



G CONSELLERIA
O HISENDA
I I ADMINISTRACIONS
B PÚBLIQUES
/ JUNTA CONSULTIVA
CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA

Exp. Junta Consultiva: RES 5/2017
Resolución del recurso especial en materia de contratación
Exp. de origen: contrato de obras de consolidación y rehabilitación de forjados del Hospital General
SSCC PA 456/16
Servicio de Salud de las Illes Balears
Recurrente: SYDCA XXI Construcciones, SL

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 23 de febrero de 2017 por el que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SYDCA XXI Construcciones, SL, contra la Resolución del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que se excluye a la empresa del procedimiento de adjudicación del contrato de obras de consolidación y rehabilitación de forjados del Hospital General

Hechos

1. El 3 de octubre de 2016, el secretario general del Servicio de Salud de las Illes Balears, aprobó, por delegación, el expediente de contratación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el proyecto técnico y la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato de obras de consolidación y rehabilitación de forjados del Hospital General, por procedimiento abierto.
2. El 5 de diciembre de 2016, la Mesa de Contratación rechazó la oferta económica de la empresa SYDCA XXI Construcciones, SL, ya que ni la oferta económica ni el sobre que la contenía estaban firmados.
3. El 22 de diciembre de 2016, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears dictó la Resolución por la que se excluye a la empresa SYDCA XXI Construcciones, SL, del procedimiento, ya que su oferta económica no reúne los requisitos previstos en la normativa de aplicación.

Ese mismo día, el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears dictó la Resolución por la que se adjudica el contrato de obras de consolidación y rehabilitación de forjados del Hospital General a la empresa Construcciones Llabrés Feliu, SLU.

Estas resoluciones se notificaron al recurrente el 2 de enero de 2017.



4. El 26 de enero de 2017, el representante de la empresa SYDCA XXI Construcciones, SL, interpuso ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa un recurso especial en materia de contratación contra la Resolución por la que se excluye a la empresa del procedimiento.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la Resolución por la que se excluye a una empresa de un procedimiento de adjudicación de un contrato de obras no sujeto a regulación armonizada, tramitado por el Servicio de Salud de las Illes Balears, que tiene carácter de administración pública.

Dado que se trata de un acto no susceptible del recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), contra el mismo puede interponerse el recurso administrativo que proceda. Este recurso, en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, es el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y tiene que resolverlo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La competencia para resolver este recurso corresponde a la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m* del artículo 2 y el artículo 7 del texto consolidado del Decreto por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

2. El recurso especial que ha interpuesto el representante de SYDCA XXI Construcciones, SL, se fundamenta en el hecho de que, en su opinión, la Resolución de exclusión no se ajusta a derecho, ya que la omisión de la firma, tanto en la oferta como en el sobre que la contenía, son defectos subsanables y, por tanto, debería habersele concedido un plazo de subsanación de acuerdo con el apartado 2 del artículo 81 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Por todo ello, el recurrente solicita que se anule la Resolución que se impugna y que se suspenda la ejecución, dado que le causa un perjuicio difícil de reparar.

Como esta Junta Consultiva se pronuncia sobre la cuestión de fondo planteada, no es necesario analizar la solicitud de suspensión del procedimiento.



3. El apartado 2 del artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, bajo el epígrafe "Calificación de la documentación y defectos u omisiones subsanables", establece que:

Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.

Así pues, tal como afirma el recurrente, el Reglamento General prevé la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones de la documentación que hayan presentado los licitadores. Se trata de una potestad otorgada a la Mesa de Contratación con el fin de requerir a los interesados que subsanen los errores u omisiones que se aprecien en esa documentación.

Aunque esta posibilidad se prevé sólo en relación con la documentación a que se refiere el artículo 146 de la LCSP, se admite la posibilidad de aplicar por analogía aquel precepto respecto de las ofertas, siempre que los errores u omisiones tengan un carácter puramente formal o material, dado que de otra manera se estaría aceptando explícitamente la posibilidad de modificar sustancialmente las ofertas, posibilidad que choca frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que recogen los artículos 1 y 139 de la LCSP.

4. La cuestión relativa a la subsanación de los defectos u omisiones de la documentación —y también, en particular, de la oferta económica— presentada por los licitadores ha sido tratada en numerosas ocasiones tanto por las juntas consultivas de contratación administrativa como por el Tribunal Supremo y los tribunales administrativos de recursos contractuales.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, y también otras juntas consultivas, se han pronunciado al respecto, entre otros, en los informes 35/2002, de 17 de diciembre; 48/2002, de 28 de febrero de 2003; 36/2004, de 7 de junio, y 47/2009, de 1 de febrero de 2010, en los que afirma que aunque no puede establecerse una lista exhaustiva de los defectos subsanables, tienen este carácter los relativos a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento.

La Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en la Recomendación 4/2001, de 22 de marzo, y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en el Informe 6/2009, de 6 de noviembre, han afirmado expresamente que la falta de firma de la oferta económica es un defecto subsanable.

El Tribunal Supremo ha adoptado un criterio antiformalista a la hora de apreciar el carácter subsanable o no de los requisitos exigidos a los licitadores, dado que su exclusión por simples defectos formales, fácilmente subsanables, sería contraria al principio de concurrencia. En este sentido se ha pronunciado, entre otras, en las sentencias de 6 de julio y 21 de septiembre de 2004, dictadas en unificación de doctrina. Uno de los defectos que el Tribunal Supremo considera subsanables es la falta de firma de la proposición económica.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, siguiendo la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, también mantiene un criterio antiformalista en cuanto a la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones de las ofertas de los licitadores, expresado, por ejemplo, en la Resolución 264/2015, de 23 de marzo, y admite la aplicación de la normativa relativa a la posibilidad de enmienda por analogía al caso de los defectos de la oferta económica, entre otros, en las resoluciones 90/2013, de 27 de febrero; 931/2015, de 9 de octubre, y 1091/2015, de 27 de noviembre.

Así, en cuanto al criterio antiformalista, en la Resolución 264/2015, de 23 de marzo, manifiesta lo siguiente:

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 concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, lo cual supone que en su actuación, la Administración debe tender a obtener la mayor concurrencia 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.

En cuanto a la aplicación por analogía del apartado 2 del artículo 81 del Reglamento General a los defectos de las ofertas y también del criterio antiformalista, en la Resolución 931/2015, de 9 de octubre, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales manifiesta lo siguiente:

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 Administrativo Central de Recursos Contractuales, en aplicación de este criterio, considera subsanable la falta de firma de la proposición económica.

Por tanto, en vista de la doctrina y la jurisprudencia mencionadas, podemos concluir, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 81 del Reglamento General, que si la Mesa de Contratación observase defectos u omisiones subsanables concederá a los licitadores un plazo para que los subsanen; que se consideran no subsanables los defectos que consisten en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento en que finalice el plazo de presentación de proposiciones, y subsanables los defectos que hagan referencia a la falta de acreditación de aquellos, y finalmente, que un formalismo excesivo, que provoque la exclusión de proposiciones por defectos de forma fácilmente subsanables y que no alteran el contenido esencial de las ofertas —como, la falta de firma de la oferta económica—, es contrario al principio de la libre competencia.



5. Como ya hemos dicho antes, el recurso se fundamenta en el hecho de que, a juicio del recurrente, la Resolución de exclusión no se ajusta a derecho, dado que la omisión de la firma, tanto en la oferta como en el sobre que la contenía, son defectos subsanables y, por tanto, debería habersele concedido un plazo de subsanación.

En este caso, la Mesa de Contratación, tras haber admitido a la licitación a la empresa SYDCA XXI Construcciones, SL, abrió los sobres que contenían las ofertas económicas de los licitadores y observó que faltaba la firma del representante de la empresa tanto en la oferta económica como en el sobre que la contenía, y la rechazó de acuerdo con el artículo 84 del Reglamento General, que dispone que:

Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.

Del análisis de la normativa y de la doctrina y la jurisprudencia que hemos mencionado anteriormente, se desprende claramente que la falta de firma de la oferta económica es un defecto fácilmente subsanable y que, por tanto, lo que debería haber hecho la Mesa de Contratación es conceder a la empresa el plazo de subsanación previsto en el apartado 2 del artículo 81 del Reglamento General y no rechazar la oferta, ya que en este caso no se aprecia la concurrencia de ninguno de los supuestos previstos en el artículo 84 del Reglamento.

El análisis efectuado respecto al carácter subsanable de la falta de firma de la oferta económica es también aplicable a la falta de firma del sobre que la contiene. Por tanto, en aplicación del criterio antiformalista que debe seguirse respecto de la subsanación de defectos u omisiones en la documentación de los licitadores y con el fin de promover la máxima concurrencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos, la falta de firma de los sobres que contienen la documentación debe considerarse un defecto subsanable.

6. El artículo 31 del TRLCSP dispone que:

Además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado, los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes.

Después de enumerar las causas de nulidad en el artículo 32, el artículo 33 dispone que:

Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre [actualmente, artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas].

En consecuencia, la Resolución por la que se excluye a la empresa SYDCA XXI Construcciones, SL, del procedimiento de adjudicación del contrato de obras de consolidación y rehabilitación de forjados del Hospital General, no se ajusta a derecho, ya que la empresa ha sido indebidamente excluida del procedimiento de adjudicación del contrato a causa de un defecto formal que era subsanable. Por tanto, esta Resolución está afectada por una causa de invalidez.

Acuerdo

1. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SYDCA XXI Construcciones, SL, contra la Resolución del director general del Servicio de Salud por la que se excluye a la empresa del procedimiento de adjudicación del contrato de obras de consolidación y rehabilitación de forjados del Hospital General y, en consecuencia, anular el acto impugnado.
2. Ordenar retrotraer las actuaciones administrativas al momento de la apertura de las proposiciones económicas para que la Mesa de Contratación conceda a la empresa SYDCA XXI Construcciones, SL, un plazo para subsanar los defectos formales observados.
3. Notificar este Acuerdo a los interesados y al Servicio de Salud de las Illes Balears.

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo —que agota la vía administrativa— puede interponerse un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquél en que se reciba la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 a y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.