

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 11 de diciembre de 2014.

VISTA la reclamación interpuesta por don A.S.U., en nombre y representación WILLIS Iberia, S.A., Correduría de Seguros y Reaseguros, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 3 de octubre de 2014, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Servicios de mediación para la contratación de pólizas de seguro por el Canal de Isabel II Gestión, S.A., sus entidades filiales y participadas y asistencia técnica y asesoramiento en la ejecución de dichos contratos, nº de expediente: 93/2014”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 28 y 31 de julio y 7 y 13 de agosto de 2014, se publicó respectivamente en la página web del Canal de Isabel II Gestión, en el DUE, BOE y BOCM, la convocatoria del contrato de referencia por procedimiento abierto, con un presupuesto máximo de licitación del contrato de 9.528.761,58 euros IVA excluido.

Segundo.- El objeto del contrato es, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), la prestación al Canal de Isabel II Gestión, S.A. y a todas las empresas participadas españolas, por parte

de una Correduría de Seguros, de los servicios relacionados con la mediación de pólizas de seguro.

Esta prestación debe acompañarse obligatoriamente de ofertas respaldadas por las compañías aseguradoras que pretendan suscribir los diferentes grupos del programa de riesgos del Canal de Isabel II Gestión, S.A., que se especifican en el PPT. De forma que el presupuesto máximo de licitación se refiere a las primas ofertadas por las compañías aseguradoras, no generándose contraprestación directa a favor del mediador ofertante.

El apartado 1.8.5 de la cláusula 4 del PCAP señala respecto de las coberturas que los licitadores deben ofrecer mediante póliza de seguro de responsabilidad medioambiental, un límite de indemnización de 20.000.000 euros.

A la licitación convocada se presentaron dos licitadoras, la recurrente y Aon Gil y Carvajal, S.A.

En el Acta correspondiente a la reunión de la Mesa de contratación del día 3 de octubre de 2014, para proceder a la apertura de las proposiciones económicas, al que concurrió un representante de la recurrente, se da cuenta de que la oferta técnica de Willis Iberia, no acredita el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos técnicos exigidos en el Apartado 6 del anexo I del PCAP, por lo que su oferta no se toma en consideración. En concreto señala que *“En particular la proposición técnica de las aseguradoras presentada no cumple los requisitos exigidos para la cobertura de Responsabilidad medioambiental establecidos en el apartado 1.8 de la Cláusula 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas en relación con el punto 3º: “Ofertas técnicas tomando en consideración coberturas, límites y sublímites ofertados así como inclusiones y exclusiones de cobertura del apartado 6 del Anexo I del PCAP”.*

Esta decisión consta adoptada con base en un informe del Área de Seguros y Riesgos en el que se hace constar que, si bien para la cobertura de responsabilidad medioambiental se establece un límite máximo de 25 millones de euros, mejorando

en 5 millones el límite establecido, se establece un límite de 250.000 euros por siniestro, lo que entra en contradicción con el apartado 1.8.4 de la cláusula 4 del PPT que no establece sujeción a sublímite alguno. Además se añade que el mismo incumplimiento se observa en cuanto a la oferta para la cobertura de la responsabilidad civil profesional que contiene un límite de 300.000 euros por año y siniestro, y para la cobertura de los riesgos de limpieza dentro de las instalaciones aseguradas y/o fuera de las instalaciones aseguradas, en las que se ofrece un sublímite no previsto de 5 millones de euros.

El mismo día 3 de octubre Willis Iberia dirige un escrito al órgano de contratación de Canal de Isabel II Gestión, en el que pone de manifiesto la, a su juicio, irregularidad consistente en que según aduce, con anterioridad al acto público de la Mesa ya se había abierto el sobre nº 2 de la oferta técnica y el sobre nº 3 de proposición económica, sin asistencia por parte de los licitadores a la apertura del sobre económico. Así mismo se indica que solicitada aclaración de los motivos de exclusión a la Mesa de Contratación se informa que la Aseguradora QBE que presentó su oferta técnica junto con Willis ha incurrido en una serie de incumplimientos del pliego, *“sin tener en cuenta su aceptación expresa y reiterada del Pliego Técnico”*, por lo que *“sin perjuicio de poder valorar concretamente esos motivos una vez dispongamos de los mismos”*, solicita que se proceda a admitir la oferta de Willis por cuanto los motivos de exclusión no se refieren a la misma como licitadora sino supuestamente a la proposición técnica de una de las aseguradoras, y se les informe de las repercusiones administrativas de no haber procedido a abrir públicamente el sobre 3 de la única empresa admitida. Por último solicita que se le notifiquen los motivos concretos de rechazo de la oferta técnica de la aseguradora que se han explicado verbalmente y acceso y vista de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 9 de octubre se recibe por la recurrente un escrito de contestación firmado por el Secretario de la Mesa de contratación de Canal de Isabel II Gestión en el que después de explicar el régimen jurídico privado del contrato, se indica que en el acto de la Mesa del día 3, sí se procedió a la apertura pública del sobre nº 3 del licitador admitido a la vista de todas las personas asistentes al acto, especificando el

nombre de la persona que abrió el sobre. Explica que en el acto de la Mesa y a preguntas de un representante de Willis el secretario explicó que en este tipo de contratos no sujetos a regulación armonizada la ley no exige la apertura pública del sobre correspondiente a la documentación técnica, pero que en modo alguno se estaba refiriendo a la documentación económica.

Se ofrece además una explicación de los motivos de la exclusión en los mismos términos que en el informe del Área de Seguros y Riesgos a que nos hemos referido más arriba, recogiendo las observaciones verbales que el representante de Willis realizó en el acto público del día 3 de octubre. Así mismo se da respuesta en este escrito al alcance de la aceptación genérica por las licitadoras del contenido de los pliegos para terminar denegando el acceso al expediente al haber tenido Willis cumplido conocimiento de las causas de su exclusión.

Constan otros dos escritos de 22 y 24 de octubre de 2014, en este último se da cuenta de una reunión mantenida con el Director Gerente de Canal de Isabel II Gestión a resultas de la que se concedió el acceso al expediente y en el que se manifiesta que *“A la vista del expediente y limitándonos a verificar la documentación del único licitador admitido a la licitación la mercantil AON en el riesgo de responsabilidad medioambiental observamos que (...)”* para a continuación poner de manifiesto lo que consideran incumplimientos de la oferta de AON.

Tercero.- El 11 de noviembre de 2014 se presentó reclamación en materia de contratación por la representación de la empresa. WILLIS IBERIA, S.A., Correduría de Seguros y Reaseguros, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 3 de octubre de 2014, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato, de la que se dio traslado al órgano de contratación ese mismo día, requiriéndole a su vez para que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105.2 de 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), remitiera el expediente administrativo junto con su informe preceptivo.

En la reclamación se solicita que se anule el acto del órgano de contratación de Canal de Isabel II Gestión, S.A., por el que se acordó la exclusión de Willis de la licitación. Alega la reclamante que la oferta técnica de QBE cumple íntegramente el apartado 6 del Anexo I del PCAP ya que de acuerdo con el indicado apartado la proposición técnica de las aseguradoras debería contener al menos:

“1 Cláusula de aceptación de los pliegos firmada por la Aseguradora y el licitador

2 Condiciones generales y particulares que regirán el contrato de seguro.

3 Ofertas técnicas, tomando en consideración las coberturas, límites y sublímites ofertados así como inclusiones y exclusiones de cobertura. (...), por lo que a su juicio se produjo la incorrecta exclusión de su oferta del procedimiento de licitación. Aduce en dicho sentido que si se consideran los motivos de exclusión sostenidos por el órgano de contratación, la oferta de la otra licitadora también incumpliría el apartado 6 del anexo I del PCAP, concluyendo por ello “es más que evidente que la exclusión por parte del Órgano de Contratación de Canal de la Propuesta de Willis con base en los motivos antes indicados ha sido totalmente arbitraria. El acto de Órgano de Contratación de Canal por el que se acordó la exclusión de Willis de la licitación de referencia constituye por tanto una infracción que debe ser anulada”.

Otro de los argumentos esgrimidos con carácter subsidiario es la falta de apertura del sobre 3 en el acto público de apertura de las proposiciones económicas, solicitando para acreditar lo anterior que se libre oficio a Canal de Isabel II Gestión para que facilite copia auténtica del Acta de apertura firmada por el Presidente y Secretario de la Mesa.

Cuarto.- El 14 de noviembre se remite al Tribunal una copia del expediente de contratación y el informe sobre la reclamación a que se refiere el artículo 105.2 de la en adelante LCSE.

Quinto.- Con fecha 3 de diciembre de 2014, el Tribunal acordó suspender la tramitación del expediente de contratación en virtud de lo dispuesto en el artículo 104.6 de la LCSE.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del escrito al resto de interesados el día 3 de diciembre, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 105.3 de la LCSE, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

El día 11 de diciembre se recibieron alegaciones presentadas por la empresa AON Gil y Carvajal en las que después de mantener que su oferta cumple con las especificaciones de los pliegos, manifiesta que cada una de las argumentaciones hechas valer por la recurrente son temerarias, teniendo en cuenta que la misma es una operadora habitual del sector por lo que solicita que se le imponga una multa en los términos del artículo 47.5 del TRLCPS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El acto impugnado proviene de una sociedad cuya creación fue autorizada en el artículo 16 de la Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, que se subroga en todos los procedimientos de licitación promovidos por Canal de Isabel II Gestión.

Canal de Isabel II Gestión es una entidad sujeta a la LCSE que a tenor de la Disposición adicional segunda de la misma tiene la consideración de entidad contratante, a efectos de su artículo 3.1, cuando realice alguna de las actividades enumeradas en el artículo 7, fundamentalmente la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable o el suministro de agua potable a dichas redes.

En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato el PCAP señala que *“El presente contrato tiene carácter privado. El contrato está sujeto a 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 y en su defecto al derecho privado. Lo señalado anteriormente se entiende sin perjuicio de las remisiones expresas*

hechas en el presente Pliego al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Las reclamaciones que se presenten por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, se tramitarán de conformidad con lo establecido en el Título VII de la referida Ley en redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación (...)”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.3 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la presente reclamación.

Segundo.- La reclamante está legitimada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*, al ser licitadora al contrato objeto de la reclamación.

Tercero.- El acto de exclusión, objeto de la reclamación, corresponde a un contrato de servicios sujeto a la LCSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 16.a) y estar incluido en la categoría 6 del Anexo II A de la misma.

Previamente el día 24 de octubre de 2014 se ha presentado ante la entidad contratante el anuncio previo de su propósito de interponer la reclamación en los términos previstos en el artículo 104.1 de la LCSE.

Cuarto.- Examen especial merece el plazo para el ejercicio de la acción. El artículo 104.2 de la LCSE, establece que el plazo para la interposición de la reclamación será de 15 días hábiles contados desde que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la

infracción que se denuncia. El acuerdo impugnado fue notificado a la reclamante el 3 de octubre de 2014, interponiéndose la reclamación ante este Tribunal el 11 de noviembre de 2014, por lo tanto en principio fuera del plazo de quince días hábiles.

En este caso el *dies ad quem* para interponer la reclamación debe situarse en aquel en que la reclamante tenga conocimiento cumplido y suficiente para interponer la reclamación, de la infracción que se denuncia, tal y como resulta del último inciso del artículo 104.2 de la LCSE.

Como se ha expuesto en el relato fáctico de los hechos, la exclusión de la reclamante fue comunicada en el acto público de apertura de la Mesa que tuvo lugar el día 3 de octubre, en el que consta la presencia de un representante de Willis, al que se le notifican según reconoce de forma verbal los motivos de su exclusión. Esto no obstante, solicitada la comunicación de los mismos por escrito, que consta recibido el día 9 de octubre le fue trasladado el contenido del informe del Área de Seguros y Riesgos, en el que se explican pormenorizadamente los motivos de la exclusión. De manera que a partir de dicha fecha la recurrente ya conocía los motivos de su exclusión por lo que podía perfectamente y de forma cabal interponer reclamación.

Aun debemos ir más allá debiendo tener en cuenta el contenido de las alegaciones hechas valer en la reclamación para determinar si efectivamente la información que se trasladó a la recurrente era adecuada al objeto de aquella. Qué duda cabe que al menos desde el día 9 de octubre la reclamante tuvo cumplido conocimiento de las causas que motivaron la exclusión de su oferta pudiendo haber accionado contra las mismas, siendo esta la parte principal del contenido de su reclamación, del mismo modo también tenía cumplido conocimiento del contenido del acto del día 3 en el que estuvo presente, sin perjuicio de que como de facto ha hecho, la reclamante solicite como medio de prueba para acreditar sus afirmaciones sobre la apertura del sobre 3 en dicho acto, un certificado del acta correspondiente.

Sin embargo, el examen no está completo sin tener en consideración que uno de los argumentos hechos valer es la comparación del tratamiento de ambas ofertas,

considerando que se ha producido un trato arbitrario por entender que ambas adolecían de los mismos defectos. Para ello consta en la documentación remitida por el órgano de contratación, que tras solicitar el acceso al expediente administrativo el día 3 de octubre, y reiterar dicha petición 12 días después de que le fuera denegada (el 22 de octubre), mediante escrito recibido el día 9 de octubre, tuvo conocimiento del mismo el día 24 de octubre. Ahora bien, el petitum de la reclamación presentada no se dirige a obtener también la exclusión de la otra licitadora, sino que se limita a solicitar que se anule su exclusión del procedimiento de licitación, acto respecto del que conocía la totalidad de su contenido y fundamentos al menos, como hemos señalado desde el día 9 de octubre.

Es cierto que este Tribunal ha venido amparando la interrupción del plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación con carácter general desde la fecha en la que se solicita el acceso a la vista del expediente hasta el día en que dicho derecho se ejercita, siempre que el recurso se fundamente en la información obtenida durante ese trámite de acceso al expediente, y tal información no se encontrara recogida en el propio acto impugnado, como en la Resolución 169/2014, de 1 de octubre. Pero no lo es menos que dicha fundamentación debe ser en apariencia cabal al objeto de evitar la ampliación fraudulenta del plazo para la interposición del recurso o de la reclamación de la LSE y necesaria o vinculada al contenido de la pretensión. En este punto, las alegaciones de la adjudicataria, ponen de relieve que los pretendidos incumplimientos en su oferta, carecen manifiestamente de fundamento, consideración que sin necesidad de entrar a conocer del fondo del asunto comparte este Tribunal.

Dado que en este caso no se impugna la adjudicación de AON ni se pretende su exclusión, el contenido de su oferta no puede ser considerado como parámetro de la adecuación a los pliegos por la de la reclamante, por lo tanto estimado que el acceso al expediente para conocer el contenido de la oferta de AON carece de relevancia en relación con la exclusión de la reclamante, debe considerarse que el recurso es extemporáneo al ser el día inicial del cómputo el 9 de octubre.

Quinto.- Este Tribunal debe pronunciarse aún sobre la existencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso habida cuenta de las alegaciones de la adjudicataria. El apartado 5 del artículo 106 de la LSE, trasunto del artículo 47.5 del TRLCSP invocado en alegaciones establece que *“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición de la reclamación o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma”*.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. La Sentencia núm. 29/2007, de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal *“ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita.”*

Este Tribunal ha señalado más arriba que la argumentación relativa a los pretendidos incumplimientos de la adjudicataria, carece manifiestamente de fundamento, y por lo tanto de virtualidad para que el examen de su oferta interrumpa el plazo de presentación de la reclamación. En concreto se afirmaba que Aon Gil y Carvajal incumplía en cuanto:

-El límite de indemnización de la póliza de responsabilidad medioambiental incluida en la oferta técnica de AON es de 25 millones de euros por siniestro y año, cuando el PPT se limita a indicar el límite de indemnización en 20 millones de euros. En cuanto a esta cuestión no se acierta a entender cuál es el concreto incumplimiento imputado, pues aun considerando que se tratara de la mención al siniestro y año, lejos de ser limitativa la oferta sería más amplia que si se considerase como parece pretender la recurrente por todo el periodo contractual.

- Asimismo, la póliza de responsabilidad medioambiental incluida en la oferta técnica de AON establece un sublímite de siniestralidad de 10.000.000 de euros, que una vez consumido exige la reposición de prima. Esta afirmación también puede ser considerada temeraria teniendo en cuenta que obviamente no es esa la oferta de la adjudicataria, sino que ha incluido una cláusula en la póliza para que el límite de indemnización de la póliza de responsabilidad medioambiental sea siempre de, al menos, 10.000.000 de euros, independientemente de la siniestralidad acumulada en la anualidad, lo que claramente no es un sublímite.

- La oferta de AON no ha respetado los requisitos de forma exigidos por el apartado 6 del Anexo I del PCAP, al incluir las condiciones técnicas en el apartado 2 en lugar del 3, sin negar que se hayan incluido los datos necesarios, de forma que la oferta presentada por AON recoge toda la información solicitada, si bien en un único documento.

Como decíamos todas las alegaciones relativas a la comparación de ambas ofertas carecen manifiestamente de fundamento en orden a sustentar la reclamación, lo que ha llevado a su inadmisión, a lo que cabe añadir que la relativa a la apertura del sobre 3 es también manifiestamente temeraria, puesto que ya quedó acreditado en el procedimiento que el sobre 3 de la adjudicataria se abrió en el acto público de la Mesa del día 3 de octubre, habiendo recibido cumplida explicación de ello según consta en el expediente.

El último argumento hecho valer por Willis Iberia, S.A., que no niega la inclusión de sublímites en su oferta, ni su interdicción en los pliegos, es que se trata

de la oferta de una de las aseguradoras que, por lo demás, ha declarado su aceptación y cumplimiento de los pliegos. Este argumento puede ser también considerado como temerario, por ser sobradamente conocido que una declaración genérica, no puede en todo caso ser contradicha por una específica so pena de constituir una inconsistencia interna de la oferta.

Por todo lo anterior este Tribunal considera que procede la imposición de una multa por temeridad en la interposición de la reclamación. En cuanto a la cuantía, la Ley señala que se determinará en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, situándose en todo caso entre 1.000 y 15.000 euros. Este Tribunal considera que la multa debe imponerse en su grado mínimo al no haberse acreditado perjuicio, más allá del retraso en la adjudicación por parte del órgano de contratación o de la adjudicataria.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE en relación al 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir la reclamación presentada por don A.S.U., en nombre y representación WILLIS IBERIA, S.A., Correduría de Seguros y Reaseguros, contra el contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 3 de octubre de 2014, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato Servicios de mediación para la contratación de pólizas de seguro por el Canal de Isabel II Gestión, S.A., sus entidades filiales y participadas y asistencia técnica y asesoramiento en la ejecución de dichos contratos, nº de expediente: 93/2014, por extemporánea.

Segundo.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal en sesión del pleno

del día 3 de diciembre de 2014.

Tercero.- Imponer a WILLIS Iberia, S.A., Correduría de Seguros y Reaseguros la multa, prevista en el artículo 106.5 de la LSE, por importe de mil euros (1.000 euros), por temeridad en la interposición del recurso.

Cuarto.-Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 108 de la LCSE.