

AUDIENCIA NACIONAL
SENTENCIA 27 de mayo de 2015

Nº de Recurso: 327/2014

Madrid, a veintisiete de mayo de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 327/14 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. Francisco Javier Soto Fernández, en nombre y representación de AON GIL Y CARVAJAL, S.A.U. CORREDURIA DE SEGUROS contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 23 de mayo de 2014, por la que se estima parcialmente, en otros, el recurso nº230/2014 contra la Resolución de 3 de marzo de 2014, dictada por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, por la que se acordó la adjudicación del “contrato privado de servicios de un corredor de seguros para el Ministerio de Defensa” a la empresa WILLIS IBERIA CORREDURÍA DE SEGUROS REASEGUROS, S.A, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 18 de julio de 2014, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

“Suplico: Que teniendo por presentado este escrito, con devolución del expediente administrativo, se sirva admitirlo, teniendo por formalizada en tiempo y forma oportunos demanda en este procedimiento y, previa la tramitación legal, dicte en su día Sentencia estimatoria íntegra del presente recurso contencioso-administrativo, en cuya virtud:

a) declare la falta de conformidad a Derecho y, por ende, la nulidad de la resolución 396/2014 del Tribunal Económico Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 23 de mayo de 2014, por el que se estima parcialmente, entre otros el recurso 230/2014 interpuesto por AON GIL Y CARVAJAL, S.A.U. CORREDURÍA DE SEGUROS contra la resolución de 3 de marzo de 2014, dictada por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, por la que se acuerda la adjudicación del “contrato privado de servicios de un corredor de seguros para el Ministerio de Defensa” a la empresa WILLIS IBERIA CORREDURÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SA; y asimismo

b) declare la no conformidad a Derecho y, por ende, la nulidad de la adjudicación del “contrato privado de servicios de un corredor de seguros para el Ministerio de Defensa” a la empresa WILLIS IBERIA CORREDURÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SA, anulando dicha adjudicación; y asimismo

c) acuerde la adjudicación del “contrato privado de servicios de un corredor de seguros para el Ministerio de Defensa” a la empresa AON GIL Y CARVAJAL, S.A.U. CORREDURÍA DE SEGUROS.

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: “dicte Sentencia desestimando la misma y declarando la conformidad a Derecho de la resolución recurrida con imposición de costas a la parte actora”

3. Por el Procurador Sr. D. Ignacio Aguilar Fernández se presentó con fecha 16 de diciembre de 2014 escrito de personación al que acompañaba copia de poder en nombre y representación de Willis Iberia Correduría de Seguros y Reaseguros, S.A. (“WILLIS IBERIA”) y por diligencia de 18 de diciembre de 2014 se le tuvo por personado y parte en nombre y representación de dicha entidad.

4. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 25 de noviembre de 2014, acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante Providencia de fecha 23 de abril de 2015 se señaló para votación y fallo el día 20 de mayo de 2015, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto de impugnación la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 23 de mayo de 2014, por la que se estima parcialmente, en otros, el recurso nº 230/2014 interpuesto por AON GIL Y CARVAJAL, S.A.U. CORREDURÍA DE SEGUROS, ahora recurrente, contra la Resolución de 3 de marzo de 2014, dictada por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, por la que se acordó la adjudicación del “contrato privado de servicios de un corredor de seguros para el Ministerio de Defensa” a la empresa WILLIS IBERIA CORREDURÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.

2. Son antecedentes relevantes para la presente decisión, tal y como constan en la resolución administrativa impugnada, los siguientes:

Primero. Con fecha 20 de septiembre de 2013, se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado el anuncio de licitación del “contrato privado de servicios de un corredor de seguros para el Ministerio de Defensa”, mediante procedimiento abierto y tramitación urgente, siendo la entidad adjudicadora la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa. Con fecha 3 de octubre de 2013, se publicó la licitación en el Boletín Oficial del Estado.

Segundo. A la citada licitación concurren las empresas siguientes:

- BVC ARTA! CORREDURÍA DE SEGUROS, S.A.
- MARSH, S.A.
- RIBÉ SALAT BROKER CORREDURÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.L
- WILLIS IBERIA CORREDURÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SA
- UTE ÓPTIMA PREVISIÓN SL! UBL BROKERS GRUPO CONCENTRA, S.A.
- UTE HOWDEN CORREDURÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS
- AON GIL Y CARVAJAL, S.A. CORREDURÍA DE SEGUROS.

Tercero. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en lo que se refiere al presente recurso y nos puede interesar, establece, en la Cláusula 11.5, respecto de las ofertas anormales o desproporcionadas lo siguiente: “La apreciación, en su caso, de que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas anormales, se efectuará en virtud de lo establecido en el artículo 152 del TRLCSP. A tales efectos, en el supuesto de que el precio ofertado constituya uno de los Criterios de valoración de ofertas, la apreciación mencionada se realizará de acuerdo con los límites establecidos en el artículo 85 del RGLCAP”.

Cuarto. Con fecha 13 de noviembre de 2013, se emite el informe de valoración de las proposiciones técnicas que emite el Jefe del Área de Gestión de Categorías de Compras del Programa de Modernización de la Contratación, de la Subdirección General de Contratación (DIGENECO), relativo a: “Licitación del contrato privado de corredor de seguros para el MINISDEF”.

Quinto. Con fecha de 18 de noviembre de 2013, se emite informe relativo a: “Licitación del contrato privado de corredor de seguros para el MINISDEF sobre valoración de las ofertas económicas.11

Sexto. La Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, emite Acta de fecha 27 de noviembre de 2013, en el que se indica, entre otras cosas que: “... Al no existir por parte de los vocales ninguna observación, la Junta de Contratación, a la vista de lo expuesto, acuerda por unanimidad DECLARAR como ofertas que podrían calificarse con valores anormales o desproporcionados las correspondientes a las empresas:

- WILLIS IBERIA,
- UTE HOWDEN/GBAYLIN,
- AON GIL y CARVAJAL

En consecuencia, y de acuerdo con el artículo 152.3 del TRLCSP, se acuerda dar audiencia a las mismas para que procedan a justificar sus propuestas económicas, (...)

6. Habrá de justificarse debidamente que el precio ofertado de 0,00/0,01 #/año se corresponde con el precio general del sector de correduría de seguros, indicando, además, a qué otros clientes de la Administración se le aplican estas condiciones ofertadas (0,00/0, 01#/año y no percepción de cobro de corretaje o comisión por parte de las compañías adjudicatarias).

7. Además deberán tener en cuenta que no podrán percibir cobro de corretaje o comisión alguna, por parte de las compañías aseguradoras que resulten adjudicatarias del futuro contrato unificado de seguros a tramitar por el MINISDEF en 2014.

Una vez recibida la documentación justificativa de las ofertas de las empresas WILLIS IBERIA, UTE HOWDEN / GBAYLIN y AON GIL Y CARVAJAL, se remitirá la misma al asesor técnico del expediente y al representante designado por la Subsecretaría de Defensa, al objeto de que determinen si las propuestas de las mismas se han justificado en los términos requeridos.

En caso de que, considerando la justificación efectuada por el lidiador, y los informes mencionados, se estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, será excluida de la clasificación, y se podrá acordar la adjudicación a favor la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas en el expediente”

Séptimo. Con fecha 23 de diciembre de 2013, se emite informe sobre “valoración de las alegaciones y condiciones expuestas en trámite de audiencia, por los tres licitadores incursos inicialmente en ofertas anormales o desproporcionadas, en la licitación del contrato privado de corredor de seguros para el MINISDEF”.

Octavo. Con fecha de 23 de diciembre de 2013, se emite el informe en relación con la “licitación del contrato privado de corredor de seguros para el MINISDEF sobre la valoración de las ofertas económicas (sobre nº 3), y propuesta de adjudicación del contrato” en el que ‘se propone a la firma WILLIS IBERIA CORREDURÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SA como adjudicataria del contrato.

Noveno. Con fecha 26 de febrero de 2014, se acuerda por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa la adjudicación del Contrato Privado de servicios de un corredor de seguros para el Ministerio de Defensa a la empresa WILLIS IBERIA CORREDURÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS,

Por último, con fecha 18 de marzo de 2013, se interpuso recurso especial contra el citado acuerdo de adjudicación por la hoy recurrente, además de, posteriormente, por las otras licitadoras contra la misma resolución de adjudicación, resolviéndose todos ellos, acumuladamente, por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales mediante la Resolución que constituye el objeto de la presente impugnación.

3. La recurrente pretende se declare la nulidad de la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por la que se estimaba parcialmente, en otros, el recurso especial por ella misma interpuesto contra la referida resolución dictada por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa y, por

ende, se declare la nulidad de la adjudicación del contrato en cuestión a la empresa ahora codemandada, WILLIS IBÉRICA; y asimismo se solicita se acuerde la adjudicación del contrato a la propia recurrente.

En la demanda se alegan dos motivos de recurso, a saber:

- Inexistencia de onerosidad en la oferta de la adjudicataria y
- Falta de motivación y arbitrariedad en el acuerdo de adjudicación.

Tanto el Abogado del Estado como la Codemandada se oponen a dichas pretensiones y alegan que nos encontramos ante un contrato oneroso, siendo difícilmente sostenible que nos encontremos ante un contrato gratuito si atendemos a la definición que de los mismos da el Código Civil y teniendo en cuenta las cláusulas que recoge el Pliego del contrato del caso y, de otra parte, se oponen también a la nulidad pretendida por falta de motivación, negando en cualquier caso cualquier tipo de indefensión y aludiendo a que la falta de motivación fue ya apreciada por el Tribunal Central en la Resolución impugnada con la consiguiente estimación parcial en la vía administrativa de los recursos interpuestos.

4. La argumentación principal del recurso se refiere por la recurrente a lo que considera inexistencia de precio, por cuanto la empresa adjudicataria ofertó como precio del contrato 0,00 euros , es decir, que según la actora, no existiría contraprestación económica alguna.

Dispone el artículo 87.1 del TRLCSP:

“En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante de entregas de otras contraprestaciones en los casos en que éste u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán del que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general del mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”.

En el presente caso, tal y como expone en su informe el órgano de contratación, en relación con las exigencias del precepto que acabamos de transcribir, “el presupuesto base de licitación del contrato fue fijado en 450.000 euros por anualidad, suponiendo un total de 900.000 euros, al contemplarse dos anualidades. Este hecho evidencia la onerosidad inicial con que fue previsto este contrato por parte del Órgano de contratación.

Establecido este presupuesto base de licitación el mecanismo, a través de las ofertas de las empresas licitadoras, estableció un precio final que es un reflejo de la situación general del mercado del sector de seguros con una regulación y unas características específicas. El hecho de que el 43% de las ofertas, correspondientes a empresas significativas dentro del sector, sea 0,01 euros y 0 euros, evidencian que no son consideradas anómalas en el sector de la correduría y mediación de seguros”.

Con arreglo al artículo 1274 del Código Civil “En los contratos onerosos, se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por parte de la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera literalidad del bienhechor”.

Pues bien, como se desprende tanto del informe más arriba transcrito como singularmente de la Cláusula Sexta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares obrante en el expediente administrativo, el contrato que aquí nos ocupa tiene un presupuesto base de licitación de 900.000 euros, siendo éste por lo tanto el precio máximo a satisfacer por la Administración.

Por lo tanto, y contrariamente a lo que señala la actora, el contrato sí tiene un precio cierto y sí es un contrato oneroso, entendiendo el concepto de onerosidad, tal y como se hace en la resolución administrativa impugnada, en sentido amplio, esto es implicando con carácter general, una prestación onerosa para el órgano de contratación, pero sin que ésta, tenga que tener siempre y en todos los casos, y para todos los contratos, carácter monetario; sino que lo resulta esencial en los contratos administrativos como elemento definidor de su carácter oneroso, es que exista un beneficio económico a favor del contratista y, desde luego, como ha venido haciendo la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de esta misma Sala de la Audiencia Nacional, ese beneficio directo que recibe el poder adjudicador. También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto 451/2010), se ha referido al carácter oneroso de un contrato de obras, centrándose principalmente en el beneficio económico que, esencialmente, debe recibir el poder adjudicador de que se trate, esto es el beneficio económico que debe suponer, siempre y en todo caso, el contrato para la Administración.

Igualmente, como decíamos, esta misma Sala de la Audiencia Nacional (SAN de 21 de octubre de 2004) ha considerado, ciertamente en un caso semejante al presente, que el precio existe y es determinable y, por tanto, cierto, aunque estuviese constituido por la comisión o corretaje que percibe el corredor de seguros por su mediación, y dicho precio se abonase por la compañía de seguros, es decir, siendo el corredor retribuido por la entidad aseguradora con la que se ha contratado la cobertura del seguro.

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo en la STS de 26 de junio de 2007 que entendió que esa comisión, respecto de la que la Administración no había asumido obligación alguna de carácter económico, tenía la naturaleza de un verdadero precio, precio cierto que en estos casos es el percibido por el mediador de seguros a través de la comisión o corretaje retribuida por la entidad aseguradora con la que se contratase la cobertura del seguro, aunque ello no generase un gasto a la Administración contratante.

Y, por último, cabe citar el Informe 5/2011 de 16 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid traído a colación en la demanda y que lejos de propiciar la tesis de la actora, llega justamente a la solución contraria cuando la justificación de la oferta aportada por el licitador “se fundamenta en diversos intereses empresariales y en las condiciones favorables de que dispone para ejecutar la prestación por el importe ofertado, dado que su trabajo se verá retribuido por otros medios alternativos al cobro de comisiones de la entidad aseguradora, por lo que no parece que la Administración tenga nada que

objetar al respecto, dado que las relaciones entre la entidad aseguradora y el corredor de seguros son objeto de otro negocio jurídico ajeno al contrato entre licitador y Administración”

En definitiva, si como hemos visto la jurisprudencia viene admitiendo supuestos en los que el Pliego de Cláusulas prevé, de forma expresa, que la retribución del contratista, será abonada en forma de comisión por las compañías aseguradoras, sin que la Administración abone contraprestación monetaria alguna por la prestación que recibe del adjudicatario; y si se admite que el pago se difiera a un tercero sin que ello afecte a la exigencia del precio cierto, nada impide concluir que en el presente caso, aún cuando no exista una contraprestación económica para el adjudicatario, que no dejen de existir obligaciones para el órgano de contratación. Así, en el pliego del contrato y bajo de la rúbrica de “exclusividad”, aquel se compromete a lo que es también usual en este tipo de contratos y es a la entrega en exclusiva a la adjudicatario de la mediación, de todas las pólizas que se correspondan con el objeto del contrato que se celebra y al que se refiere el presente recurso, sin derecho al cobro de comisión por parte de las compañías aseguradoras (cláusula 24 del PCAT). Si el Tribunal Supremo entiende la onerosidad en los términos más arriba señalados, admitiendo que la contraprestación del adjudicatario en el caso concreto de los contratos de mediación de seguros, las abone un tercero, con mayor razón cabe afirmar la onerosidad del contrato en un supuesto como el que ahora nos ocupa, donde no hay un tercero que pague la prestación económica, sino que es la Administración la que por la vía de la exclusividad otorga las correspondientes ventajas al adjudicatario del contrato, de manera suficiente para que como en este caso los contratistas hagan la oferta de 0 euros o la mera simbólica que hizo el propio recurrente de 0,01 euros y que se justifican, en definitiva, en otro tipo de ventajas, todas ellas patrimoniales, que se obtendrían, al margen de la contraprestación meramente pecuniaria a abonar por la contraparte, es decir, por la Administración, como ventajas en el mercado frente a competidores, al obtener un cliente de referencia u otras análogas, también establecidas por los licitadores mencionados, y todo ello a tenor de las justificaciones ofrecidas por las propias empresas que presentaron las ofertas controvertidas (ofertas de 0 euros o análogas).

Por todo ello la Sala comparte la tesis que se mantiene en la Resolución recurrida, cuando pone de manifiesto que la onerosidad de los contratos públicos, a la luz también de lo que tiene señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se refleja de forma fundamental en el contenido económico de la prestación que recibe el poder adjudicador, pero sin que este contenido sea un requisito exigible con el mismo rigor respecto de los contratistas que realizan esa prestación respecto de los que la contraprestación de la Administración puede ser diversa según el tipo del contrato, sin exigir necesariamente, siempre y en todo caso, un contenido monetario.

De ahí que deba decaer el primero de los motivos de recurso.

5. Y la misma suerte desestimatoria ha de merecer el segundo de los motivos impugnatorios cuando, ciertamente con poco convicción, se alega en el escrito de demanda la nulidad de la adjudicación por falta de motivación y arbitrariedad en el acuerdo de adjudicación.

Una atenta lectura del expediente administrativo revela que el acuerdo de adjudicación contiene un anexo adjunto, en el que se detallan y motivan los acuerdos adoptados por la Junta de Contratación en relación con

el contrato del caso. En dicho anexo figuran las diversas reuniones y sesiones de la Junta de Contratación en el expediente que nos ocupa, hasta la última sesión en las que se adjudicó el contrato a la codemandada de forma, pues, motivada “in aliunde” al modo previsto en el artículo 89.5 de la Ley 30/1 992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Cuestión distinta ya la que parece referirse la actora, tal y como hiciera en vía administrativa, es a la falta de motivación del acto de notificación del acuerdo de adjudicación, cuestión a la que se refiere la Resolución impugnada en su Fundamento Jurídico “Séptimo”, llegando ya a la conclusión de que existía una falta de motivación notoria y, en consecuencia, estimó en este aspecto el recurso administrativo especial en su día interpuesto y ordenó, en consecuencia, la retroacción de actuaciones al momento de esa notificación.

6. De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución administrativa impugnada por su conformidad a Derecho.

De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, debe condenarse a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de AON GIL Y CARVAJAL, S.A.U. CORREDURÍA DE SEGUROS , contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 23 de mayo de 201 4, por la que se estima parcialmente, en otros, el recurso nº 230/2014 contra la Resolución de 3 de marzo de 2014, dictada por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, por la que se acordó la adjudicación del “contrato privado de servicios de un corredor de seguros para el Ministerio de Defensa” a la empresa WILLIS IBERIA CORREDURÍA DE SEGUROS REASEGUROS, S.A, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.