

**Informe 34/12, de 14 de diciembre de 2012. “Interpretación del art. 86 del Reglamento de la LCAP sobre la posible adjudicación de un contrato a empresas que conforman una UTE. CNC”.**

Clasificación de los informes. 8. Uniones temporales de empresas

## **ANTECEDENTES**

Por el Presidente de la Confederación Nacional de la Construcción (“CNC”) se formula consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa mediante escrito redactado en los siguientes términos:

“DON J. F. L., en su condición de Presidente de CNC (CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN), domiciliada en Madrid, calle ..., como mejor proceda en Derecho, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa,

## **SOLICITA DICTAMEN**

de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre las cuestiones que más adelante se especifican por considerarlas de interés general para el sector de la construcción de obras públicas:

## **CUESTIÓN SOMETIDA A CONSULTA:**

### **ASUNTO:**

Por varias Asociaciones integradas en esta Confederación, se nos ha hecho llegar la conveniencia de aclarar el alcance del adverbio “individualmente” en el texto del artículo 86 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que a continuación se transcribe:

“A los efectos de lo dispuesto en el art. 83.3 de lo Ley, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del art. 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.”

No plantea problemas su interpretación en el caso de la licitación en solitario, pero sí pueden surgir problemas si una empresa, que forma parte de un grupo al que pertenece otro licitador, oferta en régimen de Unión Temporal de Empresas con una tercera ajena al grupo.

La interpretación en sus propios términos del precepto parece sugerir que no sería de aplicación la exclusión de la oferta más alta de las dos empresas del grupo, ya que en una UTE no se licita individualmente sino solidariamente con otra u otras.

Por otro lado, una interpretación finalista de la norma, que busca evitar la alteración por los licitadores de los umbrales de presunción de temeridad, aconsejaría la puesta en funcionamiento del mecanismo que regula, evitando el fraude que pudiera implicar la valoración de la oferta. No obstante, la adopción de este criterio 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, a la ejecución del contrato.

Habida cuenta de esta situación, formulamos las siguientes preguntas:

1. Cuando en una licitación concurren dos empresas que forman parte de un mismo grupo empresarial ¿deben aplicarse las previsiones del primer párrafo el art. 86 del Reglamento de la Ley

de Contratos de las Administraciones Públicas, incluso si una o ambas licitan en Unión Temporal con otras empresas ajenas al grupo?

2. En caso positivo, ¿podrían ser tomados en consideración en alguno medido el porcentaje de participación en la Unión Temporal para determinar el control de la misma para la aplicación el mecanismo del artículo 86?

A la vista de lo anteriormente expuesto, se solicita de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa informe sobre la cuestión referida, a juicio de ese órgano consultivo ”.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS:**

1. La consulta plantea dos preguntas relativas a la 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.

2. La principal duda interpretativa se refiere a la expresión “individualmente”, que se contiene en el artículo 86.1 del citado Reglamento, el cual concretamente reza: “A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley [equivalente al artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público], cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo (...) 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”.

Concretamente la consulta, en esta primer pregunta, se plantea dos posibles interpretaciones de la expresión “individualmente”: bien una interpretación literal, que de acuerdo con el criterio de la CNC 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.

3. Primeramente debemos confirmar la plena vigencia de los artículos 85 y 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de acuerdo con el Derecho nacional y comunitario vigentes.

En lo que respecta al Derecho nacional, a la vista de las siguientes normas cabe concluir que los referidos artículos no han sido derogados ni explícita ni tácitamente: la disposición derogatoria única y demás articulado de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; el articulado del actualmente vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y la disposición derogatoria única del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007.

En lo que respecta al Derecho Comunitario, el mismo tampoco ha afectado a la plena vigencia de los artículos 85 y 86 del Reglamento General. Antes bien, la aplicación e interpretación que el TJUE

viene haciendo del régimen de derecho comunitario en materia de ofertas anormalmente bajas debe ser tomado en consideración cuando se trata de interpretar estos dos preceptos, en los términos que se explican a continuación.

4. 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, ente 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 competencia. 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 Mantovani).

El método de cálculo del umbral de anomalía que deriva actualmente de los artículos 145.4 (cuyo contenido, no está de más recordar, procede directamente de los ya derogados artículos 83.3 y 234.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) 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):

- Así cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio (la antigua subasta), el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas se apreciará conforme a los criterios de los artículos 85 y 86 del Reglamento General, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.
- Cuando, por el contrario, para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración (esto es, el antiguo concurso), los criterios de valoración de las proposiciones deberán figurar en todo caso en los pliegos.

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 concurrencia 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 emitido precisamente a petición de la Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional).
- 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 concurrencia, 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.

5. A continuación procede exponer las razones que sostienen la determinación de esta Junta Consultiva de hacer una interpretación finalista del último inciso del artículo 86.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En primer lugar recordemos que existe un antecedente de interpretación teleológica o finalista de este precepto por esta Junta Consultiva. Concretamente en el informe 27/05 ya mencionado esta Junta Consultiva optó por esta modalidad interpretativa cuando SEOPAN le preguntó si la exclusión de ofertas de empresas de un mismo grupo debía producirse sólo para el cálculo de la media aritmética de las ofertas presentadas o, por el contrario, todas las ofertas de empresas del mismo Grupo debían considerarse incurso en presunción de temeridad, aunque no concurrieran en las mismas los supuestos del artículo 85 del Reglamento General, en la 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. En aquella ocasión la Junta Consultiva tomó en consideración la exposición de motivos de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre (que introdujo el artículo 83.3 de la ya derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, precepto éste que el artículo 86.1 del Reglamento General desarrollaba), la cual indicaba que con la reforma se trataba 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 puedan desvirtuar la competencia tratándose de evitar con esto último 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”. A la luz de esta declaración de intenciones del legislador, la interpretación adecuada a la finalidad de la norma resultaba evidente.

No obstante la Junta entonces también se apoyó en el ya referido informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento de 7 de junio de 2005, cuyas consideraciones son pertinentes para el caso que nos ocupa. Conforme a dicho informe “el principio de competencia está orientado a favorecer en la licitación las ofertas de precio más bajo (más competitivas). Ahora bien, como excepción a dicho principio, la institución de la temeridad trata de evitar la adjudicación del contrato a ofertas de precio tan reducido que acaben revelándose objetivamente inviables. Para hacer esta valoración, la regla general en nuestro Derecho es proceder por comparación con las restantes ofertas presentadas (calcular medias aritméticas). (...) la finalidad que persigue el artículo 86.1 del Reglamento General es evitar que las empresas del mismo grupo obtengan una ventaja en la determinación de las medias aritméticas gracias a la presentación concertada de diversas ofertas, cada una de las cuales computará para formar dicha media. La solución que adopta el artículo 86.1 del Reglamento General es que el cálculo de las medias aritméticas se haga, respecto de las empresas del grupo, tomando una sola oferta, concretamente la oferta más baja. La media así obtenida se aplicará para apreciar la temeridad de las restantes ofertas, incluidas las presentadas por las empresas del mismo grupo”.

6. Todas estas notas sobre la finalidad del artículo 86.1 del Reglamento General continúan hoy plenamente vigentes. 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.

7. A mayor abundamiento, la propia evolución de la legislación secundaria lo acertado de la interpretación que defiende esta Junta Consultiva dado que la regulación actualmente vigente ha suprimido la expresión “concurrir individualmente”.

Así, si bien el artículo 83.3 segundo párrafo del ya derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas hablaba de una formulación individual de las proposiciones de las ofertas, expresión que se replica por el desarrollo reglamentario que de esta disposición hace el tantas veces mentado artículo 86.1 del Reglamento General; nótese que el actualmente vigente artículo 145.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (que, recordemos, equivale al antiguo artículo 83.3) suprime la expresión “individualmente” y se refiere únicamente a “la presentación de distintas proposiciones por empresa vinculadas”.

8. Asimismo procede poner de manifiesto que el criterio hasta ahora expresado es compartido por el Tribunal Central de Recursos Contractuales, según su resolución 147/2012, de 3 de agosto de 2012. En la misma este Tribunal aplica el artículo 86 del Reglamento General en una licitación pública a la cual concurren no una sino dos agrupaciones de empresas integradas por empresas vinculadas entre sí y, al tiempo, por terceras empresas ajenas al Grupo.

9. La consulta de la CNC 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.

La CNC 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.

## **CONCLUSIÓN:**

1. 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”.

2. 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

