



Exp. Junta Consultiva: RES 5/2017

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: contracte d'obres de consolidació i rehabilitació de forjats de l'Hospital General

SSCC PA 456/16

Servei de Salut de les Illes Balears

Recurrent: SYDCA XXI Construcciones, SL

**Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 23 de febrer de 2017 pel qual es resol el recurs especial en matèria de contractació interposat per SYDCA XXI Construcciones, SL, contra la Resolució del director general del Servei de Salut de les Illes Balears per la qual s'exclou l'empresa del procediment d'adjudicació del contracte d'obres de consolidació i rehabilitació de forjats de l'Hospital General**

#### **Fets**

1. El 3 d'octubre de 2016, el secretari general del Servei de Salut de les Illes Balears, va aprovar, per delegació, l'expedient de contractació, el plec de clàusules administratives particulars i el projecte tècnic i l'obertura del procediment d'adjudicació del contracte d'obres de consolidació i rehabilitació de forjats de l'Hospital General, per procediment obert.
2. El 5 de desembre de 2016, la Mesa de Contractació va rebutjar l'oferta econòmica de l'empresa SYDCA XXI Construcciones, SL, atès que ni l'oferta econòmica ni el sobre que la contenia estaven signats.
3. El 22 de desembre de 2016, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va dictar la Resolució per la qual s'exclou l'empresa SYDCA XXI Construcciones, SL, del procediment, atès que la seva oferta econòmica no reuneix els requisits previstos en la normativa d'aplicació.

Aquest mateix dia, el director general del Servei de Salut de les Illes Balears va dictar la Resolució per la qual s'adjudica el contracte d'obres de consolidació i rehabilitació de forjats de l'Hospital General a l'empresa Construcciones Llabrés Feliu, SLU.

Aquestes resolucions es varen notificar al recurrent el 2 de gener de 2017.

4. El 26 de gener de 2017, el representant de l'empresa SYDCA XXI Construcciones, SL, va interposar davant la Junta Consultiva de Contractació



Administrativa un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució per la qual s'exclou l'empresa del procediment.

### Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la Resolució per la qual s'exclou una empresa d'un procediment d'adjudicació d'un contracte d'obres no subjecte a regulació harmonitzada, tramitat pel Servei de Salut de les Illes Balears, que té caràcter d'administració pública.

Atès que es tracta d'un acte no susceptible del recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 40 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), es pot interposar en contra el recurs administratiu que sigui procedent. Aquest recurs, a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, és el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra *m* de l'article 2 i l'article 7 del text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener.

2. El recurs especial que ha interposat el representant de SYDCA XXI Construcciones, SL, es fonamenta en el fet que, a parer seu, la Resolució d'exclusió no s'ajusta a dret, atès que l'omissió de la signatura, tant en l'oferta com en el sobre que la contenia, són defectes esmenables i, per tant, se li hauria d'haver concedit un termini d'esmena d'acord amb l'apartat 2 de l'article 81 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre.

Atès tot això, el recurrent sol·licita que s'anul·li la Resolució que s'impugna i que se'n suspengui l'execució, atès que li causa un perjudici difícil de reparar.

Com que aquesta Junta Consultiva es pronuncia sobre la qüestió de fons plantejada, no és necessari analitzar la sol·licitud de suspensió del procediment.



3. L'apartat 2 de l'article 81 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, sota l'epígraf "Qualificació de la documentació i defectes o omissions esmenables", estableix que:

Si la mesa observa defectes o omissions esmenables en la documentació presentada, ho ha de comunicar verbalment als interessats. Sens perjudici d'això, aquestes circumstàncies s'han de fer públiques mitjançant anuncis de l'òrgan de contractació o, si s'escau, del que es fixi en el plec, i s'ha de concedir un termini no superior a tres dies hàbils perquè els licitadors els corregeixin o esmenin davant de la mateixa mesa de contractació.

Així doncs, tal com afirma el recurrent, el Reglament general preveu la possibilitat d'esmenar els defectes o les omissions de la documentació que hagin presentat els licitadors. Es tracta d'una potestat atorgada a la Mesa de Contractació amb la finalitat de requerir a les persones interessades que esmenin els errors o les omissions que s'apreciïn en aquesta documentació.

Tot i que aquesta possibilitat es preveu només en relació amb la documentació a què fa referència l'article 146 del TRLCSP, s'admet la possibilitat d'aplicar per analogia aquell precepte respecte de les ofertes, sempre que els errors o omissions tinguin un caràcter purament formal o material, atès que d'altra manera s'estaria acceptant explícitament la possibilitat de modificar substancialment les ofertes, possibilitat que xoca frontalment amb els principis de no discriminació, igualtat de tracte i transparència que recullen els articles 1 i 139 del TRLCSP.

4. La qüestió relativa a l'esmena dels defectes o les omissions de la documentació –i també, en particular, de l'oferta econòmica– presentada pels licitadors ha estat tractada en nombroses ocasions tant per les juntes consultives de contractació administrativa com pel Tribunal Suprem i els tribunals administratius de recursos contractuals.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, i també altres juntes consultives, s'han pronunciat sobre aquesta qüestió, entre d'altres, en els informes 35/2002, de 17 de desembre; 48/2002, de 28 de febrer de 2003; 36/2004, de 7 de juny, i 47/2009, d'1 de febrer de 2010, en els quals afirma que encara que no es pot establir una llista exhaustiva dels defectes esmenables, tenen aquest caràcter els relatius a l'acreditació del requisit de què es tracti, però no al seu compliment.



La Comissió Consultiva de Contractació Pública de la Junta d'Andalusia, en la Recomanació 4/2001, de 22 de març, i la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat de Madrid, en l'Informe 6/2009, de 6 de novembre, han afirmat expressament que la manca de signatura de l'oferta econòmica és un defecte esmenable.

El Tribunal Suprem ha adoptat un criteri antiformalista a l'hora d'apreciar el caràcter esmenable o no dels requisits exigits als licitadors, atès que la seva exclusió per simples defectes formals, fàcilment esmenables, seria contrària al principi de concurrència. En aquest sentit s'ha pronunciat, entre d'altres, a les sentències de 6 de juliol i 21 de setembre de 2004, dictades en unificació de doctrina. Un dels defectes que el Tribunal Suprem considera esmenables és la manca de signatura de la proposició econòmica.

El Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, seguint la doctrina de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat i la jurisprudència del Tribunal Suprem, també manté un criteri antiformalista pel que fa a la possibilitat d'esmenar els defectes o omissions de les ofertes dels licitadors, expressat, per exemple, en la Resolució 264/2015, de 23 de març, i admet l'aplicació de la normativa relativa a la possibilitat d'esmena per analogia al cas dels defectes de l'oferta econòmica, entre d'altres, en les resolucions 90/2013, de 27 de febrer; 931/2015, de 9 d'octubre, i 1091/2015, de 27 de novembre.

Així, quant al criteri antiformalista, en la Resolució 264/2015, de 23 de març, manifesta el següent:

Como podemos observar, el criterio general que debe seguirse en esta materia es el criterio antiformalista en lo que se refiere a la documentación que se ha de presentar por cada uno de los licitadores en sus ofertas técnicas y económicas, toda vez que si aceptáramos el excesivo formalismo, nos encontraríamos ante una actuación contraria a los principios de la contratación pública consagrados en el propio Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público y, particularmente, la libertad de concurrència y la eficiente utilización de los fondos públicos, lo cual supone que en su actuación, la Administración debe tender a obtener la mayor concurrència posible, siempre que ello lógicamente no suponga una vulneración del principio de igualdad de trato de todos los licitadores o, en otras palabras, siempre que esa actuación antiformalista no genere una discriminación entre los distintos licitadores. [...]. El principio antiformalista, obliga, en definitiva, a respetar las exigencias formales pero sin convertirlas en fines del propio procedimiento



de contratación sino, por el contrario, en garantías de la actuación de los licitadores en pleno respeto de la libre concurrencia y de que no se producirán discriminaciones o tratos desiguales para cada uno de los que concurren en ese procedimiento.

Quant a l'aplicació per analogia de l'apartat 2 de l'article 81 del Reglament general als defectes de les ofertes i també del criteri antiformalista, en la Resolució 931/2015, de 9 d'octubre, el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals manifesta el següent:

Ello no obstante, la jurisprudencia ha venido entendiendo que el precepto mencionado puede aplicarse por analogía también a la documentación relativa a la oferta, si bien en esos casos no debe perderse de vista que se exige que tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material. [...]

Al amparo de este principio antiformalista se han considerado subsanables, entre otros, defectos como la falta de acreditación de la suficiencia de los poderes de los representantes (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1973 y de 22 de noviembre de 1984, entre otras muchas, e informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 27/04, de 2 de junio de 2004), la falta de inclusión en la documentación administrativa de una garantía provisional constituida en fecha anterior a la de terminación del plazo de presentación de proposiciones, sobre la consideración de que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos, y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 48/02, de 28 de febrero de 2003, entre otros), la inclusión del resguardo acreditativo de la constitución de la garantía provisional en un sobre distinto al exigido en los Pliegos (STS de 4 de octubre de 1994), la falta de acreditación del cumplimiento del requisito de estar al corriente en el pago de las obligaciones tributarias (STS de 28 de septiembre de 1995 y de 28 de mayo de 2002), o la falta de firma de la proposición económica (STS de 6 de julio y 21 de septiembre de 2004).

También en relación con la falta de firma de la proposición económica se ha pronunciado la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en sentencia de 9 de enero de 2009, que en su fundamento de derecho segundo indica lo siguiente: "... El Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de julio de 2007, (rec. 265/2003) para la unificación de doctrina se pronunció sobre la subsanabilidad del defecto de firma en las



ofertas económicas por parte de las Mesas de Contratación, señalando lo siguiente:

QUINTO: Tales precisiones, según se infiere del análisis de las tres últimas sentencias, forman un cuerpo de doctrina consolidado en la doctrina jurisprudencial de esta Sala que es coherente con el criterio de la subsanabilidad, que en este caso resulta de directa incidencia ante la falta de la firma de la proposición económica, según se infiere del análisis del acta 4/2001 de la Mesa de Contratación.

En definitiva, el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, en aplicació d'aquest criteri, considera esmenable la manca de signatura de la proposició econòmica.

Per tant, en vista de la doctrina i la jurisprudència esmentades, podem concloure, d'acord amb l'apartat 2 de l'article 81 del Reglament general, que si la Mesa de Contractació observa defectes o omissions esmenables ha de concedir als licitadors un termini perquè els esmenin; que es consideren no esmenables els defectes que consisteixen en la manca de compliment dels requisits exigits en el moment en què finalitzi el termini de presentació de proposicions, i esmenables els defectes que facin referència a la manca d'acreditació d'aquells, i finalment, que un formalisme excessiu, que provoqui l'exclusió de proposicions per defectes de forma fàcilment esmenables i que no alteren el contingut essencial de les ofertes —com ara, la manca de signatura de l'oferta econòmica—, és contrari al principi de la lliure concurrència.

5. Com ja hem dit abans, el recurs es fonamenta en el fet que, a parer del recurrent, la Resolució d'exclusió no s'ajusta a dret, atès que l'omissió de la signatura, tant en l'oferta com en el sobre que la contenia, són defectes esmenables i, per tant, se li hauria d'haver concedit un termini d'esmena.

En aquest cas, la Mesa de Contractació, després d'haver admès a la licitació l'empresa SYDCA XXI Construcciones, SL, va obrir els sobres que contenien les ofertes econòmiques dels licitadors i va observar que mancava la signatura del representant de l'empresa tant en l'oferta econòmica com en el sobre que la contenia, i la va rebutjar d'acord amb l'article 84 del Reglament general, que disposa que:

Si alguna proposició no té concordança amb la documentació examinada i admesa, excedeix del pressupost base de licitació, varia substancialment el model establert, o comporta un error manifest en l'import de la proposició, o existeix reconeixement per part del licitador que té un error o una inconsistència que la



fan inviable, ha de ser rebutjada per la mesa, en una resolució motivada. Al contrari, el canvi o l'omissió d'algunes paraules del model, amb la condició que l'un o l'altra no n'alterin el sentit, no és causa suficient per rebutjar la proposició.

De l'anàlisi de la normativa i de la doctrina i la jurisprudència que hem esmentat abans, es desprèn clarament que la manca de signatura de l'oferta econòmica és un defecte fàcilment esmenable i que, per tant, el que hauria d'haver fet la Mesa de Contractació és concedir a l'empresa el termini d'esmena que preveu l'apartat 2 de l'article 81 del Reglament general i no rebutjar l'oferta, atès que en aquest cas no s'aprecia la concurrència de cap dels supòsits que preveu l'article 84 del Reglament.

L'anàlisi efectuada respecte al caràcter esmenable de la manca de signatura de l'oferta econòmica és també aplicable a la manca de signatura del sobre que la conté. Per tant, en aplicació del criteri antiformalista que s'ha de seguir respecte de l'esmena de defectes o omissions en la documentació dels licitadors i amb la finalitat de promoure la màxima concurrència en els procediments d'adjudicació dels contractes, la manca de signatura dels sobres que contenen la documentació s'ha de considerar un defecte esmenable.

#### 6. L'article 31 del TRLCSP disposa que:

A més dels casos en què la invalidesa derivi de la il·legalitat de les seves clàusules, els contractes de les administracions públiques i els contractes subjectes a regulació harmonitzada, inclosos els contractes subvencionats a què es refereix l'article 17, són invàlids quan ho sigui algun dels seus actes preparatoris o el d'adjudicació, perquè hi concorre alguna de les causes de dret administratiu o de dret civil a què es refereixen els articles següents.

Després d'enumerar les causes de nul·litat en l'article 32, l'article 33 disposa que:

Són causes d'anul·labilitat de dret administratiu les altres infraccions de l'ordenament jurídic i, especialment, les de les regles contingudes en aquesta Llei, de conformitat amb l'article 63 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre [actualment, article 48 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques].

En conseqüència, la Resolució per la qual s'exclou l'empresa SYDCA XXI Construcciones, SL, del procediment d'adjudicació del contracte d'obres de



consolidació i rehabilitació de forjats de l'Hospital General, no s'ajusta a dret, atès que l'empresa ha estat exclosa del procediment d'adjudicació del contracte indegudament a causa d'un defecte formal que era esmenable. Per tant, aquesta Resolució està afectada per una causa d'invalidesa.

### **Acord**

1. Estimar el recurs especial en matèria de contractació interposat per l'empresa SYDCA XXI Construcciones, SL, contra la Resolució del director general del Servei de Salut per la qual s'exclou l'empresa del procediment d'adjudicació del contracte d'obres de consolidació i rehabilitació de forjats de l'Hospital General i, en conseqüència, anul·lar l'acte impugnat.
2. Ordenar retrotreure les actuacions administratives al moment de l'obertura de les proposicions econòmiques perquè la Mesa de Contractació concedeixi a l'empresa SYDCA XXI Construcciones, SL, un termini per esmenar els defectes formals observats.
3. Notificar aquest Acord a les persones interessades i al Servei de Salut de les Illes Balears.

### **Interposició de recursos**

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 a i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.