

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 187/2013

Recurso nº 212/2013

Resolución nº 187/2013

En Madrid, a 23 de mayo de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.A.S., en representación de MUÑIZ Y ASOCIADOS, CORREDURÍA DE SEGUROS, S.L., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares, su anexo, el pliego de prescripciones técnicas y los anuncios de licitación del expediente de contratación 13/JC/004, relativo a un “contrato privado de servicios de un corredor de seguros para el Ministerio de Defensa”, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Junta de Contratación del Ministerio de Defensa convocó, mediante sendos anuncios publicados en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Estado el 17 de abril de 2013 y en el BOE de 29 abril de 2013, licitación para la adjudicación, mediante el procedimiento abierto y tramitación urgente, del “contrato privado de servicios de un corredor de seguros para el Ministerio de Defensa”, cuyo valor estimado es de 1.487.603,32 euros.

Segundo. Previo anuncio ante el órgano de contratación el 30 de abril de 2013, con fecha de 3 de mayo de 2013, D. M.A.S., en nombre y representación de MUÑIZ Y ASOCIADOS, CORREDURÍA DE SEGUROS, S.L., interpuso ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y su anexo, el pliego de prescripciones técnicas (PPT) y los anuncios del referido contrato.

Tercero. El día 8 de mayo de 2013 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el informe al que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Cuarto. Con fecha de 10 de mayo de 2013 el Tribunal acordó la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, al amparo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP por ser el órgano de contratación un poder adjudicador de la Administración General del Estado.

Segundo. El contrato objeto de recurso es un contrato armonizado de servicios de correduría de seguros de valor superior a 130.000 euros que se encuentra incluido en la categoría 6 del anexo II del TRLCSP, por lo que tiene la consideración de contrato sujeto a regulación armonizada conforme al artículo 16 del TRLCSP. En consecuencia, el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

Son objeto de recurso especial el PCAP y su anexo, el PPT y los anuncios relativos al referido contrato de servicios, todos ellos actos susceptibles de recurso especial al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.2.a) del TRLCSP.

La naturaleza jurídica privada de este contrato (artículo 20.1 TRLCSP) no desvirtúa la conclusión anterior, toda vez que, conforme al apartado 2 del citado artículo 20, su preparación y adjudicación se rigen por el citado texto legal, siendo los pliegos y anuncios impugnados parte de dicha fase preparatoria y, por tanto, actos susceptibles de recurso especial (en el mismo sentido, Resoluciones 233/2011, de 5 de octubre, y 279/2012, de 5 de diciembre).

Tercero. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Cuarto. Consta en el expediente el anuncio del recurso al órgano de contratación exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Quinto. Ha de entenderse que la recurrente ostenta legitimación para interponer el presente recurso, pues su objeto es un contrato de correduría de seguros del Ministerio de Defensa y la recurrente, que es una sociedad de correduría de seguros, pueda tomar parte en la licitación del referido contrato y, consecuentemente, ostenta un interés legítimo en recurrir aquellos actos preparatorios del contrato (los pliegos y anuncios) que considere que le ocasionan algún perjuicio.

Sexto. Entrando en el fondo del asunto, la entidad MUÑIZ Y ASOCIADOS CORREDURÍA DE SEGUROS, S.L., fundamenta su recurso especial en los siguientes motivos:

- 1.- No existe, en su opinión, necesidad real del presente contrato para el Ministerio de Defensa, en términos del artículo 22 del TRLCSP.
- 2.- Falta de justificación de las razones por las que el expediente debe tramitarse como urgente.
- 3.- El hecho de que en los contratos de seguros la normativa aplicable no exija clasificación -lo que la recurrente vincula a la circunstancia de que sean sectores sujetos a autorización administrativa, a la exigencia de superación de ciertas pruebas de aptitud y a la suscripción de un seguro de responsabilidad civil-, determina la improcedencia de que el órgano de contratación solicite cualquier requisito de solvencia para participar en la licitación.
- 4.- Además, los pliegos exigen unos requisitos de solvencia económica y financiera (gestionar un volumen anual de pólizas de 50 millones de euros) excesivos y desproporcionados.
- 5.- La condición de ejecución del contrato consistente en tener una oficina abierta en Madrid de forma permanente atenta contra los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, y es contraria a la libre competencia.
- 6.- La exigencia de que los miembros del equipo que la adjudicataria adscriba a la ejecución del contrato trabajen de forma permanente en las propias oficinas del Ministerio de Defensa es desproporcionada y se aproxima a la antigua contratación para trabajos específicos y concretos no habituales, suprimida por la Ley 53/1999.
- 7.- No es necesaria la externalización del servicio porque el Estado dispone de una serie de Cuerpos superiores de funcionarios (como el Cuerpo Jurídico Militar, los Economistas del Estado, los Estadísticos del

Estado, o el Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros) que pueden desempeñar las funciones que son objeto de licitación.

8.- El contrato recurrido no permite garantizar la objetividad e imparcialidad del corredor seleccionado porque, aunque se establece en los pliegos que el adjudicatario no podrá cobrar porcentajes en las primas ni comisiones de las compañías aseguradoras con las que contrate el Ministerio, en la práctica eso es algo muy difícil de controlar.

9.- El contrato recurrido, cuya duración puede alcanzar cuatro años, restringe la concurrencia, pues al otorgar exclusividad a un solo corredor o mediador de seguros de todos los contratos que pueda celebrar la Administración contratante, se impide la actuación de todos los demás mediadores, e impide a las aseguradoras utilizar su propio mediador. La concertación de contratos de mediación por el sector público es una práctica cada vez más generalizada que cierra el mercado a unas pocas aseguradoras y genera una situación de oligopolio en el mercado.

La recurrente concluye solicitando al Tribunal que anule los pliegos, anexos y anuncios recurridos o, subsidiariamente, que anule las cláusulas de los pliegos relativas a los requisitos de solvencia, a la exigencia de tener una oficina abierta en Madrid y de que el personal adscrito a la ejecución del contrato preste sus servicios permanentemente en las dependencias del Ministerio, así como las previsiones relativas a la urgencia de la tramitación.

Séptimo. Por su parte, el órgano de contratación indica lo siguiente en su informe al recurso especial:

1.- La necesidad real de celebrar el contrato deriva de la Estrategia de contratación de seguros firmada por el Secretario de Estado de Defensa el 2 de agosto de 2012, en la que se prevé la celebración de un contrato unificado de seguros para el Departamento al que precederá un expediente de contratación para seleccionar una empresa asesora en el ámbito asegurador. Se pretende racionalizar el gasto del Ministerio de Defensa en materia de seguros, dado el número de pólizas suscritas por el Departamento (35), de variada tipología y cobertura de riesgo. En consonancia con lo indicado, la Resolución del Secretario de Estado de Defensa de 23 de enero de 2013 aprueba el Plan Anual de Contratación Centralizada (PACC) del Ministerio de Defensa para 2013, en cuyo apartado 2.1.18 se prevé la contratación centralizada de un contrato privado de asesoramiento en materia de seguros para el Ministerio, incluyendo la documentación preparatoria de dicho contrato (memoria justificativa, estrategia de contratación) la justificación de la necesidad e idoneidad del contrato a licitar, a los efectos previstos en el artículo 22 del TRLCSP.

2.- La tramitación urgente del expediente deriva de la circunstancia de que el PACC determine que el contrato de servicios de corredor de seguros haya de celebrarse necesariamente durante 2013, como trámite previo a la licitación del posterior contrato centralizado de seguros.

3.- La elección de los medios de solvencia exigibles en los contratos administrativos corresponde al órgano de contratación, que dispone de un amplio margen de apreciación, siempre que los medios elegidos guarden relación con el objeto del contrato. La solvencia económica y financiera requerida en la cláusula 10 del PCAP (exigencia de un volumen mínimo de primas intervenidas de 50 millones de euros en las anualidades de 2009, 2010 y 2011) resulta congruente con las primas que el adjudicatario habrá de intervenir solamente en el presente concurso (11,5 millones de euros anuales). Con esta solvencia exigida, de poco más de cuatro veces el volumen de las primas a gestionar con cargo al contrato, podrían concurrir a la licitación, según las estadísticas manejadas por el Ministerio, al menos en 6 u 8 empresas aisladamente, sin perjuicio de las UTES que pudieran constituirse.

4.- El hecho de que no sea exigible clasificación no excluye la necesidad de que la solvencia de los licitadores haya de acreditarse de algún modo.

5.- Las exigencias de contar con una oficina permanente en Madrid y de que el personal de la empresa desarrolle sus funciones dentro de las propias dependencias ministeriales se configura en los pliegos como condiciones especiales de ejecución del contrato, y están vinculadas a la necesidad de centralizar la ejecución del contrato y llevar a cabo un seguimiento eficaz del mismo. El artículo 64.2 del TRLCSP permite a la Administración exigir a los licitadores que se comprometan a adscribir o dedicar a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, habiéndose atribuido a la adscripción de personal de la empresa a la ejecución del contrato el carácter de obligación contractual esencial, de acuerdo con lo dispuesto en el TRLCSP.

6.- En el ámbito del Ministerio de Defensa no existe personal con la suficiente cualificación como para poder llevar a cabo las prestaciones objeto del contrato. Por otra parte, no se puede externalizar un servicio que no existe en el ámbito de la Administración.

7.- No entra el órgano de contratación a valorar la alegación relativa a la imposibilidad de garantizar la objetividad e imparcialidad del corredor que resulte adjudicatario, porque ello supone considerar que existen malas prácticas por parte de los corredores de seguros.

Octavo. Expuestos los motivos del recurso y la posición que frente a los mismos sostiene el órgano de contratación, se procederá seguidamente a examinar la adecuación a Derecho de cada uno de dichos motivos

La recurrente cuestiona, en primer lugar, la necesidad del propio contrato (artículo 22 del TRLCSP), lo que vincula a una serie de argumentos diseminados a lo largo de su recurso, tales como que “el hecho de que se vaya a preparar, licitar y suscribir dicho contrato de seguros es algo que está por ver”; que las funciones de investigación y análisis del mercado de seguros corresponden a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones; que la Ley 26/2006 permite a las propias aseguradoras suscribir los correspondientes contratos sin necesidad de la intervención de un mediador, sugiriendo incluso al Ministerio de Defensa que no contrate un seguro de mediación, sino uno o varios seguros.

El anterior motivo de recurso ha de ser desestimado por las siguientes razones:

- En primer lugar, la necesidad de celebrar un contrato es algo que incumbe valorar al órgano de contratación y no a los licitadores, que no pueden pretender sustituir la decisión de la Administración sobre la base de sus meras opiniones subjetivas, siendo así que en el expediente de contratación se justifica motivadamente la necesidad de efectuar una contratación de un servicio de correduría que cubra todo el ámbito del Ministerio de Defensa, como trámite previo a la celebración de un contrato unificado de seguros para el Ministerio. Así, la Memoria Justificativa correspondiente al contrato objeto de recurso (documento nº 4 del expediente), con cita del punto 7.1 de la Estrategia de contratación de seguros firmada por el Secretario de Estado de Defensa el 2 de agosto de 2012, y del apartado 2.1.8 del Plan Anual de Contratación Centralizada (PACC) del Ministerio de Defensa para 2013, señala que “a la vista del número de contratos de seguros (pólizas), en torno a 35, de su variada tipología, cobertura de riesgos, y la dispersión de éstos – en cuanto a los órganos de contratación que suscriben este tipo de contratos-, es imprescindible racionalizar la gestión de este tipo de contratos, lo cual obliga a adoptar medidas de racionalización, coordinación, unificación y reducción de gasto, que hasta la fecha no se ha producido”. La necesidad del contrato, en el sentido del artículo 22 del TRLCSP, aparece adecuadamente justificada en el expediente.

- El hecho de que hayan de celebrarse a posteriori determinados contratos de seguros no es un hecho incierto del que se derive que no es necesario el previo contrato de correduría, sino el lógico presupuesto de éste. La Administración decide fundadamente contratar un servicio de correduría precisamente para estudiar y preparar adecuadamente la celebración de los posteriores contratos de seguros o reaseguros.

- No corresponde a los licitadores determinar qué tipo de contrato ha de celebrar la Administración o qué prestaciones han de incluirse en el mismo pues, como ha señalado reiteradamente este Tribunal, la determinación del objeto del contrato es una facultad discrecional de la Administración que está sólo

sometida a la justificación de la necesidad de la contratación (artículo 22 TRLCSP), y a las limitaciones establecidas en el artículo 86 del citado texto legal, cuya contravención no ha sido alegada por la recurrente. Ello determina que la pretensión de la recurrente quede reducida a la sustitución de la voluntad de la Administración por la suya propia en cuanto a la configuración del objeto del contrato, pretensión que no puede ser amparada por este Tribunal.

- La recurrente, corredora de seguros, carece de legitimación para defender supuestos derechos o intereses de las aseguradoras, dada la incompatibilidad legal que el artículo 32.1 de la Ley 26/2006 impone a los corredores de seguros respecto de las actividades aseguradoras.

Noveno. El segundo motivo de recurso se refiere a la falta de justificación, a juicio de la recurrente, de la tramitación urgente del procedimiento de contratación.

La aplicación del procedimiento de urgencia del artículo 112 del TRLCSP exige, como ha señalado este Tribunal (Resoluciones 148/2012 y 149/12, ambas de 16 de julio), que exista una necesidad inaplazable -esto es, la necesidad de atender un asunto de forma inmediata e ineludible- o que la adjudicación deba acelerarse por razones de interés público, siendo necesario que el expediente de contratación contenga la declaración de urgencia acordada por el órgano de contratación, debidamente motivada.

Consta en el expediente (documento nº 7) Resolución de declaración de urgencia del expediente acordada por el Presidente de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa el 14 de febrero de 2013, justificada en la circunstancia de que, con carácter previo a la celebración del contrato unificado de seguros previsto en la Estrategia de Contratación de Seguros aprobada por el Secretario de Estado el 2 de agosto de 2012, “se procederá a la realización de un contrato de asesoramiento en el ámbito asegurador para su entrada en vigor a principios de 2013”.

A juicio del Tribunal, dicha motivación pone de manifiesto la necesidad de acelerar la adjudicación por razones de interés público, ajustándose la aplicación del procedimiento de urgencia a lo dispuesto en el artículo 112 del TRLCSP tanto desde el punto de vista formal como material.

Por lo expuesto, procede desestimar este motivo de recurso.

Décimo. Invoca la recurrente dos motivos de recurso relativos a la solvencia (motivos 3 y 4 de los enumerados en el Fundamento Sexto): el carácter desproporcionado de la solvencia económica o financiera exigida en los pliegos y, más aún, la improcedencia de exigir medio alguno de solvencia en los contratos de correduría de seguros, que están excluidos de la exigencia de clasificación por referirse a una actividad cuyo ejercicio se encuentra sujeto a autorización administrativa, a la previa superación de determinadas pruebas de aptitud, y a la constitución de un seguro de responsabilidad civil.

Comenzando, por razones sistemáticas, por este último motivo de recurso, el argumento de la recurrente no resulta atendible, tal y como ha declarado este Tribunal en anteriores ocasiones (Resolución 16/2012, de 13 de enero), pues una cosa es la solvencia económica, financiera, técnica o profesional exigida para contratar con las Administraciones Públicas (artículo 54.1 del TRLCSP), y otra la exigencia de contar con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituye el objeto del contrato (artículo 54.2), siendo así que la autorización administrativa no suplente el requisito de solvencia pues, como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009 respecto del título habilitante del artículo 43.2 de la LCSP (actual artículo 54.2 del TRLCSP), se trata de un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto, pues lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad de forma legal.

Así las cosas, y tratándose de un contrato en el que no se exige clasificación, resulta preciso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 del TRLCSP, acreditar unas condiciones mínimas de solvencia en la forma que, con sujeción al citado texto legal, determine el órgano de contratación.

Procede, en consecuencia, examinar si los requisitos de solvencia económica o financiera exigidos en los pliegos son, como afirma la recurrente, excesivos y desproporcionados.

Es doctrina reiterada de este Tribunal (por todas, Resolución 16/2012, antes citada) la que considera que los requisitos de solvencia deben figurar en el pliego de cláusulas y en el anuncio de licitación, deben ser determinados, han de estar relacionados con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias establecidas y otros no.

En el supuesto que se examina la cláusula 10.II del PCAP exige como requisito de solvencia económica y financiera “un volumen mínimo de primas intervenidas: 50.000.000 de euros en cada uno de los años 2009, 2010 y 2011, disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de actividades del empresario”.

El referido requisito de solvencia se establece expresamente en el PACP y es uno de los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera que, con carácter general, enumera el artículo 75 del TRLCSP, concretamente, en su apartado c), sin perjuicio del carácter abierto que el apartado 2 de dicho precepto legal atribuye a los posibles medios de acreditación de la solvencia económica y financiera. Nada hay que objetar, en consecuencia, a la circunstancia de que el órgano de contratación atienda, a efectos de acreditar la solvencia económica y financiera de los licitadores, al volumen de pólizas intervenidas en cada uno de los tres últimos años.

Ahora bien, la exigencia de un volumen de primas intervenidas de 50 millones de euros en cada una de las anualidades 2009, 2010 y 2011, ascendiendo el importe concreto de las primas que el adjudicatario deberá intervenir a 11,5 millones anuales de euros, supone, como indica el órgano de contratación en su informe, la exigencia de una solvencia de más de cuatro veces el volumen de las primas a gestionar con cargo al contrato, lo que ciertamente resulta desproporcionado, a juicio del Tribunal. Piénsese que en el caso de la clasificación (por acudir a la forma de acreditar la solvencia que cuenta con una regulación expresa más detallada), se atiende, a efectos de determinar la categoría aplicable, a la anualidad media de cada contrato, exigiéndose aquí una solvencia más de cuatro veces superior al volumen total de las primas a gestionar, y en cada una de las referidas anualidades (2009, 2010 y 2011), no es su conjunto, sino singular o aisladamente consideradas.

Por los motivos expuestos, cabe entender con fundamento que la solvencia económica y financiera exigida en el PCAP (50 millones de euros de pólizas intervenidas en cada anualidad 2009, 2010 y 2011) no guarda la debida proporción con el importe del contrato (11,5 millones anuales de euros), y su exigencia puede suponer un obstáculo que restrinja injustificadamente la concurrencia, por lo que procede estimar este motivo de recurso.

Undécimo. Otro motivo de impugnación de los pliegos es el relativo a las condiciones de ejecución del contrato (motivos 5 y 6 de los enumerados en el Fundamento Sexto), concretamente, a la exigencia de tener una oficina abierta en Madrid de forma permanente, y de que el personal de equipo adscrito a la ejecución del contrato desarrolle sus funciones dentro de las propias dependencias del Ministerio de Defensa.

La cláusula 23 del PCAP dispone, bajo la rúbrica de “derechos y obligaciones derivados del contrato. Obligaciones contractuales esenciales”, que el contratista “se comprometerá al cumplimiento de las siguientes obligaciones, las cuales se configurarán con el carácter de obligaciones contractuales esenciales de ejecución del contrato del artículo 118 TRLCSP, a los efectos contemplados en los artículos 212.1 y 223.f) del TRLCSP, en lo relativo a imposición de penalidades y resolución del contrato, respectivamente:

“(…)

- b) Deberá disponer, y adscribir a la ejecución del contrato, una oficina permanente, al menos, radicada en el término municipal de Madrid, donde se centralizará la ejecución del presente contrato. El contratista deberá informar de la localización de la oficina y del título que le habilita para disponer de ella.
- c) Deberá adscribir o dedicar el Equipo de trabajo descrito en el punto 3 PPT, esto es:
 - 1. Una persona responsable con la capacidad establecida en el artículo 27.1.c) de la Ley 26/2006.
 - 2. Dos mediadores de seguros titulados, uno de los cuales prestará sus servicios de forma permanente y con dedicación exclusiva en las instalaciones del PMC.

Con objeto de establecer un seguimiento de contrato eficaz, el empleado que preste sus servicios de forma permanente en las instalaciones del PMC deberá contar con la suficiente cualificación técnica, y desarrollará tareas de gestión, coordinación y enlace entre las partes del presente contrato, adscribiéndolo a la ejecución del contrato.”

Se indica en las cláusulas 1 y 7 que el PMC (Programa de Modernización de la Contratación) de la Subdirección General de Contratación del Ministerio de Defensa, es el órgano responsable del contrato.

Como este Tribunal ha indicado en anteriores ocasiones (Resoluciones 138/2011 y 139/2011, ambas de 11 de mayo), “tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como la Jurisprudencia se han pronunciado acerca de la proscripción de previsiones en los Pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial”, “siendo nulas las previsiones de los pliegos fundadas únicamente en razones de arraigo territorial que pudieran impedir la participación en las licitaciones” (Resolución 217/2012, de 3 de octubre)

En la Resolución 101/2013, de 6 de marzo, con cita de la Resolución 29/2011, de 9 de febrero y del Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se indicaba que “el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público”. En el mismo sentido, la “Guía sobre contratación pública y competencia” de la Comisión Nacional de la Competencia recoge la prohibición de exigir como criterio de solvencia la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en el que se tenga que ejecutar el contrato, por ser una previsión contraria a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato.

En otras ocasiones, este Tribunal ha manifestado un criterio contrario a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como criterios de adjudicación de los contratos administrativos (Resolución 29/2011, de 9 de febrero).

En definitiva, y tal y como se concluye en el informe de la JCCA 9/09, antes citado: “el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público”, circunstancias que “igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración”.

Ocurre que en el presente caso la Administración contratante establece en el PCAP una condición de arraigo territorial (la exigencia de contar con una oficina permanente abierta en Madrid), que no opera ni como criterio de admisión ni como criterio de valoración, sino como compromiso de adscripción de medios (artículo 64.2 de TRLCSP), cuya admisión no cabe descartar a priori, siempre que su establecimiento no sea contrario a los principios de concurrencia e igualdad requeridos en el ámbito de la contratación pública ni resulte contrario al principio de proporcionalidad.

En este sentido, en la ya citada Resolución 101/2013 el Tribunal declaró lo siguiente: “De acuerdo con el precepto citado, además de acreditar la solvencia o, en su caso clasificación, que determinan la idoneidad o aptitud del empresario para realizar la prestación objeto del contrato, el órgano de contratación tiene la oportunidad de exigir un plus de solvencia, mediante el establecimiento de la obligación de señalar los concretos medios personales o materiales, como podría ser en este caso la ‘Delegación de Zona’. En definitiva, este compromiso de adscripción de medios se configura como una obligación adicional de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirvieron para declarar al licitador idóneo para contratar con la Administración. En cualquier caso, el límite a la exigencia de un compromiso de adscripción

de medios a la ejecución del contrato resulta del principio de proporcionalidad, esto es, relación con el objeto y el importe del contrato, así como de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública. Se trata además de una obligación cuya acreditación, de acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP, corresponde sólo al licitador que haya presentado la oferta más ventajosa.”

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 27 de octubre de 2005 (Asunto C- 234/03), señaló que la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentar las ofertas, aunque la existencia de esta oficina se pudiera considerar adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada y, en cambio, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en fase de adjudicación el compromiso de tenerla.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Resolución 101/2013 dispuso que, “la exigencia de ‘Delegaciones de Zona’, de resultar exigible, por cumplir con los principios de la contratación pública, sería admisible bien como compromiso de adscripción de medios a incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares-, o bien como condición de ejecución del contrato-en el pliego de prescripciones técnicas-, siendo intrascendente el título jurídico en cuya virtud se disponga de las citadas Delegaciones”.

Así las cosas, la exigencia de contar con una oficina permanente abierta en Madrid, como compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato, será admisible si su establecimiento no resulta desproporcionado ni contrario a los principios que rigen la contratación pública.

En la medida en que el contrato de correduría de seguros que se examina tiene por objeto centralizar el asesoramiento en materia de seguros de todo el Ministerio de Defensa, racionalizando y unificando el gasto de los numerosos contratos de seguros existentes, de variada tipología y distinta cobertura de riesgos, cabría entender que la referida exigencia tiene relación directa con el objeto contractual y es una necesidad derivada de la propia naturaleza del contrato (en los términos que indica la Resolución 139/2011, de 11 de mayo), no limitando la concurrencia (en la medida en que no se establece en el PCAP ni como criterio de solvencia ni como criterio de adjudicación, sino como condición de ejecución del contrato), y en la medida en que tampoco se exige al adjudicatario la tenencia en propiedad de la oficina en cuestión, lo que se desprende de la exigencia de que informe al Ministerio del “título que le habilita para disponer de ella”.

Ahora bien, pudiendo admitirse, en los términos indicados, la exigencia de que el adjudicatario tenga una oficina permanente abierta en Madrid, lo que resulta desproporcionado es exigir además, como compromiso de adscripción adicional, que el adjudicatario adscriba un empleado de los que conforman su equipo de trabajo para que preste sus servicios durante toda la vigencia del contrato en las dependencias del Ministerio de Defensa, pues las necesidades que justificarían la exigencia de tener una oficina permanente abierta en Madrid (el adecuado seguimiento del contrato de correduría centralizado, y la necesidad de garantizar la inmediatez y la agilidad en las comunicaciones entre el adjudicatario y la Administración) harían innecesaria y desproporcionada esta segunda exigencia, careciendo de fundamento exigir que, una vez que el adjudicatario ha de tener una oficina permanente abierta en Madrid para atender adecuadamente la ejecución del contrato, uno de sus empleados, además, haya de prestar sus servicios físicamente en las propias dependencias administrativas.

Por lo expuesto, se estima este motivo de recurso, en lo que se refiere al carácter desproporcionado de la exigencia prevista en la cláusula 23.c) 2 del PCAP, de que uno de los dos mediadores titulados del equipo de trabajo del adjudicatario presten sus servicios de forma permanente y con dedicación exclusiva en las instalaciones del PMC.

Duodécimo. El siguiente motivo de recurso se refiere a la improcedencia de que el Ministerio de Defensa externalice el servicio contratado, por disponer de varios cuerpos de funcionarios que, a juicio de la recurrente, podrían desempeñar las prestaciones objeto del contrato.

Sin perjuicio de que no corresponda a los funcionarios de los cuerpos citados por la recurrente (Cuerpo Jurídico Militar, Cuerpo de Economistas del Estado, Cuerpo de Estadísticos del Estado, y Cuerpo de Inspectores de Seguros) el desempeño de las funciones de correduría de seguros, cabe señalar que la apreciación de la inexistencia de medios personales para la ejecución de un contrato no corresponde efectuarla a los licitadores sino a la propia Administración contratante, que en este caso ha considerado, y así lo manifiesta en su informe, carecer de efectivos con la cualificación técnica necesaria para la ejecución del contrato, todo ello sin perjuicio de que, como también afirma el Ministerio de Defensa, no tenga sentido hablar de una “externalización” de un servicio que no existe en el ámbito de la Administración.

Decimotercero. Alude la recurrente a la imposibilidad de garantizar, en ejecución del contrato recurrido, la objetividad e imparcialidad del corredor seleccionado porque, aunque se establece en los pliegos que el

adjudicatario no podrá cobrar porcentajes en las primas ni comisiones de las compañías aseguradoras con las que contrate el Ministerio, en la práctica eso será algo muy difícil de controlar.

Se ha de desestimar este motivo de recurso porque el órgano de contratación, al contratar un servicio y aprobar sus pliegos, no puede presumir un incumplimiento de las obligaciones que incumben al adjudicatario en el desarrollo de su actividad profesional, en este caso la contravención de los deberes de imparcialidad y objetividad que en sus funciones de asesoramiento la Ley 26/2006 impone a los corredores de seguros.

Decimocuarto. Entiende, en fin, la recurrente que los pliegos objeto de recurso restringen la concurrencia, en la medida en que implica el reconocimiento de exclusividad para el corredor que resulte adjudicatario, lo que a juicio de la recurrente, restringe la intervención de otros mediadores en los posteriores contratos de seguros que celebre la Administración contratante, y en la medida en que impone a las aseguradoras la utilización del mediador seleccionado por la Administración, siendo la mediación y la correduría actividades sujetas a la libre prestación de servicios en las que la Administración no puede establecer derechos especiales o exclusivos a favor de nadie.

Se trata de una cuestión examinada y desestimada por numerosos pronunciamientos judiciales dictados en procesos en los que ha sido parte la entidad recurrente.

Así, la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 2004 declara lo siguiente en su Fundamento de Derecho Cuarto:

“En lo que atañe a la pretendida vulneración del artículo 38 de la CE, en cuanto a la libertad de empresa, que se desarrolla en el punto tercero de la fundamentación de la demanda sobre la base de que este contrato de mediación impedirá que las compañías de seguros puedan gestionar los servicios de seguros que contrate la Secretaría de Estado de Educación, Universidades, Investigación y Desarrollo con cualquiera de sus gestores habituales.

Este argumento debe rechazarse de plano sobre las premisas de que se está pretendiendo defender intereses que no son propios ya que en principio afectarían a las compañías de seguros y respecto de los cuales el actor no está legitimado para actuar, sin olvidar que nuevamente se confunde lo que es el objeto

del contrato que no es otro que la mediación en corretaje de seguros privados y no el contrato de seguros, y ninguna de las cláusulas del contrato que nos ocupa establecen limitaciones para la libre concurrencia de las Compañías de Seguros en los futuros contratos de seguros a realizar”.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2007 (RJ 4767) se afirma que “de acuerdo con la tesis mantenida por esta Sala del Tribunal Supremo en relación con alegaciones similares, debiéndose reiterar que, como refiere la sentencia recurrida, no cabe apreciar la vulneración del principio de libertad de empresa cuando las cláusulas administrativas particulares y las prescripciones técnicas no establecen limitación alguna de la libre concurrencia y cuando la cláusula de exclusividad está referida al servicio de mediación durante la vigencia del contrato, sin olvidar que el objeto del contrato es la mediación y no el seguro mismo”.

Las anteriores consideraciones son plenamente aplicables al supuesto objeto del presente recurso especial, en la medida en que ni el PCAP ni el PPT establecen cláusulas que puedan considerarse restrictivas de la concurrencia, refiriéndose la exclusividad al contrato de correduría, y no afectando a los posteriores contratos de seguros que puedan celebrarse, sin que la recurrente ostente legitimación para defender los intereses de las aseguradoras.

Como se indica en la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de abril de 2003 (JUR 2006/275223), desestimatoria de un recurso interpuesto por MUÑIZ Y ASOCIADOS, CORREDURÍA DE SEGUROS, S.L.:

“La actividad de mediación de seguros privados es, desde luego, una actividad lícita, regulada por la Ley 9/92, (...), que indica las funciones del corredor, a las que también nos hemos referido, entre las que no se incluyen las de sustituir al tomador del seguro. El mediador ofrece su asesoramiento profesional e informa, a quien trata de concertar un seguro, sobre las condiciones del contrato que a su juicio conviene suscribir, por adaptarse mejor a sus necesidades, pero el mediador ni contrata el seguro, ni sustituye al tomador del seguro, ni permite a éste obviar los procedimientos establecidos para la contratación de las pólizas.

En definitiva, el procedimiento administrativo a seguir por la AEAT en la contratación futura con las compañías de seguros es el mismo, exista o no la figura del mediador de seguros, y si se produce alguna infracción de ese procedimiento de contratación de seguros que la AEAT celebre a partir de la adjudicación del concurso de mediación que hemos examinado, cosa que está por acreditar, serán las compañías de

seguros perjudicadas, o cualquiera que tenga un interés legítimo, quien podrá acudir a esta jurisdicción para pedir la anulación de ese hipotético contrato de seguro que se haya adjudicado de forma no conforme a derecho.”

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. M.A.S., en representación de MUÑIZ Y ASOCIADOS, CORREDURÍA DE SEGUROS, S.L., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y su anexo, el pliego de prescripciones técnicas y los anuncios correspondientes al contrato convocado por el Ministerio de Defensa para la licitación de un “contrato privado de servicios de un corredor de seguros para el Ministerio de Defensa”, declarando nulas las cláusulas del PACP relativas a la solvencia económica y financiera exigida (cláusula 10.II del PCAP), y al compromiso de que uno de los mediadores de seguros de los que conforman el equipo de la adjudicataria tenga que prestar sus servicios de forma permanente y con dedicación exclusiva en las instalaciones del PMC (cláusula 23.c).2 del PCAP), desestimando todos los restantes motivos de recurso. En consecuencia, se anula el procedimiento de contratación, siendo necesario convocar una nueva licitación en la que deba servir de base un nuevo PCAP adaptado a los pronunciamientos de esta resolución.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento, acordada de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

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 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.