



**Recurso nº 1034/2013 C.A Valenciana nº 102/2013**

**Resolución nº 135/2014**

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

En Madrid, a 21 de febrero de 2014.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. P.F.F.D.E., en nombre y representación de AON GIL Y CARVAJAL, S.A.U. CORREDURÍA DE SEGUROS (en adelante AON), contra el acuerdo de la Diputación Provincial de Alicante de adjudicación del contrato de servicio de mediación para la Diputación en sus seguros y en aquéllos que no pudiera actuar como Central de Contratación, Expediente: V14-102-13, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** En el Boletín Oficial del Estado, de 25 de septiembre de 2013 se publicó el Anuncio de la Diputación Provincial de Alicante por el que se convoca licitación para el servicio de mediación para la Excm. Diputación Provincial en sus seguros y en aquéllos en los que pudiera actuar como Central de Contratación. Expediente V14 102-13.

El Boletín Oficial de la Provincia de Alicante publicó, el 19 de septiembre de 2013, el anuncio de la licitación del contrato de servicios antecedente del recurso.

En el expediente remitido por la Diputación Provincial de Alicante consta un certificado de la Agencia de Tecnología y Certificación Electrónica en el que se acredita que el anuncio de la licitación fue publicado en el Perfil del Contratante de esta Diputación el 19 de septiembre de 2013.

Consta, asimismo, en el expediente que la publicación en el Suplemento del Diario Oficial de la Unión Europea, se hizo el 11 de septiembre de 2013. El envío a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea se hizo el día 9 de septiembre de 2013 según resulta de la documentación del expediente.

**Segundo.** El procedimiento para la celebración del contrato de servicios objeto de este recurso se ajusta a las previsiones 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), por Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, en lo que no resulta contrario a la Ley y al Reglamento, se aplicará el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; así como la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. Subsidiariamente, se aplicarán las restantes normas de Derecho Administrativo, y en su defecto, las normas de Derecho Privado.

**Tercero.** La Unidad de Patrimonio del Área de Arquitectura y Patrimonio de la Diputación Provincial de Alicante informó el 25 de noviembre de 2013 las propuestas de las licitadoras valorables mediante criterios cuya aplicación depende de un juicio de valor, del expediente objeto de este recurso, V14-102-13.

En las valoraciones de las mejoras se contienen las afirmaciones que resultan de interés para este recurso:

1. En el cuadro de valoración relativo a las mejoras se hace la siguiente indicación: *“otras propuesta por el licitador”*.
2. En el cuadro de valoración con el título otras mejoras relativo a la empresa WILLIS IBERIA CORREDURÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (en adelante WILLIS) la siguiente mención (página 9): *“Compromiso de reducción del coste del programa de seguros de la diputación: (mejora 1) compromiso de reducción de al menos el 20 % del presupuesto económico actual de la Diputación.”*
3. En el cuadro de valoración en el título otras mejoras, para la empresa MARSH (página 11) resulta: *“Acciones previas- reducciones económicas y mejoras*

*técnicas”: (mejora 1.16) Compromiso de reducción del importe en un mínimo de 50% del importe global del programa de seguros de la Diputación.”*

En el cuadro de valoraciones de los criterios que dependen de un juicio de valor, la valoración de las mejoras responde a la siguiente tabla:

6.b.2) Mejoras	16	AON GIL Y CARVAJAL	MARSH	WILLIS IBERIA
MEJORA O GRUPO	% PM	VNM P. Mejora	VNM P. Mejora	VNM P. Mejora
Valoración o colaboración a valoración de bienes	25 %	0,66 2,64	0,33 1,32	1,00 4,00
Específicas en prestaciones por implantación de SRC	25 %	0,33 1,32	0,66 2,64	0,66 2,64
Formación en materia aseguradora	25 %	0,66 2,64	1,00 4,00	1,00 4,00
Otras propuestas por el licitador	25 %	0,33 1,32	1,00 4,00	1,00 4,00
<b>TOTAL MEJORAS</b>	<b>100 %</b>	<b>7,92</b>	<b>11,96</b>	<b>14,64</b>

**Cuarto.** El 4 de diciembre de 2013 la Mesa de contratación propuso al órgano de contratación la adjudicación del contrato a la compañía WILLIS, a la vista del resultado de la puntuación de las proposiciones de los licitadores que respondía a la siguiente tabla:

1	WILLIS IBERIA, CORREDURÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.	95,66	Puntos.
2	MARSH, S.A. MEDIADORES DE SEGUROS	87,04	Puntos.
3	AON GIL Y CARVAJAL, S.A.U.	83,54	Puntos.

**Quinto.** El día 5 de diciembre de 2013, la Junta de Gobierno de la Diputación de Alicante acuerda la adjudicación del contrato a la empresa WILLIS IBERIA. Ese mismo día es objeto de publicación en el Perfil del Contratante de la Diputación. Asimismo, se notifica a los interesados.

**Sexto.** La empresa AON GIL Y CARVAJAL, S.A.U. interpone recurso especial en materia de contratación ante la Excm. Diputación Provincial de Alicante el día 23 de diciembre de 2013. En el mismo día se anuncia el recurso del recurso a la Diputación.

**Séptimo.** Interpuesto el recurso, se suspende el procedimiento en virtud del artículo 45 del TRLCSP. Con fecha 17 de enero de 2014, este Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento de contratación.

**Octavo.** La Secretaría del Tribunal con fecha 15 de enero de 2014 dio traslado al resto de los interesados para que pudieran realizar las alegaciones que tuvieran por conveniente.

Se han recibido en el Registro del Tribunal, el 21 de enero de 2013, alegaciones de la empresa adjudicataria WILLIS IBERIA.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos

Contractuales, de conformidad con el Art. 41.3, párrafo cuatro del TRLCSP, en el marco del Convenio de colaboración suscrito el 22 de marzo de 2013 entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

**Segundo.** El TRLCSP no establece un sistema de legitimación pública, sino que en el artículo 42 exige que el recurrente ostente un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por el acto objeto de recurso. La sociedad recurrente tiene legitimación para recurrir toda vez que presentó una propuesta y, aunque quedó clasificada en tercer lugar, la estimación del recurso podría determinar la adjudicación a su favor.

**Tercero.** El acto que se recurre es el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. En consecuencia, es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

**Cuarto.** El recurso fue presentado en el Registro General de la Diputación de Alicante el día 23 de diciembre de 2013, de conformidad con el artículo 44.3 del TRLCSP, cumpliendo así el plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 44.2 de la misma norma, toda vez que el acuerdo de adjudicación fue comunicado a la recurrente el día 5 de diciembre de 2013.

**Quinto.** La recurrente recurre bajo un único argumento, centrado en que las licitadoras WILLIS IBERIA Y MARSH han incluido en la oferta técnica un compromiso de reducción del coste económico, es decir, han planteado dentro del sobre nº 3 relativo a la “Documentación complementaria a la proposición económica relativa a los criterios evaluables mediante un juicio de valor” un compromiso económico. En consecuencia, lo anterior ha comportado que, simultáneamente con la oferta técnica, se ha incluido parte de la oferta económica (en particular, el punto relativo a mejoras económicas), lo cual constituye un incumplimiento muy grave de los procedimientos de valoración de ofertas, y que, a juicio de la recurrente, debe acarrear, per se, la nulidad del concurso y la convocatoria de uno nuevo.

El órgano de contratación, resumidamente, en su informe considera que la adjudicataria en el sobre nº 3 no incluyó dato o información que hubiera propiciado el conocimiento de los dos únicos elementos de la oferta contractual de los licitadores valorables con arreglo a criterios de adjudicación calificados como cuantificables mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos, a saber: 1) la tasa de comisión de corretaje a percibir por el adjudicatario; 2) la antigüedad de los corredores de seguros integrantes del equipo técnico directamente destinado a la prestación del servicio.

En el mismo sentido que el informe del órgano de contratación se pronuncia la adjudicataria en el trámite de alegaciones.

**Sexto.** Antes de entrar en el fondo de la cuestión planteada por la recurrente interesa considerar si, a la luz de los fundamentos del recurso, el PCAP ha sido adecuadamente configurado en cuanto a los criterios de adjudicación, particularmente, en relación con las mejoras.

Las mejoras son recogidas en el PCAP como *prestaciones adicionales del servicio no incluidas en el PPT, en aspectos como, valoración o colaboración a la valoración de bienes a efectos de su aseguramiento en los tipos de seguros en que ello sea necesario, mejoras específicas en lo relativo a las prestaciones en caso de implantación de algún SRC, formación en materia de aseguradora al personal de la Diputación y cualesquiera otras que, teniendo relación con el objeto del contrato, se propongan por los licitadores sin que supongan ningún costo para aquélla. A estos efectos se deberá detallar para cada una de las mejoras propuestas, especialmente en materia de valoración y prestaciones en caso de implantación del SRC su contenido, alcance, metodología y plazos en su implantación, etc...*

*Estas mejoras se acreditarán, en su caso, mediante declaración responsable de los licitadores, y tendrán carácter contractual, resultando, por tanto, de obligado cumplimiento para la adjudicataria.*

Se observa que, junto a la enumeración de algunas prestaciones en las que pueden los licitadores realizar una propuesta que mejore la previsión del PPT, el pliego deja abierto

este capítulo a cualquier otra propuesta de los licitadores con la simple indicación de que tenga relación con el objeto y no suponga un mayor coste. Así configurada la mejora, ésta queda abierta, no ya sólo a las prestaciones que se contemplan en el pliego y que permitirían un incremento del servicio en su calidad o cuantía, sino incluso a prestaciones que el pliego no hubiera contemplado pero que estuvieran relacionadas con el objeto del contrato.

Para considerar ajustada a la norma las mejoras descritas en el PCAP es necesario atender al régimen jurídico aplicable. Así configurada la mejora como un criterio de adjudicación evaluable debe apreciarse el art. 150. 2 del TRLCSP, según el cual: "Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

(...)

4. Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

Quando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

5. Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse.

6. (...).”

Por su parte, el art. 147 TRLCSP al regular específicamente las variantes y mejoras prevé que: “1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o

*mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.*

*2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.*

De las normas transcritas se debe concluir que el TRLCSP proscribe las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y el valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación. En este sentido, el Tribunal sostiene un criterio consolidado a lo largo de sus resoluciones, sirviendo como ejemplo las Resoluciones 514/2013, de 14 de noviembre, 207/2013, de 5 de junio, 302/2011, 14 de diciembre, 189/2011, de 20 de julio.

En la Resolución 69/2012, de 21 de marzo, con apoyo en la Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, -asunto C-532/06, consorcio Lianakis y otros contra el municipio de Alexandroupolis y otros -, concluimos que unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho “... *porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta*”. Por tanto, la conclusión es que, al no haberse establecido previamente las mejoras a considerar y las pautas para su valoración, las cláusulas del PCAP relativas a esas mejoras incurrir en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación pública exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1.

En el mismo sentido, en la Resolución nº 302/2011, 14 de diciembre, decíamos que: “*la introducción de variantes o mejoras como criterio de adjudicación exige su relación directa con el objeto del contrato, una adecuada motivación, su previa delimitación en los pliegos o, en su caso, en el anuncio de licitación y ponderación de las mismas. Así ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación de que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones en la prestación de las variantes o mejoras*

*en aras al respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores, en la Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto Traunfellner GMBH”.*

Como también señalábamos en nuestra resolución 65/2013, de 6 de febrero, al anular el criterio de adjudicación relativo a las mejoras, hay que declarar también la nulidad del proceso de licitación. Como ha declarado el TJUE (Sentencia de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria) “*los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”.*

Todo ello, con la finalidad de que todos los licitadores tengan ocasión de ponderar sus ofertas con pleno conocimiento de los elementos que van a ser valorados, para evitar que la indefinición de las mejoras y su ponderación les impida poder formular sus ofertas en condiciones de plena igualdad, de acuerdo a sus características y potencial empresarial y sus estrategias, dentro del principio de libertad de mercado, infringiendo los artículos 1, 147 y 150 del TRLCSP.

En consecuencia, y como ya tuvimos la oportunidad de decir en otras muchas resoluciones (507/2013, de 14 de noviembre) procede declarar nula la cláusula de mejora y, sirviendo ésta como criterio de adjudicación, la nulidad ha de extenderse a todo el procedimiento toda vez que afectando directamente a un principio de la contratación que determinó la imposibilidad de una adecuada formación de las ofertas por ignorar los criterios de adjudicación.

**Séptimo.** Sobre la posibilidad de apreciar de oficio los vicios de nulidad, este Tribunal lo ha hecho en sus resoluciones sino seguir la doctrina que sobre esta cuestión ha mantenido el Tribunal Supremo. Sirva de antecedente la Resolución 1/2014, de 10 de enero en cuyo fundamento noveno se hace la siguiente consideración: “*En cuanto a la posibilidad de que por este Tribunal pueda apreciarse de oficio la concurrencia de un*

*vicio de nulidad de pleno derecho aunque no haya sido alegada por los interesados, debe examinarse la doctrina jurisprudencial sobre este punto.*

*En el ámbito civil, es doctrina consolidada desde muy antiguo que la nulidad de pleno derecho surte efectos ipso iure, de forma que puede ser apreciada por los tribunales sin necesidad de petición expresa de la parte (STS 27 de mayo de 1949, STS 29 de octubre de 1949, STS de 23 de junio de 1966, entre otras), si bien para que esta apreciación pueda realizarse: i) se deben probar los hechos de los que derive la nulidad del contrato y ii) han de estar presentes en el pleito todos los que intervinieron en la celebración del contrato de que se trate o sus sucesores o causahabientes. En el ámbito administrativo, es igualmente antigua y consolidada la doctrina conforme a la cual la nulidad de pleno derecho es de orden público, de forma que puede ser declarada de oficio aunque nadie haya solicitado la declaración (STS 11 de octubre de 1956, STS 31 de enero de 1967, STS de 22 de octubre de 1972, STS de 31 de enero de 1975, entre otras muchas). Lo que se ha señalado respecto de los órganos jurisdiccionales es de aplicación también respecto de este Tribunal. No sólo porque encuentra su fundamento positivo en los ya referidos artículos 112 y 113 de la LRJPAC, sino también porque una actuación de este órgano revisor que no pudiera apreciar de oficio la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho dejaría al arbitrio de las partes (mediante la invocación o no del vicio de que se trate) la declaración de la nulidad de pleno derecho, siendo así que se trata de un vicio no susceptible de convalidación. Del mismo modo, ante la impugnación de un contrato, la falta de alegación del vicio de nulidad conduciría (en caso de que no concurriera otro vicio en el contrato) a que el órgano revisor tuviera que declarar la validez de un contrato que en realidad es nulo de pleno derecho. En ambos casos, el consentimiento del interesado convalidaría el acto nulo, cuestión que no resulta admisible, ya que nadie puede consentir eficazmente algo que rebasa el ámbito de su propia esfera individual.*

*Conclusión de lo expuesto es que la existencia de un vicio de nulidad puede ser apreciada por este Tribunal aunque no haya sido alegada por los interesados, si bien será necesario que se dé audiencia a éstos, conforme establece el ya referido artículo 113 de la LRJPAC.”*

**Octavo.** La nulidad del procedimiento deja sin interés el pronunciarnos sobre la cuestión planteada por la recurrente, considerando, a su vez, que los fundamentos del recurso encontraban su apoyo en la indeterminación de los criterios de adjudicación del contrato.

Y es que la nulidad de la cláusula relativa a las mejoras por su indeterminación y vaguedad al admitir "*cualesquiera otras relacionadas con el objeto de contrato*" sin criterio alguno de evaluación de las mismas, debe determinar por sí misma la estimación del recurso, tanto más cuanto que la ofertas de rebajas del coste de los seguros en el 20 y 50% fueron incluidas por los licitadores WILLIS IBERIA y MARSH en el sobre correspondiente a la documentación sobre criterios evaluables mediante juicio de valor, siendo así que contienen un clarísimo componente económico, incumplándose con ello la tajante prohibición de la cláusula 8.3.3 del Pliego de anticipar parte de contenido de la oferta económica que debe ser evaluada de forma automática.

**Noveno.** De conformidad con los fundamentos de los apartados precedentes, al apreciar que han sido vulnerados los principios de la contratación del sector público, con violación del derecho a la igualdad y a no ser discriminado y transparencia, así como la libertad de acceso y el principio de concurrencia que garantizan la competencia, por aplicación del artículo 32.a) del TRLCSP en relación con el artículo 62.1.a), por ser la igualdad formal un derecho de amparo constitucional, y el artículo 62.1.e), por prescindir en sus principios del procedimiento legalmente establecido procede declarar la nulidad de toda la licitación sin que proceda la aplicación del artículo 66 de la Ley 30/1992.

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 AON GIL Y CARVAJAL, S.A.U. CORREDURÍA DE SEGUROS (en adelante AON), contra el acuerdo de la Diputación Provincial de Alicante de adjudicación del contrato de servicio de mediación para la Diputación en sus seguros y en aquéllos que no pudiera actuar como Central de Contratación, declarando la nulidad de todo el procedimiento por vicios esenciales del PCAP al prever mejoras genéricas que vulneran el principio de igualdad de trato y no

discriminación de los licitadores y transparencia que impide a éstos la formulación adecuada de sus ofertas.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento producida como consecuencia del artículo 45 del TRLCSP, según lo establecido en el artículo 47.4 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a 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.