



Recurso nº 270/2014

Resolución nº 336/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 25 de abril de 2014.

VISTA la reclamación interpuesta por D. M.C.C., en representación de la compañía ASISA, ASISTENCIA SANITARIA INTERPROVINCIAL DE SEGUROS, S.A.U. (en lo sucesivo, ASISA o la recurrente), contra la Resolución de 7 de marzo de 2014, por la que se excluye su oferta y se adjudica el contrato de “*Seguro de asistencia sanitaria para los empleados de la Autoridad Portuaria de Las Palmas*”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Autoridad Portuaria de Las Palmas convocó, mediante invitación cursada a ASISA y a otras dos entidades, licitación por procedimiento negociado sin publicidad para contratar los servicios de seguro de asistencia sanitaria para sus empleados. El valor estimado del contrato se cifra en 931.920 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 31/2007, de 30 de octubre sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE), así como en la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias. El contrato se clasifica en la categoría 6 del Anexo II A de la LCSE.



Tercero. Tras los trámites oportunos, el 6 de febrero de 2014, en sesión pública de la mesa de contratación, se comunica la puntuación técnica asignada a cada oferta y se procede a la apertura de las proposiciones económicas. A la vista de las mismas se constata que la oferta de ASISA (396 euros de prima anual por trabajador), presenta una baja del 10% sobre el precio de licitación (440 €). Al ser inferior en más de cuatro puntos porcentuales a la baja media de las tres ofertas (4,69%), resulta incurso en presunción de anormalidad de acuerdo con la cláusula 20 del Pliego de condiciones de contratación (PCAP) y el anexo III de la Orden FOM/4003/2008 citada. De acuerdo con la indicada cláusula, el mismo día se le requiere a ASISA para que *“aporte justificación motivada de la oferta presentada”*.

Cuarto. El escrito de justificación requerido lo presentó ASISA en el plazo habilitado. Entre los argumentos para justificar su oferta, además de los de carácter general, relativos a su solvencia, experiencia en el ramo, carácter cooperativo y dimensión en cuanto a facturación, clínicas y profesionales propios y concertados, etc., señala también que ha sido adjudicataria de contratos con objeto y presupuesto de adjudicación similares de los que puede aportar certificados de buena ejecución. Cita cuatro organismos, entre ellos, la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Cibrao.

Quinto. El Jefe de Departamento de Recursos Humanos y RSC emitió informe, en el que, tras resumir la justificación de ASISA, señala textualmente que *“no se adivina exactamente qué relación tiene esta justificación con el precio ofertado”*. En el informe considera que los argumentos de ASISA se refieren a cualidades que ya se toman en cuenta para permitir la participación (solvencia de la empresa) o que se consideraron en la valoración técnica, sin incluir argumentos que estén directamente relacionados con la oferta y su precio. Añade que con las estadísticas de siniestralidad de los empleados de la Autoridad Portuaria (que no incluyen a los familiares incorporados por adhesión), *“el gasto mensual medio por asegurado asciende a 38,19 €. Estos datos arrojan un resultado inequívoco: que una prima mensual de 33,00 € resulta presuntamente insuficiente... no se ha aportado en la justificación ningún factor diferenciador que permita concluir que, a pesar de ser un precio bajo, el cumplimiento del contrato es viable y a satisfacción de la Autoridad Portuaria de Las Palmas”*. Concluye, por ello, que



“ASISA no ha justificado suficientemente su oferta económica por lo que no ha enervado la presunción de anormalidad en la que se halla incurso”.

Sexto. En vista del informe técnico, la mesa de contratación acordó el 6 de marzo proponer la exclusión de la oferta de ASISA y la adjudicación en favor de la oferta de MAPFRE FAMILIAR, S.A., por tener la puntuación global más alta de las dos proposiciones finalmente admitidas. Así se resolvió por el Presidente de la Autoridad Portuaria, mediante Resolución de 7 de marzo notificada a la recurrente el 18 de marzo.

Séptimo. Contra su exclusión y la adjudicación subsiguiente, la representación de ASISA ha interpuesto recurso, presentado en el registro de este Tribunal el 4 de abril y anunciado previamente a la Autoridad Portuaria. Solicita la anulación de la Resolución indicada y que *“se retrotraigan las actuaciones al momento de la evaluación de las ofertas dejando sin efecto la inadmisión de ASISA”.*

Octavo. El 9 de abril de 2014, el órgano de contratación remitió a este Tribunal su informe sobre la reclamación acompañado de la copia del expediente de contratación.

Noveno. El 10 de abril, el Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Décimo. La Secretaría del Tribunal, el 11 de abril, dio traslado de la reclamación a los otros dos licitadores para que pudieran formular alegaciones, habiendo evacuado este trámite la empresa adjudicataria MAPFRE FAMILIAR.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El escrito de interposición de recurso, debe calificarse como reclamación en los procedimientos de adjudicación, prevista en el capítulo I del Título VII de la LCSE (arts. 101 y siguientes), por cuanto se refiere a una entidad contratante del sector de los puertos marítimos, incluida entre las enumeradas en la Disposición adicional segunda de dicha ley. La presente reclamación se interpone contra la Resolución de adjudicación en un contrato de servicios cuya adjudicación se hace con arreglo a lo dispuesto en la LCSE, al tener por objeto servicios incluidos en el Anexo II A (artículo 15) y ser su valor estimado superior a 414.000 € (artículo 16). La competencia para resolver corresponde a este Tribunal de conformidad con el artículo 101 de dicha norma.



Segundo. La empresa ASISA concurrió a la licitación, de la que fue excluida, por lo que está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 102 de la LCSE. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 104 de esa norma.

Tercero. La recurrente manifiesta su discrepancia con el informe técnico en que se fundamenta su exclusión, por cuanto:

- Los argumentos de solvencia *“son totalmente válidos y necesarios para acreditar la viabilidad del contrato sobre la base de la propuesta ofertada”*. ASISA justifica que *“puede obtener ahorros de costes por su dimensión, experiencia y configuración empresarial”*.
- El informe técnico no contradice las explicaciones dadas por ASISA en sus alegaciones, por lo que no está justificada su exclusión del procedimiento de licitación.
- Para el cálculo de la prima ofertada ha partido del gasto mensual por asegurado en la provincia de Las Palmas, al que ha añadido el coste de otras coberturas y comisiones exigidas en los pliegos, con lo que resulta una *“prima técnica mensual por asegurado de 31,34€,... basada en el gasto por póliza de colectivos cerrados de Las Palmas, de edades y coberturas similares y con los mismos proveedores sanitarios. En base a lo anterior, la prima ofertada de 33€ es técnicamente suficiente para la prestación correcta de la ejecución del contrato”*.
- El propio PCAP (cláusula 29.2) establece que el *“contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista”*, por lo que *“si las circunstancias sobrevenidas disminuyen el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización, ni detrimento en la prestación del servicio.”*

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

- Aunque la experiencia y la solvencia pueda ser un argumento válido para justificar la oferta, por sí sólo no es suficiente para justificar que la oferta anormalmente baja garantiza la ejecución del contrato. *“La justificación de*



ASISA se fundamenta casi exclusivamente en los criterios que servirían de base para acreditar su solvencia. Sin embargo, no explica la relación entre esa solvencia y un precio ofertado tan bajo... no se justifica la suficiencia técnica de la prima de seguro ofertada”.

- El informe técnico analiza y expresa con suficiente motivación las causas que determinan la exclusión de la reclamante. Además de argumentar *“que la solvencia como única causa de justificación de la baja es insuficiente para enervar la presunción de anormalidad, profundiza en las causas por las que se considera que no es posible la ejecución del contrato al precio ofertado por la reclamante. En concreto, se discute la prima mensual ofertada teniendo en cuenta el gasto mensual medio por asegurado”.*
- ASISA incluye datos nuevos no aportados en el informe de justificación de su oferta, relativos al gasto mensual por asegurado en la provincia de Las Palmas. Esta nueva justificación no debería ser tomada en cuenta porque, *“además de ser extemporánea, es sobrevenida a raíz del conocimiento que ASISA ha tenido de las razones de su exclusión. El objeto del recurso es saber si la actuación administrativa es correcta conforme a los datos que obraban en poder de la Autoridad Portuaria de Las Palmas y aportados por la empresa en su momento, pues de lo contrario se quebraría el principio de igualdad entre licitadores”.*
- En cuanto al principio de riesgo y ventura es desde luego aplicable a la oferta adjudicataria, pero si la entidad contratante adjudicara el contrato a una *“oferta temeraria, en realidad está asumiendo un riesgo y ventura que no le es propio. Así, los trámites relativos a las ofertas anormalmente bajas sirven para proteger al organismo contratante de formalizar contratos que ya están avocados desde sus comienzos al fracaso por hallarse incursa la oferta en valores anormales o desproporcionados”.*

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 tal como se indicó en el antecedente tercero. La cuestión de fondo a dilucidar es si, a la vista de la justificación de su oferta presentada por ASISA y del informe técnico del Jefe de Departamento de Recursos Humanos, está fundada la conclusión de la mesa y del



órgano de contratación de que *“ASISA no ha justificado suficientemente su oferta económica por lo que no ha enervado la presunción de anormalidad en la que se halla incurso”*.

En cuanto al procedimiento seguido, el artículo 82 de la LCSE establece que:

“1. Si las ofertas resultasen anormalmente bajas en relación con la prestación que se ha de ejecutar, la entidad contratante, antes de poder rechazarlas, pedirá por escrito a quienes hubieran presentado dichas ofertas las precisiones que juzgue oportunas sobre la composición de la oferta correspondiente y comprobará dicha composición teniendo en cuenta las explicaciones que le sean facilitadas,....”

2. Tales precisiones podrán referirse en particular a:

a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación de los productos, la prestación de servicios o el procedimiento de construcción.

b) Las soluciones técnicas adoptadas y/o las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

c) La originalidad de los suministros, servicios u obras propuestos por el licitador...”

La cláusula 20 del PCAP se pronuncia en términos similares, con el matiz de que la petición de precisiones a los licitadores que hubieran presentado ofertas anormalmente bajas deben hacerse en cualquier caso, mientras que en la LCSE es preceptiva sólo *“antes de poder rechazarlas”*.

Como hemos señalado en diversas resoluciones (tomaremos como referencia la Resolución 303/2013, de 17 de julio), para conjugar el interés general en la contratación pública con la garantía de los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia, la Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente la posibilidad de su cumplimiento. Y ello exige de una resolución *“reforzada”* que desmonte las justificaciones aducidas por el licitador.



Ahora bien, como señalábamos en esa Resolución, a la hora de justificar el acuerdo de exclusión, hay que considerar la información facilitada en su momento y no la aportada posteriormente. 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 el trámite de justificación de ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas está cerrado y porque, como alega el órgano de contratación, la función de este Tribunal es exclusivamente revisora de los actos recurridos sin que pueda entrar a considerar la validez de la oferta con la nueva información aportada en el recurso.

De acuerdo con ello, la cuestión de fondo es si la justificación inicial de ASISA, habida cuenta de que era una de las empresas invitadas a la licitación, era o no suficiente, y si los argumentos del informe técnico, que hicieron suyos la mesa y el órgano de contratación, bastan para desechar la oferta y evidenciar la conveniencia de un interés público que justifica su exclusión.

Las manifestaciones de ASISA para justificar su oferta se han resumido en el antecedente cuarto. Se refieren a la dimensión y solvencia de la empresa y a su experiencia en contratos similares en cuanto a objeto y presupuesto, entre los que cita el de la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Cibrao, respecto al cual puede aportar certificado de buena ejecución.

Frente a estas manifestaciones, el informe técnico esgrime los argumentos resumidos también en el antecedente quinto:

- Que la justificación de ASISA se refiere a la solvencia de la empresa o a cualidades que ya se toman en cuenta en la valoración técnica, sin incluir argumentos que estén directamente relacionados con el precio de la oferta.
- Las estadísticas de siniestralidad de los empleados de la Autoridad Portuaria dan un gasto medio por asegurado muy superior a la prima ofertada, que “*resulta presuntamente insuficiente*”.

Lo que se le requirió a ASISA es “*justificación motivada de la oferta presentada*”. Pero lo que el informe técnico parece requerir es una justificación directa sobre el precio. La exclusión ha venido determinada, no tanto porque se dude de que la oferta pudiera ser cumplida, sino porque no se proporcionaron los datos apropiados. De hecho, el acuerdo



de exclusión se fundamenta en que *“no ha justificado suficientemente su oferta económica por lo que no ha enervado la presunción de anormalidad”*. Aunque tales datos se aporten en el recurso, no pueden ser tenidos en cuenta, como ya señalamos antes.

Pues bien, en la consideración de este Tribunal, la *“información justificativa”*, en los términos en que está pensada en la Ley, debe entenderse referida a las precisiones que recabe el órgano de contratación que pueden ser, entre otras, las relativas a las *condiciones excepcionalmente favorables de que disponga* el licitador. En este caso, la mesa de contratación no formuló en su solicitud de justificación ninguna petición particular de precisiones sobre la composición de la oferta. La recurrente, por su parte, hizo referencia, en primer lugar, a que ha sido adjudicataria de contratos con objeto y precio similar y a la solvencia y dimensión de la empresa.

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. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta y menor la solvencia y experiencia de la empresa en relación con el contrato cuya viabilidad se enjuicia.

En este caso, la oferta de ASISA es apenas un 6,2% más baja que la propuesta como adjudicataria y las condiciones de solvencia y experiencia de la empresa parecen evidentes desde el momento en que es una de las tres empresas invitadas a la licitación y, en todo caso, están acreditadas en la documentación y justificación presentada. El argumento de ASISA de lo que se puede calificar de *condición excepcionalmente favorable* al ser adjudicataria de contratos similares, uno en particular en otra Autoridad Portuaria, ni siquiera se toma en consideración en el informe técnico, ni se requiere información adicional sobre el mismo, aunque desde luego tal justificación *tiene relación con el precio ofertado*.

Frente a los argumentos de ASISA, el informe técnico precisa que el gasto mensual medio por asegurado (sin incluir familiares adheridos) asciende a 38,19 €, muy superior



a la oferta cuestionada, lo que produce “*un resultado inequívoco: que una prima mensual de 33,00 € resulta presuntamente insuficiente*”. Pero tal presunción sería también predicable del precio máximo de licitación (36,67 €) y, claro está, de la oferta propuesta como adjudicataria (35,2 €).

En la licitación 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, asumidos en la resolución impugnada, 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 ASISA 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 la reclamación interpuesta por D. M.C.C., en representación de la compañía ASISA, ASISTENCIA SANITARIA INTERPROVINCIAL DE SEGUROS, S.A.U., contra la Resolución de 7 de marzo de 2014, por la que se excluye su oferta y se adjudica el contrato de “*Seguro de asistencia sanitaria para los empleados de la Autoridad Portuaria de Las Palmas*”, anular dicha Resolución y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas económicas que debe incluir también la de la recurrente.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104.6 de la LCSE.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 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 de 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.