



Recurso nº 1521/2020 C. Valenciana 364/2020

Resolución nº 329/2021

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

En Madrid, a 31 de marzo de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.L.H., en representación de LIBERTY MUTUAL INSURANCE EUROPE SUCURSAL EN ESPAÑA contra la exclusión de la licitación convocada por la Conserjería de Educación, Cultura y Deporte de la Comunidad de Valencia para contratar el *“Servicio de seguro de responsabilidad civil y defensa jurídica para el personal docente no universitario y no docente que preste servicios en los centros docentes públicos no universitarios dependientes de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte”*, expediente CMAYOR/2020/06Y01/11, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La licitación se inició por el órgano de contratación mediante resolución de fecha 14 de septiembre de 2020, mediante procedimiento abierto, tramitación ordinaria y varios criterios de adjudicación, con un presupuesto base de licitación de 57.000 €.

Segundo. En fecha 15 de octubre de 2020 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, junto con los pliegos que rigen la presente licitación.

Tercero. En fecha 30 de octubre de 2020, finalizó el plazo de presentación de ofertas siendo dos las empresas que presentaron ofertas:

1. CIF: A28007268- GENERALI ESPAÑA SA DE SEGUROS Y REASEGUROS
2. CIF: W0069547H- LIBERTY MUTUAL INSURANCE.



Admitidas ambas empresas a la licitación por acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 2 de noviembre de 2020 se procede a evaluar la documentación presentada evaluable de manera automática.

Cuarto. Una vez evaluada la oferta económica por los técnicos se constata que la empresa LIBERTY MUTUAL INSURANCE está incurso en valor desproporcionado o anormal al amparo de lo previsto en la cláusula 13 del pliego de cláusulas administrativas particulares por lo que se le otorga un plazo para justificar su oferta.

La empresa presenta la justificación en tiempo y forma, y se le da traslado a la Unidad Proponente para su valoración e informe. En fecha 16/11/2020 el jefe del Servicio de Gestión Patrimonial emite informe en el que concluye que no se justifica de forma suficientemente satisfactoria y razonada el bajo nivel de precios ofertado por LIBERTY MUTUAL INSURANCE por importe 36.867,00 euros.

Quinto. Con fecha 18 de noviembre de 2020, la Mesa de Contratación eleva la propuesta de adjudicación del expediente de referencia, y se propone como empresa adjudicataria a la mercantil GENERALI ESPAÑA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, dictándose resolución de adjudicación a su favor en fecha 18 de diciembre de 2020 por importe de 50.945,67 euros.

Previamente, mediante Resolución de fecha 19 de noviembre de 2020 el órgano de contratación acuerda la exclusión de la empresa recurrente

Sexto. En fecha 10 de diciembre se interpone por parte de esta empresa recurso de reposición por LIBERTY MUTUAL INSURANCE EUROPE SUCURSAL EN ESPAÑA.

Séptimo. El día 19 de enero de 2021, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las restantes empresas que han concurrido a la licitación, confiriéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones si así lo estimaban oportuno, sin que se hayan presentado alegaciones a este recurso.

Octavo. El 5 de febrero de 2021, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, resolvió adoptar de oficio la medida provisional consistente en la suspensión del



procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto los artículos 44 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (de ahora en adelante LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 22 de marzo de 2013 (BOE de fecha 17/04/2013), prorrogado mediante Acuerdo de fecha 25 de febrero de 2016 (BOE de fecha 21/03/2016) y nuevamente prorrogado mediante Acuerdo de fecha 16 de abril de 2019 (BOE de fecha 22/05/2019).

Segundo. Se trata de un acto objeto de recurso especial en materia de contratación, al tratarse de un contrato de servicios que supera el umbral cuantitativo señalado en el artículo 44.1.a) de la LCSP. Igualmente, se trata de un acto recurrible al tratarse de un acto de la mesa de contratación que determina la exclusión del recurrente con arreglo al artículo 44.2.b) LCSP.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legalmente establecido de conformidad con el artículo 50 LCSP.

Cuarto. La empresa recurrente ostenta legitimación al haber sido excluida del procedimiento de contratación.

Quinto. Alega la parte recurrente en primer lugar, que se ha producido un error por parte del órgano de contratación, puesto que la aplicación de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público es prevalente al de su reglamento, y el órgano de contratación ha aplicado el artículo 85 del Reglamento con prioridad al artículo 149.2 de la LCSP, por el que se impone la obligación a este de, en el caso de ofertas anormalmente bajas, existiendo más



de un criterio de valoración, procede la valoración de la oferta en su conjunto, no recurriendo a los criterios establecidos en el reglamento.

Asimismo, sostiene la ausencia de informe técnico argumentando su exclusión, lo que le provoca indefensión.

Por último, lleva a cabo una ampliación de la información facilitada respecto a la siniestralidad, alegando que existen errores en los siniestros referidos, existiendo siniestros duplicados, lo que da lugar a una disminución del importe total de los pagos y reservas para ambos años y una recopilación de los concursos y antecedentes de otras adjudicaciones y ratings.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que la regulación de la anormalidad de la oferta se regula en esta licitación en la cláusula 13 de la PCAP, que remite al artículo 85 del Reglamento para dirimir cuando estamos o no ante una oferta anormalmente baja. Sostiene que en ningún caso se ha producido indefensión, que únicamente el órgano de contratación se ha limitado a llevar a cabo una aplicación íntegra de los pliegos, que son ley del contrato, y que, si consideraban que se producía una vulneración por remitir el pliego al reglamento, no aplicando lo dispuesto en el artículo 149.2 de la LCSP, debía haber impugnado el pliego. Consecuentemente, no impugnado el pliego, se trata de un acto consentido, por lo que no puede impugnarse ahora su contenido a través de la impugnación de la exclusión.

Alega que no haber seguido las prescripciones del PCAP, sí que habría supuesto una vulneración del principio de igualdad, siendo aquello lo que provocaría indefensión, no la aplicación íntegra de su contenido.

Por otra parte, mantiene que se está impugnando realmente el PCAP, que establece varios criterios de adjudicación, manifestando que si una empresa entiende que los pliegos adolecen de un vicio de anulabilidad insubsanable, debía haber procedido a su impugnación, tal y como establece el artículo 44.2 de la LCSP.



Por último, manifiesta que el informe técnico en el que se pone de manifiesto la anormalidad de la oferta fue publicado en la PCSP junto con la propuesta de exclusión de la recurrente.

Séptimo. A la vista de las alegaciones de ambos intervinientes en el proceso, este Tribunal, lo primero que va a proceder es a desestimar la tercera y cuarta alegación esgrimida por la parte recurrente.

En relación con los concursos y antecedentes anteriores en otras licitaciones y los ratings que hubiese podido obtener la parte recurrente, no aporta nada al objeto del recurso y no lleva consigo ninguna circunstancia que haya de entrar a analizarse por este Tribunal.

En cuanto a los posibles errores en los siniestros apuntados por la parte recurrente, estos deberían haber sido puestos de manifiestos en el momento procesal oportuno, llevando a cabo la impugnación de los pliegos si esto daba lugar a un error en la determinación de los importes incluidos en el contrato. No obstante esto no se hizo, tratándose por tanto de un acto firme y consentido que no puede impugnarse ahora con la propuesta de exclusión.

En cuanto al fondo del asunto, lo que se discute es si el hecho de que en el PCAP se incluya que para determinar si una oferta es anormalmente baja haya de acudirse al artículo 85 del Reglamento en lugar de proceder a la aplicación directa del artículo 149.2 de la LCSP ha causado o no indefensión a la parte recurrente.

Debemos partir de la base de que los pliegos son ley del contrato. No hay ninguna duda respecto a esto. Ha dicho este Tribunal en su resolución nº 1.229/2017, que *“los Pliegos, tanto el de cláusulas como el de prescripciones técnicas, constituyen la “lex contractus”, que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes (cfr.: artículos 1091 CC y 109.3, 115.2, 115.3, 116.1, 145.1 y concordantes TRLCSP). Así lo ha consagrado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr.: Sentencias de 28 de febrero de 1962 -Roj STS 1368/1962-, 21 de noviembre de 1972 -Roj STS 1789/1972-, 18 de marzo de 1974 -Roj STS 1464/1974-, 21 de enero de 1994 Roj STS 167/1994-, 6 de octubre de 1997 -Roj STS 5901/1997-, 4 de noviembre de 1997 -Roj STS 6570/1997-, 27 de febrero de 2001 -Roj STS 1508/2001-, 27 de octubre de 2001 -Roj STS*



8338/2001-, 18 de mayo de 2005 -Roj STS 3177/2005-, 25 de junio de 2012 –Roj STS 4763/2012-, entre otras muchas), como la doctrina legal del Consejo de Estado (cfr.: *Dictámenes de 16 de octubre de 1997 -expediente 85/1997 y 8 de octubre de 2009 – expediente 1496/2009-*) y, en fin, la de este Tribunal (cfr.: *Resoluciones 84/2011, 147/2011, 155/2011, 172/2011, 235/2011, 17/2012, 47/2012, 82/2013, 94/2013, 737/2014, 830/2014, 1020/2016, 740/2017, entre otras muchas*). Esta regla sólo quiebra en los casos en los que los Pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho, los cuales pueden apreciarse y declararse en cualquier momento posterior (cfr.: *Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 -Roj STS 4517/2004- y 26 de diciembre de 2007 -Roj STS 8957/2007-; Resoluciones de este Tribunal 69/2012, 241/2012, 21/2013, 437/2013, 281/2014, 830/2014*); fuera de esos supuestos (objeto siempre de interpretación estricta; cfr.: *Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2010 –Roj STS 1764/2010- y Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 1993 – expediente 1232/1993-*), el carácter vinculante de los Pliegos obliga al órgano de contratación a estar y pasar por su contenido, incluso aunque el mismo no se ajuste al Ordenamiento Jurídico (cfr.: *Resoluciones 109/2014 y 281/2014*). Precisamente por ser las normas rectoras de la convocatoria, las proposiciones deben ajustarse al contenido de los Pliegos, como recuerda el artículo 145.1 TRLCSP, que, pese a que solo menciona al de cláusulas, es predicable igualmente del de prescripciones técnicas, toda vez que ambos definen la prestación objeto del contrato (cfr.: artículos 115, apartados 2 y 3, y 116, apartado 1, del TRLCSP). De ahí que las proposiciones que no se ajusten a su contenido deben ser excluidas, incluso aunque los pliegos guarden silencio al respecto (cfr., por todas, *Resoluciones 208/2014, 737/2014, 276/2015, 1020/2016*), aunque, ciertamente, hayamos exigido que el incumplimiento del Pliego de prescripciones técnicas por parte de la descripción técnica contenida en la oferta sea expreso y claro (cfr.: *Resolución 985/2015*)”.

Es decir, en función de lo expuesto, lo dispuesto en los pliegos es de obligatorio cumplimiento por las partes. Si bien, las partes, puede, de acuerdo con lo previsto en la LCSP proceder a la impugnación de los mismos si considera que no son adecuados, que pueden resultar lesivos o que son nulos o anulables.



Si bien, no se ha procedido a su impugnación, lo que los hace firmes y consentidos. La parte recurrente conocía o debía conocer el contenido de los pliegos y la remisión al Reglamento para la determinación de si la oferta presentada es anormalmente baja, y no lo impugnó cuando pudo hacerlo.

Sólo habría un caso en el que podría en este punto impugnarse esta previsión contenida en el pliego: en el caso de que alguna previsión del mismo adoleciese de algún vicio de nulidad.

Es en este punto cuando debemos recordar la resolución de este Tribunal de nº 1128/2018 que resuelve acerca de la nulidad o anulabilidad de una cláusula de los pliegos en la que se remite al Reglamento en vez de aplicar directamente lo dispuesto en el artículo 149.2 del TRLCSP para resolver sobre la anormalidad de las ofertas presentadas por los licitadores de la forma que sigue:

“Sobre la inclusión de parámetros objetivos de identificación de ofertas anormales, aun cuando pudiera compartirse la opinión de que el artículo 149.2 de la LCSP parece decantarse por la obligación de contemplar en los pliegos los parámetros objetivos que deben permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, su ausencia en el PCAP debería haberse denunciado en momento procedimental anterior; esto es, al tiempo de la licitación, pues la presentación de la oferta por parte de los licitadores supone la aceptación incondicional de los pliegos, que no podrán ser impugnados excepto que concurra causa de nulidad.

Lo cierto es que el vicio ahora denunciado no fue impugnado cuando el licitador debió hacerlo, antes de presentar su oferta, pues al presentarla aceptó incondicionadamente y sin reserva alguna el PCAP (artículo 139.1 LCSP), por eso señala el artículo 50.1.b) de la LCSP que “con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”



Es por tanto preciso determinar si la vulneración del artículo 149.2 de la LCSP es o no un supuesto de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 39 de la LCSP, que remite a su vez al artículo 47.1 de la LPACAP.

Ha de señalarse que la jurisprudencia impone una interpretación restrictiva de la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la LPACAP, siendo la regla la anulabilidad frente a la nulidad.

Pues bien, el incumplimiento en el PCAP de lo dispuesto por el artículo 149.2 de la LCSP no encaja en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la LPACAP, siendo antes bien una infracción del ordenamiento jurídico que determina un defecto de forma en el procedimiento de adjudicación que hace que el acto de adjudicación carezca de un requisito formal –la apreciación de la viabilidad de la oferta– indispensable para alcanzar el fin de dar satisfacción al interés general que con la adjudicación se pretende, siendo por tanto es un vicio de anulabilidad y no de nulidad conforme a los artículos 40 de la LCSP y 48 de la LPACAP. No puede por tanto admitirse la pretensión extemporánea contra el PCAP por dicha causa”.

Siendo la conclusión alcanzada en la resolución que antecede perfectamente aplicable al caso que nos ocupa en la presente resolución, su argumentación es perfectamente trasladable a la presente, lo cual nos lleva a concluir que el vicio que invoca la parte recurrente es un vicio de anulabilidad y no de nulidad, que no puede invocarse en este momento procesal, que debía haberse impugnado cuando se publicaron los pliegos, que los pliegos son un acto firme y consentido, que son ley del contrato, y que, por tanto, el órgano de contratación ha de proceder necesariamente a su publicación.

Dicho lo anterior, este Tribunal no considera que la remisión que hace la cláusula 13 del PCAP al artículo 85 del Reglamento de Contratos suponga vulneración alguna de la legalidad, sino precisamente su cumplimiento. El artículo 149 de la LCSP dispone que en caso de existir varios criterios de adjudicación hay que estar a lo establecido en los pliegos para determinar cuándo una oferta se halla incurso en presunción de anormalidad. Y eso es precisamente lo que hace la cláusula 13 del PCAP, remitiendo al artículo 85 del Reglamento.



Por otro lado, la empresa recurrente alega indefensión, por no haberse aportado un informe técnico que explique en base a criterios objetivos que la oferta de servicios no puede ser llevada a cabo.

Pues bien, consta en el expediente un informe de cuatro páginas de extensión, emitido por el Jefe del Servicio de Gestión Patrimonial el 16/11/2020, en el que se reflejan las causas que motivan la no admisión de la justificación presentada; informe publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 19/11/2020, y sobre cuyos fundamentos no alega nada la empresa recurrente.

En consecuencia, la decisión que ha de tomar este Tribunal es la de desestimar el recurso interpuesto.

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. F.L.H., en representación de LIBERTY MUTUAL INSURANCE EUROPE SUCURSAL EN ESPAÑA contra la exclusión de la licitación convocada por la Conserjería de Educación, Cultura y Deporte de la Comunidad de Valencia para contratar el *“Servicio de seguro de responsabilidad civil y defensa jurídica para el personal docente no universitario y no docente que preste servicios en los centros docentes públicos no universitarios dependientes de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte”*, expediente CMAYOR/2020/06Y01/11.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de conformidad con 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 multa prevista en el art. 58.2 del 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 la Comunidad Valenciana, 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.