

Sc. Comisión Consultiva
GK/.

Informe 1/2012, de 24 de febrero, sobre interpretación de la expresión “concurrir individualmente” contenida en el 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.

I.- ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda dirige escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en petición de informe con el siguiente texto:

“Con fecha 20 de octubre de 2011, una vez aprobado el expediente de contratación clave 2011/0262 (07-JA-2028-00-00-GI) “Servicios de Diversas Operaciones de Conservación en las Carreteras de la Zona Norte de la Provincia de Jaén” mediante resolución de 19 de octubre de 2011, se produjo el envío al DOUE del anuncio de licitación del expediente de referencia. Dicha licitación se publicó, además, de conformidad con lo establecido en el artículo 126 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, texto normativo que resulta de aplicación al expediente de referencia a tenor de lo dispuesto en la Disposición final única del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público, en el BOJA núm. 76, de 2 de noviembre de 2011 y en el BOE núm. 267 de 5 de noviembre de 2011 (se acompaña copia de los citados anuncios).

De acuerdo con lo establecido en el anuncio de licitación, la fecha límite de presentación de ofertas finalizó el pasado día 10 de enero de 2012. Consta en el certificado del responsable del Registro que, a la licitación de referencia, han concurrido 40 empresas licitadoras, de las cuales 30 de ellas se presentan en UTE, haciendo uso de la posibilidad señalada en el artículo 59 LCSP, en relación con la letra e) de la cláusula 16.1 del PCAP.

Con fecha 17 de enero, se constituyó la mesa de contratación para el examen y calificación de la documentación que acompaña a las proposiciones, constatándose, entre otros extremos, la correcta acreditación, por parte de las empresas licitadoras, en unos casos, de la relación de las sociedades pertenecientes al grupo con indicación de las que concurrían a la misma licitación y, en otros casos, de la pertinente declaración de no pertenencia a ningún grupo.

El problema se suscita en relación con empresas que, habiéndose presentado en UTE con empresas que no son de su grupo, declaran que forman parte de un grupo y que a la licitación concurre otra de su grupo. Esta última empresa nominada, sin embargo, no se presenta de forma individual, sino también formando parte de una UTE, salvedad hecha de un caso.



En concreto, el supuesto de hecho producido con ocasión del examen de los sobres núm. 1 es el siguiente:

Grupo A:

API MOVILIDAD, SA (se presenta de forma individual)
VIMAC, SA/VIAS, SA (en UTE)
MIPELSA/DRAGADOS, SA (en UTE)

De estos (3) licitadores resulta que API Movilidad, SA, Vías, SA y Dragados, SA, manifiestan que forman parte del mismo grupo de empresas e indican a las dos restantes que concurren a la licitación.

Grupo B:

HORMACESA/ASFALTOS JAÉN, SL (en UTE)
CONSTRUCCIONES GLESA, SA/PROBISA (en UTE)

De estos (2) licitadores, Probisa y Hormacesa declaran que forman parte del mismo grupo de empresas y además, como en el caso anterior, declara que la otra empresa concurre a la misma licitación.

Siendo esta la situación de partida, el problema surge por cuanto a efectos de determinar cual sea la baja media aritmética de las ofertas, parámetro matemático que debe calcularse y cifrarse previamente para la determinación de la apreciación del carácter o no de anormalidad o desproporcionalidad en que pueda incurrir una oferta dada, por aplicación de lo establecido en la cláusula 17.9 del PCAP que rige la licitación, según la cual <<en el caso de que empresas de un mismo grupo presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación relacionado anteriormente (cálculo de la baja media), 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>>, la circunstancia que ha sido evidenciada, concurrir en UTE con otras empresas que no forman parte del mismo grupo, pudiera provocar la no aplicación de la regla descrita a ninguna de las proposiciones que han sido presentadas.

En efecto, del contenido de lo establecido en la cláusula 17.9 del PCAP, se infiere que, para la aplicación del supuesto de hecho de referencia, resultan necesarios los dos siguientes requisitos:

- a) Que empresas pertenecientes al mismo grupo se presenten a la misma licitación,
- b) Que dichas empresas concurren individualmente.

En el expediente objeto de análisis, como se ha puesto de relieve con



anterioridad, la circunstancia de individualidad, tan sólo es predicable de una de las proposiciones presentadas. No de las restantes. Aun así, para la presentada de forma individual, pudiera tampoco ser de aplicación la citada regla, si su oferta no fuese la más baja.

Ello determina, ante las serias dudas suscitadas sobre la correcta interpretación y alcance que se pudiera hacer de la cláusula en cuestión, la necesidad de plantear ante esa Comisión Consultiva de Contratación Pública las siguientes cuestiones:

1ª) ¿Es jurídicamente posible extender a empresas del mismo grupo pero que no concurren de forma individual a una licitación, sino en UTE con empresas que no son de su grupo, ante el silencio de la norma y por aplicación analógica, igual regla a la establecida para las empresas del mismo grupo pero que concurren de forma diferenciada e individualmente a una licitación?

2ª) En caso contrario y atendiendo a idénticas razones de omisión de regulación normativa ¿sería posible incorporar al contenido de un PCAP dicha circunstancia de aplicabilidad para las proposiciones de empresas pertenecientes al mismo grupo, pero presentadas en UTE ya sea de forma conjunta con sus propias empresas o no, dado el carácter básico que la Disposición final primera del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que debe entenderse vigente en tanto no se oponga a lo establecido en la LCSP, otorga al artículo 86 del citado RGLCAP?

A dichos efectos se acompaña ejemplar del PCAP que rige la licitación, sin perjuicio de remitir cualquier otra documentación que pudiera ser requerida por ese órgano consultivo.

Se solicita, asimismo, atendiendo a lo establecido en el artículo 12.4 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, antes citado, que el informe se emita en el menor plazo posible, al estar prevista la apertura de los sobres que contienen la documentación económica y técnica cuantificable de forma automática, para el próximo día 10 de febrero de 2012.”

II.- INFORME

La cuestión objeto de consulta se concreta en dilucidar el sentido que se le debe atribuir a la expresión “*concurrir individualmente*” contenida en el 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, que al regular la valoración de las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo, dispone en su punto 1 que “*A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten distintas proposiciones para*



concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta mas baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.”, parte de cuyo texto se ha incorporado en la cláusula 17.9 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato que da lugar a la consulta en cuestión.

El precepto transcrito constituyó el desarrollo reglamentario del artículo 84.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, (artículo 83.3 de su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), precepto que le fue incorporado por la reforma llevada a cabo por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, y que actualmente se mantiene en el artículo 145.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, con la siguiente redacción: *“..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.”*

La Exposición de Motivos de la citada Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que introdujo el precepto reseñado indicaba que se introducía una serie de disposiciones que tienen por objeto incrementar la concurrencia y aumentar la transparencia y objetividad en los procedimientos de adjudicación en la contratación administrativa, destacando entre ellas *“la regulación más adecuada de los supuestos de baja temeraria introduciendo su posible apreciación en los concursos y evitando la realización por sociedades pertenecientes a un mismo grupo de prácticas que pueden desvirtuar la competencia”*.

Precisamente a este aspecto se refiere el Informe 27/05, de 29 de junio de 2005, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que al tratar de la exclusión de ofertas presentadas por empresas pertenecientes a un mismo grupo en la valoración de las ofertas anormalmente bajas, hacia una interpretación finalista o teleológica del artículo 86.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 83.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señalando que se trata de *“evitar 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”*.

En definitiva lo que queda patente con esta regulación es el temor del legislador de que la presentación de proposiciones a un mismo contrato por empresas de un mismo grupo se dirija de modo organizado a desequilibrar el



sistema de valoración económica de las proposiciones y trata de evitar acuerdos entre ellas a la hora de formular las ofertas tendentes a alterar la baja y lograr la adjudicación del contrato.

Nos encontramos ante una norma de carácter preventivo, según la cual, concurriendo en una licitación las circunstancias objetivas que la misma describe se producen unos efectos en relación con el régimen de apreciación de ofertas desproporcionados o temerarios, sin que ello prejuzgue la intencionalidad de las empresas que, pertenecientes a un mismo grupo, concurren separadamente a la licitación.

Son estas premisas expuestas las que deben informar la interpretación de la expresión “*concurrir individualmente*” y es precisamente su alcance teleológico el que debe primar sobre el sentido literal de las palabras, porque el que la empresa del grupo concorra a la licitación en unión con otra empresa no perteneciente a dicho grupo no altera la prevención, inherente en la norma, de querer evitar la posibilidad de acuerdos dirigidos a alterar el régimen de apreciación de las bajas, objetivo que fácilmente se puede alcanzar por el simple hecho de concurrir a la licitación acompañada de una tercera empresa eludiendo de esta manera la norma en cuestión.

Por ello hay que concluir que la concurrencia de la circunstancia descrita en el escrito de consulta no altera el supuesto de hecho previsto en la norma, de manera que la individualidad se debe atribuir a su participación en la licitación vaya o no acompañada de otra empresa, situación esta que le permitiría influir en concurrencia con las restantes empresas del grupo en la conformación de la oferta que les sea más favorable para su adjudicación.

III.- CONCLUSIÓN

La expresión “*concurrir individualmente*” contenida en el 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, se debe interpretar en el sentido que en una licitación concurren separadamente empresas del mismo grupo ya sea de forma individual o en una unión de empresarios.

Es todo cuanto se ha de informar.

