Recurso 117/2022
Resolución 235/2022

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 20 de abril de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. - POLARIA PROYECTOS Y OBRAS, S.A.** contra la resolución del órgano de contratación, de 18 de febrero de 2022, por la que se desestima la ampliación de plazo de formalización de contrato solicitada por ésta, y se acuerda requerir la documentación previa a la adjudicación a la siguiente licitadora del contrato denominado "Obras y Prevención de Catástrofes de la Presa de Benínar (Almería)" (Expediente 2020 309244), promovido por la Dirección General de Infraestructuras del Agua, de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de febrero de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende 3.123.599,18 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 19 de noviembre de 2021 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. El día 21 de enero de 2022, se remitieron los documentos administrativos de formalización del contrato. Fue contestado el requerimiento el 26 de enero de 2022 y en la respuesta por parte de la UTE adjudicataria, ahora recurrente, se informa de la modificación de la clasificación de la solvencia técnica comunicando que se estaba tramitando expediente de revisión de la clasificación. En ella, se solicita prórroga para el acto de firma digital del contrato. Con fecha 16 de febrero otra entidad licitadora, la entidad CONSTRUCCIONES TEJERA, S.A. presenta escrito en el Registro de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible en el que solicita la adjudicación de la obra a la UTE CONSTRUCCIONES TEJERA, S.A.-ADIANTE TECNOLOGÍA INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.A., atendiendo a la falta de clasificación de la UTE OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. (OHL) – POLARIA PROYECTOS Y OBRAS, S.A. La prórroga solicitada por la UTE, a la que se comprometía a formar parte la recurrente, es desestimada por resolución emitida por el Director General de Infraestructuras del Agua el 18 de febrero de 2022, es decir, queda excluida.

Posteriormente, se acuerda requerir la documentación previa a la adjudicación a la siguiente mejor oferta presentada.

Con fecha el 16 de marzo de 2022tiene entrada en el Registro electrónico del Estado dirigido a la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible.

CUARTO. Habiéndose conferido por la Secretaría del Tribunal trámite de alegaciones a los interesados por cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, se han recibido en dicho plazo las de ADIANTE INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada ADIANTE TECNOLOGÍA, INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.A) y CONSTRUCCIONES TEJERA, S.A. oponiéndose a la admisibilidad del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El recurso se interpone formalmente contra un acto de trámite cualificado, que supone la exclusión de la UTE recurrente, de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a los 3 millones de euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública.

Al respecto, el artículo 44.2 b) de la LCSP dispone que podrán ser objeto del recurso: *"Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149."*

Sobre la posibilidad de que la no formalización del contrato sea un acto de trámite susceptible de recurso especial en materia de contratación se han pronunciado recientemente diversos órganos de resolución de recursos contractuales.

En este sentido, la Resolución 69/2017, de 1 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, argumenta que «la no formalización del contrato debe considerarse como un acto de trámite que impide al recurrente no ya continuar, sino culminar el procedimiento de licitación ya que dicha actuación de carácter formal, aunque de evidente calado sustantivo, es habilitante de la ejecución del contrato y por tanto dota de auténtica eficacia a la adjudicación, de manera que su falta determina de facto volver en el íter procedimental al lugar que ocupa la adjudicación». Con base en la anterior argumentación el mencionado órgano considera que la admisión del recurso especial en esta fase del procedimiento obedece a preservar su efecto útil, manteniendo la posibilidad de revisar en esta fase cualquier acto que pudiera suponer una adjudicación directa ilegal.

Este criterio es mantenido también en la Resolución 1203/2018, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la que se viene a concluir que si bien es posible la impugnación de la «no formalización del contrato» no resulta posible la impugnación del acto de formalización puesto que en este caso se trata de un acto de trámite que no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, sino que documenta lo en ella acordado.

En este sentido, este Tribunal en su Resolución 224/2019, de 4 de julio, dispone que "*Por tanto, a la vista de la doctrina analizada cabría en principio entender que el acto del órgano de contratación en el que entiende que ha retirado su oferta al no haber formalizado el contrato en el plazo concedido es susceptible de impugnación mediante el recurso especial; sin embargo, en el presente supuesto hay que atender a que la recurrente -a diferencia del supuesto analizado en la mencionada Resolución 69/2017- solicita a este Órgano -entre otras cuestiones- que declare la retirada de su oferta como justificada y no que se realice un pronunciamiento concreto sobre la adjudicación del contrato a su favor o que se evite una posible adjudicación ilegal.*

Es decir, como manifestó este Tribunal ante un supuesto muy similar en la Resolución 154/2015, de 28 de abril, el recurso se dirige formalmente contra los propios actos de la recurrente que el órgano de contratación no hace más que reconocer y declarar sus efectos.(...)

En este sentido, la extensión del recurso especial a actos posteriores a la adjudicación y anteriores a la formalización ha de ser objeto de una interpretación estricta, limitada a aquellos supuestos en los que se denuncien infracciones en el procedimiento de selección del contratista, como sería el caso en el que la recurrente pretenda combatir el acto que le impide formalizar el contrato al dejar sin efecto la adjudicación en su favor, y llevar a cabo una nueva adjudicación que considera ilegal, circunstancia que no concurre en el presente caso".

En este caso, la no formalización deriva de un acto de trámite cualificado que supone la imposibilidad de su adjudicación, la desestimación de la solicitud de prórroga.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, el 18 de febrero de 2022 (folio 556) se dicta la resolución, y se notifica el día 28 de febrero de 2022. Por tanto, el recurso presentado en el Registro el 16 de marzo de 2022 se ha formalizado en plazo, conforme a lo señalado en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del asunto: alegaciones de las partes.

Examinados los requisitos de admisión del recurso, procede analizar las cuestiones suscitadas en el recurso.

1. Alegaciones de la UTE recurrente:

A. Se alega, por un lado, la no imputabilidad a la UTE de la no formalización del contrato a la fecha en que se le requirió para que formalizase el mismo, pues el día 3 de diciembre de 2021, (fecha en la que se le notifica la adjudicación), el contrato debería haber estado formalizado a la vista de la página 68 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) mucho antes, de tal modo que no le habría afectado como causa de exclusión la falta de clasificación que a dicha fecha no tuviera formalmente la clasificación requerida. En este sentido, apela a que la resolución recurrida, en su fundamento de derecho tercero, reconocía expresamente que el órgano de contratación incumplió el plazo de dos meses establecido en el anexo I del pliego para realizar la adjudicación. Así señala que el contenido de la cláusula 10.8 , así como el anexo I, expresamente recogen: *"Plazo máximo para efectuar la adjudicación: Dos meses desde la apertura del sobre 2".*

Aporta las siguientes fechas para defender la inimputabilidad de la causa de exclusión:

- La apertura del sobre 2 realizada el 16 de junio de 2021 por lo que la adjudicación debía haberse realizado, como muy tarde, el 16 de agosto de 2021, admitiendo el órgano de contratación que el procedimiento se habría extendido hasta el 21 de enero de 2021.

- El 16 de agosto de 2021 mantenía la clasificación exigida en el pliego, ya que no fue hasta el 2 de noviembre de 2021 cuando se le habría revocado, provisionalmente, la misma.

Señala que, si el órgano de contratación hubiese respetado los plazos establecidos y hubiese tramitado el procedimiento de adjudicación cumpliendo las prescripciones del pliego, no habría sufrido de manera sobrevenida la pérdida momentánea de la clasificación y habría podido suscribir el contrato con total normalidad durante el mes de septiembre.

De este modo, y dado que se ha demorado más de seis meses, estima que era "*justo, mesurado y proporcionado*" el otorgamiento de un plazo al menos equivalente para la revisión de la clasificación. Alega la obligación de conceder la prórroga solicitada, que ello no es que suponga un daño para tercero, sino para la primera licitadora. Concreta que no le es imputable, porque se deriva de un acto tácito del órgano de contratación pues la resolución recurrida, al no imponer la penalidad prevista en el artículo 153.4 LCSP estaba reconociendo la no imputabilidad de la no formalización del contrato en el momento del requerimiento.

B. A la vista de los hechos reconocidos por la resolución recurrida señala, además, que no cabe duda que el otorgamiento de una prórroga para la formalización del contrato estaba plenamente justificada. Procede por tanto que se deje sin efecto los dos pronunciamientos de la resolución recurrida y que se confiera un nuevo plazo para la formalización del requerimiento, pues existe concurrencia de solvencia técnica de la UTE, haciendo mención al artículo 140.4 de la LCSP, entendiendo que concurrían en la fecha final de presentación de ofertas y subsistían en el momento de perfección del contrato. Manifiesta que la cuestión jurídica que se suscita es la interpretación del término "subsistir" empleado en la ley: "*si la ausencia de prohibición para contratar debe concurrir ininterrumpidamente desde la presentación de la oferta hasta la formalización del contrato o, por el contrario, puede existir algún momento intermedio entre ambos momentos en que concurra la prohibición, sin que ello suponga la exclusión del licitador".* Apunta para ello a una evolución que ha existido en la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales respecto a la exigencia del artículo 140.4 LCSP y con relación al término "subsistir" (si bien referido a las deudas de la Seguridad Social).

Por último, alega que el órgano de contratación debía haber concedido un plazo a la UTE para que subsanase la acreditación de la clasificación. La UTE expresa que *"en la resolución recurrida, en su fundamento de derecho tercero, reconoce expresamente que el órgano de contratación incumplió el plazo de dos meses establecido en el Anexo I del Pliego para realizar la adjudicación, ya que la apertura del sobre 2 se realizó el 16 de junio de 2021 por lo que la adjudicación debía haberse realizado, como muy tarde, el 16 de agosto de 2021, admitiendo el órgano de contratación que el procedimiento se habría extendido hasta el 21 de diciembre de 2021. El 16 de agosto de 2021 mantenía la clasificación exigida en el Pliego, ya que no fue hasta el 2 de noviembre cuando se le habría revocado, provisionalmente, la misma".*

Señala a continuación que:

"Pues bien, atendiendo a la doctrina anterior resulta:
- Que mi representada ostentaba la clasificación requerida en el momento de presentar su oferta, cuestión ésta que no es discutida (19/3/2021).
-Que el 2 de noviembre de 2021 se le notificó por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado una modificación en la Clasificación de la solvencia técnica.
- Que cuando fue requerido para la formalización del contrato la UTE puso en conocimiento del órgano de contratación esta circunstancia.
-Que el 23/2/2022 mi representada recuperó la clasificación.
- Que el 24/2/2022mi representada procedió a la formalización y perfeccionamiento del contrato (documento nº4).
- Que el 28/2/2022 se notifica el no otorgamiento de la prórroga para la firma del contrato.".

"De lo anterior se concluye que mi representada gozaba de la clasificación requerida tanto en la fecha de presentación de su oferta (19/2/2021) como en el momento de la perfección del contrato (24/2/2022), por lo que la suscripción del contrato ha de surtir todos sus efectos."

C. Sostiene que debía haberse concedido un plazo para que lo acreditase, pues debe tenerse en cuenta el momento de presentación de la oferta (19/3/2021) y el momento de presentación de la declaración responsable, donde dice que la UTE poseía la clasificación exigida en la licitación. Citando cierta doctrina señala la entidad recurrente, la del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) a efectos de que se permita la subsanación de la documentación acreditativa de la solvencia, en aquellos casos en los que existe algún error u omisión en la documentación presentada por el licitador adjudicatario con su oferta. De este modo, y con mayor motivo debe concederse, pues la situación se produce por un hecho imputable al órgano de contratación, que propicia que no se reúna la clasificación necesaria.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

A. En cuanto al motivo relativo a la no imputabilidad a la UTE, y respecto a la no formalización del contrato a la fecha en que se le requirió para que formalizara el mismo, señala el órgano de contratación que el artículo 153 LCSP, en el apartado 4, recoge que:

"Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado se le exigirá el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía definitiva, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra b) del apartado 2 del artículo 71.

En este caso, el contrato se adjudicará al siguiente licitador por el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas, previa presentación de la documentación establecida en el apartado 2 del artículo 150 de la presente Ley, resultando de aplicación los plazos establecidos en el apartado anterior".

Estima que la falta de formalización en plazo del contrato por causas imputables al adjudicatario, conlleva por una parte, "*la imposición de penalidad*" (sic) y, por otro, la adjudicación al siguiente licitador.

Omite el órgano de contratación la referencia al motivo de que transcurriera el plazo de los dos meses, y los efectos que ello conlleva a su entender. Señala que la causa directa de que la UTE no pudiera firmar el contrato en plazo es el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 140.4 LCSP, según el cual "*las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato*". Este incumplimiento se produce porque en el momento de la perfección del contrato no subsistía la solvencia de la referida UTE, al no contar con la preceptiva clasificación, "*requisito indispensable*" para contratar, según se establece en el artículo 77.1 a) LCSP. Argumenta que "*la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario*" es causa de nulidad de pleno derecho del contrato si se hubiera llegado a firmar, de conformidad con el artículo 39.2 a) LCSP, es decir que la ausencia de clasificación es un vicio grave que constituye un motivo de nulidad de pleno derecho.

Contestando a las alegaciones del recurso, manifiesta respecto de las consecuencias del incumplimiento del plazo para adjudicar el contrato del artículo 158.2 LCSP, son las que se contemplan en el artículo 158.4 LCSP, según el cual, "*de no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir esta*".

Señala que en la Resolución de 18 de febrero de 2022 el órgano de contratación "*decide apreciar la posible incidencia del retraso en la adjudicación, alegada por la UTE en su solicitud de prórroga, atemperando las consecuencias jurídicas del artículo 153.4 LCSP, de manera que acude al siguiente licitador por el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas para proceder a la adjudicación, pero le exime de la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido".*

B. Por otra parte, estima que el otorgamiento de un plazo al menos equivalente al retraso en la adjudicación para la revisión de la clasificación es algo que la Ley no permite y que atentaría contra el principio de igualdad de los licitadores. Argumenta que aplicó el artículo 32, en sus apartados 1 y 3, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dispone que *"1. La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados.*
(…)
3. Tanto la petición de los interesados como la decisión sobre la ampliación deberán producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate. En ningún caso podrá ser objeto de ampliación un plazo ya vencido. Los acuerdos sobre ampliación de plazos o sobre su denegación no serán susceptibles de recurso, sin perjuicio del procedente contra la resolución que ponga fin al procedimiento".

Señala que la ampliación de plazo es un acto discrecional de la Administración, que no puede exceder de la mitad del plazo establecido, donde además debe mediar la previa ponderación de las circunstancias del caso, así como que no se perjudiquen derechos de terceros. Estima que ello resulta motivado en la resolución por la que se

desestima la ampliación, la cual expresa la inexistencia de circunstancias que aconsejen o justifiquen una mayor demora del plazo para la formalización del contrato pues se perjudicaría a la empresa siguiente en la clasificación de licitadores realizada en su día por la mesa, al proceder la aplicación del artículo 153.4 LCSP. Por otra parte, no sería posible la prórroga una vez transcurrido el plazo legal de cinco días que establece el artículo 153.3 de la LCSP, sin que ni siquiera en el periodo transcurrido desde la solicitud de la ampliación (26 de enero de 2022) hasta que se dictó la Resolución denegatoria (18 de febrero de 2022) hubiera llegado a obtenerse la clasificación. Además, la ampliación no debería exceder de la mitad del plazo inicial (cinco días), de manera que, aunque se hubiera concedido, en cualquier caso, aclara que no se hubiese podido aportar la clasificación en el plazo ampliado.

C. En cuanto al motivo aducido por la UTE recurrente sobre cuándo debe concurrir la solvencia técnica de la UTE en los momentos establecidos en el artículo 140.4 de la LCSP, manifiesta que este precepto establece que: *"Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato."* .

Por otra parte, señala que la recurrente manifiesta que ostentaba la clasificación requerida en el momento de presentar su oferta (19 de marzo de 2021), y siendo el 2 de noviembre de 2021 cuando se le notificó por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado una modificación en la clasificación de la solvencia técnica, y el 23 de febrero de 2022 cuando recuperó la clasificación, procediendo, según considera la recurrente, a una pretendida formalización y perfeccionamiento del contrato el día 24 de febrero de 2022, y el 28 de febrero de 2022 se notifica el no otorgamiento de la prórroga para la firma del contrato.

Al respecto hace alusión a que la fecha en que se dictó la resolución por la que se denegó la ampliación de plazo fue el 18 de febrero de 2022, y ésta se publicó el 21 de febrero en el perfil de contratante del órgano de contratación, "*con anterioridad a la obtención de la clasificación por parte de la empresa, que fue el día 23 de febrero de 2022, procediendo a continuación a la firma del contrato de manera unilateral*".

En cualquier caso, argumenta que sería de aplicación el artículo 140.4 LCSP "*pero se entiende que la fecha de formalización que habría de tenerse en cuenta sería la fecha en la que debió suscribir el contrato conforme al requerimiento efectuado por la Administración, pues de otra forma quedaría la firma del contrato a la voluntad de la adjudicataria que podría decidir el momento de la firma según su interés o buscando el momento en que cumpliera con los requisitos para contratar".*

D. Respecto a la consideración de que el órgano de contratación debía haber concedido un plazo a la UTE para que subsanase la acreditación de la clasificación en algún momento previo a la formalización del contrato, el órgano de contratación le contesta que "*la ley contempla las subsanaciones de requisitos de capacidad y solvencia en momentos tasados (artículos 141 y 326.2 a) LCSP), tras la apertura del sobre 1 de declaraciones de requisitos previos y tras la presentación de la documentación previa a la adjudicación, no se contemplan otros, que si se introdujeran de forma potestativa para el órgano de contratación al margen de lo que dispone la Ley, atentarían contra los principios de la contratación pública, en particular contra el principio de igualdad entre los licitadores".*

SEXTO. Consideración del Tribunal.

Tras la tramitación del procedimiento de contratación, y mediante la resolución de 19 de noviembre de 2021 el órgano de contratación procedió a realizar la adjudicación a favor de la UTE OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. -

POLARIA PROYECTOS Y OBRAS, sin conocerse que previamente, el 2 de noviembre de 2021 se le notificó por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado una modificación en la clasificación de la solvencia técnica que la hacía no reunir la exigida para la licitación. No es tras el requerimiento formulado por la Administración el 21 de enero de 2022, cuando se envía para su firma los documentos administrativos de formalización, cuando el día 26, del mismo mes, comunica la persona representante de la entidades con compromiso para la formación de la UTE, la modificación de la clasificación de la solvencia técnica de la misma, y solicita que se conceda la prórroga para el acto de firma digital del contrato, que sea necesaria y precisa, para que se le convoque nuevamente para la firma digital de contrato.

Estimamos como hechos relevantes a tener en cuenta que no tenía vigente la clasificación exigida a la fecha del requerimiento para la formalización, y la cuestión se centra en si está correctamente denegada la prórroga solicitada a efectos de obtener la clasificación.

Se ha de poner de relieve que la recurrente hace alusión a que la fecha en que se dictó la resolución por la que se denegó la ampliación de plazo fue el 18 de febrero de 2022. Posteriormente, se le desestimó la solicitud de la prórroga pedida por la UTE, ahora recurrente, para formalizar el contrato, de tal modo que ello hacía que se acordare requerir la documentación previa a la adjudicación a la siguiente mejor oferta.

Esta desestimación se publicó el 21 de febrero de 2022en el perfil de contratante del órgano de contratación, *"con anterioridad a la obtención de la clasificación por parte de la empresa, que fue el día 23 de febrero de 2022, procediendo a continuación a la firma del contrato de manera unilateral"*. Habiéndose negado la prórroga, la UTE ha alegado que recuperó la clasificación el 23 de febrero de 2022. El 28 de febrero de 2022 se le notifica el no otorgamiento de la prórroga para la firma del contrato.

A. Sobre la primera de las cuestiones, se debe hacer una precisión acerca del alcance del artículo 140.4 de la LCSP, que señala que "*las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato*".

En este caso en concreto, la UTE adjudicataria, cuando se le requiere para que formalice el contrato el día 21 de enero de 2022, responde que a día 26 de enero de 2022 no mantiene la clasificación y solicita la prórroga para el acto de firma digital del contrato.

No es objeto de debate la necesidad de la clasificación, por ello debemos abordar la necesidad de contar con ella desde la fecha de presentación de ofertas hasta la perfección del contrato con su formalización.

Resulta de interés abordar en primer lugar el artículo 82 de la LCSP, al que no se ha referido ninguna de las partes. El precepto establece en su apartado 2 que las empresas clasificadas al amparo de dicha Ley han de justificar cada tres años el mantenimiento de su solvencia técnica y profesional para mantener su clasificación. En cuanto a la clasificación conviene recordar que el punto de partida en esta materia lo constituye el artículo 65.1 de la LCSP, según el cual "*sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas*".

La clasificación de empresas contratistas se configura, así como un requisito de capacidad que debe ser cumplido por aquéllas para poder contratar con las entidades que integran el sector público. La clasificación es un sistema

para acreditar la capacidad del contratista, que sustituye en los casos en que resulta legalmente exigible a la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional. Concretamente, el artículo 77 de la LCSP impone la clasificación empresarial como requisito indispensable para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros, si bien para los de valor inferior la clasificación sirve para acreditar la solvencia económica, financiera y técnica para contratar.[1]

Así, la clasificación está establecida en principio para contratar con las Administraciones Públicas, consistiendo el sistema de clasificación en la acreditación por parte de la empresa, de que es solvente en los aspectos económicos, financieros, técnicos y profesionales. Esta acreditación evita a la empresa el tener que justificar esos extremos continuamente en los distintos procedimientos de contratación a los que concurra (y que se refieran a los contratos en que la clasificación es obligatoria según el expuesto artículo 77 de la LCSP), y a los diferentes órganos de contratación les evita la comprobación de todos esos mismos extremos pues la presentación del certificado de clasificación empresarial implica que esa solvencia ya ha sido acreditada. La clasificación empresarial supone que el empresario ha obtenido el correspondiente certificado expedido por un organismo competente para ello, ante el cual ha acreditado que goza de esa solvencia a la que nos hemos referido, ello consecuentemente también supone que las certificaciones emitidas por ese organismo competente son válidas para todos los órganos de contratación, que no precisarán ninguna justificación adicional de solvencia de los empresarios cuando liciten los contratos en los que la clasificación es exigible.

En este sentido, el artículo 80.1 de la LCSP establece que "*los acuerdos relativos a clasificación de las empresas se adoptarán, con eficacia general frente a todos los órganos de contratación, por las Comisiones Clasificadoras de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado".* [2] Estas normas tienen por objeto garantizar la igualdad y la seguridad jurídica en la contratación pública, asegurando a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones, lo que las convierte en un elemento básico de la legislación sobre contratos, basándose su regulación en el título competencial de art. 149.1. 18ª de la Constitución Española. La finalidad, según el Tribunal Supremo es que a través de esas normas se garantice la igualdad y la seguridad jurídica en la contratación, lo cual justifica la decisión del legislador de otorgar la facultad de suspensión a un órgano estatal como medio de garantizar un tratamiento común de todos los contratistas frente a las distintas Administraciones[3].

En este sentido, el art. 79 de la LCSP presenta los criterios y condiciones básicos exigibles para la clasificación. Como premisa básica para proceder a la clasificación será necesario que el empresario acredite su personalidad y capacidad de obrar, así como que se encuentra legalmente habilitado para realizar la correspondiente actividad, por disponer de las correspondientes autorizaciones o habilitaciones empresariales o profesionales y reunir los requisitos de colegiación o inscripción u otros semejantes que puedan ser necesarios, y que no está incurso en prohibiciones de contratar. Con relación a esta última condición, la Ley advierte que se denegará la clasificación de aquellas empresas de las que, a la vista de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras afectadas por

1La clasificación no siempre es exigible pues a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, sin perjuicio de la obligación de acreditar su solvencia y del valor presuntivo que a estos efectos tienen los certificados de clasificación o documentos similares que acrediten la inscripción en listas oficiales de empresarios autorizados para contratar establecidas por dichos Estados, valor presuntivo que lo será en los términos del artículo 97 de la LCSP.

2También las Comunidades Autónomas podrán adoptar decisiones sobre clasificación de las empresas que serán eficaces únicamente para contratar con la propia Comunidad Autónoma, con las Entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los entes, organismos y entidades del sector público dependientes de una y otras. En cualquier caso, estas clasificaciones autonómicas deben respetar las reglas y criterios establecidos por la Ley de Contratos del Sector Público y sus disposiciones de desarrollo (artículo 80.2 LCSP).

3Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2011 de la Sala 3.ª, Sección 7.ª recurso de casación número 5777/2008).

una prohibición de contratar. Asimismo, y como es conocido la clasificación reconocida a los empresarios puede alcanzar diversos niveles o grados, es decir, se reconoce al empresario una solvencia en mayor o menor grado en función de los antecedentes que aquel haya podido justificar en el expediente administrativo para su otorgamiento. Así, los aspectos a valorar durante el desarrollo de dicho expediente no son otros que los representativos de las distintas solvencias: económica, financiera y técnica o profesional, tal como vienen descritos por los artículos 86 a 92 de la Ley. Así, la clasificación expresa la especialización para determinados tipos de contratos y también la capacidad para asumir los contratos hasta una cierta cuantía económica. La especialización y la cuantía económica que refleja la clasificación obtenida acotan los contratos a los que el empresario puede acceder en las licitaciones públicas. Estas ideas están expresadas por el artículo 79.1 de la LCSP del siguiente modo: "*La clasificación de las empresas se hará en función de su solvencia, valorada conforme a los criterios reglamentariamente establecidos de entre los recogidos en los artículos 87, 88 y 90, y determinará los contratos a cuya adjudicación puedan concurrir u optar por razón de su objeto y de su cuantía. A estos efectos, los contratos se dividirán en grupos generales y subgrupos, por su peculiar naturaleza, y dentro de estos por categorías, en función de su cuantía. La expresión de la cuantía se efectuará por referencia al valor íntegro del contrato, cuando la duración de éste sea igual o inferior a un año, y por referencia al valor medio anual del mismo, cuando se trate de contratos de duración superior".*

Al respecto, y como es lógico, la clasificación empresarial no es inmutable, puede modificarse, mantenerse o perderse porque la actividad empresarial puede dar lugar a una ampliación o reducción de la solvencia que sirve de base a la clasificación otorgada. La Ley si bien establece la vigencia indefinida de la clasificación de las empresas en tanto se mantengan por el empresario las condiciones y circunstancias en que se basó su concesión, no obstante, establece como requisito para conservar la clasificación obtenida con carácter indefinido la justificación anual por parte del empresario del mantenimiento de la solvencia económica y financiera y, cada tres años, el de la solvencia técnica y profesional.

El hecho de que las circunstancias necesaria para mantener u obtener la clasificación necesaria ya no se cumplían en el momento de la adjudicación, es una cuestión no debatida, de tal modo que cuando la UTE fue requerida para la formalización, tras la adjudicación, se puso de manifiesto que la misma no conservaba la clasificación vigente a efectos de la ejecución del contrato.

Como conclusión, sobre el alcance de la subsistencia a la que se refiere el artículo 140.4 LCSP, y contestando a la alegación que se soporta en determinada doctrina del Tribunal Central, éstas se refieren a una cuestión distinta, a una prohibición para contratar, no así a una circunstancia de aptitud intrínseca a la propia naturaleza de la UTE adjudicataria, las cuales no permiten una interpretación flexible. De este modo, y sobre el alcance del artículo 140.3 y 140.4 de la LCSP se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el informe 49/2018 con relación al alcance de este precepto. El artículo 140.3 LCSP, señala:

"El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.
No obstante lo anterior, cuando el empresario esté inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y estos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos, no estará obligado a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en los referidos lugares."

Así la Junta Consultiva ha señalado que en cuanto al alcance de la expresión *"buen desarrollo del procedimiento"* debe entenderse al procedimiento completo para la adjudicación y también hasta la formalización del contrato, y no solo al procedimiento de adjudicación al cual le pone fin la resolución correspondiente. Así señala: "*La interpretación del artículo 140.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuando declara que las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato, así como la ubicación sistemática de los preceptos relativos a las proposiciones de los licitadores, de los relativos a la acreditación de los requisitos de aptitud para contratar y de la formalización del contrato (todos ellos incluidos dentro de la Subsección 1ª de la Sección 2ª del Capítulo I del Título I del Libro II de la Ley) abonan la conclusión de que la referencia al buen desarrollo del procedimiento se refiere al completo procedimiento de selección del contratista, genéricamente denominado adjudicación en la ley pero que también comprende la fase de formalización del contrato. Otra conclusión sería incongruente con la exigencia de que los requisitos de aptitud concurran también en el momento de la perfección del contrato".*

Así, si bien es cierto que existe un periodo de tiempo, que media entre la adjudicación del contrato y la formalización del mismo, y si bien ello no implica que haya de verificarse un nuevo trámite de comprobación de los requisitos de aptitud para contratar, pues este trámite se había verificado con anterioridad. Es decir, la exigencia de una nueva declaración responsable es cierto que no está prevista por la ley ni parece acomodarse a las exigencias de celeridad y economía que informan el nuevo sistema de acreditación documental de los requisitos de aptitud para contratar. Distinto es que en este periodo se tenga conocimiento por el órgano de contratación de que han variado las condiciones de aptitud del licitador o de que la acreditación no fue veraz y aunque no tuviera conocimiento, sería contrario a la buena fe no comunicarlo al órgano de contratación.

Por todo ello, debe considerarse que queda acreditado que no cabría formalizar el contrato pues, como señala la ley, las tan citadas condiciones de aptitud para contratar deben concurrir a la fecha de perfección del contrato.

B. Sobre la inimputabilidad a la UTE de la causa de perder la vigencia la clasificación, debemos remitirnos al artículo 82 de la LCSP.

En este sentido, la no formalización en el plazo de dos meses desde la apertura de las ofertas tiene efectos propios, que no son los de admitir solicitudes de prórrogas no previstas, para casos o incidencias como la presente, sino que el efecto es el del artículo 158.4 LCSP, es decir, "*de no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir esta".*

Por otra parte, en el artículo 153.4 LCSP, y siendo la causa de la responsabilidad, el hecho de no reunir la clasificación por parte del contratista, debemos estimar aplicable dicho precepto. En este sentido, estimamos que el órgano de contratación ha interpretado correctamente la situación, dado que ha considerado que estamos ante el supuesto de dicho precepto, de tal modo que estaba justificado adjudicar el contrato al siguiente licitador por el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas. La sustantividad de la causa se sostiene en el artículo 39.2 a) LCSP determinando la nulidad de pleno derecho del contrato si éste se hubiera llegado a firmar. En este sentido, el artículo 211 a) de la LCSP expresa como causa de resolución la incapacidad sobrevenida del contratista.

C. Respecto del otorgamiento o concesión de un plazo de tiempo a la UTE recurrente, compartimos la tesis del

órgano de contratación, pues haberlo otorgado habría sido contrario a los principios de seguridad jurídica y de tratamiento igualitario a los licitadores. Se estima correcta la interpretación que sostiene el órgano de contratación, pues en efecto conforme al artículo 32.1 y 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la ampliación de los plazos establecidos no puede exceder de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan, si con ello no se perjudican derechos de tercero. Así, la decisión sobre la ampliación deberá producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate, y asimismo nunca podrá ser objeto de ampliación un plazo ya vencido.

Es decir, partiendo de la discrecionalidad de la Administración para su otorgamiento, el de la ampliación, debe tenerse en cuenta la inexistencia de circunstancias que aconsejaren una mayor demora del plazo para la formalización del contrato, más aún cuando existían otras entidades con interés legítimo en la adjudicación y formalización del contrato. Es decir, se habría perjudicado a la empresa siguiente en la clasificación de licitadores realizada en su día por la mesa, si no hubiera procedido conforme al artículo 153.3 y 4 LCSP. De hecho consta que el 16 de febrero de 2022 la siguiente entidad clasificada solicita la adjudicación.

Consta en el folio 546 del expediente que se requirió por medio de correo electrónico el 17 de diciembre de 2021. La confirmación de lectura con fecha de 20 de diciembre no se ha remitido, pero sí consta el documento remitido por la empresa de fecha 24 de diciembre. Fecha desde la cual se deben contar el plazo de 5 días del artículo 153.3 LCSP.

Por ello, no era posible otorgar prórroga alguna, pues había transcurrido el plazo legal de cinco días que establece el artículo 153.3 de la LCSP, pues desde que se solicitó (el 21 de enero de 2021), hasta que se dictó la Resolución denegatoria, el 18 de febrero de 2022, tampoco se llegó a obtener la clasificación. Coincidimos en la consideración de que la ampliación además no habría nunca podido exceder de la mitad del plazo inicial (cinco días), de manera que, aunque se hubiera concedido, en cualquier caso, aclara que no se podría podido aportar la clasificación en el plazo ampliado.

D. Respecto a la consideración concreta de que se debía haber concedido un plazo a la UTE para que subsanare la acreditación de la clasificación en algún momento previo a la formalización del contrato después de la adjudicación, en efecto se trata de un trámite no previsto en la LCSP, debiéndose estar a la aplicación de los preceptos generales de la Ley 39/21015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, respecto de lo cual ya se han realizado consideraciones en la letra anterior.

Consideramos igualmente que haber procedido de otro modo habría sido contrario al principio de igualdad entre los licitadores.

Por todo ello debe desestimarse el recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **UTE OBRASCON HUARTE LAIN, S.A.–POLARIA PROYECTOS Y OBRAS, S.A.** contra la resolución del órgano de contratación, de 18 de febrero de 2022 por la que se desestima la ampliación de plazo de formalización de contrato solicitada por ésta y se acuerda requerir la documentación previa a la adjudicación a la siguiente licitadora del contrato

denominado “Obras y Prevención de Catástrofes de la Presa de Guadarranque (Cádiz), (expediente 2020 242865), promovido por la Dirección General de Infraestructuras del Agua de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.