

El concurso de una empresa no contagia necesariamente la prohibición para contratar a los demás miembros de la Unión Temporal de Empresas

La declaración de concurso de una de las empresas que van a formar parte de una Unión Temporal de Empresas (UTE) una vez adjudicado el contrato no comporta de manera necesaria su nulidad sobrevinida por encontrarse la contratista incurso en una prohibición para contratar. Al contrario, si se mantiene el precio de la oferta, el plazo ofertado para el cumplimiento del contrato y la empresa o las otras empresas que licitaron conjuntamente con vistas a constituir la UTE reúnen los requisitos de solvencia necesarios, nada obsta para la formalización del contrato con la o las adjudicatarias en las que no concurre la situación de concurso.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

Tras la licitación de un 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, la oferta mejor puntuada fue la de la Unión Temporal de Empresas (en adelante UTE) a constituir por EMPRESA MP y EMPRESA JIC¹.

Siendo considerada la oferta más ventajosa (por el precio y el plazo de ejecución previsto), la Secretaría de Estado de Planificación e Infraestructuras del Ministerio de Fomento acordó, mediante resolución de 6 de febrero de 2012, adjudicar el contrato a la UTE antes referida.

El 15 de febrero siguiente la EMPRESA JIC fue declarada en concurso por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Badajoz, tras la solicitud presentada por la propia empresa el 26 de enero de 2012. Ante tal circunstancia y tras solicitar informe a la Abogacía del Estado² acerca de si procedía formalizar el contrato sólo con la EMPRESA MP, ya que ésta cumplía todos los requisitos de solvencia, el 23 de noviembre de 2012 la Secretaría de Estado adjudicó el contrato a aquélla.

¹ Las uniones de empresarios se regulan en el artículo 59 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. De su contenido merece destacar el apartado 1, que dispone que podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto (pues su duración será coincidente con la del contrato hasta su extinción conforme al apartado 3 del mismo artículo), sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor. El apartado 2 establece que los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa, así como que a efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno y que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato.

² El informe se manifestó a favor de llevar a cabo el contrato en esas condiciones y la mesa de contratación apreció que EMPRESA MP cumplía por sí sola el requisito de clasificación establecido por el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Las MERCANTILES TV y CA, cuya oferta era la siguiente mejor valorada en el procedimiento de licitación, impugnaron la Resolución de 23 de noviembre de 2012 en vía contencioso administrativa, dando lugar al recurso nº 34/2013, seguido en la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. La Sentencia – fechada el 11 de marzo de 2015 – desestimó todas las pretensiones, tanto la de anulación de la adjudicación y de los actos sucesivos a aquélla como la pretensión de adjudicación del contrato a las reclamantes y, en su defecto, la indemnización de los daños irrogados.

Anunciado recurso de casación y admitido éste, se dio curso al procedimiento –(con el número 1599/2015) - que finalizó mediante Sentencia 109/2017, de 26 de enero de 2017, en la que se concluye que **NO ha lugar al recurso de casación interpuesto** por las MERCANTILES TV y CA contra la sentencia de la Audiencia Nacional imponiendo además **condena en costas a los recurrentes en la cifra máxima permitida** por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Interesa exponer las razones de la Sentencia recurrida en tanto que la STS no se aparta de su criterio³.

- (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 EMPRESA JIC y no se acreditó que fuera relevante la existencia de dos empresas en la oferta⁴;
- (ii) EMPRESA MP 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 EMPRESA MP, que ha mantenido la oferta -la más ventajosa- en los mismos términos y condiciones en que se formuló;

³ Señala el JF5 de la STS que son tres los extremos sobre los que gira la controversia y que inciden en la resolución de los motivos de casación alegados:

- I. El primero radica en que no existe ninguna duda sobre la incapacidad de contratar de la EMPRESA JIC. Es una cuestión en la que coinciden todas las partes.
- II. El segundo extremo a abordar es el atinente a si la Administración contratante conocía la situación en la que se hallaba EMPRESA JIC con anterioridad a la adjudicación del contrato. Advierte que la SAN establece que la Administración no tuvo ningún conocimiento anterior de la situación de insolvencia de la empresa y los recurrentes no aportan datos en los que fundar la incorrecta apreciación de las circunstancias que alegan.
- III. En tercer lugar, en cuanto a la unidad e inalterabilidad de la oferta, considera que tampoco ofrece el escrito de interposición sustento probatorio alguno.

⁴ El informe de la Abogacía del Estado y la SAN reconocen que el contrato no podía firmarse con la UTE adjudicataria desde el momento en que se conoció la situación concursal de EMPRESA JIC 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 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Pero también señalan 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. Además, en este supuesto la oferta que mereció la adjudicación es efectivamente la más ventajosa para la Administración y no estaba injustificada la retirada de la oferta de EMPRESA JIC. Por lo demás, a propósito de la naturaleza de las uniones temporales de empresas ponen de manifiesto que en determinados casos es posible variar su composición después de la adjudicación del contrato y cambiar la personalidad jurídica del oferente.

- (v) No concurre causa de nulidad anterior a la adjudicación pues EMPRESA MP 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, por tanto, de que ésta se haya alterado de forma sustancial o relevante;
- (vii) No hubo "vulneración de los principios generales de la contratación o del derecho constitucional de defensa" sino que "han sido respetados en la adjudicación (...) 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".

Expuestos los términos en los que se pronuncia la SAN, se reproducen a continuación los cuatro motivos de casación alegados por la demanda contra aquélla - 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 – y las razones por las que la STS las rechaza:

MOTIVOS DE CASACIÓN

1. Para las recurrentes, la sentencia SAN infringió el artículo 49.1 b) de la Ley 30/2007 en relación con lo que dispone su artículo 32 b)⁵.

Afirman que la EMPRESA JIC se hallaba incurso en la causa de prohibición para contratar prevista en el artículo 49.1 b) de la Ley 30/2007, con anterioridad a la adjudicación⁶, circunstancia que debió ser apreciada por el órgano de contratación. Lo anterior determina que la adjudicación adolece de nulidad de pleno Derecho y la SAN aplicó erróneamente los preceptos legales por partir de la premisa incierta de que la causa de prohibición para contratar no es anterior a la adjudicación.

Este motivo se rechaza porque la prohibición de contratar referida lo es para las empresas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores⁷ pero **no para las que no se encuentren en ella** y, por tanto, porque **la prohibición concurría en EMPRESA JIC, pero no en EMPRESA MP**. Como quiera 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, el Tribunal Supremo considera que "no cabe hablar de que fuera incierta la premisa sobre la que descansa el informe de la Abogacía del Estado y asume la sentencia".

⁵ Preceptos equivalentes, precisa, a los artículos 60.1 b) y 32 b) del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011.

⁶ Ello resulta según la demanda en que EMPRESA JIC 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

⁷ Las que lo hayan hecho o deban hacerlo por hallarse en situación de insolvencia.

2. Considera en segundo lugar la demanda que la SAN infringió, también, el artículo 59.4 de la Ley 30/2007 en relación con sus artículos 49.1 e) y 32 b)⁸, equivalentes, a los artículos 70.4, 60.1 b) y 32 b) del TRLCSP al no tener en cuenta que la EMPRESA JIC presentó declaraciones responsables de 12 y 21 de diciembre de 2011 según las cuales no estaba incurso en prohibición de contratar, y eran “manifiestamente inciertas”.

Considera la STS que en todo caso el posible incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 59.4 de la Ley 30/2007 no sería imputable a EMPRESA MP sino a EMPRESA JIC. Y, como los recurrentes no combatieron de manera adecuada la apreciación de la prueba hecha por la SAN, concluye que **no cabe** ahora replantearla ni, por tanto, **negar la legalidad de la adjudicación del contrato a EMPRESA MP por esta causa**⁹.

3. La tercera causa de casación de la SAN que la demanda alega radica en la vulneración del artículo 129.3 de la Ley 30/2007, equivalente al artículo 145.3 del TRLCSP, que consagra el **principio de inalterabilidad de la oferta**¹⁰.

Afirma 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 esa Sala del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2013 (casación 5188/2011), sosteniendo que, conforme a la Abogacía del Estado en su informe, 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.

Frente a este argumento la STS opone que no hay en este caso tres ofertas sino una sola, la presentada inicialmente por las dos empresas que debían constituir la unión temporal de empresas, finalmente asumida en su integridad por EMPRESA MP en solitario. Expresa que el escrito de interposición no ha ofrecido razones que permitan considerar alterada esa oferta¹¹ y no se ha acreditado que la participación de EMPRESA JIC fuese esencial para el cumplimiento de esa oferta o que EMPRESA MP 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, en relación con la Sentencia de 18 de febrero de 2013 (casación 5188/2011) que la demanda invoca, recuerda que el supuesto examinado por aquella 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.

⁸ Contemplan la obligación del empresario de poner en conocimiento del órgano competente en materia de clasificación cualquier variación en las circunstancias que hubiesen sido tenidas en cuenta para concederla que pueda dar lugar a una revisión de la misma.

⁹ Esta afirmación se funda en 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 EMPRESA JIC hasta después de la adjudicación.

¹⁰ Considera la demanda que la Administración solicitó un “informe a la carta” para justificar la adjudicación que se acabó haciendo y que ese dictamen (de la Abogacía del Estado) omite el dato fundamental de que la fecha de presentación de la solicitud de concurso fue anterior a la de la adjudicación.

¹¹ Pues si ya recibió la mejor puntuación por el precio y el plazo de ejecución, principalmente, uno y otro siguieron siendo los mismo

Sin embargo, en el caso de las empresas JIC y MP ocurrió que, en unas circunstancias 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 oferta¹².

4. Por último, el escrito de interposición reprocha a la SAN 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 TRLCSP. 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.

El último motivo de casación sigue la misma suerte que los demás pues considera el Tribunal Supremo que la demanda no demuestra que la SAN 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 entonces, ni tampoco se desprende de los argumentos que maneja ahora.

¹² Y lo mismo sucede – añade la STS - 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 en el recurso sobre el que versa la Sentencia y este artículo.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pomo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pomo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid, 28046 (tel.: 915 829 204)

© Gómez-Acebo & Pomo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pomo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pomo abogados, S.L.P.