



Expediente: 4/2021

Materia: Participación en la convocatoria de un procedimiento de licitación de personas que hubieren prestados servicios con anterioridad en tareas similares en el órgano convocante.

ANTECEDENTES

El Instituto Social de la Marina ha dirigido solicitud de informe a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“La Dirección del ISM tiene, entre sus múltiples funciones, la gestión de una flota de buques sanitarios (“Esperanza del Mar” y “Juan de la Cosa”), para lo cual tiene articulados una serie de contratos de servicios y suministros imprescindibles para poder realizar la labor asistencial, constitutiva de la prestación de la asistencia sanitaria a los trabajadores del mar a bordo, así como su evacuación y repatriación, en caso de accidente y enfermedad, y la labor logística a los buques asistidos.

La definición de las necesidades y de los medios precisos para solventarlas se articulan a través de la unidad de “Inspección de Flota”, adscrita a esta Dirección.

No obstante, por circunstancias operativas, estas labores se van a externalizar, por lo que se va a convocar un procedimiento abierto de contratación SARA, para celebrar un contrato de servicios de asesoramiento técnico como Inspección de Flota para el ISM, por lo que le interesa conocer, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, el dictamen de esa JCCPE acerca de los límites que deberían aplicarse (temporales, formales, etc.) sobre los supuestos de que se presentaran, como licitadores, las siguientes personas:

- *Personas físicas que en un tiempo anterior hubieran estado prestando servicios (relación laboral, estatutaria o funcionarial) en el ISM, en tareas similares a las que se licitan.*
- *Persona jurídica que adscriba, como medios personales a la ejecución del contrato, a personas físicas que hubieran estado prestando servicios (relación laboral,*



estatutaria o funcionarial, o contractuales) en el ISM, en tareas similares a las que se licitan.”

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. Las cuestiones que el Instituto Social de la Marina (en lo sucesivo ISM) eleva a esta Junta Consultiva versan sobre los límites que deberían observarse en el supuesto en que, convocado por el ISM un procedimiento abierto de contratación relativo a servicios de asesoramiento técnico sobre ciertas actividades que tiene encomendadas, se presentaran como licitadores, bien personas físicas que en algún momento anterior hubieren prestado servicios en el organismo contratante en tareas similares a las que se licitan -ya fuere mediante una relación laboral, estatutaria o funcionarial-, bien personas jurídicas que tuvieren adscritas, como medios personales para la ejecución del contrato, a personas físicas en las que concurrieran las circunstancias señaladas.

Con carácter previo, procede recordar que a este órgano no le compete emitir informes en expedientes concretos que le sean remitidos. Por el contrario, las funciones de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se circunscriben a dar respuesta a consultas jurídicas en el ámbito de la contratación pública que revistan un interés general, razón por la cual el presente informe se constreñirá a señalar el criterio jurídico de carácter general a aplicar en casos similares al expuesto, sin entrar a valorar, en ningún momento, el supuesto de hecho concreto que se plantea.

2. En primer término, ha de precisarse que las cuestiones que se someten a informe no quedarían, en principio, subsumidas en el ámbito de aplicación directa del artículo 71.1.g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo LCSP), al no plantearse la circunstancia de que los posibles licitadores sean personas físicas que, en el momento de la convocatoria o en el de la adjudicación del contrato, mantengan una relación laboral, estatutaria o funcionarial viva con la Administración, sino que tal circunstancia ha acaecido en algún momento anterior de modo que, de haber existido, ya no concurriría.



Por tanto, es en el ámbito de las medidas destinadas a la lucha contra la corrupción en la contratación pública, con las que se pretende combatir las conductas deshonestas, el favoritismo y el fraude en el ámbito propio de los procedimientos de adjudicación de contratos y la prevención de los posibles conflictos de intereses, donde debe buscarse la respuesta a la cuestión planteada. Ello nos remite al artículo 64 LCSP, que dispone:

“1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.”

Pues bien, teniendo en cuenta lo dispuesto en el precepto legal transcrito, el conflicto de intereses -como ya indicó esta Junta Consultiva en su Informe 16/2019- es un concepto independiente y autónomo que supone la existencia de vinculaciones personales o de otra índole, susceptible de afectar al componente de imparcialidad que debe presidir la actuación del órgano de contratación. Corresponde a dicho órgano, por tanto, examinar la concurrencia de tales circunstancias y adoptar las medidas oportunas, con independencia de que de dicha situación se derive la existencia o no de una prohibición de contratar.

3. Tal como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el ámbito de los conflictos de intereses que nos ocupan (por todas, SSTJUE de 28.02.2018, asunto T292/15 y 19.05.2009, asunto C538/07), las infracciones de las que pudieran derivarse vulneraciones al principio de igualdad de trato en el ámbito de la contratación pública, exigen que:



- El riesgo de conflicto de intereses sea efectivamente constatado tras una valoración de la proposición y de las situaciones del licitador.
- El poder adjudicador ejerza su deber de diligencia debiendo apreciar y verificar la existencia de un riesgo real de que se produzcan prácticas que puedan menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre licitadores. En particular, el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los mismos.
- La obligación de diligencia implica la de examinar, minuciosa e imparcialmente, todos los elementos relevantes del asunto de que se trate.

En consecuencia, la figura del conflicto de intereses no puede presumirse de forma automática en las situaciones en las que puedan confluir intereses contrapuestos, sino que dicho elemento de confrontación actuará como desencadenante del necesario análisis *ad hoc* de las circunstancias concurrentes para determinar si existe un riesgo real que dé lugar a una lesión de los principios esenciales de la contratación pública. En suma, el conflicto ha de ser real, no meramente hipotético y, en consecuencia, las medidas que se adopten para evitarlo deberán ser proporcionadas, evitando un falseamiento de la competencia entre los licitadores concurrentes y garantizando siempre entre ellos la igualdad de trato.

4. De lo expuesto se deriva que en un supuesto como el que se nos plantea en que, convocado un procedimiento de contratación para prestación de servicios de asesoramiento técnico, se presentaran como licitadores personas físicas que en algún momento anterior hubieran prestado servicios en tareas similares en el órgano convocante -ya fuere mediante una relación laboral, estatutaria o funcional-, la mera constatación de dicha circunstancia no sería suficiente para excluir la proposición aduciendo la existencia de un conflicto de intereses, sino que habrá de indagarse en la misma a fin de comprobar que, efectivamente, se infringe alguno de los principios que rigen la contratación pública. Lo mismo cabría decir del supuesto en que el licitador fuera una persona jurídica que tuviera adscritos, como medios personales para la ejecución de dicho contrato, a personas físicas que hubieran prestado servicios en alguna de las condiciones citadas y en tareas similares a las que son objeto de la licitación.

Por consiguiente, la Administración contratante deberá comprobar durante el proceso de adjudicación si en el caso concreto que examina concurren circunstancias que alteren, de algún modo, la imparcialidad que debe presidir la actuación administrativa. Solo en el caso



de que tal extremo logre constatarse, podría llegar a admitirse la exclusión del licitador en el procedimiento de contratación.

Tal como prevé el apartado 2 del artículo 64 LCSP, las situaciones de conflicto de intereses se manifiestan de un modo evidente cuando algún miembro de la entidad adjudicadora que tome parte en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de un contrato o que pueda influir en su resultado tenga, de modo directo o indirecto, un interés económico, profesional, personal, familiar, afectivo o cualesquiera otra afinidad del tipo que sea, que comprometa su imparcialidad o la objetividad de su decisión.

No parece que tales circunstancias concurren necesariamente por el solo hecho de que la persona física o jurídica que se presente como licitador haya prestado en el órgano convocante una serie de servicios similares a los que se licitan. Sin embargo, y a fin de evitar que puedan permanecer ocultas circunstancias que comprometan la transparencia del proceso, deberán arbitrarse por quienes tramiten el procedimiento de adjudicación cuantas medidas de control se consideren procedentes. La exclusión sistemática de licitadores por el solo hecho de concurrir en ellos la mentada circunstancia -prestación de servicios previos en el organismo convocante- podría constituir una restricción injustificada de la libertad de acceso a las licitaciones.

5. Por último, y aunque en la consulta que se eleva a esta JCCPE no se hace referencia a que una de las circunstancias que pudiera concurrir en los licitadores que hubieren prestado servicios en el órgano contratante con anterioridad a la convocatoria fuera la de alto cargo, según la definición que de tal concepto da la Ley 3/2015, de 30 de marzo, Reguladora del Ejercicio de Alto Cargo de la Administración General del Estado, tal circunstancia deberá ser tenida en cuenta por el órgano de contratación, según las previsiones contenidas en el Título II, *Régimen de conflicto de intereses y de incompatibilidades* de la citada norma, artículos 11 y siguientes, destacando la especial relevancia de lo previsto en el artículo 15, apartado 5, que dispone:

“Durante el período de dos años a que se refiere el apartado 1, los altos cargos no podrán celebrar por sí mismos o a través de entidades participadas por ellos directa o indirectamente en más del diez por ciento, contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con la Administración Pública en la que hubieran prestado servicios, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas, siempre que guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía. Las entidades en las que presten servicios



deberán adoptar durante el plazo indicado procedimientos de prevención y detección de situaciones de conflicto de intereses.”

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- En un supuesto como el que es objeto de la presente consulta, el mero hecho de que un licitador persona física haya prestado en el órgano de contratación, en algún momento anterior, servicios similares a aquellos que son objeto del contrato sin que dicha relación laboral, estatutaria o funcionarial se mantenga en el momento de la licitación, no justifica, sin más, su exclusión del procedimiento con base en el artículo 64 de la LCSP. Esta conclusión se puede ampliar a las personas jurídicas que adscriban, como medios personales a la ejecución del contrato, a personas físicas que hubieran estado prestando dichos servicios.
- El poder adjudicador deberá, en tales casos, arbitrar cuantos medios considere pertinentes para comprobar la existencia real de eventuales conflictos de intereses y adoptar, en tales supuestos, medidas proporcionadas para poner remedio a los mismos.
- Resultarán de aplicación las previsiones establecidas en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, Reguladora del Ejercicio de Alto Cargo de la Administración General del Estado, si en el supuesto concreto concurren los presupuestos de hecho reseñados en dicha norma.