



**Consulta sobre la determinación del supuesto de aplicación del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuando concurren licitadores pertenecientes a grupos de empresas. Informe 05/2018, de 20 de julio.**

*Tipo de informe: Facultativo*

**ANTECEDENTES.**

1. La Federación de Municipios de la Región de Murcia, a través de su Secretario General, traslada a esta Junta Regional de Contratación Administrativa la consulta recibida del Ayuntamiento de Murcia, en relación con la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 85 y 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en adelante RGLCAP, para determinar las ofertas incursas en desproporción, cuyo contenido literal es el siguiente:

*<<Por la Mesa de Contratación de fecha 5 de diciembre de 2017 se ha acordado formular a esa Junta la siguiente*

**CONSULTA**

*Se solicita consulta sobre la interpretación de las reglas contenidas en los artículos 85 del RGLCAP para determinar las ofertas incursas en desproporción en el sentido de cuál debe ser el número de licitadores que debe tenerse en cuenta para aplicar dicho artículo, en el supuesto de que, conforme al art. 86 concurren licitadores pertenecientes a grupos de empresas:*

- *Entender que, "para determinar el supuesto de aplicación que corresponde de los establecidos en el art. 85, hay que tener en cuenta el número de licitadores que queden con exclusión de los licitadores del mismo grupo que no se tomen en cuenta".*
- *Considerar, como ha interpretado este Servicio de Contratación, al no establecer el art. 86 del Reglamento exclusión alguna, que "el tomar en cuenta la oferta más baja de las presentadas por los licitadores del grupo en aplicación del artículo 86 del RGLCAP, y no tomar en cuenta en consecuencia de las restantes del mismo grupo, lo es a los solos efectos del cálculo de la media aritmética, sin que ello suponga reducir el número de licitadores para determinar el supuesto de aplicación en el que nos encontremos del art. 85 RGLCAP".>>*

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**1.** Esta Junta Regional de Contratación Administrativa emite informe facultativo de conformidad con lo establecido en el artículo 2.1 del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia y se dictan normas en materia de clasificación de empresas (en adelante D. 175/2003).

La solicitud de informe ha sido formulada por el Ayuntamiento de Murcia, a través de la Federación de Municipios de la Región de Murcia, tal como prevé el artículo 13.3 del citado Decreto, al disponer que *"Los Ayuntamientos de la Región de Murcia podrán solicitar informe a la Junta Regional de Contratación Administrativa por medio del Alcalde-Presidente de la Corporación y a través de la Federación de Municipios de la Región de Murcia"*.

**2.** Con carácter previo al examen de la cuestión que se plantea en el escrito de consulta, ha de resaltarse en cuanto al régimen jurídico aplicable a la contratación pública, que entre la fecha en que se acuerda por la Mesa de Contratación del Ayuntamiento solicitar informe a esta Junta, 7 de diciembre de 2017, y la que se traslada por el propio Alcalde del Ayuntamiento de Murcia al Presidente de la Federación de Municipios de la Región de Murcia en fecha 28 de marzo de 2018, se publicó la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP 9/2017), la cual entró en vigor el pasado 9 de marzo de 2018.

Por ello y respecto a los procedimientos adjudicados en base a un único criterio, deben de hacerse unas consideraciones previas en cuanto a la regulación de los criterios para apreciar cuando presumir que las ofertas pueden ser anormalmente bajas, tanto en el anterior texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y en la actual norma en vigor, la LCSP 9/2017.

**3.** Con el anterior TRLCSP, para considerar que una oferta era anormal o desproporcionada, en los procedimientos con un único criterio (precio), el artículo 152.1 señalaba que *"...podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado"*, por lo que y dado que el único reglamento parcial aprobado hasta la fecha era el Real Decreto 817/2009, que desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y al no regular esta cuestión, seguían apreciándose las bajas anormales conforme a los criterios mencionados en el artículo 85 y 86 del RGLCAP, considerado vigente en tanto no se opusiera a lo dispuesto en el propio TRLCSP.

El artículo 149.2 de la actual LCSP 9/2017 dispone al efecto que:

*"La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad,*



*debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.*

*La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:*

*a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado."*

La diferencia fundamental respecto a los procedimientos adjudicados en base al precio únicamente, consiste en que la actual LCSP 9/2017 permite que en los propios pliegos puedan establecerse los parámetros objetivos para identificar las ofertas anormales, antes de lo que reglamentariamente pueda establecerse.

Por ello, cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el precio, y si en los pliegos no se establecen dichos parámetros objetivos, serán de aplicación los criterios recogidos en los artículos 85 y 86 del RGLCAP por la misma razón y con la misma limitación advertidos en el primer párrafo de esta consideración.

Así los criterios que recoge el artículo 85 del RGLCAP para apreciar las ofertas desproporcionadas o, tal como las denomina la actual LCSP 9/2017, anormalmente bajas, son diferentes según el número de licitadores que concurren, distinguiendo los siguientes:

*"1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*

*2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*

*3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.*

*4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.*

*5. Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el*

*correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores.*

*6. Para la valoración de la ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada”.*

Por su parte el artículo 86.1 del RGLCAP y por lo que aquí interesa, dispone lo siguiente:

*“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.”*

El artículo 149.3 de la LCSP 9/2017 establece que:

*“Cuando hubieren presentado ofertas 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 identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal.”*

Dicho artículo reproduce pues la regla contenida en el mencionado artículo 86.1 del RGLCAP, cual es la de considerar sólo la oferta más baja de las presentadas por las empresas vinculadas, si bien elimina la palabra *“individualmente”* y la extiende no sólo cuando las empresas del grupo concurren individualmente, sino también cuando lo hagan conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal. Esto no hace sino confirmar la interpretación finalista o teleológica que venía defendiéndose tanto por la Junta consultiva de Contratación del Estado como por diversos tribunales de recursos contractuales respecto de la aplicación de los mismos criterios a las ofertas presentadas por empresas en UTEs, pues lo contrario no serviría al objetivo que persiguió el legislador, que era el de evitar la manipulación por parte de empresas vinculadas del umbral de anormalidad.

**4.** Detallada la normativa anterior, procede ahora responder a la cuestión planteada a esta Junta y a la que nos ceñiremos exclusivamente, que es la de cómo debe determinarse el supuesto aplicable de los tipificados en el artículo 85 del RGLCAP en el caso de que se presenten varios licitadores, alguno de ellos pertenecientes a un mismo grupo de empresas. A tal efecto se pregunta:

- Si para ello es necesario contabilizar todos los licitadores que hayan presentado ofertas con independencia de que pertenezcan a un grupo



empresarial, cual es la opinión del Servicio de Contratación del Ayuntamiento.

- Si por el contrario, deben ser excluidos de dicho número aquellos licitadores pertenecientes a un mismo grupo, cuyas ofertas no deben tomarse en cuenta a efectos de determinar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, de conformidad con lo que establece el apartado 1 del artículo 86 del RGLCAP y el apartado 3 del artículo 149 de la LCSP 9/2017.

En opinión de esta Junta, las empresas integrantes de un mismo grupo, merecen la consideración de licitadores distintos a los efectos de determinar el supuesto aplicable del artículo 85 del RGLCAP, pues la única limitación respecto a las ofertas presentadas por las empresas en general es la contenida en el artículo 139 de la LCSP 9/2017, que establece la prohibición de presentar más de una proposición, lo que literalmente se recoge así:

*“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.”*

Y en particular, la única limitación prevista sobre las ofertas presentadas por empresas pertenecientes a un mismo grupo es la que establece el artículo 149.3 de la LCSP 9/2017, antes transcrito y que reproduce básicamente el contenido del artículo 86.1 del RGLCAP tal como ha quedado reflejado anteriormente, y que no es otra cosa que una regla para apreciar qué ofertas pueden ser identificadas como anormalmente bajas, tomando para ello solamente la oferta más baja de las presentadas por las empresas pertenecientes al mismo grupo a los solos efectos del cálculo de las medias aritméticas previstas en el artículo 85 del RGLCAP, compartiendo así el criterio que mantiene el informe de fecha 7 de junio de 2005 de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento, seguido también por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 27/05, de 29 de junio, y en cuya Conclusión Primera de aquel informe literalmente se recoge lo siguiente:

*“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.”*

## **CONCLUSIÓN**

Por todo lo expuesto en las consideraciones anteriores, esta Junta Regional de Contratación Administrativa entiende que para determinar el supuesto de aplicación del artículo 85 RGLCAP, deben ser computados todos licitadores pertenecientes al grupo de empresas que hayan presentado sus proposiciones válidamente, con independencia de que sus ofertas no se hayan considerado a efectos del cálculo de las medias aritméticas que deba llevarse a cabo para identificar las ofertas anormalmente bajas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 149.3 de la LCSP 9/2017 y 86 del mencionado RGLCAP.