



Recurso nº 988/2020 C.A. del Principado de Asturias 56/2020

Resolución nº 1270/2020

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

En Madrid, a 30 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. I. A. G. en representación de BERKSHIRE HATHAWAY EUROPEAN INSURANCE DESIGNATED ACTIVITY COMPANY, SUCURSAL EN ESPAÑA contra el acuerdo de adjudicación de la licitación convocada por el Servicio de Salud. del Principado de Asturias para contratar el *“servicio de seguro de responsabilidad civil y patrimonial para los centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias y su personal”*, expediente CONP/2019/514 este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio de Salud del Principado de Asturias convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de enero de 2020 y en el perfil del contratante de la misma fecha, la contratación de un seguro de responsabilidad civil y patrimonial. Se trata de un contrato privado y cuyo valor estimado (sin IVA) asciende a 21.760.000 euros.

Segundo. Las empresas que concurren a la licitación son dos, BERKSHIRE HATHAWAY EUROPEAN INSURANCE DESIGNATED ACTIVITY COMPANY SUCURSAL EN ESPAÑA (en adelante, BHEI), y TRIPLE A PLUS, S.L.

Tercero. En sesión celebrada el día 30 de enero se procede a la apertura del primer sobre, requiriéndose a TRIPLE A PLUS (en adelante TAP) que aclare si la empresa no se encuentra inscrita en una lista oficial de operadores económicos autorizados o tiene un certificado equivalente, o en caso contrario, que indique el número de certificado de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, así como los ramos en que se encuentra autorizada. En la siguiente sesión de la mesa de contratación, con fecha



6 de febrero, se revió la documentación aportada, siendo admitida la empresa a la licitación.

Con posterioridad a la celebración de dicha sesión, se procedió a la apertura de las ofertas de los licitadores dando traslado al departamento proponente de la licitación para su estudio y emisión de informe técnico oportuno. Durante el estudio de dicha documentación se observó que la empresa TAP cumplía los dos parámetros indicados en el punto 24 del Cuadro Resumen del PCAP para la consideración de ofertas como anormalmente bajas, por lo que se solicitó a la empresa la justificación oportuna con el fin de proceder en la siguiente sesión de la mesa al estudio tanto del informe técnico que fuera emitido, como de la justificación de la baja que pudiera aportar la licitadora.

Tras este requerimiento, el procedimiento queda suspendido en aplicación de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID.19.

Esta suspensión fue alzada por resolución del órgano de contratación de fecha 2 de abril de 2020.

Cuarto. En sesión celebrada el 2 de abril de 2020, analizadas las alegaciones de BHEI, se acuerda solicitar y conceder un plazo de cinco días hábiles a las dos empresas licitadoras (BHEI y TAP), para que aporten la documentación señalada en el apartado A (Documentación acreditativa de su aptitud para contratar) de la cláusula 16 del PCAP.

Quinto. El día 22 de abril de 2020 se constituye nueva sesión de la mesa de contratación y se procedió a realizar el examen de la documentación aportada por ambas licitadoras. Examinada la misma, los miembros de la mesa entienden que TAP debe quedar excluida del procedimiento pues no acredita la solvencia económica exigida por el PCAP. La decisión adoptada por la mesa de contratación se fundamentó en que en el DEUC presentado por TAP dentro del sobre nº1, la empresa no declaró que se basaba en la capacidad de otras entidades, mientras que al solicitarle la documentación acreditativa de su aptitud para contratar aportó medios externos para acreditar su solvencia, no pudiendo ser tenidos en cuenta porque ello supondría admitir una modificación de la proposición inicialmente presentada.



La documentación presentada por BHEI, adolecía de defectos subsanables en la acreditación de sus solvencias económica y técnica, por lo que acordó concederle un plazo de tres días hábiles para la subsanación, siendo comprobada la subsanación de dichos defectos, con fecha 29 de abril de 2020.

El contrato se adjudicó a BHEI mediante Resolución de fecha 7 de mayo de 2020.

Como consecuencia del recurso interpuesto por TAP contra la adjudicación y acuerdo de exclusión, se dictó por este Tribunal, Resolución de 10 de julio de 2020 (REC 400/2020, C.A. del Principado de Asturias 28/2020), en la que se resolvió estimar parcialmente el recurso, anulando la Resolución de 7 de mayo de 2020, por la que se acordaba excluir a TAP y adjudicar el contrato a BHEI, con retroacción del procedimiento al momento de proceder al examen de la documentación acreditativa de la aptitud para contratar de los licitadores.

En virtud de lo dispuesto en dicha Resolución, se celebró reunión de la Mesa de Contratación el 28 de julio de 2020, procediéndose al estudio de la documentación aportada por la empresa TAP concluyéndose que debe subsanar la misma. Comprobado en reunión de la Mesa, con fecha 31 de julio de 2020 que los defectos quedan subsanados, se procedió a proponer a la empresa TAP como adjudicataria, habiendo quedado justificada la baja desproporcionada de su oferta. mediante Resolución de 3 de septiembre de 2020, se adjudicó la licitación a TAP.

BHEI interpone recurso con fecha 24 de septiembre de 2020.

Sexto. En fecha 30 de septiembre de 2020 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 7 de octubre de 2020 se presentan alegaciones por la entidad TRIPLE A PLUS, S.L.

Séptimo. La entidad recurrente, con fecha 20 de octubre, presenta escrito de ampliación del recurso especial en materia de contratación, solicitando acceso al expediente de contratación.

Este Tribunal, al amparo de lo que dispone el artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos



especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, no accede a lo solicitado.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 9 de octubre de 2020 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es el competente para conocer el mismo a tenor del artículo 46.2 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y 22.1.1º del 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 (RPERMC) y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 3 de octubre de 2013 (BOE de fecha 28/10/2013), prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 8 de septiembre de 2016 (BOE de fecha 16/09/2016) y nuevamente prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 16 de octubre de 2019 (BOE de fecha 29/10/2019).

Segundo. Se recurre el acuerdo de adjudicación de la licitación convocada por la C.A. del Principado de Asturias para contratar el *“servicio de seguro de responsabilidad civil y patrimonial para los centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias y su personal”*, por lo que nos encontramos ante un acto recurrible por esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1 a) y 44.2 c) de la LCSP.

Tercero. La empresa recurrente ostenta legitimación para la interposición del presente recurso al amparo del artículo 48 de la LCSP.



Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo para recurrir, de acuerdo con el artículo 50.1 b) de la LCSP.

Quinto. Se interesa por la recurrente:

- Nulidad del procedimiento de licitación como consecuencia de la ambigüedad de la redacción de los términos de los pliegos.
- Subsidiariamente, los pliegos como lex contractus entre las partes de la licitación. La vulneración de los principios de igualdad y concurrencia contemplados en el art. 1 de la LCSP
- Subsidiariamente, falta de identidad del objeto social de TRIPLE A PLUS con el objeto propio del contrato licitado. Nulidad de la adjudicación del contrato por la falta de concurrencia de la aptitud para contratar
- Falta de la acreditación de la solvencia económica y financiera en tiempo y forma por parte de TAP. Inviabilidad de la subsanación de la misma por considerarse una modificación de los términos esenciales de la oferta.
- Infracción de los actos propios y del principio de confianza legítima por parte de la mesa y del órgano de contratación.
- Incumplimiento del deber de dar acceso al expediente por el órgano de contratación dentro del plazo de la interposición del recurso especial en materia de contratación. Indefensión del recurrente.

De la lectura detenida del recurso, y del examen detallado de este expediente de contratación, se hace necesario, para abordar la resolución de éste último, sistematizar los motivos invocados por la empresa BHEI, ya que muchos de ellos persiguen, en definitiva, que se aprecie la falta de capacidad o aptitud para contratar de TAP por no ostentar la condición de entidad aseguradora, resultando imprescindible, para no incurrir en reiteraciones innecesarias ni en incongruencias, abordarlos de manera conjunta. Por este motivo, se sigue la siguiente estructura de resolución, respetando en lo posible, el orden del suplico de la entidad recurrente:

- Procede en primer lugar resolver sobre la alegación de incumplimiento del deber de acceso al expediente de contratación.
- En segundo lugar, corresponde analizar si efectivamente la sociedad TAP ostenta o no la aptitud para contratar exigida en la presente licitación.



- Finalmente, se examinará la solicitud subsidiaria, de declaración de nulidad de los pliegos que rigen la presente licitación al estar redactados, a juicio del recurrente, de manera ambigua y confusa lo que impide su interpretación uniforme

Sexto. Sobre el incumplimiento del deber de dar acceso al expediente por el órgano de contratación.

Advierte la entidad BHEI en su recurso (motivo sexto), que *“no ha podido tener acceso a una serie de información y documentación que obra en el expediente de referencia, lo cual le impide disponer de todos los medios de juicio y prueba necesarios para fundar debidamente su recurso”,* lo cual le deja *“en un escenario de indefensión plena”*.

El órgano de contratación en su informe preceptivo sobre las alegaciones de la recurrente señala en lo que se refiere a la manifestación relativa a la denegación de acceso completo al expediente que *“a la vista de la documentación que TAP declaró confidencial, el órgano de contratación es quien tiene la competencia para analizar la documentación específicamente señalada por el licitador como confidencial y determinar si concurren los requisitos y criterios para poder otorgarle tal carácter, por lo que es el órgano de contratación quien debe valorar, si dicha documentación debe o no debe considerarse confidencial con el fin de lograr un correcto equilibrio entre los principios de confidencialidad y de transparencia que deben regir el procedimiento de contratación.*

Este órgano de contratación entendió que el acceso a diversos aspectos por la recurrente, podrían afectar a la competencia en el mercado entre ambas empresas, en cuanto puede suponer una ventaja competitiva conocer diversos aspectos de la documentación de la otra licitadora, puesto que sería entregar a un competidor directo información interna de la empresa, su estructura de gastos y costes, márgenes, política de comisiones con terceros, cartera de clientes, etc.

Entendemos que el órgano de contratación ha actuado correctamente, con arreglo, tanto al artículo 52 como al 133 de la LCSP, ya que en ningún caso se denegó el acceso al expediente de manera genérica o indiscriminada, sino únicamente a la parte de la documentación solicitada de la oferta de la otra licitadora calificada como confidencial y confirmada por el órgano de contratación. El difícil equilibrio entre estos



dos principios de la contratación pública, el de transparencia y el de confidencialidad, exige que el órgano de contratación vele por el mismo, correspondiéndole asumir una función moderadora entre ambos principios. Lo que este órgano de contratación ha procurado es garantizar el máximo respeto a los derechos e intereses de ambas partes; por un lado el derecho de acceso de la ahora recurrente y por otro lado, el derecho a la protección de la información confidencial de la otra licitadora.”

Para resolver esta alegación hemos de acudir al carácter instrumental del derecho de acceso al expediente, orientado, en definitiva, a satisfacer la necesidad del recurrente de disponer de la información precisa para articular su recurso. Nuestra Resolución 153/2019 ya advertía que no es imprescindible dar vista de expediente al futuro reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación. A juicio de este Tribunal, y a la vista del recurso interpuesto y los motivos en los que se fundamenta, no se aprecia la indefensión invocada por el recurrente pues ha tenido información suficiente para rebatir adecuadamente los argumentos en su medio de impugnación habida cuenta de las alegaciones que en el mismo se contienen, de hecho, se limita a hacer una referencia genérica de que no se han dispuesto de los elementos de juicio necesarios para fundar debidamente el recurso, sin que se haya detenido, en la concreta información o documentación que considera imprescindible para ello. Este motivo ha de ser desestimado.

Séptimo. Sobre si la sociedad TAP ostenta o no la aptitud para contratar exigida en la presente licitación.

Tal y como señalábamos anteriormente, es este el motivo que constituye en núcleo del recurso formulado por la empresa BHEI. A juicio de ésta, la entidad TAP, al constituir una agencia de suscripción, carece de autorización alguna para ejercer la actividad aseguradora, por no ostentar dicha naturaleza, y por este motivo, debe ser excluida del proceso; de no estimarse esta pretensión, continua BHEI:

- se estaría vulnerando el contenido de los Pliegos, “lex contractus” entre las partes, y con ello los principios de igualdad y concurrencia
- no se estaría respetando el objeto del contrato licitado, al no existir identidad ente éste y el objeto social de TAP



- se estaría produciendo una modificación de los términos esenciales de la oferta, ya que TAP no dejó claro si accedía al procedimiento por su propia cuenta o por cuenta y nombre de una empresa que sí reunía los requisitos de solvencia aquí exigidos
- se infringe la doctrina de los actos propios y confianza legítima ya que el órgano de contratación adjudica el contrato a una empresa respecto de la que había puesto de manifiesto que no reunía los requisitos de aptitud contemplados en los pliegos

Del desglose aquí efectuado, se advierte que constituye el objeto del recurso, el examen y análisis de si la empresa TAP, como agencia de suscripción, tiene la aptitud necesaria para tener la condición de licitadora en este tipo de contrato. Sobre esta cuestión ya ha tenido este Tribunal ocasión de pronunciarse en el seno de este mismo expediente de contratación en su Resolución 801/2020 de 10 de julio, a la que nos remitimos íntegramente, ya que si bien este recurso se motivó en la supuesta imposibilidad de la mercantil TAP de acudir a medios externos para acreditar su solvencia, para poder resolver esta cuestión, se analizó con detalle el objeto social, aptitud, capacidad y alcance de las agencias de suscripción y su relación con las entidades aseguradoras. Se concluía en nuestra Resolución 801/2020 (fundamento de derecho octavo), que *las agencias de suscripción son personas jurídicas cuyo objeto social es el suscribir riesgos por cuenta ajena y en nombre de una o varias entidades aseguradoras, quienes le otorgan un contrato de apoderamiento; no son mediadores de seguros, sino que son un instrumento de distribución directa de las aseguradoras para las que operan, no asumen directamente la cobertura de riesgos sino que lo hacen siempre en nombre y por cuenta de las aseguradoras para las que opera*. Nos referimos, como lo hicimos en la Resolución de continua cita, al artículo 60.1 y 60.3 de la Ley 20/2015 de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, del que resulta que estas agencias pueden suscribir riesgos o suscribir negocio, en definitiva, sí reúnen la aptitud necesaria para ser consideradas licitadoras; de dicha regulación resulta que las agencias de suscripción son sociedades mercantiles a las que las entidades aseguradoras pueden apoderar para la suscripción de riesgos en nombre y por cuenta de éstas, y para que las agencias de suscripción puedan acceder a la actividad de aseguramiento en nombre y



por cuenta de las entidades aseguradoras, han de ser previamente autorizadas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Una agencia de suscripción sí reúne la aptitud, en los términos que determina el artículo 65.2 de la LCSP, para ser licitador en un expediente que tiene por objeto la contratación de un seguro de responsabilidad civil, sin que pueda compartirse el criterio de BHEI de que sólo las entidades aseguradoras y reaseguradoras pueden reunir tal aptitud. En definitiva, se considera que en la contratación de seguros, las agencias de suscripción sí reúnen las condiciones para ser consideradas licitadores.

Concluir de otro modo, y estimar el recurso por este motivo, supondría traer a colación cuestiones ya resueltas modificando el criterio de este Tribunal sin que se haya producido ningún cambio o alteración sustancial de los elementos de juicio. Concluir de otro modo, supondría llegar a una resolución viciada de incongruencia, al haberse confirmado la condición de licitadora de TAP, aceptando su capacidad para contratar por la propia naturaleza jurídica de las agencias de suscripción.

En definitiva, no procede la exclusión de la empresa TAP por no disponer de aptitud para contratar exigida en los pliegos, tal y como pretende BHEI; su capacidad ya se confirmó por este Tribunal en su Resolución de 10 de julio de 2020 dictada en este mismo expediente, y a la que la recurrente ha tenido acceso. Concluido, por tanto, que TAP tiene capacidad para participar en la licitación, habiendo acreditado, ésta, que reúne los requisitos establecidos en los pliegos y presentando una oferta más ventajosa, debe ser la adjudicataria del contrato. El órgano de contratación, a resultas del pronunciamiento de este Tribunal, acordó retrotraer el procedimiento de contratación y después de los trámites oportunos, cumpliendo con los criterios establecidos en el pliego resolvió adjudicar el contrato a la mercantil TAP, sin que ello pueda entenderse como una vulneración de la teoría de los actos propios, sino como una consecuencia de cumplimiento y ejecución de resoluciones administrativas firmes en conexión con la obligatoriedad de los pliegos.

Octavo. Sobre la solicitud subsidiaria, de declaración de nulidad de los pliegos que rigen la presente licitación al estar redactados, a juicio del recurrente, de manera ambigua y confusa lo que impide su interpretación uniforme.



Finalmente, BHEI, de manera subsidiaria impugna los Pliegos, e interesa la declaración de nulidad por entender que tienen una redacción confusa y ambigua, pues no queda claro, a su juicio, si se permite concurrir a las Agencias de suscripción. Este motivo tampoco puede ser estimado.

La condición de licitadora o capacidad para licitar de TAP, como agencia de suscripción, no deriva de la redacción de los pliegos o en su caso de la discrecionalidad del órgano de contratación, sino de su naturaleza jurídica y configuración determinada por la normativa que rige a este tipo de entidades (entre otras la Ley 20/2015 ya mencionada y Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre) y su adecuación al objeto del contrato. Nuestra Resolución 460/2019 de 30 de abril, ya se pronunció sobre este aspecto. No puede pretenderse, a estas alturas que se declare la nulidad de unos pliegos, por ambiguos, cuando ya fueron aceptados, en todas sus cláusulas por la ahora recurrente, en el momento de presentación de sus proposiciones (art. 139 LCPS); resulta sorprendente este motivo de impugnación que coincide con la decisión de no resultar adjudicataria la entidad que plantea este motivo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. I. A. G. en representación de BERKSHIRE HATHAWAY EUROPEAN INSURANCE DESIGNATED ACTIVITY COMPANY, SUCURSAL EN ESPAÑA contra el acuerdo de adjudicación de la licitación convocada por la C.A. del Principado de Asturias para contratar el *“servicio de seguro de responsabilidad civil y patrimonial para los centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias y su personal”*,

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

Tercero. Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en 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 Asturias, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.