



Recurso nº 212/2019

Resolución nº 460/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 30 de abril de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. C. N. M. en representación de TRIPLE A PLUS S.L., contra los acuerdos de la Mesa de contratación del Hospital Intermutual de Levante de 31 de enero y de 7 de febrero de 2019, por los que se acuerda inadmitir a la recurrente del lote 1 del expediente de contratación del “*aseguramiento de la responsabilidad civil del Hospital Intermutual de Levante*”(Expediente HIL/2018/02/0240), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 5 de noviembre de 2018 se propuso la iniciación del expediente de contratación, mediante procedimiento abierto y a través de dos lotes, respectivamente, del “*aseguramiento para el Hospital Intermutual de Levante de la responsabilidad civil y de la responsabilidad por daños materiales*”.

Segundo. Con fecha de 26 de noviembre de 2018 se elaboró su memoria justificativa y se aprobó la existencia de crédito suficiente; y con fecha de 18 de diciembre de 2018 se elaboraron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas.

Tercero. Aprobado el expediente de contratación, con fecha de 21 de diciembre de 2018 se publicó en la Plataforma de Contratos del Sector Público el anuncio de licitación del referido proceso de contratación.

Cuarto. Iniciado el proceso de contratación, la recurrente fue el único licitador que presentó oferta al lote 1, relativo al aseguramiento de la responsabilidad civil del Hospital Intermutual de Levante.

Examinada su oferta, la mesa de contratación, mediante acuerdo de 31 de diciembre de 2019, acuerda por unanimidad su inadmisión, declarando el lote desierto.

Quinto. Con fecha de 1 de febrero de 2019 la recurrente remitió correo electrónico solicitando aclaración sobre el anterior acuerdo de la mesa de contratación, al que acompañó determinada documentación complementaria relativa a su personificación.

Reunida nuevamente la mesa de contratación el 7 de febrero de 2019 al objeto de analizar dichas alegaciones, mantiene su decisión anterior, en el sentido de inadmitir la oferta de la recurrente y declarar desierto el lote 1.

Sexto. Con fecha de 26 de febrero de 2019 se notifica al órgano de contratación la interposición de recurso especial en materia de contratación por la entidad TRIPLE A PLUS S.L. contra los acuerdos de la Mesa de contratación del Hospital Intermutual de Levante de 31 de enero y de 7 de febrero de 2019, por los que se acuerda inadmitir a la recurrente del lote 1 del expediente de contratación del aseguramiento de la responsabilidad civil del Hospital Intermutual de Levante (Expediente HIL/2018/02/0240)

Séptimo. Se ha recibido en este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación.

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 LCSP

Segundo. La recurrente, TRIPLE A PLUS S.L., está legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LCSP, en tanto acredita unos intereses legítimos que han sido afectados, al accionar contra unos acuerdos que han inadmitido su participación en un procedimiento de contratación en el que tomó parte, presentando oferta en el mismo.

A su vez, la persona que actúa en nombre de la recurrente cuenta con poder de representación bastante, tal y como exige el artículo 51.1.a) de esa misma Ley.

Tercero. Por medio del recurso interpuesto se impugnan los acuerdos de la Mesa de contratación del Hospital Intermutual de Levante de 31 de enero y de 7 de febrero de 2019, por los que se acuerda inadmitir a la recurrente a la licitación del lote 1 del expediente de contratación del servicio de aseguramiento de la responsabilidad civil del Hospital Intermutual de Levante, de regulación armonizada, cuyo valor estimado –888.000€el contrato y 800.000€ el lote 1, en ambos casos IVA excluido- supera los cien mil euros, por lo que dicho acto es susceptible de recurso ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Cuarto. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1.b) de la LCSP, el presente recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en plazo.

Del expediente administrativo remitido resulta que, frente al primer acuerdo de 31 de enero de 2019, la recurrente presentó alegaciones al día siguiente; y las mismas fueron analizadas y resueltas mediante posterior acuerdo de 7 de febrero de 2019; interponiéndose finalmente recurso especial el 21 de febrero de 2019.

Quinto. En lo que respecta ya al fondo de la cuestión, la recurrente centra la impugnación de los Pliegos en los siguientes motivos:

a) que la naturaleza y régimen jurídico de la recurrente no es de mediador de seguros, sino de agencia de suscripción. Y que, por consecuencia, sí reúne la condición y las aptitudes para poder ser considerado licitador.

b) que a lo largo del proceso de licitación sí ha acreditado que actuaba en nombre y por cuenta de una compañía aseguradora, concretamente de BILBAO COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., respecto de quien ostenta la condición de agencia de suscripción.

c) que, con respecto a la acreditación de la solvencia, los pliegos permiten que, en el momento de la presentación de la oferta, simplemente se mencione y describa a través de una

declaración responsable; siendo al tiempo de la adjudicación cuando se proceda a la acreditación de la misma.

d) que si el órgano de contratación tenía dudas sobre su aptitud para ser licitador debería haberle requerido de subsunción, antes de inadmitirle como tal.

Por su parte, el órgano de contratación estima que no concurre en la recurrente la aptitud necesaria para ser considerado licitador, pues no ostenta la condición de compañía aseguradora. Y que tampoco menciona en su oferta ni cual sería, en su caso, la compañía que asumiría el riesgo objeto del contrato, ni la representación que la recurrente ostentaría sobre aquélla.

Añade que no presenta acreditación alguna de su solvencia económica y financiera, ni menciona siquiera cuál es su solvencia técnica y profesional.

Y concluye que no acredita la vigencia del poder de representación posteriormente aportado, y que éste debió ser presentado en el momento oportuno con su oferta.

Sexto. Comenzaremos en primer término por el análisis de la aptitud de la recurrente para determinar si puede o no ser licitador en el presente expediente de contratación.

Para ello debe partirse de la consideración de que la posibilidad o imposibilidad de participar en una licitación no viene determinada por una actuación de la Administración, sino que deriva de la configuración del objeto del contrato, que a su vez constituye una facultad discrecional de la Administración, la cual sólo está sometida, de una parte a la justificación de la necesidad de la contratación conforme al artículo 28 de la LCSP; y de otra, a las aptitudes y habilitaciones así como a las limitaciones establecidas, respectivamente, en los artículos 65 y 71 de la LCSP.

Conforme resulta de la documentación que integra el presente expediente de contratación, el mismo tiene por objeto la contratación por el Hospital Intermutual de Levante el aseguramiento, mediante sendas pólizas, que cubran su responsabilidad civil y su responsabilidad civil por daños materiales -apartado 2 de la Memoria justificativa, apartado 1 del Cuadro de Características, Cláusula 3 5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Cláusulas 2 y 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas-.

Es por tanto un contrato de seguro al que se refiere el artículo 1 de la Ley 50/ 1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; y por consecuencia, se requiere que en el licitador concurra la habilitación necesaria para actuar como entidad aseguradora u otra que, conforme a la normativa aplicable, puede asumir tal condición.

A este respecto la recurrente manifiesta que su configuración es la de agencia de suscripción, y no mediador de seguros. Y, por tanto, dispone de la habilitación necesaria para poder concurrir en idénticas condiciones que una entidad aseguradora propiamente dicha.

A este respecto, la configuración de las agencias de suscripción se prevé en el artículo 60 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

En esencia, 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 que 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.

Más concretamente, el régimen y procedimiento para la obtención y conservación de dicha autorización se contempla en el artículo 35 del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Pues bien, de la configuración normativa de este tipo de entidades puede concluirse que se trata de personas jurídicas, cuyo objeto social es el de suscribir riesgos por cuenta y en nombre de una o varias entidades aseguradoras, quienes le otorgan al efecto un contrato de apoderamiento.

Y como principales características pueden señalarse las siguientes: a) no son mediadores de seguros, sino que son un instrumento de distribución directa de las aseguradoras para las que operan; b) no asumen directamente la cobertura de riesgos, sino que lo hacen siempre en nombre y por cuenta de las aseguradoras para las que opera.

Por tanto, ciertamente asiste la razón a la recurrente cuando expone que 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.

Y correlativamente no se comparte el criterio del órgano de contratación al considerar que sólo las entidades aseguradoras y reaseguradoras pueden reunir tal aptitud; así como en el hecho de que califique a la recurrente como mediador, cuando es propiamente una agencia de suscripción.

En definitiva, se considera que en la contratación de seguros las agencias de suscripción sí reúnen la aptitud necesaria para ser consideradas licitadores. Ello sin perjuicio de que, como veremos posteriormente, en este caso concreto resultó adecuada la inadmisión de la recurrente, no por su condición de agencia de suscripción, sino por no acreditar la misma en tiempo y forma.

Séptimo. En segundo término, la recurrente denuncia que a lo largo del proceso de licitación sí ha venido acreditando que, como agencia de suscripción, actuaba siempre en nombre y por cuenta de una compañía aseguradora, concretamente de BILBAO COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

Sin embargo, por su parte, el órgano de contratación manifiesta que en ningún momento la documentación remitida por la recurrente aparece presentada, cuñada ni firmada “en nombre y por cuenta BILBAO COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.”, ni se manifiesta ni se deduce la condición de agencia de suscripción de la recurrente.

Ya señalamos anteriormente, al amparo del citado artículo 60 de la Ley 20/2015, que las agencias de suscripción actúan siempre en nombre y por cuenta de las entidades aseguradoras, pero que han de ser expresa –y previamente- apoderadas por éstas. Y que las mismas han de ser previamente autorizadas para el ejercicio de su actividad por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Expresivo de ello es además el propio apartado 5 de ese artículo 60, que exige que se explicita la naturaleza de agencia de suscripción, así como la identificación de las entidades

aseguradoras que han apoderado a éstas en su documentación mercantil de suscripción de seguros y publicidad.

Más concretamente, y en la misma línea, debe ponerse de manifiesto la consulta vinculante de 4 de diciembre de 2007, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, citada por el órgano de contratación, que exige que en toda la documentación de las agencias de suscripción se hagan constar esos dos extremos: su naturaleza de agencia de suscripción y los apoderamientos otorgados en su favor por parte de las entidades aseguradoras.

Pues bien, concretando estas previsiones al caso que nos ocupa, debe coincidir con lo señalado por el órgano de contratación. No existe una mención suficiente en la documentación aportada por la recurrente durante el proceso de contratación que permita normalmente deducir ambos aspectos.

En efecto, si se atiende al contenido del sobre A “DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA”, que es donde debería contemplarse, sólo en el apartado “1) Datos del licitador” y en el Anexo II se incluye en su denominación social la mención “agencia de suscripción”. Y no contempla ninguna referencia a las entidades aseguradoras que la han apoderado.

Y no es hasta después de acordada la inadmisión de la recurrente, extemporáneamente por tanto, tras el acuerdo de la mesa de contratación de 31 de enero de 2019, cuando aquélla, mediante correo electrónico de 1 de febrero de 2019, manifestó que la entidad aseguradora BILBAO COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. la autorizó como apoderada, aportando además al efecto la pertinente autorización de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de 25 de septiembre de 2015.

Ciertamente, tal forma de proceder, ni se ajusta a las previsiones normativas antedichas, ni permitió al órgano de contratación ordinariamente conocer esa condición necesaria -más bien esencial-, para verificar la aptitud de la recurrente como licitador en este proceso de contratación.

No hay duda de que no es correcta ni diligente, cuando menos, esta actuación de la recurrente. Y ella debe imputarse las consecuencias de dicha irregularidad. No obstante, más

adelante se analizará la trascendencia de la misma, a los efectos de si hubiera procedido o no requerirla de subsanación por parte del órgano de contratación.

Octavo. Continúa la recurrente denunciando que, con respecto a la acreditación de la solvencia, los pliegos permiten que, en el momento de la presentación de la oferta, simplemente se mencione y describa a través de una declaración responsable; siendo al tiempo de la adjudicación cuando se proceda a la acreditación de la misma.

Por su parte el órgano de contratación considera que no presentó acreditación alguna de su solvencia económica y financiera, ni mencionó siquiera cuál era su solvencia técnica y profesional.

A este respecto, con base en el artículo 139.1 de la LCSP, debe recordarse que las proposiciones de los interesados deben siempre ajustarse a los pliegos y a la documentación que rige la licitación, y que su presentación supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Y del mismo modo, el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, habilita a la mesa de contratación a desechar aquellas proposiciones que no guarden concordancia con la documentación examinada y admitida.

A este respecto son numerosas las resoluciones de este Tribunal –4/2011, de 19 de enero; 535/2013, 22 de noviembre; 15/2017, de 13 de enero; y 24/2018, de 12 de enero, entre otras muchas- que determinan que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido.

Pues bien, desde esta perspectiva, se analizará si existe o no el necesario encaje de la acreditación de la solvencia económica y financiera, y técnica o profesional de la recurrente, con arreglo a lo dispuesto en los Pliegos que rigen este proceso de contratación.

En lo que respecta a la solvencia económica y financiera -regulada en el apartado 11 del Cuadro de Características y la Cláusula 10.4 y 8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como del apartado 5.14 del Pliego de Prescripciones Técnicas- se permite que la misma se acredite al tiempo de resultar adjudicatario, bastando en el momento de presentar la oferta la mera cumplimentación de la declaración responsable prevista en el Anexo II.

Y en este sentido cumplió la recurrente, cumplimentado dicho Anexo II con arreglo al modelo incluido en los Pliegos.

Y en lo relativo a la solvencia técnica o profesional –prevista en el apartado 11 del Cuadro de Características y la Cláusula 10.5 y 8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como del apartado 5.15 del Pliego de Prescripciones Técnicas- resulta que debe incluirse en el Sobre A “DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA” la acreditación de dicha solvencia, concretada en una relación de los principales servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, realizados como máximo en los tres últimos años, indicando el importe, la fecha y los destinatarios; y acreditados mediante los oportunos certificados o visados.

Es especialmente ilustrativo el apartado 8.-c) de la Cláusula 10.8 cuando dispone que *“Es obligatorio por tanto la acreditación en el sobre inicial de la solvencia técnica o profesional, no así el de la solvencia financiera y económica para la que se permite la declaración responsable de aportarla de resultar propuesto como adjudicatario”*.

En definitiva, que la solvencia técnica o profesional debe ser descrita, relacionada y acreditada en el interior del Sobre A.

Y en este sentido la recurrente omitió total y absolutamente tal exigencia, pues ningún documento ha presentado (ni siquiera mencionado) con relación a la solvencia técnica o profesional.

Asiste por tanto la razón al órgano de contratación cuando afirma que la recurrente ha incumplido totalmente esta exigencia.

Veremos a continuación, al igual que en los defectos anteriormente analizados, si procedía o no permitir su subsanación.

Noveno. A modo de recapitulación, hemos constatado que efectivamente la recurrente sí tiene aptitud para ser licitador en atención a su condición de agencia de suscripción. Aunque la adecuada verificación de tal aptitud –mediante la acreditación, o al menos mención, de su entidad aseguradora poderdante y de su autorización para actuar como tal agencia de suscripción- no fue realizada hasta después de acordarse su inadmisión por acuerdo de la mesa de contratación de 31 de enero de 2019.

Del mismo modo se ha comprobado que cumplimentó adecuadamente la exigencia relativa a su solvencia económica y financiera, mediante la aportación del citado Anexo II. Pero no así con respecto a su solvencia técnica o profesional, que debiendo ser descrita, relacionada, acreditada e incluida en el Sobre A, no presentó mención ni documento alguno a este respecto.

Sobre estas premisas, la recurrente finalmente denuncia que, de no estimar suficiente el órgano de contratación la documentación por ella aportada, debió ser requerida por éste para poder proceder a su subsanación.

Veremos si, como reclama, el órgano de contratación debió concederle esta posibilidad de subsanación.

Sobre el alcance de la subsanación, la Resolución de este Tribunal 651/2018, de 6 de julio, por todas, dispuso que *“Pero, este principio antiformalista se entiende respecto de la posibilidad de subsanación de los defectos de las proposiciones presentadas por los licitadores, pero solo cuando se trate de defectos puramente formales, esto es, de errores u omisiones en aspectos no esenciales de la oferta, que puedan ser susceptibles de ser corregidos, sin que dicha corrección o subsanación implique una modificación de la oferta. Así resulta de lo dispuesto por este Tribunal en diversas resoluciones, como son, entre otras, la Resolución número 831/2017, de 15 de septiembre de 2017, en la que se relaciona el principio antiformalista con un verdadero derecho de subsanación atribuible al licitador, pero solo respecto de defectos puramente formales de su proposición. Así, podemos leer allí lo siguiente (Fundamento de derecho sexto): “(...) derecho de subsanación que corresponde a*

ese licitador, so pena de infringir el principio “pro actione” que ha de presidir todo contrato público y de la aplicación en todo contrato de un criterio favorable a la admisión de las ofertas presentadas, lo que va en línea con una interpretación antiformalista del art. 151 del TRLCSP y del 81 de su Reglamento de desarrollo. Es decir, en un contrato público deben ser cumplidas unas exigencias de forma, que todo licitador ha de respetar, para acreditar la validez de las ofertas presentadas, así como para asegurar la aplicación al caso del principio de igualdad entre todos los licitadores que concurran a un contrato. Pero estas exigencias formales no deben ser tan estrictas que constituyan barreras de acceso a las licitaciones, haciendo que la falta de subsanación de una deficiencia formal, limite un derecho de los licitadores. Y todo ello, en el bien entendido de que se trate de una deficiencia meramente formal, esto es, en ningún caso este criterio antiformalista que se propugna puede atentar contra la acreditación de los requisitos más básicos de personalidad o representación de las empresas licitadoras, lo que ocurriría en casos como en los supuestos en que no se hubiera presentado la escritura de constitución de una sociedad, o la de apoderamiento de un representante, etc.”

Aplicando tal doctrina al caso que nos ocupa, ciertamente, no nos hallamos ante errores u omisiones puramente formales, o en aspectos no esenciales. Ha incumplido la recurrente un deber de diligencia normal en la mención o acreditación de elementos esenciales de su proposición.

El hecho de no mencionar o acreditar debidamente una condición tan esencial como es su aptitud jurídica como agencia de suscripción para ser licitador –mencionando o identificando al menos la existencia de la entidad aseguradora poderdante-, unido a que ha omitido absolutamente cualquier consideración relativa a su solvencia técnica o profesional, son omisiones de trascendencia mayor que hubiesen impedido su corrección mediante el recurso a la subsanación.

Por tal motivo, este Tribunal considera que la inadmisión acordada por el órgano de contratación es correcta y debe ser mantenida.

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. C. N. M. en representación de TRIPLE A PLUS S.L., contra los acuerdos de la Mesa de contratación del Hospital Intermutual de Levante de 31 de enero y de 7 de febrero de 2019, por los que se acuerda inadmitir a la recurrente del lote 1 del expediente de contratación del “*aseguramiento de la responsabilidad civil del Hospital Intermutual de Levante*” (Expediente HIL/2018/02/0240), por estimar que dicha inadmisión es conforme a Derecho.

Segundo. 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.