

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 22 de diciembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don M.L.B., en nombre y representación de IMESAPI, S.A., contra la Orden del Consejero de Transportes, Infraestructuras y Vivienda, de 13 de noviembre de 2014, por la que se adjudica el lote 7 del “servicio de conservación y explotación en las carreteras de la Comunidad de Madrid años 2014-2017”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 29 de julio de 2014 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el anuncio de licitación del “servicio de conservación y explotación en las carreteras de la Comunidad de Madrid años 2014-2017”, a adjudicar mediante procedimiento abierto y tramitación urgente, con pluralidad de criterios y con un valor estimado de 109.433.203,34 euros. Asimismo se publicó en DOUE el 30 de julio y en el BOE el 2 de agosto.

El contrato está dividido en 7 lotes según las distintas zonas geográficas de la Comunidad de Madrid, correspondiendo el lote 7 a la zona oeste.

Segundo.- La cláusula primera, apartado 9, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), establece en cuanto a la determinación de ofertas económicas con valores anormales o desproporcionados:

“De acuerdo con lo previsto en el artículo 152 del TRLCSP, a continuación se determinan los parámetros por los que se considerarán ofertas económicas con valores anormales ó desproporcionados a la realidad, determinados por la trascendencia del objeto del contrato, así como por la necesidad de la buena ejecución del mismo para la conservación y mantenimiento de las carreteras y para la seguridad vial de los usuarios de las vías, y ante las circunstancias actuales del mercado, siendo previsible que puedan presentarse alrededor de 70 licitadores al contrato objeto de la presente propuesta.

Se considerarán ofertas económicas con valores anormales o desproporcionados a la realidad, aquellas que se encuentren en los siguientes supuestos:

1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 20 unidades porcentuales.

2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 15 unidades porcentuales a la otra oferta.

3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 7 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 7 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 20 unidades porcentuales.

4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 5 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 5 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.”

Asimismo el PCAP exige de las licitadoras declaración de las proposiciones formuladas por empresas pertenecientes a un mismo grupo. Según las declaraciones aportadas en la licitación eran las siguientes:

1. IMESAPI / Dragados, S.A. / Vías y Construcciones, S.A. / API Movilidad, S.A. / Viabal / ECOCIVIOL.
2. Durantia / Becsa S.A.
3. FCC Construcción / Mantenimiento Infraestructuras.
4. OHL/ Elsan.
5. ACEINSA Salamanca / ACEINSA Movilidad.
6. Ferrovial Agroman/Ferrovial Servicios/ Andaluza de Señalizaciones / Ferroser.

Segundo.- Efectuado el cálculo para la determinación de las proposiciones incursas en el supuesto de oferta anormal o desproporcionada se incluyó en dicho supuesto la oferta presentada por API Movilidad, S.A., para el lote 7, requiriendo con fecha 13 de octubre de 2014 justificación de la oferta a la mencionada empresa.

Reunida la Mesa de contratación el 21 de octubre y a la vista del informe de la D.G. de Carreteras, de fecha 17 de octubre de 2014, se acordó rechazar la oferta formulada por la empresa API Movilidad para el lote 7 del contrato, por entender que no se justificaba adecuadamente y se propuso la adjudicación de este lote a la empresa Aceinsa Movilidad, S.A.

Con fecha 22 de octubre de 2014 API Movilidad presentó al Área de Contratación solicitud de aclaración respecto de las empresas consideradas en baja temeraria en el lote 7 ya que entiende que debe aplicarse al contrato lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre

(RGLCAP) y entendía que con arreglo a los criterios a los que debe sujetarse la valoración de las ofertas debía haberse incluido también a la mercantil Aceinsa Movilidad. Desde el Área de Contratación se dio contestación a la solicitud el 12 de noviembre de 2014, indicando que para la determinación de las empresas incursas en valores anormales o desproporcionados no resulta de aplicación el artículo 86.1 del RGLCAP, sino el apartado 4 de dicho artículo. En consecuencia, dado que el PCAP no contiene previsión alguna respecto a las proposiciones presentadas por empresas pertenecientes al mismo grupo para el cálculo de las bajas anormales o desproporcionadas no procedía la forma de aplicación del apartado 1 que supone que se tomará únicamente la oferta más baja, produciéndose 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.

Tercero.- El lote 7 del contrato se adjudicó a la empresa Aceinsa Movilidad mediante Orden de fecha 13 de noviembre de 2014 que se remitió a los licitadores y se publicó en el portal de la contratación el 19 de noviembre.

Cuarto.- Con fecha 26 de noviembre de 2014 la empresa IMESAPI, presenta anuncio de interposición de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del lote 7 del contrato, formulando dicho recurso el 11 de diciembre.

El recurso se remite a este Tribunal el 12 de diciembre, junto con una copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF).

El informe expone que el cálculo efectuado para la determinación de las empresas incursas en bajas temerarias se ha efectuado dando cumplimiento a las disposiciones legales aplicables y a lo establecido en el PCAP, esto es, tomando cada oferta de forma individual y sin considerar si pertenecen o no a grupo empresarial puesto que el Pliego no establecía sistema alguno de valoración al

respecto de las proposiciones presentadas por empresas de un mismo grupo a efectos del cálculo de bajas.

Quinto.- Con fecha 17 de diciembre de 2014, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- Por la Secretaria del Tribunal da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Aceinsa Movilidad, S.A., que manifiesta que según el artículo 152 del TRLCSP, el órgano de contratación podrá indicar en los pliegos los límites que permitan apreciar que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales, por tanto la fijación del modo de determinar la presunción de anormalidad de una oferta será potestativo. Señala que el PCAP nada dice respecto de la obligación de excluir del cálculo del umbral de temeridad los precios ofertados por empresas que se consideren vinculadas y por tanto, si la Mesa de contratación hubiera realizado tal exclusión hubiera actuado fraudulentamente en contra de los pliegos que rigen la licitación. La cláusula 1.9 del PCAP no deja lugar a dudas sobre su interpretación. Alega que IMESAPI no ha impugnado la adjudicación de los lotes 2 y 6 de la presente licitación en los que participó e incurría en presunción de anormalidad bajo la aplicación del mismo criterio y forma de cómputo que ahora pretende recurrir. Por ello no parece razonable que ahora pretenda impugnar el contenido de unos pliegos que fueron aceptados desde el momento en que presentó su oferta, no fueron cuestionados durante el periodo de publicación y tampoco en cuanto a la forma de aplicación en ninguno de los otros lotes en que participaba la misma empresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios, clasificado en la categoría 1 del Anexo II del TRLCSP, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1. a) y 2.c) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Orden impugnada es de 13 de noviembre de 2014, practicada la notificación el 19, e interpuesto el recurso el 9 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa IMESAPI, SA, para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”. Dicha empresa figura la segunda en el orden de clasificación y de ser estimado el recurso deberían retrotraerse las actuaciones para verificar la viabilidad de la oferta de la empresa Aceinsa Movilidad, actual adjudicataria, con la posibilidad de que ésta no acreditara suficientemente la viabilidad y el órgano de contratación decidiera el rechazo de la oferta, lo que supondría el beneficio para la recurrente de poder obtener la adjudicación.

Quinto.- El fondo del recurso se centra en determinar si la apreciación de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionadas en el supuesto de proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes al mismo grupo se

ha realizado correctamente, incluyendo a todas las ofertas presentadas, o si se debió realizar aplicando lo dispuesto en el artículo 86.1 del RGLCAP, tomando únicamente la oferta más baja.

En primer lugar conviene concretar el régimen jurídico aplicable al supuesto objeto del recurso.

El artículo 152 del TRLCSP, en su apartado 1, establece que cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado. Por otra parte el apartado 2 del mismo artículo establece que cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.

El artículo 145.4 del citado TRLCSP dispone que 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.

El desarrollo reglamentario de los preceptos legales relativos a las ofertas anormales o desproporcionadas está en el RGLCAP, vigente en cuanto no se oponga al TRLCSP, que debe interpretarse de acuerdo con el texto legal vigente y con la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

El RGLCAP regula, en su artículo 85, los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en los procedimientos cuyo único criterio de adjudicación es el precio (subastas) y en el artículo 86 la valoración de las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo. El apartado 4 señala que a los efectos de lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley (la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), 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.

El artículo 86 RGLCSP dispone:

“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 concurren 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”.

La recurrente mantiene que se ha producido un error en la valoración de la oferta presentada por la adjudicataria, Aceinsa Movilidad, y debió considerarse su oferta como temeraria, pues no se ha tenido en cuenta la existencia de ofertas formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo. Argumenta que aunque es cierto que el PCAP no contempla un criterio específico para la valoración en el caso de proposiciones presentadas por empresas pertenecientes al mismo grupo, eso no significa que no haya de tenerse en consideración los criterios del RGLCAP debiéndose aplicar subsidiariamente, y en este caso considera de aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 86 del citado Reglamento.

Cabe recordar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 151 del TRLCSP el procedimiento previsto para las ofertas con valores anormales o desproporcionados supone una primera fase relativa a determinar qué ofertas merecen ser calificadas como tales, una segunda de solicitud de justificación de la viabilidad de las incursas en los parámetros determinados, y una tercera de valoración de las explicaciones y determinación de su admisibilidad o rechazo.

Así como en los contratos cuya adjudicación se hace mediante la apreciación de cuál es la oferta de precio más bajo es relativamente fácil establecer parámetros generales aplicables a todas ellas, en el caso de que los criterios de adjudicación sean varios, dada la muy diversa naturaleza de los que pueden figurar en los pliegos de contratación, es lógico que la determinación de los casos en que la proposición incurre en alguna de las situaciones citadas debe reservarse a los propios pliegos. Cuando la adjudicación debe hacerse valorando varios criterios, la apreciación de que una proposición es anormalmente baja o desproporcionada exige que en el pliego correspondiente se haya establecido tal posibilidad mediante la inclusión de los supuestos de hecho en que se podría considerar que incurre en tal situación y los parámetros para apreciarla.

Dado que en el primer momento procede determinar qué ofertas superan los umbrales de temeridad, al efecto el RGLCSP establece un sistema que distingue según cuál sea la naturaleza y número de los criterios de adjudicación. En el primer caso el desarrollo reglamentario y la determinación de la temeridad se hará aplicando lo dispuesto en el artículo 85 del RGLCSP y en el segundo aplicando los parámetros previamente establecidos en el PCAP. En ambos supuestos, al efecto, debe tenerse en cuenta que, en su caso, en la licitación hayan presentado ofertas empresas vinculadas pertenecientes al mismo grupo, situación regulada en el artículo 86 del mismo Reglamento.

El artículo 86 del RGLCAP, relativo a la valoración de ofertas presentadas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo, desarrolla la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) actualmente derogada y establece dos regímenes diferenciados:

- El aplicable a los contratos adjudicados por el único criterio precio (anteriormente subastas), que es el establecido en los apartados 1 a 3 dada la remisión expresa establecida en el apartado 1 del artículo 86 al artículo 83.3 de la LCAP que regulaba el cálculo de bajas temerarias en los contratos adjudicados por subasta.

- El régimen aplicable a los contratos adjudicados mediante varios criterios (anteriormente concursos) que es el establecido en el apartado 4 del mencionado artículo 86 a la vista de la remisión que hace al artículo 86.4 de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El contrato de referencia se adjudica mediante pluralidad de criterios, por tanto, en cuanto a la determinación del umbral de temeridad, habrá de estarse a lo recogido en el PCAP y cuando se dé el supuesto en que a tal efecto sea necesaria la valoración de las proposiciones presentadas por empresas pertenecientes a un mismo grupo, le resulta aplicable lo establecido en el apartado 4 del artículo 86 del RGLCAP cuando señala que *“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". No existe laguna legal que permita la aplicación subsidiaria, como pretende la recurrente, del apartado 1 del mismo artículo, resultando aplicable el apartado 4 del artículo 86 que contiene una regulación especial y no el apartado 1 del mencionado artículo.

El carácter potestativo y no obligatorio de dicho precepto es evidente, dejando en manos del órgano de contratación que aprueba el PCAP la determinación, o no, de dicho criterio y sin que la opción por no regularlo necesariamente deba suponer la aplicación de la regulación del apartado 1 prevista para supuestos distintos.

La finalidad del artículo 86.1 del RGLCAP es evitar que empresas en las que exista un grado de dependencia por pertenecer al mismo grupo puedan manipular sus ofertas con el fin de alterar el límite cuantitativo a partir del cual se entiende que una proposición es anormalmente baja, y con ello la independencia del sujeto contratante. En cambio cuando la adjudicación tiene lugar en base a una pluralidad de criterios, el precio no es determinante. Por ello se reserva a los pliegos establecer los supuestos en que se considerará que la proposición incurre en el carácter de anormal o desproporcionada fijando para ello el umbral y también cómo ha de valorarse en el supuesto de proposiciones formuladas por empresas vinculadas.

El PCAP del contrato objeto del recurso, en uso de la facultad legal, establece el régimen para la apreciación de las ofertas incursas en baja anormal o desproporcionada, pero no establece previsión alguna respecto de la valoración de las proposiciones presentadas por empresas del mismo grupo, por lo que el cálculo que realizó la Consejería se hizo aplicando la normativa y las disposiciones del Pliego, esto es sin consideración específica de las empresas que habían declarado pertenecer al mismo grupo. Si el PCAP no determina un umbral de temeridad en un procedimiento con pluralidad de criterios cabe entender que el órgano de contratación no ha querido establecerlo y por ello no será de aplicación lo dispuesto

en el artículo 85 del RGLCAP. Igualmente, si se trata de un procedimiento con pluralidad de criterios donde el órgano de contratación sí ha establecido el umbral de apreciación de la temeridad, pero no una norma especial para la valoración de las ofertas formuladas por distintas empresas del mismo grupo, solo cabe entender que no ha hecho uso de esa opción, tal como entiende el órgano de contratación, sin que por eso sea aplicable subsidiariamente lo previsto en la norma reglamentaria para supuestos distintos como es el caso de procedimientos con el precio como único criterio de adjudicación.

En este sentido se pronuncia también la Recomendación 8/2002, de 4 de febrero de 2003, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, sobre interpretación de los artículos 85 y 86 del RGLCAP, que señala que las normas contenidas en los apartados 1 a 3 del artículo 86 se aplican exclusivamente a las subastas y que *“para los procedimientos adjudicados mediante la forma de concurso, el párrafo 4 del artículo 86 se remite a los criterios que puedan establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares, lo cual no es óbice para que los criterios previstos para la subasta se apliquen también a los concursos si así se hace constar en los pliegos”*.

Es cierto que el PCAP de conformidad con los modelos de Pliegos aprobados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, establece en su cláusula 12, entre la documentación a presentar por las empresas licitadoras pertenecientes a un mismo grupo empresarial, una declaración en la que hagan constar esta condición. Sin embargo, el requerimiento de esta declaración no supone el establecimiento de sistema alguno de valoración de las proposiciones de empresas de un mismo grupo a efectos del cálculo de bajas.

Por lo que respecta a los informes y resoluciones referidos por el recurrente se debe señalar que todos se refieren a interpretaciones relativas artículo 86.1 del RGLCAP que, como hemos señalado, es el aplicable en el caso de contratos adjudicados mediante un único criterio precio para la valoración de proposiciones

presentadas por empresas pertenecientes a un mismo grupo en el cálculo de bajas temerarias, por lo que sus conclusiones no pueden aplicarse al contrato que es objeto de recurso que se tramita mediante varios criterios, para el que, como también hemos señalado anteriormente, resulta aplicable el apartado 4 del artículo 86 del Reglamento.

En consecuencia la interpretación realizada por el órgano de contratación del contenido del PCAP en relación a las ofertas anormales o desproporcionadas, al considerar que no es de aplicación el artículo 86.1 del RGLCAP, puesto que el PCAP no contiene un criterio específico para dicho supuesto, es ajustada a Derecho y procede desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.L.B., en nombre y representación de IMESAPI, SA, contra la Orden del Consejero de Transportes, Infraestructuras y Vivienda, de fecha 13 de noviembre de 2014, por la que se adjudica el lote 7 “zona oeste” del “servicio de conservación y explotación en las carreteras de la Comunidad de Madrid años 2014-2017”.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 17 de diciembre.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.