo. El artículo 102 de la LCSE establece que *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*.

Dicha norma se reconduce necesariamente a la doctrina jurisprudencial acerca del concepto de interés legítimo en el ámbito administrativo.

Así en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias por las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por “interés” debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio.

El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre.

En el presente caso la reclamante en su condición de empresa del sector puede ser licitadora del procedimiento, por lo que su esfera de intereses resulta afectada por el

pliego impugnado, teniendo por ello la condición de interesada y estando legitimada para interponer la reclamación.

Tercero. El acto recurrido es el PCP de un contrato que tiene por objeto un servicio contenido en el Anexo I de la LCSE, adjudicado por una de las entidades enumeradas en el artículo 3.1 de la citada LCSE, por lo que es susceptible de reclamación conforme al artículo 101 de la misma.

Cuarto. En cuanto a los requisitos de forma y plazo para la interposición de la reclamación, el 27 de junio de 2014 tuvo entrada en el registro de este Tribunal la reclamación, precedida de su anuncio a la entidad contratante el 22 de junio.

El artículo 104.1, 2 y 3 de la LCSE establece:

“1. Todo aquel que se proponga interponer reclamación en los términos previstos en el artículo 101 deberá anunciarlo previamente mediante escrito presentado ante la entidad contratante en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición de la reclamación. En dicho escrito deberá indicarse el acto del procedimiento contra el que irá dirigida la reclamación que se interponga.

2. El procedimiento se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles, a contar desde el siguiente al de la publicación en su caso de la licitación del contrato en el «Diario Oficial de la Unión Europea» cuando se interponga contra dicha licitación, desde que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia.

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano competente para resolver la reclamación (...)”

La publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea se produjo el 17 de junio de 2014.

En consecuencia se han cumplido los requisitos de tiempo y forma para la interposición de la reclamación.

Quinto. Entrando ya en las cuestiones de fondo planteado, la reclamante impugna penúltimo párrafo de la cláusula 14 del PCP en cuanto al referirse a la presunción de ofertas económicas anormales o desproporcionadas. Ello porque la cláusula, tras establecer la regla general en cuanto a las ofertas económicas presentadas individualmente o en UTE por licitadores pertenecientes a un mismo grupo empresarial, considerando a efectos de establecer la baja media la más baja de las ofertas de cada grupo, aplicándose respecto de las restantes ofertas formulada por las empresas del grupo, excluye sin embargo de la aplicación de la referida regla a las ofertas presentadas en UTE integradas por dos o más empresas, de las cuales una o varias se encuentren vinculadas a un determinado grupo pero no las demás, cuando la participación de las empresas que no formen parte del grupo sea igual o superior al 20%.

Solicita la reclamante su anulación por entender que es contrario a una correcta interpretación literal y teleológica del artículo 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), a la más reciente interpretación del citado precepto tanto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) como de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), así como a las exigencias que se derivan de la necesaria protección de la competencia en este ámbito.

Así aduce en cuanto a la interpretación del artículo 86 del RGLCAP, desde un punto de vista literal, que el mismo no distingue entre los supuestos en los que las empresas del grupo concurren en UTE o individualmente, ni tampoco por el mayor o menor valor de su participación en dichas agrupaciones. Añade que las UTEs, no tienen personalidad jurídica, ni necesitan constituirse para licitar, ni escudan o modifican la responsabilidad de sus miembros frente a la Administración, que es completa, total y por el contrato íntegramente considerado, por lo que no hay razón para pretender que, cuando presenta la UTE una oferta, no lo está haciendo también directa e inmediatamente cada uno de sus miembros.

Señala además que la inexistencia de distinción por el grado de participación en la UTE responde al sentido teleológico de la norma, pues la finalidad del artículo 86.1 RGLCAP es la de evitar que empresas pertenecientes a un mismo grupo puedan ponerse de

acuerdo en el valor de sus respectivas ofertas con el fin de falsear las medias aritméticas que se calculan para determinar el umbral de anormalidad, pues ello supondría falsear la competencia en detrimento de los demás licitadores.

Que es incierta la afirmación del párrafo impugnado de la cláusula que lo fundamenta en su conformidad con el criterio asentado por el TACRC, que responde antes bien a un error en la apreciación de la doctrina del Tribunal sobre la cuestión, que atiende a la aplicación a las UTEs, sin consideración a porcentajes, de la regla del artículo 86 RGLCAP. Antes bien se extrapola la Resolución 137/2011, de 11 de mayo, del TACRC que responde a un supuesto de hecho, en que se aprecia posible fraude de ley, en el que se llega a la regla del 20% por considerar 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 [el artículo 86.1]"*, y para evitar esta situación se decide aplicar el límite del 20% que recoge el PCP.

La Resolución 137/2011, a juicio de la recurrente, parte de una premisa (la no aplicación general de la regla del artículo 86 a las UTEs) que no se corresponde con la mejor y más reiterada doctrina emanada no solo del mismo órgano, sino también de la JCCA, singularmente en la Resolución 541/2013 de 22 de noviembre de 2013, del TACRC y en el Informe 34/12, de 14 de diciembre de 2012, de la JCCA. También aduce el Informe 1/2012, de 24 de febrero, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía. De todos ellos concluye que el artículo 86.1 RGLCAP debe aplicarse sin limitación alguna, bastando que uno de los miembros de la UTE pertenezca al mismo grupo que alguna otra de las empresas licitadoras, sin que se fijen limitaciones a través de porcentajes de control o participación.

Por último señala que la aplicación de la regla del 20% puede elevar de forma artificial el valor de la baja media de las ofertas de manera que las ofertas más bajas presentadas se colocan en situación de temeridad, lo que supone un incentivo contrario a la bajada de precio en los posibles licitadores, y por tanto, a la reducción de la competencia en el aspecto del precio, pues los licitadores, para no incurrir en temeridad, tenderán a tratar de agrupar sus ofertas más cerca de lo que esperan sea la media de las presentadas, lo que

es relevante desde un punto de vista de la protección de la adecuada competencia en la contratación pública.

La entidad contratante en su informe opone, en primer lugar que al sujetarse el procedimiento de licitación a la LCSE no resulta de aplicación el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) ni el artículo 86 del RGLCAP, siendo por ello de aplicación el artículo 82 de la LCSE a las ofertas anormalmente bajas. Así, las reglas a las que debe someterse ADIF en cuanto a la determinación de ofertas anormalmente bajas, son las incluidas en dicho artículo de la LCSE, que han sido recogidas en la cláusula 14 del PCP, estableciendo, para dar cumplimiento al primer requisito del artículo 82 de la LCSE, las reglas de determinación del umbral de temeridad, e incluyendo, como referencia para determinar las empresas que deben excluirse del cálculo de la temeridad, lo dispuesto en el artículo 86 del RGLCAP con la interpretación incluida en los tres últimos párrafos de la cláusula 14 del PCP.

Entienden que, el motivo que ha llevado a las diferentes resoluciones del TACRC en relación con dicho asunto, ha sido la concreta aplicación de las reglas de determinación del citado umbral de temeridad en aquellos supuestos en los que los pliegos no regulaban cual era la forma de proceder en el caso de UTE's, supuesto que no se da en el presente contrato puesto que los pliegos incluyen expresamente el criterio a seguir.

Asimismo señala que la doctrina esgrimida por el recurrente, en particular la Resolución 541/2013, de 22 de noviembre, y el Informe 34/12, de 14 de diciembre, de la JCCA, se encuentran referidos a contratos administrativos sujetos al TRLCSPP, y en los que los pliegos únicamente hacen referencia a los artículos de dicho texto refundido o del RGLCAP (artículo 86) a la hora de regular el cálculo del umbral de temeridad, sin contemplar, como lo hace ADIF en sus contratos sujetos a la LCSE, los criterios a tener en cuenta en el supuesto a que nos referimos.

En relación con lo expresado en la consideración anterior, y sobre la doctrina del TACRC, si bien es cierto que existen distintas resoluciones en las que se estudia el contenido del mencionado artículo 86.1 RGLCAP (las 137/2011, 285/2012 ó 541/2013), no es menos

cierto que no todas mantienen una exacta y misma línea doctrinal, sin que ello implique que necesariamente se hayan producido rectificaciones de criterio expresamente entre unas u otras resoluciones. También señala que a pesar de que el Informe 34/2012 de la JCCA mantiene a una postura concordante con determinadas Resoluciones del TACRC (541/2013), y que por tanto sería contraria a la anteriormente citada 137/2011 de este Tribunal, realmente no se acaba de ver en esas resoluciones una postura que apoye claramente el informe de la JCCA y que, por lo tanto, sea contraria a resoluciones como la 137/2011 de este Tribunal.

Concluye afirmando que la redacción contenida en el penúltimo párrafo de la cláusula 14 del PCP mantiene la debida coherencia con el contenido de la Resolución 137/2011 del TACRC, en el entendimiento de la corrección y la lógica de las argumentaciones vertidas en la citada Resolución, de modo que dicha redacción persigue, al igual que otros tipos de criterios, el fin teleológico de la norma reglamentaria, cual es evitar la manipulación de ofertas presentadas.

Sexto. Entrando ya en el examen de las alegaciones comenzaremos por examinar nuestra doctrina y la de la JCCA sobre la aplicación del artículo 86 del RGLCAP, para entrar luego en la consideración concreta de su posible aplicación o no al procedimiento de licitación que nos ocupa.

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 concurran 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.

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 los 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 C-285/99 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 C-599/10, SAG ELV Slovensko, ente 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 sentencias 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 aquella 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 concurrencia, 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.

Séptimo. Está en lo cierto la entidad contratante cuando afirma que el artículo 86 del RGLCAP no es de aplicación al PCP impugnado.

En efecto, como ya dijimos el contrato al que se refiere el precepto impugnado se encuentra regulado por la LCSE y no por el TRLCSP y, en consecuencia, tampoco por sus normas de desarrollo como el RGLCAP.

En efecto, es de aplicación a las ofertas anormalmente basas el artículo 82, “Ofertas anormalmente bajas”, de la LCSE, según el cual:

“1. Si las ofertas resultasen anormalmente bajas en relación con la prestación que se ha de ejecutar, la entidad contratante, antes de poder rechazarlas, pedirá por escrito a quienes hubieran presentado dichas ofertas las precisiones que juzgue oportunas sobre la composición de la oferta correspondiente y comprobará dicha composición teniendo en cuenta las explicaciones que le sean facilitadas, para lo cual podrá fijar un plazo de respuesta no inferior a tres días contados desde la recepción de la petición de estas explicaciones.

2. Tales precisiones podrán referirse en particular a:

a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación de los productos, la prestación de servicios o el procedimiento de construcción.

b) Las soluciones técnicas adoptadas y/o las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

c) La originalidad de los suministros, servicios u obras propuestos por el licitador.

d) El respeto de las disposiciones vigentes relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo en el lugar en que se vaya a llevar a cabo la obra, el servicio o el suministro.

e) La posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.

3. Cuando la entidad contratante compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda estatal, sólo podrá rechazar dicha oferta por esa única razón si consulta al licitador y éste no puede demostrar, en un plazo suficiente fijado por la entidad contratante, que tal ayuda fue concedida de forma legal. Cuando en estas circunstancias la entidad contratante rechace una oferta, informará de ello a la Comisión.”

Si bien es verdad que no es de aplicación el artículo 86 del RGLCAP y que el transcrito artículo 82 de la LCSE no obliga a establecer una regla relativa a la apreciación de la temeridad en caso de ofertas de empresas de un mismo grupo, es lo cierto que le es igualmente aplicable a los contratos regulados por la LCSE, los principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato, así como el principio de transparencia, conforme su artículo 19, y en consecuencia no puede desconocer el ente contratante en la redacción del PCP la exigencia de cumplimiento de tales principios.

Por ello el ente contratante, en la configuración de la cláusula que regula la presunción de temeridad, no puede desconocer la aplicación de tales principios, como se han ido articulando en la jurisprudencia comunitaria, y singularmente, por lo que aquí importa, la Sentencia Lombardini y Mantovani, que establece que el derecho comunitario no se opone a la normativa y a la práctica de un Estado miembro que, en materia de determinación y de verificación de las ofertas anormalmente bajas, por un lado, 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, *“siempre que los licitadores no estén en condiciones de conocer dicho umbral en el momento de presentar su documentación”*.

Dicha finalidad de que los licitadores no estén en condiciones de conocer el umbral de temeridad en el momento de presentar su documentación, como señala la JCCA, constituye una exigencia del Derecho Comunitario que sirve a los principios de libre competencia y, por ende, a los de igualdad de trato y no discriminación.

Así las cosas, una prescripción como la impugnada, que condiciona la aplicación de la regla general que la misma cláusula establece, cuando concurren a una licitación pública



empresas que pertenezcan a un mismo grupo, y que toma únicamente en consideración la oferta más baja de las empresas del grupo para apreciar las ofertas anormales o desproporcionadas, tratándose de UTEs formadas por una empresa vinculada y otra no vinculada cuya participación en la unión sea inferior al 20 por ciento, pone en riesgo la consecución de aquella finalidad, por cuanto permite al grupo empresarial concertarse en la presentación de ofertas y con ello alterar la fijación del umbral de temeridad, si la participación de la empresa no vinculadas en la UTE en que participe es igual o superior al 20 por ciento, vulnerando con ello los principios de libre concurrencia, igualdad de trato y no discriminación que rigen la contratación.

En consecuencia es nulo el párrafo *“de conformidad con el criterio asentado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, no resultara de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior a las ofertas presentadas en compromiso de uniones temporales de empresas que estén integradas por dos o más empresas, de las cuales una o varias se encuentren vinculadas a un determinado grupo pero no las demás, siempre y cuando la participación en las UTE/s de las empresa/s que no formen parte del grupo empresarial sea igual o superior al 20%”* de la cláusula 14 del PCP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar la reclamación interpuesta por la reclamación interpuesta por D. F.G.S.S.R. Silva Rauter y D. P.B.D.C., en nombre y representación de SIEMENS, S.A., contra el Pliego de Condiciones Particulares que rige la contratación de “Ejecución de las obras y realización del mantenimiento de los centros de autotransformación y telemando de energía del tramo Monforte-Murcia del Nuevo Acceso Ferroviario de Alta Velocidad Madrid-Castilla-La Mancha-Comunidad Valenciana-Región de Murcia” (Expediente 4.14/20810.0047), licitada por la Entidad Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidad, y

declarar nulo el penúltimo párrafo de la cláusula 14 del Pliego de Condiciones Particulares impugnado.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, de conformidad con el artículo 106.4 de la LCSE.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia nacional, 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 11.1, letra d) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.