



Roj: **STS 235/2017 - ECLI:ES:TS:2017:235**

Id Cendoj: **28079130042017100016**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **26/01/2017**

Nº de Recurso: **1599/2015**

Nº de Resolución: **109/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 954/2015,**
STS 235/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de enero de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1599/2015, interpuesto por las mercantiles TEVASEÑAL, S.A. y CONSTRUCCIONES ARAPLASA, S.A., representadas por la procuradora doña María Concepción Villaescusa Sanz y asistidas del letrado don José Luis Company González, contra la sentencia dictada el 11 de marzo de 2015 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso nº 34/2013, sobre resolución de la Secretaría de Estado de Planificación e Infraestructuras del Ministerio de Fomento, de 23 de noviembre de 2012, que adjudica el contrato de ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en la Autovía A-66, Ruta de la Plata, N-630 de Gijón al Puerto de Sevilla, y N-110 Ávila- Plasencia. Se ha personado, como recurrida, la ADMINISTRACIÓN, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 34/2013, seguido en la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el 11 de marzo de 2015 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. María Concepción Villaescusa Sanz, en nombre y representación de Tevaseñal, S.A. y Cnes Araplaza, S.A., contra Resolución de la Secretaría de Estado de Planificación e Infraestructuras, del Ministerio de Fomento, de fecha 23 de noviembre de 2012, que adjudica el contrato Ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en la Autovía A-66, Ruta de la Plata; N-630 de Gijón al Puerto de Sevilla; y N-110 Ávila-Plasencia, por ser conforme a derecho».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia anunciaron recurso de casación las mercantiles TEVASEÑAL, S.L. y CONSTRUCCIONES ARAPLASA, S.A. que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 28 de abril de 2015, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Personada la procuradora doña María Concepción Villaescusa Sanz, en representación de las recurrentes, formalizó el recurso anunciado, que articuló en los siguientes motivos:



«PRIMERO.- Al amparo de lo previsto en el artículo 88.1 d) LJCA , por considerar que la Sentencia de la Audiencia Nacional incurre en infracción del artículo 49.1 b) de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) en relación con lo dispuesto en el artículo 32 b) de la LCSP [equivalentes a los artículos 60.1 b) y 32 b) de Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP)].

[...]

SEGUNDO.- Al amparo de lo previsto en artículo 88.1 d) LJCA , por considerar que la Sentencia de la Audiencia Nacional incurre en infracción del artículo 59.4 de la LCSP en la relación con lo dispuesto en los artículos 49.1 s) y 32 b) de la LCSP [equivalentes a los artículos 70.4, 60.1 b) y 32 b) del TRLCSPP].

[...]

TERCERO.- Al amparo de lo previsto en artículo 88.1 d) LJCA , por considerar que la Sentencia de la Audiencia Nacional incurre en infracción del artículo 129.3 de la LCSP (equivalente al 145.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

[...]

CUARTO.- Al amparo de lo previsto en artículo 88.1 d) LJCA , por considerar que la Sentencia de la Audiencia Nacional incurre en infracción de los principios esenciales de la contratación contenidos en los artículos 1. párr. 1º, y 123 de la LCSP (equivalente a los artículos 1 párr. 1º y 139 del TRLCSPP).

[...]».

Y solicitó a la Sala que

«[...] dicte en su día Sentencia por la que, estimando todos o alguno de los motivos de casación invocados, se case y anule aquella, y dicte otra en su lugar que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 95.2 d), estime el Recurso Contencioso-Administrativo presentado en su día».

CUARTO.- Presentadas alegaciones por las partes sobre la posible causa de inadmisión puesta de manifiesto por providencia de 13 de julio de 2015, por auto de 12 de noviembre siguiente la Sección Primera de esta Sala acordó:

« 1º) Admitir el recurso de casación nº 1599/2015 interpuesto por la representación de TEVASEÑAL, S.A. y CNES. ARAPLASA, S.A. contra la sentencia de 11 de marzo de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en su recurso nº 34/2013 . Y sin costas.

2º) Envíense las actuaciones a la Sección 7ª de esta Sala para su sustanciación, de conformidad con las normas de reparto».

QUINTO.- Recibidas las actuaciones, por diligencia de ordenación de 1 de febrero de 2016 se dio traslado del escrito de interposición al Abogado del Estado para que formalizara su oposición. Trámite evacuado por escrito de 24 de febrero de 2016 en el que solicitó que se declare no haber lugar al recurso formulado de contrario, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

SEXTO.- Mediante providencia de 29 de junio de 2016 se señaló para la votación y fallo el día 17 de enero de 2017 y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

SÉPTIMO.- El acuerdo de la Sala de Gobierno de 14 de junio de 2016 (BOE núm. 163, de 7 de julio de 2016) ha establecido una nueva organización de las secciones de la Sala Tercera para acomodarla al nuevo régimen del recurso de casación. Como consecuencia de lo previsto en la regla segunda de dicho acuerdo las materias de las que conocía la anterior Sección Séptima pasan a esta nueva **Sección Cuarta** .

OCTAVO.- En la fecha acordada, 17 de enero de 2017, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el siguiente día 24 se pasó a la firma esta sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De las ofertas presentadas por las empresas que concurrieron al procedimiento de licitación anunciado para la adjudicación del contrato para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en la Autovía A-66, Ruta de la Plata; N-630 de Gijón al Puerto de Sevilla; y N-110 Ávila-Plasencia, la mejor puntuada fue la de la Unión Temporal de Empresas a constituir por Mantenimiento de Infraestructuras, S.A. y JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. Considerándola la más ventajosa económicamente (7.627.178.78?, IVA incluido y plazo de ejecución de 36 meses), la Secretaría de Estado de Infraestructuras, por resolución de 6 de febrero de 2012, le adjudicó el contrato.



Días más tarde, el 15 de febrero de 2012, JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. fue declarada en concurso de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Badajoz, atendiendo así la solicitud que la empresa había presentado el 26 de enero de 2012 y respecto de lo cual ya había pedido las diligencias concursales preparatorias el 17 de noviembre de 2011. Al conocer la declaración judicial y como quiera que no se había firmado el contrato, la Administración actuante solicitó informe a la Abogacía del Estado del Departamento sobre si procedía formalizarlo solamente con Mantenimiento de Infraestructuras, S.A. de cumplir ésta todos los requisitos de solvencia exigidos por el pliego de cláusulas administrativas particulares y de mantener la oferta presentada en su día.

El informe emitido se manifestó a favor de llevar a cabo el contrato en esas condiciones y la mesa de contratación en su reunión de 30 de enero de 2013 apreció que Mantenimiento de Infraestructuras, S.A. cumplía por sí sola el requisito de clasificación establecido por el pliego de cláusulas administrativas particulares.

TEVASEÑAL, S.A. y Construcciones ARAPLASA, S.A., empresas cuya oferta quedó en segundo lugar en puntuación, impugnaron ante la Audiencia Nacional esta actuación. Y pidieron que se declarasen nulas de pleno derecho la adjudicación del contrato y las actuaciones sucesivas de la Administración por estar afectada JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. por una prohibición legal de contratar, por haberse infringido los principios generales que rigen la contratación administrativa y el derecho de defensa y vulnerado el principio de unidad e inalterabilidad de la oferta. Por todo ello, pedían, también, que se les adjudicase el contrato o, de no ser ya posible, se les indemnizara conforme a las bases que establecía en la demanda.

SEGUNDO.- La sentencia ahora recurrida desestimó el recurso contencioso-administrativo.

En sus fundamentos explica que coincide plenamente con los argumentos ofrecidos por el informe de la Abogacía del Estado, cuyo contenido resume. Dice que el contrato no podía firmarse con la UTE adjudicataria desde el momento en que se conoció la situación concursal de JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. por prohibirlo los artículos 49 y 50 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el artículo 54 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. También señala que en nada cambia la oferta si se mantiene el precio y el plazo y si la empresa que continúe reúne los requisitos de solvencia necesarios. Por lo demás, a propósito de la naturaleza de las uniones temporales de empresas pone de manifiesto que en determinados casos es posible variar su composición después de la adjudicación del contrato y cambiar la personalidad jurídica del oferente. Subraya, asimismo, que en éste la oferta que mereció la adjudicación es efectivamente la más ventajosa para la Administración y que no estaba injustificada la retirada de la oferta de JOCA, Ingeniería y Construcciones.

A partir de aquí, la sentencia dice que las razones anteriores deben ser consideradas y que el fallo desestimatorio se fundamenta en los siguientes argumentos: (i) la propuesta de adjudicación de la Mesa de Contratación no estaba condicionada al compromiso de ulterior constitución de una UTE y la mejor puntuación se obtuvo, principalmente, en función del precio ofertado y del plazo de ejecución, elementos que no varían por la retirada de JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. y no se acreditó que fuera relevante la existencia de dos empresas en la oferta; (ii) Mantenimiento de Infraestructuras, S.A. reúne por sí sola los requisitos que se exigen en el pliego de cláusulas administrativas particulares; (iii) la UTE no tiene personalidad distinta de la de las empresas que la forman y éstas tienen la obligación solidaria de cumplir la oferta; (iv) el principio de conservación de los actos administrativos avala, también, la decisión administrativa de formalizar el contrato con Mantenimiento de Infraestructuras, S.A., que ha mantenido la oferta –la más ventajosa– en los mismos términos y condiciones en que se formuló; (v) no concurre causa de nulidad anterior a la adjudicación pues Mantenimiento de Infraestructuras, S.A. no incurre en ninguna causa de prohibición de contratar y, si bien "la nulidad sería aceptable, en todo caso, si la causa de prohibición hubiera sido conocida por la administración al momento de la adjudicación (...) no es el caso", pues "la existencia de una causa de prohibición para contratar [se supo] con posterioridad a la adjudicación" y antes de formalizar el contrato, la Administración pidió informe a la Abogacía del Estado y convocó la mesa de contratación para que se pronunciara sobre la empresa que mantenía la oferta y su pronunciamiento fue "inequívoco respecto de la finalmente adjudicataria", el cual fue "casi una suerte de retroacción del procedimiento"; (vi) manteniéndose la oferta en todos sus términos no cabe hablar de que se haya alterado de forma sustancial o relevante; (vii) tampoco hubo "vulneración de los principios generales de la contratación o del derecho constitucional de defensa" sino que "han sido respetados en la adjudicación que nos ocupa y cuya vulneración no puede entenderse producida por resultar adjudicataria la empresa que concita la oferta más ventajosa y cumple por sí las condiciones necesarias para la contratación".

TERCERO. - TEVASEÑAL, S.A. y Construcciones ARAPLASA, S.A. han interpuesto cuatro motivos de casación contra esta sentencia. Todos ellos le reprochan diversas infracciones al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia e invocan el artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción .



Expuestos brevemente, consiste cada uno en lo que sigue.

(1º) Para las recurrentes, la sentencia ha infringido el artículo 49.1 b) de la Ley 30/2007 en relación con lo que dispone su artículo 32 b), preceptos equivalentes, precisa, a los artículos 60.1 b) y 32 b) del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011. Se fija para sostener este motivo en que JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. presentó el 18 de noviembre de 2011 en el decanato de los Juzgados de Badajoz la comunicación prevista en el artículo 5 bis de la Ley Concursal cuyo presupuesto es el estado de insolvencia al que se refiere el artículo 5 de este texto legal y el 26 de enero de 2012 solicitó en el mismo decanato la declaración de concurso voluntario. Estos, sigue diciendo el motivo, son hechos notorios que determinan que con anterioridad a la adjudicación del contrato el 6 de febrero de 2012 JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. se hallara incurso en la causa de prohibición para contratar prevista en el artículo 49.1 b) de la Ley 30/2007, la cual debió ser apreciada por el órgano de contratación. De ahí que, conforme al artículo 32 b) de esa misma ley, deba afirmarse la nulidad de pleno Derecho de la adjudicación efectuada por la resolución del Subsecretario de Planificación e Infraestructuras del Ministerio de Fomento de 6 de febrero de 2012.

Por tanto, prosigue, la sentencia ha aplicado erróneamente los preceptos legales por partir de la premisa incierta de que la causa de prohibición para contratar no es anterior a la adjudicación. Y el hecho indubitado de que la solicitud de concurso sea anterior a la adjudicación desvirtúa los razonamientos del informe de la Abogacía del Estado.

También observa el motivo que en el expediente obran datos que ponen de relieve que "única y exclusivamente la pasividad y tolerancia de la Administración es la que dio lugar a la situación creada y al aparente desconocimiento de que JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. se halla(ba) incurso en causa de prohibición de contratar". Se refiere a que, requerida el 22 de diciembre de 2011 Mantenimiento de Infraestructuras, S.A. para que aportara la documentación exigible para continuar la tramitación, no presentó ni el escrito de constitución de la UTE ni el justificante acreditativo de que JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. se hallaba al corriente del pago del Impuesto sobre Actividades Económicas, defecto advertido por el interventor delegado el 20 de enero de 2012. Y a que el escrito de esta última sociedad de 24 de enero de 2012 acompañó su solicitud de aplazamiento del pago de ese tributo efectuada el 21 de noviembre de 2011 por una "tensión puntual de tesorería", atribuida al "retraso sistemático y continuo en el pago de las certificaciones de obras que (...) realiza para las Administraciones Públicas (...)". Pese a ello, continúa el motivo, el procedimiento siguió su curso, no incluyéndose en el expediente hasta junio de 2012 la certificación del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Badajoz.

(2º) La sentencia habría infringido, también, el artículo 59.4 de la Ley 30/2007 en relación con sus artículos 49.1 e) y 32 b), equivalentes, observa, a los artículos 70.4, 60.1 b) y 32 b) del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011. Apunta aquí que la prueba que presentó la recurrente en la instancia acredita la presentación de la comunicación prevista en el artículo 5 bis de la Ley Concursal el 18 de noviembre de 2011 cuyo presupuesto era el estado de insolvencia en que se encontraba ya JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. y que en el expediente figuran declaraciones responsables de 12 y 21 de diciembre de 2011 de esta empresa según las cuales no estaba incurso en prohibición de contratar, las cuales eran manifiestamente inciertas. Dice que esta sociedad tenía la obligación de comunicar al órgano competente en materia de clasificación sus circunstancias. Y que la sentencia ha infringido los preceptos invocados al no tenerlo en cuenta.

(3º) Además de las infracciones anteriores, la sentencia, para las recurrentes, ha vulnerado el artículo 129.3 de la Ley 30/2007, equivalente, apunta, al artículo 145.3 del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, pues el informe de la Abogacía del Estado desconoce el principio de la inalterabilidad de la oferta. Considera el motivo que la Administración solicitó un "informe a la carta" para justificar la adjudicación que se acabó haciendo y que ese dictamen omite el dato fundamental de que la fecha de presentación de la solicitud de concurso fue anterior a la de la adjudicación. Insiste el motivo en que "es evidente, jurídicamente notorio, que con anterioridad a la adjudicación del contrato (...) JOCA se hallaba incurso en una clara causa de prohibición para contratar (...)". Y esto desvirtúa el informe cuyos argumentos, asimismo, decaen a la luz del requisito de unidad e inalterabilidad de la oferta.

Aquí recuerda el carácter formal de la contratación administrativa y su función garantista y sostiene que la prohibición de contratar de una de las empresas de la UTE se extiende a la otra e invoca la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 18 de febrero de 2013 (casación 5188/2011). Sobre la unidad de la oferta señala que, de aceptar la solución de la Abogacía del Estado, habría que concluir que han sido tres las ofertas habidas en este caso: las dos individuales de cada una de las empresas y la de la UTE y esto lo prohíbe el artículo 129.3 invocado. Además, subraya que JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. tiene su sede social en Extremadura y que la autovía objeto del contrato se halla en Cáceres por lo que viene al caso la cláusula 10 del pliego, la cual incluye entre los criterios no evaluables mediante fórmulas, el análisis de las características básicas de los tramos de carreteras principales incluidas en el contrato.



Añade, en fin, la que presenta como vinculación de las empresas que concurren bajo la forma de UTE y a las consecuencias que de ella derivan, con invocación de la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 18 de febrero de 2015 (casación 1440/2013). Y pasa, a continuación, a rebatir los demás aspectos del informe.

(4º) Por último, el escrito de interposición reprocha a la sentencia la infracción de los principios esenciales de la contratación contenidos en los artículos 1.1 y 123 de la Ley 30/2007 (equivalentes a los artículos 1.1 y 139 del texto articulado aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011). Explica que, pese a estar plenamente acreditado en el expediente los hechos que antes ha relatado, se silenciaron a los demás licitadores, creando así una desigualdad de trato y desconociendo los principios de publicidad, concurrencia y transparencia y causando a la recurrente indefensión con vulneración del artículo 24.1 de la Constitución.

CUARTO.- El Abogado del Estado opone a los anteriores motivos las razones que resumimos seguidamente.

(1º) La Sala de instancia, dice, no tuvo dudas de la irrelevancia de la solicitud de diligencias preliminares y, en cambio, subrayó que no ha variado la oferta. Indica que ha de quedar claro que el curso temporal de los acontecimientos arranca con la solicitud de concurso del 26 de enero de 2012, sigue con la adjudicación el 6 de febrero siguiente y con la declaración de concurso del 15 de febrero de 2012. Y que, si bien la sociedad declarada en concurso no podía contratar, la entidad superviviente sí podía hacerlo, pues, una vez desmontada la UTE, mantuvo la oferta y cumplía por sí sola los requisitos de solvencia. Recuerda que, según el informe, puede alterarse la composición de la UTE una vez formalizado el contrato mientras se mantengan la oferta y las condiciones de solvencia y esa variación sólo suponga la retirada de la oferta por parte de alguna de las empresas que la formaban aunque no cabe la incorporación de las que no hubieran licitado. Si el artículo 133 de la Ley 30/2007, dice, permite que cambie la personalidad jurídica de la empresa ofertante, con mayor razón ha de admitir que, sin cambio de personalidad jurídica, se mantenga la oferta aunque se retiren de licitación las que concurren con el compromiso de constituir la UTE.

Recoge, igualmente, la apreciación de que esta solución es la más coherente con los principios de concurrencia y eficiencia y de conservación de los actos administrativos. Y con la naturaleza instrumental de las uniones temporales de empresas.

En todo caso, señala que el hipotético vicio en la adjudicación no podría dar lugar a que se adjudique a la recurrente, sino teóricamente a la nulidad del procedimiento, dando a la empresa integrante de la UTE inicialmente adjudicataria la posibilidad de concurrir por sí sola. Además, apunta que la parte recurrente ha permitido la ejecución del contrato sin haber utilizado los medios a su disposición para obtener una clarificación de la situación y la adjudicación y termina rechazando los presupuestos y los argumentos en los que descansa la pretensión indemnizatoria formulada en la demanda.

(2º) Para el Abogado del Estado, la prohibición del artículo 49 b) de la Ley 30/2007 debe ser interpretada restrictivamente e insiste en que la oferta más ventajosa económicamente y por el plazo de su ejecución era la materializada por la entidad subsistente de la UTE.

(3º) La oposición se basa aquí en que el motivo de casación "no logra manifestar ni recoger dónde, cómo y por qué se altera la oferta". Y, de nuevo, resalta el proceder de la parte recurrente en el proceso y en la vía administrativa "donde podía haber adoptado las medidas (...) necesarias para suspender la eficacia del procedimiento".

(4º) Observa que, a propósito de la desigualdad de la que se queja, la parte recurrente no ha confrontado las situaciones ni precisado en qué consiste la desigualdad ni probado las acusaciones de trato de favor a las empresas que recibieron la adjudicación del contrato.

QUINTO.- A la hora de resolver los motivos de casación interpuestos contra la sentencia, es menester poner de manifiesto tres extremos capitales sobre los que gira la controversia originada con motivo de la adjudicación del contrato.

El primero, consiste en que ninguna duda hay sobre la incapacidad para contratar de JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A.

El segundo, es el relativo a si conocía o no la Administración antes de la adjudicación la situación en la que se encontraba JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A.

Y el tercero, es el que se refiere a la oferta, a su unidad e inalterabilidad.

Nada hay que añadir sobre el primer punto, salvo constatar la coincidencia al respecto entre todas las partes.

Sobre el segundo, importa destacar que la sentencia establece que la Administración no tuvo ningún conocimiento anterior a la adjudicación de la situación en la que se hallaba JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. Así lo afirma en su fundamento segundo. Por tanto, estamos ante un extremo que se ha dado por probado

en la instancia y, para desvirtuarlo, se habría debido interponer el motivo o motivos encaminados a combatir ese juicio de hecho, es decir, la --para las recurrentes-- incorrecta apreciación de las circunstancias que constan en el expediente y en los autos del proceso. Y no lo han hecho. Se han limitado a resaltar la naturaleza evidente de lo sucedido a JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. antes del 6 de febrero de 2012 y su carácter notorio pero estas son apreciaciones de la recurrente, al igual que las relativas a que todo lo realizado ha sido una operación dirigida a adjudicar el contrato a Mantenimiento de Infraestructuras, S.A. como fuera, carecen del necesario sustento probatorio.

En fin, respecto de la unidad e inalterabilidad de la oferta, tampoco ofrece el escrito de interposición más que la observación consistente en que JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. tiene su sede social en Cáceres y que la obra había de ejecutarse en Extremadura. A falta de más argumentos, se trata de una razón del todo insuficiente.

SEXTO.- Una vez efectuadas las consideraciones precedentes, pasaremos a resolver los motivos de casación, ninguno de los cuales, podemos anunciarlo ya, puede prosperar.

El primero debe ser rechazado porque la prohibición de contratar establecida por el artículo 49.1 b) a las empresas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores reza para las que, efectivamente, lo hayan hecho o deban hacerlo por hallarse en situación de insolvencia pero no para las que no se encuentren en ella. En este caso, era claro que JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. no podía contratar, pero de ahí no se desprende necesariamente que tampoco pudiera hacerlo por exigencia de ese precepto Mantenimiento de Infraestructuras, S.A. Y, como quiera que fuera el proceso mediante el que aquella empresa llegó a la insolvencia y el momento en que adoptó las iniciativas previstas en la Ley concursal, ya hemos dicho que no se ha desvirtuado debidamente la afirmación de la sentencia sobre el desconocimiento por la Administración antes de la adjudicación del contrato de tal dato. Por tanto, no cabe hablar de que fuera incierta la premisa sobre la que descansa el informe de la Abogacía del Estado y asume la sentencia.

SÉPTIMO.- Tampoco cabe apreciar las infracciones denunciadas por el segundo motivo de casación porque el posible incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 59.4 de la Ley 30/2007 no sería imputable a Mantenimiento de Infraestructuras, S.A. sino a JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. Y, como no ha combatido adecuadamente la recurrente la apreciación de la prueba hecha por la sentencia, no cabe ahora replantearla ni, por tanto, negar la legalidad de la adjudicación del contrato a Mantenimiento de Infraestructuras, S.A. por esta causa ya que el presupuesto desde el que parte la argumentación de la Sala de instancia es el de que la Administración no tuvo noticia de la situación de insolvencia que afectaba a JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. hasta después de la adjudicación.

OCTAVO.- Efectivamente, la contratación administrativa está sometida al cumplimiento de determinadas formalidades y tiene razón el escrito de interposición cuando lo subraya y destaca el carácter garantista de esas exigencias de forma y procedimiento. No obstante, como sucede en otros ámbitos, la exigencia del cumplimiento de las formalidades previstas legalmente no debe conducir a resultados irrazonables desde la perspectiva de los intereses en juego y, particularmente, de los intereses públicos que justifican la existencia de una regulación propia de la contratación en el sector público.

Ahora bien, esto no significa que se advierta la infracción del artículo 129.3 de la Ley 30/2007 : no hay en este caso las tres ofertas de las que habla el motivo sino una sola, la presentada inicialmente por las dos empresas que debían constituir la unión temporal de empresas, finalmente asumida en su integridad por Mantenimiento de Infraestructuras, S.A. en solitario. Ya hemos visto que el escrito de interposición no ha ofrecido razones que permitan considerar alterada esa oferta pues si ya recibió la mejor puntuación por el precio y el plazo de ejecución, principalmente, uno y otro siguieron siendo los mismos. Y también se ha dicho que no se ha acreditado que la participación de JOCA, Ingeniería y Construcciones, S.A. fuese esencial para el cumplimiento de esa oferta o que Mantenimiento de Infraestructuras, S.A. no estuviera en condiciones de cumplirla por sí sola.

De ahí que la ulterior formalización del contrato con esta última no supusiera esa alteración de la oferta que alega. Por otra parte, de la sentencia de 18 de febrero de 2013 (casación 5188/2011) no se desprende que la prohibición de contratar que afecte a una de las empresas de una UTE se extienda a la que mantenga la oferta en las condiciones en que lo ha hecho Mantenimiento de Infraestructuras, S.A. en esta ocasión. En el supuesto examinado por esa sentencia la controversia versaba sobre una oferta presentada por varias empresas dándose la circunstancia de que una de ellas no cumplía el requisito de que su objeto social comprendiera la ejecución del contrato. Pero entonces se mantuvo la oferta por la UTE y el defecto de una de ellas afectó a todas. Aquí no ha sucedido tal cosa, pues, como se ha visto, lo que ha pasado es que, en unas circunstancias bien singulares, una de las oferentes se ha debido retirar pues no podía contratar sin que se haya probado que la empresa subsistente no está en condiciones de llevar a cabo exactamente la misma oferta.



Y lo mismo sucede con la sentencia de 18 de febrero de 2015 (casación 1440/2013): no permite concluir que se haya alterado la oferta. De un lado, el supuesto en el que se dictó no guarda relación con el que se ha dado en este caso ya que entonces el problema a resolver era el de la legitimación de algunas de las empresas que habían licitado para obtener la adjudicación de un contrato formando parte de una unión temporal de empresas. En particular, el de si una de ellas, por sí sola, estaba legitimada para impugnar la resolución administrativa que adjudicó el contrato a otro licitador, cuestión a la que, en ese caso concreto, la sentencia respondió negativamente. De otro lado, negar la legitimación a uno de los integrantes de una UTE para recurrir sin contar con los demás la adjudicación efectuada a favor de un tercero no conduce a la conclusión de que es distinta la misma oferta mantenida por uno de los originales oferentes cuando el otro se ve afectado por la prohibición de contratar, que es lo que ha sucedido aquí. Se trata de problemas distintos que han de ser resueltos en atención a las particulares circunstancias de cada caso.

NOVENO.- El último motivo de casación ha de seguir la misma suerte que los demás pues no demuestra que la sentencia haya vulnerado los principios por los que se rige la contratación administrativa.

Vuelve, en efecto, sobre los hechos que no ha desvirtuado combatiendo la apreciación de la prueba y hace supuesto de la cuestión ya que da por establecida una premisa que ni fue dada por probada ni tampoco se desprende de los argumentos que maneja ahora.

DÉCIMO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 6.000?. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Que no ha lugar al recurso de casación nº 1599/2015 interpuesto por TEVASEÑAL, S.A. y CONSTRUCCIONES ARAPLASA, S.A. contra la sentencia dictada el 11 de marzo de 2015, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y recaída en el recurso 34/2013 , e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.