



Recurso nº 350/2018 C.A. Cantabria 10/2018

Resolución nº 492/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 18 de mayo de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D.C.C.D., en representación de TRES MARES CALDERÓN, CORREDURÍA DE SEGUROS S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas que rigen el contrato de “*Servicio de mediación de seguros privados para el Servicio Cántabro de Salud*” (SCS 2017/211), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por medio de anuncio publicado en el DOUE el 13 de marzo de 2018, el Servicio Cántabro de Salud licitó el contrato de “*Servicio de mediación de seguros privados para el Servicio Cántabro de Salud*” (SCS2017/211), con un valor estimado de 996.600 €, procedimiento abierto y tramitación ordinaria. El acceso a los pliegos de contratación se realizó a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

En dichos pliegos se incluía las siguientes cláusulas:

“M. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Orden decreciente de importancia a tenor de lo dispuesto en el art. 67.2 i) del TRLCAP

La puntuación máxima para la adjudicación del contrato será de 100 puntos de acuerdo con los siguientes criterios establecidos:

M.1 Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor (máximo 45 puntos):



Por la propuesta técnica que se formule relativa a la información previa respecto al Plan de Gestión de Riesgos y Seguros así como la tendencia del mercado asegurador hasta un máximo de 45 puntos distribuidos de la siguiente forma:

1.- Metodología para el estudio y elaboración del plan de gestión de Riesgos y Seguros hasta un máximo 25 puntos

2.- Propuesta técnica de ejecución del contrato relativa a la gestión, control y tramitación de reclamaciones y siniestros hasta un máximo de 20 puntos

M.2. Criterios de valoración automática (máximo 55 puntos):

1. - Oferta Económica.....hasta un máximo de 45 puntos.

2.- Reducción de Plazos.....hasta un máximo de 10 puntos.

1.- OFERTA ECONÓMICA.....HASTA UN MÁXIMO 45 PUNTOS.

La oferta económica se ajustará al modelo Anexo I, establecido en este pliego.

Con objeto de garantizar un buen nivel en la calidad de servicio a prestar los licitadores no podrán ofertar un porcentaje mayor ni menor de los que figuran a continuación:

Porcentaje de comisión máximo 11 % de las primas netas de los seguros contratados por el Servicio Cántabro de Salud

Porcentaje de comisión mínimo 7.5 % de las primas netas de los seguros contratados por el Servicio Cántabro de Salud siendo excluidas las ofertas que no respeten el mínimo y/o superen el máximo.

Las restantes ofertas se valorarán proporcionalmente.

MEJORAS

2.- REDUCCIÓN DE PLAZOS.....HASTA UN MÁXIMO DE 10 PUNTOS.



Se valorará las proposiciones de los licitadores que se comprometan, mediante declaración responsable, a reducir los plazos máximos de ejecución de elaboración de informes previstos en el Pliego de Prescripciones Técnicas que se señalan a continuación:

- Plazo de Ejecución de elaboración de la propuesta de solución y estructura de seguros (apartado 4.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas).*
- Plazo de Ejecución de elaboración del informe sobre las prescripciones Técnicas del contrato de Seguro que se pretenda celebrar (apartado 4.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas).*
- Plazo de Ejecución de elaboración de informes sobre la valoración de las ofertas técnicas y económicas en orden a la adjudicación del contrato de seguros y, en su caso en el de su prórroga (apartado 4.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas).*

Para la valoración de este criterio, los licitadores incluirán en el SOBRE C, una declaración responsable que incluya el plazo específico ofertado, expresado en días naturales, para la elaboración de cada uno de informes recogidos en los apartados 4.1, 4.2 y 4.3 del pliego de Prescripciones Técnicas.

El plazo ofertado no podrá superar el plazo máximo establecido para cada uno de estos trabajos en el Pliego de Prescripciones Técnicas ni ser inferior al plazo mínimo establecido.

Se asignará la máxima puntuación, 10 puntos, al licitador que sobre la base de los 3 plazos específicos ofertados para la elaboración de los informes recogidos en los apartados 4.1, 4.2 y 4.3 del pliego de Prescripciones Técnicas oferte, en computo global, una mayor reducción en el plazo de ejecución de los citados trabajos. Los demás licitadores serán valorados proporcionalmente de acuerdo con la siguiente fórmula:

*Puntuación licitador = 10 * (Nº de días de reducción de plazo ofertado por el licitador) / Número máximo de días de reducción posible respecto a los plazos establecidos (25 días).*

Preferencia de adjudicación en caso de empate en la puntuación total:



En caso de empate de puntuaciones, tras la aplicación de todos los criterios de adjudicación establecidos, la adjudicación se resolverá a favor de licitador que haya obtenido mayor puntuación en cada uno de los criterios de adjudicación según el orden decreciente de puntuaciones establecidas en el Pliego. De persistir el empate, éste se resolverá por sorteo.

K.3.- MEDIOS PERSONALES Y MATERIALES EXIGIDOS PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO (art. 64.2 TRLCSP).

Todos los licitadores, sobre la base de la posibilidad prevista en art. 64.2 de la TRLCSP, además de acreditar los requisitos de solvencia económica y profesional exigidos en este pliego, deberán aportar en el SOBRE A, para la admisión en el procedimiento, la siguiente documentación:

a)-Declaración responsable en la cual el licitador se compromete a adscribir al contrato el personal con la titulación, experiencia y dedicación, que se indica a continuación:

- 1 Mediador o Corredor de Seguros con titulación reconocida oficialmente y con más de 7 años de experiencia en la actividad de intermediación de contratos de seguros privados. Dedicación Parcial.*
- 1 licenciado en Derecho con especialización en materia de responsabilidad en el ámbito sanitario. Experiencia mínima de 3 años. Dedicación parcial. Prestará asistencia, con presencia física en las dependencias del SCS, siempre que sea requerido.*
- 1 Licenciado en Medicina con especialización en materias de valoración del daño y/o medicina del seguro y en materia de responsabilidad sanitaria. Experiencia mínima: 3 años. Dedicación Parcial. Prestará asistencia, con presencia física en las dependencias del SCS, siempre que sea requerido.*

Segundo. Disconforme con dichos pliegos el recurrente anunció recurso especial en materia de contratación el 2 de abril de 2018, en el que argumenta fundamentalmente:



- a. Por razón de la fecha de publicación del anuncio de licitación, el contrato queda sujeto a la Ley 9/2017 y no al TRLCSP.
- b. La cláusula M1 ha sido definida en términos tan vagos e inconcretos que impide el conocimiento por los licitadores de los parámetros concretos de valoración de sus ofertas, vulnerando con ello las reglas legales de fijación de estos criterios, transgrediendo el principio esencial de transparencia y objetividad en las licitaciones públicas, y otorgando además una excesiva discrecionalidad en la evaluación de las proposiciones a la mesa de contratación. Vulnera los artículos 1, 132 y 145.5.b).

“En el caso analizado no alberga duda alguna el hecho de que la Cláusula M.1 adolece de omisiones graves de los parámetros exigidos por esta Jurisprudencia, pues más allá de la atribución de puntuaciones máximas a elementos tan genéricos como la “Metodología para el estudio y elaboración del plan de gestión de Riesgos y Seguros” y la “Propuesta técnica de ejecución del contrato relativa a la gestión, control y tramitación de reclamaciones y siniestros”, no se especifican ni el material o fuentes de información sobre las que operará la valoración técnica de ambos aspectos, ni se consignan los criterios de valoración cualitativa que serán utilizados para emitir el juicio técnico, ni se expresa por qué la aplicación de esos criterios conducirá a un mejor resultado de unas ofertas frente a otras”.

- c. Las citadas cláusulas M1 y M2 vulneran el artículo 146 de la ley, por cuanto los criterios sujetos a juicio de valor ostentan una supremacía exagerada a la hora de evaluar las ofertas, sobre los criterios objetivos, aún a pesar de valorarse aquellos con 45 puntos y éstos con 55. Es así por razón de su acotación excesiva, que lleva a la consecuencia de que exista poca diferencia entre ofertantes en la valoración automática, cobrando, en consecuencia, una excesiva preponderancia la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, otorgando al órgano de contratación una discrecionalidad ilimitada. Además, con este sistema de valoración de las ofertas en los criterios automáticos, en realidad, se están disuadiendo bajas anormales o desproporcionadas por esta vía, y no mediante una regulación específica, vulnerando los principios de libre acceso y competencia al contrato, y por no guardar la requerida proporcionalidad a la vista del objeto del contrato.



- d. Por último, sostiene que la exigencia en la cláusula K, solvencia técnica, de la adscripción de medios personales-un abogado y un médico-como resulta desproporcionada.

Tercero. El órgano de contratación ha emitido el oportuno informe en el que expone que:

- a. Respecto de la legislación aplicable: la Ley 9/2017 entró en vigor el 9 de marzo de 2018 y el anuncio de licitación al DOUE se envió el día 8 de marzo. Como quiera que el órgano de contratación cumplirá la obligación de publicidad al enviar el anuncio por medios electrónicos a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (OPUE) para que ésta proceda a publicar en el DOUE, debe entenderse publicidad tiene efecto en dicha fecha.
- b. *“En cuanto a las alegaciones sobre los criterios de adjudicación sometidos a juicios de valor mediante el que el reclamante afirma, que esta administración vulnera los principios de transparencia y objetividad, hay que manifestar, que muy por el contrario esos principios están plenamente salvaguardados en el pliego recurrido, así la cláusula 1 , que valora la metodología para el estudio y elaboración del plan de gestión de riesgos y seguro, lo que se valorará es la relación de riesgo transferido y su coste económico. Y en cuanto a la valoración de la propuesta técnica, permite a los licitadores conocer de antemano cuales serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas, pues esas reglas están plasmadas en la redacción del PPT. El plan de trabajo que los licitadores deben presentar, es un documento a valorar en 45% en criterios de asistenciales al SCS de acuerdo a lo estipulado en el PPT.”*
- c. Sobre la preponderancia de los criterios sometidos a juicios de valor frente a los criterios automáticos, esta afirmación es infundada ya que los criterios de valoración automática pesan 55 puntos en el baremo de adjudicación. Dada la especialidad de este contrato de servicios profesionales.
- Pone también en cuestión el reclamante la acotación de los criterios objetivos, tanto en porcentaje de comisión de corretaje como en reducción de plazos. Esta*



acotación es necesaria para asegurar que las propuestas de los licitadores estén en la práctica común de mercado.

- d. Respecto de los medios personales exigidos resultan adecuados al objeto y finalidad del contrato.

Cuarto. Por resolución de la Secretaria del Tribunal, por delegación del mismo, de fecha 13 de abril de 2018 se acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento durante la tramitación del recurso de acuerdo con los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de Contratos del Sector Público y el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 13 de diciembre de 2012.

Segundo. La sociedad recurrente tiene por objeto social la actividad de correduría de seguros, razón por la que considera legitimada para la interposición del presente recurso, conforme al artículo 48 de la Ley.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50 de la LCSP y en el artículo 19, apartados 1 y 2, el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Cuarto. La primera cuestión que se plantea es la relativa a qué legislación es aplicable al expediente de contratación, si el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público o si la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. En relación a las cuestiones de fondo planteadas, como se verá no es una determinación relevante, pero es planteada por el



recurrente que sostiene la aplicación de la Ley 9/2017 y existe disconformidad con el órgano de contratación que sostiene que el contrato estaría sujeto al Texto Refundido.

La Disposición Transitoria 1ª de la Ley 9/2017, señala: *“Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato (...)”*.

El recurrente sostiene que siendo la publicación del anuncio de licitación de 13 de marzo de 2018 se aplica la Ley 9/2017. El órgano de contratación, entiende que la remisión a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea surte los efectos de la publicación y que esta se produjo el día 8 de marzo de 2017.

La interpretación que realiza el órgano de contratación de equiparación de remisión de anuncio al hecho mismo de la publicación no es posible, puesto que el tenor de la disposición transitoria resulta claro y, además, el artículo 51.2 de la Directiva dispone de un plazo de 5 días para la publicación desde la remisión, de modo que el órgano de contratación podría preparar la documentación en función de esta circunstancia, esto es, previendo que el contrato se regiría por la ley 9/2017: *Los anuncios contemplados en los artículos 48, 49 y 50 se elaborarán, se enviarán por medios electrónicos a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea y se publicarán de conformidad con el anexo VIII. Los anuncios se publicarán en un plazo máximo de cinco días después de su envío. Los gastos de publicación de los anuncios por parte de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea correrán a cargo de la Unión. Por ello, se considera que el presente contrato se rige por la Ley 9/2017.*

Quinto. La segunda cuestión planteada se refiere a los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor. El recurrente considera que dichos criterios, que representan 45 de 100 puntos, están formulados en el pliego de modo vago e impreciso, contrariando los principios de igualdad, transparencia y competencia que presiden la contratación pública.



Las expresiones del pliego a las que se atribuye dicha infracción son las siguientes:

1.- Metodología para el estudio y elaboración del plan de gestión de Riesgos y Seguros hasta un máximo 25 puntos

2.- Propuesta técnica de ejecución del contrato relativa a la gestión, control y tramitación de reclamaciones y siniestros hasta un máximo de 20 puntos

El órgano de contratación considera en su informe al recurso, respecto del punto 1, que “*lo que se valorará es LA RELACION DE RIESGO TRANSFERIDO Y SU COSTE ECONOMICO*”.

Del punto 2 señala el mismo informe que su formulación permite a los licitadores conocer de antemano cuales serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas, pues esas reglas están plasmadas en la redacción del PPT. El plan de trabajo que los licitadores deben presentar, es un documento a valorar en 45% en criterios de asistenciales al SCS de acuerdo a lo estipulado en el PPT.

El criterio 1 resulta genérico por la falta de definición del contenido de la metodología que serán valoradas para la consecución de un fin, el estudio del plan de gestión de riesgos y seguros. No puede por vía de informe de órgano de contratación al recurso anticipar qué es lo que se valorará en dicho criterio, que, por lo demás, sigue siendo una expresión genérica. Con este planteamiento se deja al licitador en incertidumbre respecto de un criterio de valoración que tiene asignados 25 puntos.

Otro tanto ocurre con el criterio 2, respecto del cual el órgano de contratación se remite genéricamente al PPT, sin que esta forma de determinación sea aceptable por su carácter genérico.

Hemos de recordar la interpretación se viene dando al artículo 150.4 del TRLCSP, hoy en día artículo 146.2 de la Ley 9/2017: la Resolución 132/2015, 6 de febrero ya puso de manifiesto «la necesidad de que los criterios de adjudicación se definan y ponderen con la suficiente precisión en los Pliegos, sin que resulte admisible la expresión de criterios abiertos e imprecisos que dejen plena libertad a los técnicos y a la Mesa de Contratación a

la hora de su concreción en el proceso de valoración de las ofertas. Tal y como ha señalado este Tribunal en distintas resoluciones, los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que, tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos y de igual modo las mejoras, queden fijados con el necesario nivel de concreción en los Pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación(...)».

En el caso del pliego impugnado los dos criterios sujetos a juicio de valor, a los que se asignan 45 de 100 puntos son generales, sin que de los pliegos se pueda deducir con suficiente certeza para los licitadores qué aspectos de la metodología o de la propuesta técnica de ejecución del contrato serán valorados y en qué cuantía, razón por la que procede su anulación en este punto.

Sexto. Sostiene el recurso que los criterios de valoración mediante fórmulas son excesivamente cerrados y que producen el efecto de que la diferencia de puntuación entre los diferentes licitadores será muy reducida. Por efecto de esta consideración resulta que los criterios sujetos a juicio de valor adquieren, en cambio, una preponderancia excesiva, teniendo en consideración, además, lo expuesto anteriormente sobre la discrecionalidad. Se viene a decir que dando una preponderancia a la valoración automática de 55 sobre 100, es solo una apariencia, puesto que los criterios automáticos son tan cerrados que serán muy similares para los licitadores, de modo que aumenta cualificadamente la importancia de los criterios sujetos a juicio de valor.

Así, respecto de la oferta económica, quedarán excluidas las ofertas que no se muevan en una banda entre el 7,5% y el 11%, esto es, una franja de 3,5 puntos porcentuales. Por ello, dice el recurso que las ofertas serán similares si no, idénticas entre sí. El órgano de contratación no niega esta consecuencia, sino que la justifica en que *“Esta acotación es necesaria para asegurar que las propuestas de los licitadores estén en la práctica común de mercado”*. Sin embargo, apreciaciones deben realizarse a dicha cláusula: en primer lugar, esta expresión del informe del órgano de contratación no se considera



suficientemente explicativa. Pero, en segundo lugar, en realidad, se está introduciendo un elemento de descarte de ofertas por el precio como criterio de selección. En este sentido debe recordarse que (R. 326/2016) *el tratamiento de las bajas anormales o temerarias ha de seguir los criterios y procedimientos establecidos en el artículo 152 del TRLCSP y aunque los Pliegos puedan establecer elementos o referencias para su identificación, no son los criterios de adjudicación el instrumento idóneo para disuadir bajas anormales o temerarias. Lo que por otra parte se corresponde con la finalidad de los preceptos legales que inciden en la materia que, por una parte, pretenden identificar y excluir las ofertas que razonablemente se consideren irrealizables, pero también y sobre todo, seleccionar la oferta económicamente más favorable.*

Sin embargo, respecto de la reducción de plazos no es atendible el recurso puesto que, partiendo de la premisa reconocida en el mismo de que están los conceptos suficientemente definidos, el reproche se dirige a su limitación. Sin embargo, existiendo suficiente definición, corresponde al órgano de contratación fijar los conceptos puntuables, sin que el recurrente apunte cualquier alternativa.

Séptimo. Por último, considera el recurso que la exigencia de determinados medios personales (un médico y un licenciado en derecho especializado en responsabilidad sanitaria) resultan desproporcionadas.

El órgano de contratación expone que objeto del contrato y considera que su exigencia resulta, sin embargo, adecuada y proporcionada, puesto que *a la gestión habitual del mediador, se une la asistencia al servicio cántabro de salud en la tramitación del preceptivo procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial. Además, la posterior asistencia integral al tomador, a los asegurados y beneficiarios, así como la gerencia de riesgos para el desarrollo de contratos de seguros, en los términos previstos en la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados.*

En este sentido el órgano de contratación ofrece una justificación basada en el objeto del contrato de la que no se deriva la desproporción en la exigencia de los requisitos de solvencia expuestos.



Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso formulado por D.C.C.D., en representación de TRES MARES CALDERÓN, CORREDURÍA DE SEGUROS S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas que rigen el contrato de “*Servicio de mediación de seguros privados para el Servicio Cántabro de Salud*” (SCS 2017/211), el Tribunal y en consecuencia anular:

1. La cláusula M1 del cuadro de características del Pliego de cláusulas administrativas particulares, retrotrayendo el procedimiento para que se proceda a la sustitución de los criterios dependientes de un juicio de valor por otros que se formulen con el detalle suficiente para que pueda formularse eficazmente una oferta.
2. De la cláusula M2, anular limitación de las ofertas entre el 7,5% y el 11%, sin perjuicio de introducción de criterios de consideración de ofertas como anormales o desproporcionadas.
3. Desestimar el recurso en todo lo demás.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los



artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.