

12. EFECTOS DE UNA OFERTA INCURSA EN PRESUNCIÓN DE TEMERIDAD SOBRE OTRAS OFERTAS PRESENTADAS AL MISMO CONCURSO POR EMPRESAS DEL MISMO GRUPO EMPRESARIAL

Se interpreta en este informe el artículo 83.1 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a los efectos que produce, respecto de las diferentes ofertas que pueden presentar a un mismo concurso empresas de un mismo grupo, la circunstancia de que una de estas ofertas quede incurso en presunción de temeridad. El criterio que se sostiene fue ratificado después, con cita expresa de este informe, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 27/05, de 29 de junio) *.

La Abogacía del Estado ha examinado su petición de informe sobre si resulta procedente en Derecho excluir de la licitación a todas las empresas de un mismo grupo que concurren individualmente a una licitación cuando una de las ofertas así presentadas es considerada temeraria.

La petición de informe se plantea con motivo del concurso «Nuevo complejo ferroviario de la estación de Atocha. Remodelación de la cabecera sur de Cercanías. Acceso del Pasillo Verde»; al que han presentado ofertas, entre otras, T, S. A. y D, S. A. (en UTE), y V, S. A. Se hace constar en el escrito de petición de informe que las citadas empresas «pertenecen al mismo grupo empresarial, según declaración presentada por las mismas.»

La oferta presentada por T, S. A. y D, S. A. (en UTE) asciende a 8.571.737,02 €; y la de V, S. A. a 9.250.000,00 €.

Se dice en el escrito de consulta que, conforme a lo establecido en el pliego, para apreciar la temeridad de las ofertas «sólo se ha tenido en cuenta la oferta económica de T, S. A. y D, S. A. (en UTE) por ser la más baja.» Tras los cálculos correspondientes, dicha oferta ha quedado incurso en presunción de temeridad.

Al solicitar de T, S. A. y D, S. A. (en UTE) la correspondiente justificación, se ha considerado «no correctamente justificada» la oferta presentada, por lo que la propuesta es que quede excluida del concurso.

* Informe elaborado el 7 de junio de 2005 por don Rafael Domínguez Olivera. Abogado del Estado Jefe en el Ministerio de Fomento.

- 12** La cuestión que se plantea es si, además, debe ser excluida también por dicho motivo V, S. A., en la medida en que pertenece al mismo grupo empresarial.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. La cuestión que se plantea está relacionada con la interpretación que deba darse al inciso final del artículo 83.1 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas [RCAP]:

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

1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta 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 duda a resolver es si:

– El artículo 86.1 del RCAP establece, respecto de la temeridad de la oferta más barata, una extensión plena de efectos para todas las ofertas presentadas individualmente por las restantes empresas del mismo grupo.

– El artículo 86.1 del RCAP establece una simple regla de cálculo para apreciar la temeridad, computándose a tales efectos sólo la oferta más barata de las presentadas por el mismo grupo.

II. Para resolver la cuestión planteada, esta Abogacía del Estado considera que necesario partir de una aclaración sobre el procedimiento que se tramita con ocasión de la temeridad de las ofertas. En este procedimiento es posible distinguir:

1. Una primera fase dedicada a apreciar qué ofertas merecen ser calificadas como presuntamente temerarias.

2. Una segunda fase en la que se pide a las empresas la justificación sobre las ofertas presuntamente temerarias, para su correspondiente valoración.

3. Y una tercera fase en la que, en su caso, se acuerda la exclusión de aquellas que no hayan dado una explicación satisfactoria (de ofertas incuridas en presunción de temeridad han pasado a ser ofertas ya calificables como temerarias).

III. El criterio de esta Abogacía del Estado es que el artículo 86.1 del RCAP establece una simple regla para calcular («apreciar») qué ofertas merecen ser consideradas presuntamente temerarias (la primera fase de las señaladas anteriormente).

Por el contrario, se estima que el artículo 86.1 del RCAP no establece una extensión de efectos hasta el punto de ligar la suerte de todas las ofertas del grupo a la de la oferta más baja; aplicándose a aquéllas la obligación de justificación o la exclusión (las que antes hemos denominado fases segunda y tercera).

El criterio expuesto se basa en los siguientes argumentos:

1. La interpretación literal del artículo 86.1 del RCAP.

Esta Abogacía del Estado considera que, al regular la temeridad, tanto la Ley como el Reglamento emplean en el verbo «apreciar» en su acepción de «reducir a cálculo o medida» (*Diccionario de la Real Academia Española*).

Literalmente entendido, lo que el artículo 86.1 del RCAP extiende a las restantes ofertas del grupo son «los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias».

En definitiva, lo que se extiende a las restantes ofertas del mismo grupo es la regla de cálculo que (realizada tomando únicamente la oferta más baja) sirve para determinar («apreciar») qué ofertas son temerarias.

No parece que de la expresión «apreciar» pueda deducirse que la extensión de efectos a que se refiere el precepto abarca la necesidad de que todas las empresas del grupo deban someterse a la fase de justificación o deban resultar excluidas por el solo hecho de que, en su caso, lo fuera la oferta más baja.

2. La interpretación sistemática del artículo 86.1 del RCAP con el artículo 83.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [LCAP], que es el precepto legal que le sirve de fundamento.

El artículo 86.1 del RCAP es desarrollo del artículo 83.3 de la LCAP. Este precepto establece:

«Artículo 83. Adjudicación y bajas temerarias.

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

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

12 El efecto que establece la Ley (y el que trata de desarrollar el Reglamento) es que determinadas «no podrán ser consideradas» para «apreciar» el carácter desproporcionado o temerario de las bajas «de acuerdo con los criterios objetivos que se establezcan».

En opinión de esta Abogacía del Estado, «no considerar» determinadas ofertas a ciertos efectos, es algo distinto a equiparar la suerte de unas ofertas a la de otra.

Para aclarar el alcance que en el artículo 83.3 de la LCAP se atribuye al verbo «considerar» («no podrán ser consideradas») considera esta Abogacía del Estado que puede ser ilustrativo comparar dicha norma con el artículo 86.4 de la LCAP; precepto este que ha sido introducido en nuestra Ley al mismo tiempo que el artículo 83.3 (por la Ley 53/99) y que está dedicado a regular un supuesto similar:

«Artículo 86. Criterios para la adjudicación del concurso.

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

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

En definitiva, de acuerdo con el artículo 86.4 de la LCAP, la «consideración» de las ofertas presentadas por empresas del mismo grupo no consiste en que queden admitidas o excluidas del concurso, sino en que no se tienen en cuenta a los efectos de realizar los cálculos para fijar el precio de referencia o para identificar qué ofertas deben calificarse desproporcionadas o temerarias.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que, conforme al propio artículo 83.3 de la LCAP, esa «no consideración» de determinadas ofertas es «a los efectos del párrafo anterior»; párrafo este en el que lo que se establece es el modo de «apreciar» (calcular) el carácter desproporcionado o temerario de la baja. En concreto, lo que regula es que se apreciará sujetándose a «los criterios objetivos que se establezcan», sin que en este párrafo se incluya referencia alguna a la fase de justificación de ofertas o a la exclusión de las ofertas temerarias.

3. La interpretación finalista del artículo 86.1 del RCAP en relación con el artículo 83.3 de la LCAP. 12

Ya se ha dicho que la actual redacción del artículo 83.3 de la LCAP (el precepto legal que desarrolla el art. 86.1 del RCAP) viene de la Ley 53/1999, en cuya Exposición de Motivos se justificaba la nueva norma con el propósito de establecer «una regulación más adecuada de los supuestos de baja temeraria, introduciendo su posible apreciación en los concursos y evitando la realización por sociedades pertenecientes a un mismo grupo de prácticas que pueden desvirtuar la competencia».

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).

Esta Abogacía del Estado considera que la finalidad que persigue el artículo 86.1 del RCAP 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 RCAP 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.

Sin embargo, en opinión de esta Abogacía del Estado, no parece que en el «espíritu» del artículo 86.1 del RCAP (art. 3 del Código Civil) se encuentre el propósito de establecer una extensión plena de efectos; en cuya virtud, la oferta más baja sirva no sólo para «apreciar» la temeridad de las restantes ofertas del grupo, sino también para que ligar estas ofertas a la suerte de aquélla en cuanto al deber de presentar una justificación o a la posibilidad de ser excluidas (las que antes hemos denominado fases segunda y tercera).

En efecto, no parece que esa extensión plena de efectos haya sido la finalidad del artículo 86.1 del RCAP si se tiene en cuenta que, como consecuencia de ello, se producirían las siguientes distorsiones en aspectos esenciales de la contratación:

- a) En la fase de justificación de ofertas temerarias

Es exigencia del Derecho comunitario que ninguna oferta pueda ser excluida por causa de la temeridad sin previamente dar a la empresa que la ha presentado la oportunidad de justificarla ante el órgano de contratación (art. 30 de la Directiva 93/37/CEE).

12 Pues bien, la extensión plena de efectos conduciría a que, si la oferta más baja queda incurso en presunción de temeridad, también habría que solicitar la correspondiente justificación a las restantes ofertas presentadas por las empresas del mismo grupo, aunque quedaría sin resolver si esta justificación se les solicitaría:

– Sobre su propia oferta, aunque por su importe no mereciera ser considerada como temeraria, lo que resultaría incoherente con la institución de la temeridad, que sólo atiende a las ofertas que merecen tal calificativo.

– Sobre la oferta más baja, con lo que acabaría obligándose a una empresa a justificar la oferta que ha presentado otra (cuando lo normal es que una empresa considere que los términos en que es ejecutable un contrato son los de su propia oferta, no los de la oferta presentada por otra).

b) En la fase de exclusión

Si, como consecuencia de no haberse admitido la justificación presentada por la oferta más baja, debieran ser excluidas también las restantes ofertas del grupo, puede ocurrir que ofertas en sí mismas aceptables sean rechazadas por el solo hecho de que las empresas que las ha formulado pertenezca a un grupo de empresas. En opinión de esta Abogacía del Estado, ese efecto es contrario al principio de concurrencia e incoherente con los fines propios de la institución de la temeridad (podría darse la paradoja de que resultaran excluidas incluso aquellas ofertas que fueran coincidentes con el presupuesto máximo de licitación y que, es obvio, no son temerarias).

Si, como consecuencia de haberse admitido la justificación presentada por la oferta más baja, debieran ser también aceptadas sin más las restantes ofertas del mismo grupo, puede ocurrir que ofertas en sí mismas inaceptables no sean rechazadas gracias a que han sido formuladas por empresas pertenecientes a un mismo grupo. En opinión de esta Abogacía del Estado, ese efecto parece contrario al principio de igualdad entre empresas.

En definitiva, esta Abogacía del Estado considera que el artículo 86.1 del RCAP establece una simple regla de cálculo cuyos efectos son los que se extienden a las restantes ofertas del grupo empresarial, lo que se sostiene con fundamento en:

– Una interpretación literal (basada en el empleo del verbo «apreciar»).

– Una interpretación sistemática (basada en el precepto legal que el RCAP trata de desarrollar).

– Una interpretación finalista (teniendo en cuenta los fines que posee la institución de la temeridad).

Primera. Esta Abogacía del Estado considera que el artículo 86.1 del RCAP establece una regla para calcular («apreciar») qué ofertas merecen ser consideradas presuntamente temerarias, tomando para ello únicamente «la oferta más baja» de las presentadas por las empresas del grupo. El cálculo así obtenido (normalmente una media aritmética) se aplicará para apreciar la temeridad de las restantes ofertas, incluidas las presentadas por las empresas del mismo grupo.

Segunda. Cuando la oferta más baja resulta incurso en presunción de temeridad, no se estima ajustado a Derecho extender a las restantes empresas del grupo la obligación de justificar sus propias ofertas no incursas en tal presunción (ni tampoco la obligación de justificar la oferta más baja presentada por otra empresa).

Tercera. Cuando, por no haberse aceptado la correspondiente justificación, la oferta más baja deba ser excluida por temeraria, no se estima ajustado a Derecho que esta sola circunstancia determine la exclusión automática de las restantes ofertas del mismo grupo.

Cuarta. Como consecuencia de todo lo razonado, en el caso concreto sobre el que se solicita informe, esta Abogacía del Estado considera que la exclusión de T, S. A. y D, S. A. (en UTE) no determina que deba quedar excluida V, S. A. por la sola circunstancia de pertenecer al mismo grupo empresarial.