



Recurso nº 345/2013

Resolución nº 303/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 17 de julio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. S.M.G., en representación de la compañía HDI HANNOVER INTERNATIONAL SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (en lo sucesivo, HDI o la recurrente), contra el acuerdo de la Junta de Contratación del Ministerio de Fomento, por el que se le excluye, y contra el subsiguiente acuerdo de adjudicación en la licitación convocada para contratar el "*Seguro de Responsabilidad Civil/Patrimonial para el Ministerio de Fomento, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA), la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP) y el personal dependiente de ellos*" (expediente 12Z100), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Contratación del Ministerio de Fomento convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, en el DOUE y en el BOE los días 26 y 29 de marzo y 3 de abril de 2013, respectivamente, licitación por procedimiento abierto para contratar los servicios de seguros mencionados. El valor estimado del contrato se cifra en 3.186.364,20 euros. A la licitación referida presentó oferta la recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en las normas de desarrollo de la Ley de Contratos: Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, y Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El contrato, de la categoría 6 del Anexo II del TRLCSP, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. El 8 de mayo de 2013, en sesión pública, se procede a la apertura de las dos ofertas presentadas, y se constata que la oferta económica de HDI, por importe de 219.859,13 €, presenta valores desproporcionados, pues, de acuerdo con la cláusula 12.2 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), es inferior en más del 20% a la otra oferta. El 10 de mayo, el Secretario de la Junta de Contratación notifica a HDI que *“se le concede un plazo máximo de diez días naturales a partir de la recepción de esta comunicación para que remita a la Junta de Contratación ... información justificativa de que su proposición puede ser cumplida a satisfacción de la Administración”*.

Cuarto. El escrito de información requerido lo presentó HDI el 14 de mayo. Entre los argumentos para justificar su oferta, además de los de carácter genérico, relativos a su solvencia, tamaño, experiencia en el ramo, imperativos legales, estructura consolidada de administración, etc., señala también que este contrato apenas representaría el 0,17% de su facturación anual por lo que, para valorar la posible desproporción, debería tenerse en cuenta *“la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada”* como dispone el artículo 85 del RGLCAP.

Su argumento primero es que la experiencia acumulada en el período 2002-2012, en que HDI *“ha sostenido y respaldado el seguro que ahora sale a concurso, nos coloca en una situación privilegiada en el análisis del objeto del contrato”*. Además, la comparación entre las condiciones ofertadas y las aplicadas en el contrato anterior, muestra un importante cambio que *“se refiere a la aplicación de franquicia... En el caso que nos ocupa, la introducción de este valor y la entidad del mismo, ha jugado un papel esencial en la final determinación de la proposición económica”*.

Quinto. La Junta de Contratación requirió informe a la *Vocalía de Relaciones Sindicales y Acción Social* que, *“atendiendo a lo estipulado en el artículo 152.3 del TRLCSP”*, procedió a evaluar los argumentos esgrimidos por HDI. En su informe considera que muchos de esos argumentos son inconcretos (los que hacen referencia a la experiencia de la empresa o la estructura de administración) y otros como los relativos al volumen de facturación, capital social, provisiones, etc. se refieren a condiciones ya tenidas en cuenta para acreditar la solvencia técnica y económica. En cuanto a los criterios a que hace referencia el RGLCAP (*relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada*),

entiende que son para *“apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas, no siendo de aplicación en este supuesto”*.

Respecto al argumento de HDI de haber sido la aseguradora del Ministerio y de que la nueva característica de la franquicia favorece la aplicación del descuento presentado, el informe técnico considera también que es una argumentación genérica, *“de forma que no ofrece datos del resultado técnico del contrato (prima vs siniestros) que estuvo en vigor ..., ni cuantifica el impacto que la incorporación de «una franquicia», como nueva variable, tiene en el precio ofertado. Es decir, no aporta a su argumento basado en «experiencia» ningún dato numérico que permita avalar su justificación sobre el valor anormal o desproporcionado de su oferta”*.

A la vista de todo ello, el informe técnico, atendiendo a las consideraciones del artículo 152.3 del TRLCSP concluye, con redacción que se recogerá textualmente en el posterior acuerdo de exclusión, que no se cuantifica cómo se va a obtener el ahorro, ni la técnica aseguradora utilizada para la determinación de la oferta.

Sexto. El 29 de mayo, la Junta de Contratación resolvió que *“Considerando la justificación efectuada por el licitador y el informe técnico de la Vocalía de Relaciones Sindicales y Acción Social, la Junta de Contratación acuerda excluir de la clasificación de ofertas a la empresa HDI... por considerarse que la oferta no puede ser cumplida por los siguientes motivos:*

- *Respecto a «El ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato» (art. 152.3 del TRLCSP):*

No se cuantifica cómo se va a obtener el ahorro que permita a HDI llevar a cabo la ejecución del contrato.

- *En relación con «Las soluciones técnicas adoptadas y condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación» (art. 152.3 del TRLCSP):*

Se argumenta experiencia en el contrato, pero no se especifica la técnica aseguradora utilizada para la determinación de la oferta. Hubiera sido conveniente aportar escenarios del impacto de la franquicia en la prima atendiendo a la siniestralidad que se alega conocer gracias a los 10 años de experiencia”.

En consecuencia, la Junta acuerda adjudicar el contrato a la otra oferta, la presentada por SEGURCAIXA ADESLAS, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS (en adelante

SEGURCAIXA o la adjudicataria), por importe de 281.993,23 € anuales, “*por ser la oferta más ventajosa para la Administración en su conjunto*”.

El 30 de mayo se notifica el acuerdo de exclusión a HDI, corregido el pie de recurso mediante fax de 12 de junio. El 21 de junio se notifica a HDI el acuerdo de adjudicación en favor de SEGURCAIXA. Ese mismo día se publica el anuncio de adjudicación en la Plataforma de Contratación del Estado.

Séptimo. Contra los mencionados acuerdos la representación de HDI presentó recurso especial, con anuncio previo, en el registro del órgano de contratación el 28 de junio de 2013. En el recurso se solicita la revocación del acuerdo de exclusión y de la consiguiente adjudicación y que se reconozca el derecho de HDI a que su oferta sea valorada previamente a la resolución y adjudicación del expediente.

Octavo. El 2 de julio de 2013, el órgano de contratación remitió a este Tribunal copia del expediente de contratación acompañado de su informe. La Secretaría del Tribunal, el 4 de julio, dio traslado del recurso a SEGURCAIXA para que pudiera formular alegaciones, lo que ha hecho en el plazo habilitado.

Noveno. El Tribunal, el 10 de julio de 2013, acordó mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone contra los acuerdos de exclusión y subsiguiente adjudicación en un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, actos susceptibles de recurso especial en materia de contratos, conforme al artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal de conformidad con el artículo 41.1 de dicha norma.

Segundo. La empresa HDI concurrió a la licitación, de la que fue excluida, por lo que está legitimada para recurrir, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del citado texto legal.

Tercero. La recurrente solicita la nulidad de su exclusión en base a los siguientes motivos:

- Su oferta no puede ser tachada de desproporcionada, por cuanto la prima del seguro de responsabilidad contratado por el Ministerio de Fomento con HDI, para el periodo 2002-2012, *“en relación con el presupuesto de dicho Ministerio, es análoga a la ofertada en esta licitación”*, máxime si se tiene en cuenta que para la póliza en licitación ya no tiene *“necesidad de incurrir en el importante gasto de asesoramiento externo que mi representada tuvo que asumir en el año 2002 y, consuno, arrastrarlo durante el resto de los años de vigencia de la póliza”*.
- Además hay que tener en cuenta *“la introducción en la licitación actual de una franquicia de 500.000 euros”* que no existía desde 2005 en la póliza vigente hasta ahora. En la oferta se ha tenido *“en consideración la introducción de tan relevante franquicia”*, que, en el período 2010-2012 habría supuesto que sólo 4 de los 80 siniestros notificados habrían tenido cobertura y el importe indemnizado, se habría reducido un 62,66%.
- La suficiencia técnica de la prima de seguro ofertada, está avalada por un informe pericial que adjunta al recurso. En todo caso, desde la perspectiva de la legalidad aseguradora, considera incorrecto aplicar *“la terminología «baja desproporcionada» a la prima ofertada”* porque, de la cuantía de la prima de un sólo contrato, no se puede inferir que *“la oferta no puede ser cumplida”*. Esa imposibilidad de cumplimiento habría venido derivada de una insuficiencia del margen de solvencia de la entidad, lo que no es el caso.

Cuarto. Por su parte, el órgano de contratación, en su informe al recurso, se opone a la estimación del mismo porque:

- Incluye datos nuevos no aportados en el informe de justificación de su oferta remitido a la Junta de Contratación. Entonces presentó *“un informe generalista en el que no se detallaban las razones económicas que determinaban su oferta.... En cambio, en el escrito del Recurso presentado ahora, si aporta esos datos”*. Puede, por ello, *“considerarse una justificación sobrevenida a raíz del conocimiento que han tenido de las razones de su exclusión”*. Considera que *“el objeto del recurso es saber si la actuación administrativa es correcta conforme a los datos que obraban en poder de la Administración y aportados por la empresa”* en su

momento. Concluye que, por tanto, los nuevos datos no deberían ser tenidos en cuenta.

- El informe técnico-actuarial que acompaña al recurso para justificar la suficiencia técnica de la prima de seguro ofertada, tampoco fue aportado en su momento. Respecto a la aplicación de la terminología “baja desproporcionada” a la prima ofertada, es la que se establece en el PCAP, que no fue recurrido por HDI.

Por su parte, SEGURCAIXA considera también que la decisión de exclusión de HDI adoptada por la Junta de Contratación es clara y precisa y no procede la aportación de nueva información técnica por parte de HDI. En el recurso *“no se introducen nuevos elementos más allá de las mencionadas justificaciones técnicas realizadas fuera del plazo establecido”*. Entiende que, precisamente, *“la presentación de nueva información técnica... supone, de hecho, un reconocimiento tácito de la falta de adecuación del escrito de justificación original de HDI”*.

Quinto. No es objeto de controversia que la oferta económica de la recurrente se encuentra, de acuerdo con el PCAP, en presunción de anormalidad o desproporción al ser un 22% más baja que la del otro licitador y establecer la cláusula 22 del PCAP que *“Para determinar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, se aplicarán los siguientes criterios:... 2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta...”*.

No puede ser tenida en consideración la alegación de la recurrente de que, en los contratos de seguro, es inapropiado el término de *“baja desproporcionada”*. Esa es la terminología de la Ley y la que se emplea en el PCAP, que no fue impugnado en su momento.

Sexto. La cuestión de fondo a dilucidar es si, a la vista del informe presentado el 14 de mayo por HDI y del informe técnico de la Vocalía de Relaciones Sindicales y Acción Social, está fundada la conclusión de la Junta de Contratación de que la oferta de HDI *“no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”*.

En cuanto al procedimiento seguido, el artículo 152 del TRLCSP en los apartados 3 y 4 establece que:

“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular, en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnica adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación,... En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente...”

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas...”

Como hemos señalado en diversas resoluciones (como referencia, la Resolución 284/2012, de 14 de diciembre), para conjugar el interés general en la contratación pública y *“la garantía a los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia que presiden su tramitación, la finalidad de la Ley es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas anormales o desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente la posibilidad de su cumplimiento. El reconocimiento de tal principio exige de una resolución <reforzada> por parte del órgano de contratación, que desmonte las argumentaciones y justificaciones aducidas por el licitador para la sostenibilidad de su oferta, que deberán referirse en particular: al ahorro, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables para efectuar la prestación,...”*.

Ahora bien, a la hora de justificar el acuerdo de exclusión, hay que considerar la información facilitada en su momento y no la aportada posteriormente. Como también hemos señalado en resoluciones precedentes (Resolución 52/2012, de 9 de febrero), la aportación en vía de recurso de nueva información, que no fue conocida cuando se elaboró el informe por los técnicos, no puede ser tenida en cuenta por este Tribunal, *“por cuanto, por un lado, el trámite de justificación de ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas,... está cerrado sin que puedan admitirse justificaciones adicionales no aportadas en su momento; y por otro, porque la función de este Tribunal es*

exclusivamente revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad sin que sea, en consecuencia, competencia del mismo determinar la validez de la oferta,... con motivo de la nueva información aportada”.

De acuerdo con ello, la cuestión de fondo es si la justificación inicial de HDI era o no suficiente, y si los argumentos del informe técnico, que hizo suyos la Junta de Contratación, bastan para desechar la reducción de costes de la oferta y evidenciar la conveniencia de un interés público que justifica su exclusión del procedimiento de contratación.

Las manifestaciones de HDI para justificar su oferta se han resumido en el antecedente cuarto. Las más relevantes se refieren al reducido impacto del contrato en la solvencia de la empresa pues apenas supone el 0,17% de su facturación y, sobre todo, a su experiencia y conocimiento del riesgo del contrato por haber sido la aseguradora del Ministerio durante 10 años, y al hecho de que el nuevo contrato incorpora una franquicia (de 500.000 € en su oferta) que le permite fijar una prima de seguro más baja.

Frente a estas manifestaciones, el informe técnico y el acuerdo de exclusión esgrimen los argumentos resumidos también en el antecedente quinto:

- Que el considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada para apreciar las ofertas desproporcionadas sólo es aplicable en las subastas.
- Que la referencia a haber sido la aseguradora del Ministerio y a la franquicia es una argumentación genérica, que no ofrece ningún dato numérico que permita avalar su justificación ni especifica la técnica aseguradora utilizada para la determinación de la oferta.

Lo que se le requirió a HDI es *“información justificativa de que su proposición puede ser cumplida a satisfacción de la Administración”*. Pero lo que el informe técnico y el acuerdo de la Junta de Contratación, que lo hace suyo, parecen requerir es una justificación exhaustiva, documentada y cifrada de la oferta.

La exclusión ha venido determinada, no tanto porque se dude de que la oferta pudiera ser cumplida, sino porque no se dió esa información numérica y detallada. De hecho, el acuerdo de exclusión de HDI, se fundamenta en que *“No se cuantifica cómo se va a obtener el ahorro... no se especifica la técnica aseguradora utilizada. Hubiera sido conveniente aportar escenarios del impacto de la franquicia...”*. Es obvio que tales datos

se aportan en el recurso, aunque no puedan ser tenidos en cuenta, como ya señalamos antes.

Pues bien, en la consideración de este Tribunal, la “*información justificativa*” no puede entenderse como “*información numérica, detallada y exhaustiva*” sino, en los términos en que está pensada en la Ley, como información que justifique ante el órgano de contratación de que se puede cumplir la proposición, en particular, en cuanto a las *condiciones excepcionalmente favorables de que disponga* (la experiencia de diez años de gestión del mismo contrato) o el *procedimiento de ejecución del contrato* (la franquicia propuesta, en este caso). Con este criterio, las manifestaciones del citado informe técnico y del acuerdo de exclusión no contradicen las justificaciones de la recurrente:

- El que el artículo 85 del RGLCAP, se refiera a los criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas, no impide que se considere también en el procedimiento debatido “*la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada*”, máxime cuando los criterios de adjudicación distintos del precio (prima del seguro), se refieren a factores que inciden directamente en el mismo (franquicia y límites de indemnización).
- La referencia a los 10 años de gestión del mismo contrato que ahora se licita, no es una “*argumentación genérica*”, ni hacen falta datos numéricos para apreciar que esa experiencia les permite medir mejor los riesgos y prescindir de algunos gastos de gestión.
- La referencia a la franquicia, no hace falta cuantificarla para aceptar que tiene un impacto relevante en el precio ofertado y es un elemento justificativo de la oferta. Lo sorprendente, más bien, es que el presupuesto de licitación se estableciera en una cuantía igual a la de la prima vigente del contrato anterior sin tener en cuenta que, en el nuevo contrato, se establece una franquicia importante (máximo de 750.000 € por siniestro, de acuerdo con la cláusula 18 del Pliego de prescripciones técnicas).

Como señalamos antes, la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas con valores anormales o desproporcionados se puedan rechazar sin comprobar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos

que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

En el caso que nos ocupa, se han cumplido formalmente todos los requisitos exigidos legalmente, pero, tal como se ha expuesto más arriba, una vez examinadas las justificaciones de la recurrente, este Tribunal entiende que los argumentos expresados en el informe técnico y en la resolución de exclusión, no contradicen esas justificaciones ni evidencian que la proposición por ella presentada no podrá ser cumplida, por lo que hay que concluir que no está fundamentada la exclusión de HDI del procedimiento de licitación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. S.M.G., en representación de la compañía HDI HANNOVER INTERNATIONAL SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., contra el acuerdo de la Junta de Contratación del Ministerio de Fomento por el que se excluye a la recurrente, y contra el subsiguiente acuerdo de adjudicación, en la licitación convocada para contratar el “*Seguro de Responsabilidad Civil/Patrimonial para el Ministerio de Fomento, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA), la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP) y el personal dependiente de ellos*” y anular ambas resoluciones y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas y que se valore también la de la recurrente.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la

Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente al de recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.