



Recurso nº 1290/2018

Resolución nº 511/2022

Sección 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 6 de mayo de 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. L.M.F., en representación de ALINCA ESTUDIOS Y PROYECTOS, S.L., contra el acuerdo de adjudicación de 16 de noviembre de 2018, de la licitación convocada por IBERMUTUAMUR para contratar el *“Proyecto básico, de ejecución y dirección de obra para la construcción de un Centro Integral de Servicios en Gijón (Principado de Asturias)”*, expte. CG-2018/2821/0248 el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. IBERMUTUAMUR, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 274, convocó la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato de servicios relativo al desarrollo del proyecto básico, de ejecución y dirección de obra para la construcción de un Centro Integral de Servicios en Gijón. El valor estimado del contrato asciende 200.000 euros y el plazo de ejecución del mismo es veinte meses.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los preceptos 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 (LCSP, en lo sucesivo), y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Por el órgano de contratación, tras haber tenido lugar la apertura de las ofertas que presentaron los licitadores, que fueron tres, dictó la resolución de 16 de noviembre de 2018 de adjudicación, del Director General de IBERMUTUAMUR, del contrato a favor de



la mercantil JOVINO MARTÍNEZ SIERRA, por ser la única empresa no excluida que cumple los requisitos exigidos de acuerdo con los criterios de adjudicación establecidos.

En esta citada resolución consta que en la mercantil ALINCA ESTUDIOS Y PROYECTOS, S.L. (ALINCA, en lo sucesivo), concurren las circunstancias del artículo 64.2 de la Ley 9/2017, y en la otra licitadora, ESTUDIO NORNIELLA, S.L., que no se han superado los requisitos de calidad mínimos.

Obra en el expediente un documento denominado informe de exclusión (el nº 8), cuya fecha no consta, en el que se propone la exclusión de ALINCA con fundamento en la existencia real o potencial de un conflicto de interés al amparo de lo previsto en el artículo 64 de la LCSP.

Cuarto. Frente a la resolución de adjudicación, ALINCA interpuso recurso especial en materia de contratación que se tramitó como el nº 1290/2018, que concluyó mediante resolución nº 56/2019, de 24 de enero de 2019, en la que este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales acordó su inadmisión ante la no presentación del mismo por vía electrónica, sin entrar en el análisis de los argumentos de fondo esgrimidos por el recurrente.

Quinto. Interpuesto recurso contencioso-administrativo por ALINCA frente a la citada resolución del Tribunal, la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Cuarta, ha dictado sentencia de fecha 1 de diciembre de 2021, en la que estima parcialmente el recurso, anula la misma, por ser disconforme con el ordenamiento jurídico, *“declarando haber lugar a la admisión del citado recurso especial en materia de contratación y ordenándose la retroacción de actuaciones para que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales lleve a cabo su tramitación, dictando la resolución que resulte procedente en Derecho”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.1 f) y 45 de la LCSP.



Segundo. Se recurre la resolución de adjudicación dictada en un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, regulado en el artículo 17 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los cien mil euros, por lo que el contrato y el acto recurrido es susceptible de recurso ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 de la LCSP.

Tercero. La entidad reclamante ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Cuarto. En cuanto al fondo del recurso se refiere, y a cuyo análisis se procede en ejecución de sentencia al ordenar ésta la retroacción de actuaciones, lo que el recurrente invoca es su disconformidad con la decisión de exclusión adoptada por el órgano de contratación fundada en la existencia de conflicto de interés.

Consta en el expediente el ya antes citado informe de exclusión, de fecha no especificada al no aparecer en el mismo, en el que se justifica que procede la exclusión de ALINCA conforme a lo previsto en el artículo 57.4 e) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y en el que se expone lo que a continuación se procede a transcribir dada su relevancia para adoptar la decisión correspondiente en esta resolución. Es lo siguiente:

“En este punto de la tramitación y, resultando la empresa ALINCA ESTUDIOS Y PROYECTOS SL como mejor valorada y consecuentemente propuesta como adjudicataria, se evidencian los siguientes hechos:

- *El administrador único de la empresa ALINCA ESTUDIOS Y PROYECTOS SL es D. L.M.F., con NIF ***, arquitecto.*



- *D. L.M.F. (licitador y posible adjudicatario) y el Jefe del Departamento de Obras de IBERMUTUAMUR compartieron la condición de socios en la mercantil GESTIÓN INTEGRADA DE SOLUCIONES, S.L. (hoy disuelta), desde su constitución.*
- *D. L.M.F. fue adjudicatario de contratos, en calidad de arquitecto redactor de diversas memorias, pliegos y proyectos para la ejecución de obras de IBERMUTUAMUR siéndole abonados honorarios en este concepto por importe de 899.000,00 euros entre 2007 y 2011. La adjudicación de estos contratos se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la hoy derogada Ley 30/2007, de contratos del Sector Público, primera norma que incluyó a las mutuas en su ámbito subjetivo de aplicación. La selección del arquitecto corrió a cargo del Jefe del Departamento de Obras.*
- *ALINCA ESTUDIOS Y PROYECTOS SL ha resultado adjudataria de sendos contratos de redacción de proyecto en el periodo 2016 y 2018 por importe de 17.500,00 euros y 9.000,00 euros, respectivamente. Ambos contratos se adjudicaron directamente (contratos menores), siendo la selección del contratista responsabilidad del Jefe del Departamento de Obras.*

Vistos los antecedentes, se evidencia la existencia de una situación de CONFLICTO DE INTERÉS, cuyos fundamentos jurídicos y propuesta de resolución se exponen a continuación”.

Se copian en el informe de exclusión, el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 64 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y se hace referencia a las guías publicadas sobre la materia, en particular el documento de la Comisión Europea, Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, denominado “*Detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de las acciones estructurales. Guía práctica para los responsables de la gestión*”, elaborada en el año 2013.

Se expone a continuación lo siguiente:

*“Si se detecta un riesgo de conflicto de intereses durante el procedimiento se deben adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el procedimiento de contratación, analizando los hechos con la persona implicada para aclarar la situación, **excluyéndola del***



procedimiento de contratación o cancelando el procedimiento de contratación. Según la mencionada Guía de la Comisión, la exclusión de un experto de un procedimiento deberá plantearse no solo si existe un conflicto de interés real, sino siempre que haya motivos para albergar dudas sobre su imparcialidad.

La anteriormente citada Guía de la Comisión, en el apartado 3.4 titulada “qué hacer si hay sospechas fundadas de la existencia de un conflicto de intereses”, indica que si el resultado de los controles confirman la información inicial, **podrá cancelar el contrato/acto afectado por el conflicto de intereses y repetir la parte del procedimiento de contratación pública en cuestión**”.

Concluye el informe citando el informe 3/15 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, del que transcribe el siguiente párrafo:

“La normativa vigente en materia de prohibiciones de contratar incluye un supuesto específico en el que no es posible contratar con la Administración por razón de la existencia de algún tipo de conflicto de intereses. Tal regulación tiene su fundamento inmediato en lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en cuyo artículo 57.4 e) se permite a los poderes adjudicadores excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de intereses en el sentido del artículo 24. Este precepto señala que los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos”.

Quinto. Lo que ALINCA expone primeramente en su recurso es un relato cronológico de los hechos, que son en síntesis los siguiente:



- La mesa de contratación de 16 de octubre de 2018, propone la adjudicación del contrato a la mercantil ALINCA, al haber obtenido su oferta mejor puntuación, un total de 89,42 puntos, figurando en la misma la siguiente valoración:

Orden: 1 CIF: B84422617 ALINCA ESTUDIOS Y PROYECTOS SL Propuesto para la adjudicación

Total criterios CJV: 47.0

Total criterios CAF: 42.42

Total puntuación: 89.42

Orden: 2 CIF: 10830588A JOVINO MARTINEZ SIERRA

Total criterios CJV: 33.0

Total criterios CAF: 51.0

Total puntuación: 84.0

Orden: 3 CIF: B84301795 ESTUDIO NORNIELLA SLP

Total criterios CJV: 20.0

Total criterios CAF:

Total puntuación: Excluido por no superar la puntuación mínima exigida en los criterios de calidad

- Requerida la presentación de documentación al amparo del artículo 151.2 de la LCSP para ser presentada antes del 2 de noviembre de 2018 a las 12 horas, y presentada la misma por ALINCA, el día 18 de octubre, el órgano de contratación le escribe a la mercantil en los siguientes términos:



“Una vez revisada, observamos en relación en a (sic) los medios de justificación de las solvencias técnicas, que los certificados recibidos son declaraciones responsables. Se necesita el certificado expedido por la empresa receptora del os trabajos, en este caso Ibermutuamur, Parroquia de San Pedro Apostol, Institución Catolengo, etc.”

El 31 de octubre el órgano de contratación le comunica a ALINCA que la documentación aportada tras este requerimiento de 18 de octubre es insuficiente con los efectos previstos en la cláusula 21 de las condiciones generales del Pliego que rigió la licitación.

El 2 de noviembre de 2018 se vuelve a presentar más documentación consistente en certificados de proyecto básico de ejecución y dirección de diferentes obras.

- Forma parte del expediente el documento de fecha 8 de noviembre de 2018 dirigido por ALINCA a IBERMUTUAMUR, en el que se relacionan todas las actuaciones ahora expuestas relativas a la presentación de certificados para acreditar la solvencia, y en el que como último punto se expone lo siguiente:

“SÉPTIMO.- En relación con lo expuesto hasta ahora conviene destacar, en primer lugar, que la cláusula 22.1 de los pliegos determina que, en aquellos contratos que el destinatario sea un sujeto privado, a falta de certificado, será suficiente con unas declaraciones responsables del licitador, que fueron presentadas el mismo día 18 de octubre.

Si bien con las declaraciones responsables era suficiente, ante la comunicación de Ibermutuamur en el sentido de que la declaración responsable no era suficiente y que los certificados de Ibermutuamur y Parroquia de San Pedro no eran válidos de cara a acreditar la solvencia técnica, ALINCA, el día 1 de noviembre procedió a presentar de forma telemática, y el día 2 antes del vencimiento del plazo de forma física, nuevos certificados que acreditaran el cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica.



Creemos, sin embargo, necesario puntualizar que consideramos innecesario, tanto el requerimiento de los certificados cuando estamos ante sujetos privados, pues los pliegos reconocen que valdría con una declaración responsable, como el certificado de Ibermutuamur, pues en dicho documento no constaba el importe facturado, ya que fue Ibermutuamur la que realizó dicho abono y, por tanto, es plenamente consciente de los servicios que ALINCA le ha prestado y del coste de estos.

En consecuencia entendemos que, en todo caso, los defectos en que esta parte hubiera podido incurrir habrían quedado subsanados debidamente en tiempo y forma”.

- La mesa de contratación, por acuerdo de fecha 15 de noviembre de 2018, propuso la adjudicación del contrato a JOVINO MARTÍNEZ SIERRA, por ser la única empresa no excluida y haber obtenido una puntuación superior a la mínima exigida. El acuerdo de adjudicación se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público del día 16 de noviembre de 2018.

En el recurso, en cuando a los motivos de la exclusión, señala ALINCA que a la hora de analizar la posible concurrencia de un conflicto de interés es esencial verificar el modo en cómo está configurada la actuación de la autoridad o personal presuntamente incurso en situación de conflicto, y confrontar dicha actuación con tales previsiones. Señala que los pliegos limitan de forma adecuada y razonable las facultades de valoración discrecional, al establecerse las diferentes formas de valoración de cada uno de los criterios previamente definidos, concluyendo que los pliegos de contratación empleados por IBERMUTUAMUR establecen mecanismos de limitación de la arbitrariedad en las valoraciones técnicas altamente exigentes y eficaces, de modo que todos los licitadores son evaluados en los mismos aspectos y por los mismos criterios.

Continúa el recurso que, tras la decisión de exclusión de ALINCA comunicada junto con la decisión de adjudicación del contrato, lo único que se recibió de IBERMUTUAMUR fue un correo electrónico de fecha 20 de noviembre de 2018 del Presidente de la mesa respondiendo al escrito ahora citado de 8 de noviembre de 2018, y por tanto de fecha posterior a la adjudicación del contrato, en el que se expondrían por parte del órgano de



contratación los motivos en los que se ha fundado su exclusión, haciéndose en los siguientes términos:

“Finalmente, y al objeto de hacerles partícipes de los motivos de exclusión al amparo del artículo 64 de la Ley 9/2017, de contrato del Sector Público, que reproduce lo previsto en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública en materia de Conflicto de Interés, les relacionamos las siguientes evidencias puestas de manifiesto en la tramitación del expediente, sin perjuicio de la puesta a su disposición para su examen del informe evacuado al respecto.

- *Tanto el Pliego de Prescripciones Técnicas como los criterios de adjudicación fueron redactados por el Jefe del Departamento de Obras de Ibermutuamur. Por la propia naturaleza de la prestación, la ponderación y capacidad decisora de los criterios sujetos a juicio de valor es determinante en la selección del adjudicatario.*
- *Asimismo, el informe de valoración de los criterios sometidos a un juicio de valor realizado por el citado Jefe de Departamento, resultando la diferencia a favor de la primera empresa clasificada determinante en la puntuación final.*
- *Dos de las certificaciones de solvencia técnica han sido firmadas y expedidas por el propio Jefe del Departamento de Obras por trabajos realizados en Ibermutuamur.*
- *El administrador único de la empresa ALINCA ESTUDIOS Y PROYECTOS SL es D. L.M.F., arquitecto.*
- *D. L.M.F. (licitador y posible adjudicatario) y el Jefe del Departamento de Obras de IBERMUTUAMUR, compartieron la condición de socios en la mercantil GESTIÓN INTEGRADA DE SOLUCIONES, S.L., (hoy disuelta), desde su constitución*
- *D. L.M.F. fue adjudicatario de contratos, en calidad de arquitecto redactor de diversas memorias, pliegos y proyectos para la ejecución de obras en IBERMUTUAMUR siéndole abonados honorarios en este concepto por importe de 899.000,00 euros entre 2007 y 2011. La adjudicación de estos contratos se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de contratos del Sector Público, primera norma que incluyó a las mutuas en su ámbito subjetivo de*

aplicación. La selección del arquitecto corrió a cargo del Jefe del Departamento de Obras.

- *ALINCA ESTUDIOS Y PROYECTOS SL ha resultado adjudicataria de sendos contratos de redacción de proyecto en el periodo 2016 y 2018 por importe de 17.500 euros y 9.000 euros. Ambos contratos se adjudicaron directamente (contratos menores) siendo la selección del contratista responsabilidad del Jefe del Departamento de Obras”.*

En el recurso, como conclusión se expone que el conflicto de interés como causa de exclusión no se ha probado, no existiendo razones objetivas acreditadas más allá de las meras insinuaciones subjetivas y sesgadas del Presidente de la Mesa que tiene como único fundamento la existencia de una relación profesional/mercantil finalizada hace diez años (2008) en el marco de una sociedad extinguida en 2013 (se denominaba la sociedad GESTIÓN INTEGRAL DE PROYECTOS 20006, S.L.). Además, la decisión de exclusión ha sido adoptada al margen del procedimiento, sin que conste la existencia de informe justificativo previo, sin garantizar la contradicción debida al no haberse dado audiencia a ALINCA ni tampoco al Jefe del Departamento de Obras a fin de justificar la imparcialidad de sus informes de valoración emitidos de conformidad con las previsiones del PCAP.

Sexto. Lo que el órgano de contratación expone en su informe, rebatiendo alguna de las alegaciones del recurrente es lo siguiente.

Primeramente, con respecto a que la medida de exclusión se adoptó sin posibilidad de alegación y prueba alguna, IBERMUTUAMUR manifiesta que los hechos constitutivos y motivantes de la situación de conflicto de interés obran en el correspondiente informe del que se dio traslado el día 30 de noviembre de 2018, fecha posterior a la decisión de exclusión de ALINCA, y añadiendo que, este informe no ha sido objeto de discrepancia alguna.

De forma reiterada señala que el órgano de contratación hizo uso razonable de las facultades que le son inherentes, no pudiendo actuar de otra manera en aras a reforzar el compromiso con la transparencia, de modo que la única actuación posible era la de la exclusión, toda vez que durante la tramitación del procedimiento ningún mecanismo hizo

aflorar la situación expuesta de tal forma que pudieran adoptarse medidas adecuadas y efectivas que permitiesen una quiebra en la toma de decisiones que elimine cualquier sospecha de parcialidad en las mismas, no cabiendo por tanto medio menos restrictivo conforme a lo establecido en el artículo 57 de la Directiva.

De forma literal se expone:

“No obstante ser suficientemente justificativos los hechos puestos de manifiesto en el informe evacuado por esta Entidad e indiciarios de la existencia de un conflicto de interés que, a nuestro juicio debió comportar la abstención valorativa del Jefe del Departamento de Obras en este procedimiento, es preciso señalar a ese Tribunal, que una vez conocida la propiedad de la empresa ALINCA por el recurrente, se comprobó la existencia de un antecedente concluyente al respecto de exclusión, cual es que estas mismas circunstancias (vinculación societaria, adjudicación discrecional y ausencia de la puesta en marcha efectiva de los preceptos preventivos frente al conflicto de interés) ya fueron objeto de reproche por el Tribunal de Cuentas en su Informe de Fiscalización Especial sobre los procedimientos de contratación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (nº fiscalización 829, publicado en el BOE de 24/08/2009)”.

Séptimo. Por su relevancia para la adopción de una decisión al respecto, se invoca la resolución de este Tribunal de 29 de diciembre de 2021 (recurso nº 1576/2021), que, en relación con la cuestión ahora planteada, manifiesta lo siguiente:

“Sobre el concepto de conflicto de interés en el ámbito de la contratación pública, existen múltiples resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión. Procede citar aquí, en particular la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de marzo de 2015, en el asunto eVigilo, C-538-13, (EU:C:2015:166), en la que concreta el concepto de conflicto de interés en los siguientes términos:

«35 Un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho. Un conflicto de intereses de ese tipo puede infringir el artículo 2 de la Directiva 2004/18.



36 A este respecto, el hecho de que el poder adjudicador haya nombrado expertos que actúan bajo su mandato para evaluar las ofertas presentadas no le exime de su responsabilidad de respetar las exigencias del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 23).

37 Para declarar la parcialidad de un experto es necesario valorar los hechos y las pruebas, valoración que forma parte de la competencia de los poderes adjudicadores y de las autoridades de control administrativas o judiciales».

Sentado lo anterior, continúa en los términos siguientes en relación con la carga de probar la parcialidad que puede conducir a considerar existente un conflicto de intereses:

«43 Como este deber corresponde al contenido esencial de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (véase la sentencia Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, apartado 45), de ello se desprende que 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 conflictos de intereses. Pues bien, resulta incompatible con ese papel activo hacer recaer sobre la demandante la carga de probar, en el marco del procedimiento de recurso, la parcialidad concreta de los expertos nombrados por el poder adjudicador. Una solución en ese sentido resulta también contraria al principio de efectividad y a la exigencia de un recurso eficaz que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665, dado que un licitador no está, por regla general, en condiciones de tener acceso a información y a elementos de prueba que le permitan demostrar una parcialidad de ese tipo.

44 De este modo, si el licitador excluido presenta elementos objetivos que ponen en entredicho la imparcialidad de un experto del poder adjudicador, incumbe al propio poder adjudicador examinar todas las circunstancias pertinentes que han conducido a la adopción de la decisión relativa a la adjudicación del contrato con el fin de prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba.



45 Elementos como los alegados en el litigio principal en relación con los vínculos entre los expertos nombrados por el poder adjudicador y los especialistas de las empresas adjudicatarias del contrato, en particular la circunstancia de que esas personas trabajen juntas en la misma universidad, pertenezcan al mismo grupo de investigaciones o tengan vínculos de subordinación en el seno de esa universidad, si se acredita debidamente, constituyen elementos objetivos que deben dar lugar a un examen pormenorizado por parte del poder adjudicador o, en su caso, por parte de las autoridades de control administrativas o judiciales».

Y con este fundamento, el Tribunal de Justicia concluye que «el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen en principio a que se declare la ilegalidad de la evaluación de las ofertas de los licitadores por el mero hecho de que el adjudicatario del contrato haya tenido vínculos significativos con expertos nombrados por el poder adjudicador que hayan evaluado las ofertas. El poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a tomar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. En el marco del examen de un recurso dirigido a obtener la anulación de la decisión de adjudicación debido a la parcialidad de los expertos, no puede exigirse al licitador excluido que demuestre concretamente la parcialidad del comportamiento de los expertos. Corresponde, en principio, al Derecho nacional determinar si —y en qué medida— las autoridades administrativas y judiciales competentes deben tener en cuenta la circunstancia de que una eventual parcialidad de los expertos haya tenido o no incidencia en la decisión de adjudicación del contrato».

Se invoca en esta reciente resolución de este Tribunal, la sentencia núm. 965/2019 de 27 diciembre del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (ECLI:ES:TSJAS:2019:3658), en la que se analiza la conformidad a Derecho de una exclusión acordada por un órgano de contratación al amparo del artículo 64 de la LCSP, por considerar que existe conflicto de intereses, supuesto con similitud al que ahora nos ocupa.

En la misma se manifiesta:

“«A la hora de determinar en qué circunstancias existe riesgo de conflicto de intereses y las consecuencias de su apreciación, se indica:

“98. En particular, según la jurisprudencia y el punto 2.3.6 de la PRAG, existe un riesgo de conflicto de intereses en el supuesto de que se haya encargado a una persona la realización de trabajos preparatorios en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, dado que, en tal supuesto, esa persona puede encontrarse en una situación que dé lugar a un conflicto de intereses (sentencia de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C-21/03 y C-34/03 , EU:C:2005:127 , apartados 28 a 30).

99. No obstante, si bien, a tenor del artículo 94 del Reglamento financiero, aquellos candidatos o licitadores que, durante el procedimiento de adjudicación de un contrato público, se hallen en una situación de conflicto de intereses quedarán excluidos de la adjudicación de dicho contrato, esta disposición solo permite excluir a un licitador de un procedimiento de adjudicación de un contrato público si la situación de conflicto de intereses a que se refiere es real y no hipotética. A estos efectos, es preciso que un riesgo de conflicto de intereses sea efectivamente constatado, tras una valoración en concreto de la oferta y de la situación del licitador (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127, apartados 32 a 36; de 19 de mayo de 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317 , apartados 26 a 30, y de 18 de abril de 2007, Deloitte Business Advisory/Comisión, T- 195/05 , EU:T:2007:107 , apartado 67).

101. Sin embargo, aunque el poder adjudicador no tiene una obligación absoluta de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, la exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado para evitar cualquier vulneración de los principios de



igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia (véase la sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10 , EU:T:2013:141 , apartados 116 y 117 y jurisprudencia citada)”.

Respecto al papel del poder adjudicador se señala:

“102. A este respecto, habida cuenta de que el poder adjudicador debe dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia, le corresponde un papel activo en la aplicación y el respeto de esos principios. 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 conflictos de intereses (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de marzo de 2015, eVigilo, C-538/13 , EU:C:2015:166 , apartados 42 y 43).

103. De todo lo anterior se desprende que incumbe al poder adjudicador, por una parte, garantizar, en cada fase de un procedimiento de licitación, el respeto del principio de igualdad de trato y, por otra parte, determinar en cada caso, tras una evaluación concreta, si una persona o un candidato se encuentra en una situación de conflicto de intereses antes de decidir excluirle o no del procedimiento de licitación y de llevar a cabo la adjudicación del contrato”. Resulta pues incuestionable el papel activo que se otorga al poder adjudicador en el control del principio de igualdad de oportunidades así como que la exclusión del licitador en quien concurra conflicto de intereses es no solo una consecuencia posible sino obligada para preservar el principio de igualdad de trato. Ya lo había afirmado la STGUE, 27 de abril de 2016 (ROJ: STGUE 33/2016 - ECLI: EU:T:2016:248):

46. En cambio, la existencia de un conflicto de intereses debe llevar a la entidad adjudicadora a excluir al licitador afectado cuando esa decisión constituya la única medida posible para evitar una vulneración de los principios de igualdad de trato y de transparencia, de obligado respeto en todo procedimiento de conclusión de un contrato público (véanse en ese sentido, y por analogía, las sentencias Assitur, apartado 43 supra, EU:C:2009:317, apartado 21 , y de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni y Consorzio stabile edili, C-376/08, Rec, EU:C:2009:808 , apartado 31), es decir, cuando no existe otra medida menos restrictiva para asegurar el respeto de esos principios (véase en ese sentido la sentencia



Nexans France/Empresa común Fusion forEnergy, apartado 45 supra, EU:T:2013:141 , apartado 117 y la jurisprudencia citada). Conviene precisar que un conflicto o una confusión de intereses constituye, en sí mismo y objetivamente, una disfunción grave o una anomalía seria, sin que sea necesario para su calificación tener en cuenta las intenciones de los interesados ni su buena o mala fe (véanse en ese sentido las sentencias de 15 de junio de 1999, Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas, T-277/97 , Rec, EU:T:1999:124 , apartado 123; Nexans France/Empresa común Fusion for Energy, citada en el apartado anterior, EU:T:2013:141 , apartado 115, y de 11 de junio de 2014, Communicaid Group/Comisión, T-4/13 , EU:T:2014:437 , apartado 53)».

Aplicando la citada doctrina al caso particular, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias concluye que efectivamente existe un conflicto de interés por los motivos siguientes:

«De la jurisprudencia transcrita se colige que para la apreciación de la existencia de un conflicto de intereses es necesaria una valoración en concreto de la oferta y, por otra parte, de la situación del licitador de que se trate; análisis objetivo que haga abstracción de las intenciones de los interesados de manera que, una vez constatada esta situación, determinar si la exclusión de ese licitador es el único remedio para garantizar la observancia de los principios de transparencia y de igualdad de oportunidades de los licitadores.

Así las cosas y valorada la situación de la demandante, se concluye la correcta apreciación del conflicto de intereses así como que la medida adoptada era la única factible. Y ello porque el objeto del contrato del que fue excluida (año 2018) es sustancialmente idéntico a los realizados en los años precedentes (2013 a 2015), en cuya elaboración y adjudicación había tenido una intervención directa uno de los dos únicos socios de la empresa como responsable del área de Comunicación y Coordinación de la Presidencia del Principado de Asturias. De ello resulta que la mercantil de la que el Sr. Sergio es además administrador único, parte de una posición de ventaja respecto a otros competidores en la medida en que, habiendo intervenido directamente en los términos de las contrataciones precedentes, era perfecto conocedor de las necesidades y exigencias administrativas que habían de satisfacerse».

Octavo. La aplicación de la jurisprudencia ahora expuesta, exigiría hacer una valoración de la oferta y de la situación en la que el licitador se encuentra de modo que tras realizar o llevar a cabo un análisis objetivo se colija que la exclusión del licitador es el único remedio para garantizar la observancia de los principios de transparencia y de igualdad de oportunidades de los licitadores.

En el supuesto que nos ocupa, la situación que habría originado el conflicto de interés es que el representante del ALINCA y el Jefe del Departamento de Obras del órgano de contratación, IBERMUTUAMU, compartieron la condición de socios en una mercantil (GESTIÓN INTEGRADA DE SOLUCIONES, S.L., disuelta desde el año 2013, adjuntándose por ALINCA para acreditar este hecho copia del Boletín Oficial del Registro Mercantil del día 5 de agosto de 2013), habiendo sido el Jefe del Departamento de Obras el que redactó el pliego de prescripciones técnicas y el informe de valoración de este procedimiento de licitación, hechos en ningún momento controvertidos.

Esta situación real de conflicto de interés, se habría conocido en la fase en que ALINCA presentó los certificados de obras realizados a fin de acreditar su solvencia técnica, momento en el cual el órgano de contratación, sin audiencia de esta mercantil, adoptó la decisión de excluirla, por considerar que era la única medida posible para garantizar la igualdad de trato y la transparencia en el proceso de licitación.

La consideración de la exclusión como medida válida en el caso de existencia de un conflicto de intereses, siempre y cuando esa decisión constituya la única medida posible para evitar una vulneración de los principios de igualdad de trato y de transparencia, de obligado respeto en todo procedimiento de conclusión de un contrato público, hace que su adopción en este procedimiento de licitación se considere correcta, al no existir ya en el momento en que se apreció el conflicto de interés ninguna alternativa posible que garantizara el principio de igualdad.

La existencia de un vínculo entre el licitador y personas que prestan servicios en la Mutua, en este caso de carácter societario y, aun tratándose de una sociedad ya disuelta, podría haber sido salvado en el caso de haberse adoptado medidas previas, como es la abstención del Jefe del Departamento de Obras al menos en la fase de valoración de las

ofertas. La no abstención en esta fase al menos, y habiéndose por su parte también redactado los pliegos, y encontrándose ya el proceso de licitación concluido sin posibilidad de volverse hacer una nueva valoración técnica por conocerse ya el valor de la oferta económica, permite concluir que la exclusión de ALINCA era la única medida posible a adoptar.

Si bien es cierto que es posible entender que quizás la exclusión se adoptó de una forma sorpresiva por parte del órgano de contratación, se considera que la misma tuvo que haber sido adoptada tras la realización de un análisis completo, incorporado al informe de exclusión anteriormente citado, sin que pueda apreciarse que se haya causado indefensión a ALINCA que en todo momento ha podido oponer lo que ha estimado conveniente en defensa de sus intereses.

En el presente caso, se ha realizado una investigación sobre la actuación del Jefe del Departamento de Obras, que evidencia la existencia de un interés personal respecto del administrador de la empresa recurrente. Apreciada la existencia de conflicto de interés en el seno de la Administración pública contratante, esta ha de proceder conforme exige el artículo 64 de la LCSP, no siendo la audiencia al licitador implicado relevante, como sucedería de apreciarse indicios fundados de la existencia de prácticas colusorias, dado que estas exigen analizar la conducta del licitador y terceros ajenos a la Administración Pública contratante

En cuanto al fondo, el Tribunal considera que la previa relación societaria entre el administrador de ALINCA y el Jefe del Departamento de Obras de IBERMUTUATUR, unida a la adjudicación continuada a lo largo del tiempo de contratos a favor de la recurrente, por importe de 899.000 euros entre los años 2007 y 2011, y dos contratos menores en 2016 y 2018, cuya selección ha corrido a cargo del mismo Jefe del Departamento de Obras, justifican la decisión de considerar que ha existido en el presente procedimiento un conflicto de intereses que ha beneficiado a la empresa ALINCA y que, dado el momento en que ha sido detectado, sólo se podía corregir con la exclusión de dicha empresa.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación



ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. L.M.F., en representación de ALINCA ESTUDIOS Y PROYECTOS, S.L., contra el acuerdo de adjudicación de 16 de noviembre de 2018, de la licitación convocada por IBERMUTUAMUR para contratar el *“Proyecto básico, de ejecución y dirección de obra para la construcción de un Centro Integral de Servicios en Gijón (Principado de Asturias)”*, expte. CG-2018/2821/0248.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.