



Recurso nº 428/2021

Resolución nº 937/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 22 de julio de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. R. F. A., actuando en su propio nombre y representación, contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación del Instituto Social de la Marina, de exclusión del recurrente del expediente de la licitación para el “*Servicio de asesoramiento técnico como Inspección de Flota para el Instituto Social de la Marina (en adelante, ISM) para los dos buques sanitarios que prestan asistencia sanitaria y logística a los barcos que faenan en el Atlántico Norte y en el Caladero Canario-Subsahariano*”, Expediente: 602021PA1002, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el Instituto Social de la Marina se ha tramitado el procedimiento de contratación del contrato de “*Servicio de asesoramiento técnico como Inspección de Flota*”.

El valor estimado del conjunto del contrato es de 816.000 €, IVA excluido.

Fue objeto de anuncio publicado en la plataforma de contratación del Sector Público el 18 de febrero de 2021.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante, por aplicación de la DT 1ª), y, en cuanto no se encuentre derogado por esta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.



Tercero. En sesión de 23 de marzo de 2021 de la mesa de contratación se procedió a la apertura y calificación administrativa de las ofertas del contrato de referencia, identificándose un solo concurrente o licitador, el ahora recurrente y acordándose su exclusión conforme al siguiente razonamiento:

«Tras la revisión de la documentación aportada por los licitadores la mesa concluye lo siguiente:

Proponer al Órgano de Contratación la exclusión del licitador CIF: xxxxx53x J. R. F. A. La Mesa advierte la existencia de un posible conflicto de intereses con arreglo al artículo 64 LCSP, ya que el licitador ha prestado sus servicios a este Organismo como Inspector de Flota en los últimos años y ha participado directamente en la elaboración de pliegos de contrataciones precedentes, lo cual le hace perfecto conocedor de las necesidades y exigencias administrativas, lo que puede suponer que este licitador parta de una posición de ventaja respecto de otros licitadores (TSJ Asturias, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia número 965/2019 de 27 de diciembre-JUR 2020/37452)».

Cuarto. El órgano de contratación, en su informe, recoge los siguientes hechos y manifestaciones, de relevancia para la solución de este asunto:

-El recurrente ha venido realizado tareas similares a las que se solicitan cubrir con la contratación del servicio de “Inspección de Flota” y aparentemente puede cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos, lo que no obsta a que otras empresas puedan participar en el procedimiento y obtener el correspondiente contrato. Así por ejemplo el Instituto Español de Oceanografía ya licitó en el ejercicio 2016 la contratación de unos servicios similares a los nuestros (Expediente 17A004).

-Asimismo se ha tenido el especial cuidado de que los pliegos contuvieran toda la información posible, y todos los elementos necesarios para conseguir que cualquier empresa partiera en igualdad de condiciones para poder presentarse con éxito a la licitación. Asegurando por tanto los principios de igualdad de trato y de transparencia para todos los licitadores.



-Aunque el recurrente ha estado destinado en el ISM, su puesto de trabajo no ha conllevado la toma de decisiones en la contratación o acciones a realizar. Ha realizado en dependencia funcional de esta Dirección, la promoción de los servicios y suministros de la flota de buques, en muchos de los cuales figura designado como “responsable del contrato” de acuerdo con el artículo 67 LCSP.

-Su asesoramiento a la Mesa Central del Contrataciones se ha dado en aquellos casos puntuales en los que se le ha requerido, bien por haber participado en la elaboración de los Pliegos de Prescripciones Técnicas, bien por ser cuestiones relacionadas con las funciones que tenía asignadas como funcionario de carrera.

-En el desarrollo de su puesto de trabajo como “Inspector de Flota”, no ha sido alto cargo en el ISM, no ha sido órgano directivo del ISM, (fue Director Provincial del ISM en Las Palmas de 2013 a 2021 desarrollando las tareas correspondientes a su cargo en el ámbito periférico) ya que ha estado dependiendo orgánicamente de la Subdirección General de Acción Social Marítima y funcionalmente de esta Dirección, no ha realizado formalización de contratos de servicios o suministros, no ha participado como Vocal en la Mesa de Contratación y no ha emitido resolución administrativa alguna respecto a ningún contrato, más que lo relativo al asesoramiento prestado a esta Entidad en su calidad de “Inspector de Flota”.

-Este órgano de contratación ante la ausencia de criterio al respecto emitido por el correspondiente órgano consultivo, así también lo considera, si bien admite que en la licitación se han respetado todos los principios de la contratación y en especial los de transparencia e igualdad de trato. No habiéndose registrado recurso contra los pliegos de la misma

Añade el recurrente como manifestación que causó baja en el ISM el 23 de febrero de 2021, fecha en la que cumplió la edad de 70 años, pasando a la situación de jubilación. Y que hasta ese momento venía ocupando la plaza de Técnico nivel 27 como funcionario de carrera, realizando labores similares a las que se exigían en esta licitación.

Quinto. La exclusión fue publicada en la plataforma el 23 de marzo de 2021, el mismo día. El recurso presente ha sido interpuesto el 31 de marzo de 2021.



Sexto. Por otro lado, anteriormente, el 25 de enero de 2021, se realizó por el órgano de contratación consulta genérica a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en la que interesaba conocer su criterio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, respecto la forma correcta de actuar en el supuesto de que a una licitación 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.

Sin que hasta la fecha se haya manifestado este órgano consultivo.

Séptimo. El 7 de abril de 2021, previo requerimiento de la Secretaría del Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el informe de aquel.

Octavo. Interpuesto el recurso no se ha procedido a la apertura de trámite de alegaciones a los demás interesados, pues ninguno hay.

Noveno. El día 30 de abril de 2021, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, resolvió la adopción de oficio de la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).



Segundo. El recurrente, como único licitador excluido, está legitimado para recurrir, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP. Establece dicho precepto que *«podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso»*.

Tercero. Se recurre la adjudicación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es de 816.000 €. El artículo 44.1.a) de la LCSP, establece.

«1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros...

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149».

En consecuencia, se trata de un acto recurrible.

Cuarto. En relación con el plazo para la interposición del recurso, el recurrente lo interpuso dentro de plazo conforme al artículo 50.1.d) LCSP.



Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, el recurso se fundamenta, en síntesis, en la falta de concurrencia del conflicto de interés que se aduce como único argumento para la exclusión, conforme al artículo 64 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Nuestra reciente Resolución 952/2020, de 20 de septiembre contiene un compendio de la doctrina sobre el concepto de conflicto de interés a que se refiere tal precepto, incluyendo, entre otras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias fundamento de la resolución recurrida:

«Entrando en el análisis de la cuestión, el artículo 64 de la LCSP, dedicado a la Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses, establece: ‘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’. Este precepto transpone el artículo 24 de la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, cuyo artículo 24, establece 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’.

Son escasas hasta ahora las resoluciones que han considerado el concepto de conflicto de intereses si bien no es ajeno al procedimiento administrativo, y en general a cualquier



proceso de toma de decisión que deba ajustarse a un principio de objetividad, transparencia e igualdad de trato la existencia de mecanismos o técnicas que garanticen la efectividad de estos principios en aras a asegurar que la decisión que se adopte encuentre su fundamento en los elementos que resultan del procedimiento y su finalidad al margen de las circunstancias o intereses de los miembros del Órgano de decisión. El ejemplo más clásico entre estas técnicas son las causas de abstención y recusación que se prevén las normas que rigen los procedimientos administrativos y judiciales y que tratan de evitar la parcialidad de las personas en las que concurriendo determinadas circunstancias personales o profesionales que les relacionan con las personas interesadas de manera que pudieran comprometer la decisión final del procedimiento.

En la Resolución nº 1323/2019, de 18 de noviembre el Tribunal señala que: ‘El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación. Este concepto no es ajeno a nuestra legislación, que en diversas normas establece mecanismos como la abstención y recusación para evitar que tales conflictos se produzcan, y la sanación de nulidad en el caso de que se dictaran actos en que concurra tal circunstancia. En este caso se constata en primer lugar que el recurrente no promovió incidente de recusación oportunamente, no siendo este Órgano competente para tramitar tal cuestión (vid. 24.4 de la ley) y, en segundo lugar, cabe señalar que la recurrente no aporta evidencia alguna de que en la actuación de los técnicos miembros de la Mesa, haya podido influir su supuesta relación laboral con la empresa adjudicataria, aportando tan sólo “pantallazos” de páginas Web respecto de las cuales ni siquiera existen nombres coincidentes con los alegados en su recurso. Por otro lado, el conocimiento previo de los licitadores, en principio y sin más evidencia probatoria, no puede entenderse como circunstancia suficiente para comprometer la imparcialidad de los técnicos intervinientes’.



La Sentencia núm. 965/2019 de 27 diciembre del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, citada por el recurrente, resume el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª)

‘95. El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica pues que estas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (véase la sentencia de 9 de septiembre de 2009, Brink’s Security Luxembourg/Comisión, T-437/05, EU:T:2009:318 apartado 114 y jurisprudencia citada).

Asimismo, el principio de igualdad de trato implica la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto cuando preparan sus ofertas como en el momento en que estas se someten a la evaluación del poder adjudicador (sentencia de 11 de junio de 2014, Communicaid Group/Comisión, T- 4/13, no publicada, EU: T:2014:43, apartado 580).

Ahora bien, si una persona puede, cuando licita en el contrato público de que se trate, influir involuntariamente en las condiciones de este, orientándolo en un sentido que le sea favorable, dicha persona puede encontrarse en una situación que dé lugar aún conflicto de intereses. Esta situación puede falsear la competencia entre los licitadores (sentencias de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C-21/03 y C-34/03, EU:C:2005:127, apartado 30, y de 11 de junio de 2014, Communicaid Group/Comisión, T-4/13, no publicada, EU: T:2014:437, apartado 53) y rompe la igualdad entre los licitadores. A la hora de determinar en qué circunstancias existe riesgo de conflicto de intereses y las consecuencias de su apreciación, se indica: 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 un 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). 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, T195/05, EU: T:2007:107, apartado 67). 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: 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 for Energy, 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).” La recurrente cita también la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 12 de marzo de 2015, Caso eVigilo Ltd contra Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos. En el asunto C-538/13. Esta sentencia argumenta: ‘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. (...) 42. Por lo que atañe a las normas sobre la prueba a este respecto, procede señalar que, de conformidad con el artículo 2 de la Directiva 2004/18 (LCEur 2004, 1837), los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia. De ello se deduce que se les atribuye un papel activo en la aplicación de esos principios de adjudicación de los contratos públicos. 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 [TJCE 2008, 312], 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 (LCEur 1989, 1895), 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. (...) 47. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letras a) y b), que el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 (LCEur 1989, 1895) y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 (LCEur 2004, 1837) 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 incidencia en la decisión de adjudicación del contrato’.



El Tribunal General de la Unión Europea en relación la norma de conflicto de intereses contenida en el Reglamento Financiero -Reglamento (CE, Euratom) n.º 2342/2002 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002- y el principio de «buena administración» que aplica la Comisión Europea en su contratación también se ha pronunciado en diversas sentencias cuyos criterios también pueden aclarar la integración del conflicto de intereses en el procedimiento de contratación. La Sentencia de 27 abril 2016 Tribunal General de la Unión Europea (Sala Cuarta) Asunto T-556/11, Caso European Dynamics Luxembourg SA y Otros contra Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO). “43. Como se deduce de la lectura conjunta de las sentencias de 3 de marzo de 2005 (TJCE 2005, 53) , Fabricom (C-21/03 y C-34/03, Rec, EU:C:2005:127, apartados 26 a 36), y de 19 de mayo de 2009 (TJCE 2009, 146), Assitur (C-538/07, Rec, EU:C:2009:317, apartados 21 a 32), la existencia de vínculos estructurales entre dos sociedades, de las cuales una ha participado en la elaboración del pliego de condiciones y otra en el procedimiento de licitación del contrato público de que se trate, puede crear en principio ese conflicto de intereses. En cambio, atendiendo a esa jurisprudencia, el riesgo de conflicto de intereses resulta menos grave cuando la sociedad o sociedades encargadas de la preparación del pliego de condiciones no forman parte ellas mismas del consorcio licitador, sino que sólo son miembros del mismo grupo de empresas del que también forman parte la sociedad miembro de ese consorcio, como ocurre en este asunto. 44. Suponiendo que esa situación pudiera originar realmente un conflicto de intereses, es preciso observar que, en este caso, la EUIPO comprobó y demostró de modo suficiente en Derecho que ese potencial conflicto de intereses no podía influir en el desarrollo del procedimiento de licitación ni en su resultado. 45. Hay que recordar en ese sentido que la mera constatación de una relación de control entre PWC Internacional y sus diferentes filiales no basta para que la entidad adjudicadora pueda excluir automáticamente a una de esas sociedades del procedimiento de licitación, sin comprobar si esa relación incide de modo concreto en su conducta en ese procedimiento (véase en ese sentido la sentencia Assitur [TJCE 2009, 146], apartado 43 supra, EU:C:2009:317, apartado 32). Lo mismo puede decirse, con mayor razón aún, cuando se constata que la ejecución de ciertos trabajos preparatorios ha corrido a cargo de una sociedad perteneciente un grupo de empresas y otra empresa del grupo participa en el procedimiento de licitación como miembro de un consorcio licitador, debiendo ofrecerse a esta última empresa la oportunidad de demostrar que esa situación no implica



ningún riesgo para la competencia entre los licitadores (véanse en ese sentido, y por analogía, las sentencias *Fabricom* [TJCE 2005, 53] , apartado 43 *supra*, EU:C:2005:127, apartados 33 a 36, y de 20 de marzo de 2013, *Nexans France/Empresa común Fusion for Energy*, T-415/10, Rec, EU:T:2013:141, apartado 116). 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* [TJCE 2009, 146] , apartado 43 *supra*, EU:C:2009:317, apartado 21, y de 23 de diciembre de 2009 [TJCE 2009, 402] , *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 for Energy*, 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). (...) 48. Además, del punto 13.1, párrafo primero, letra g), segunda frase, del pliego de condiciones se desprende que se considera que existe conflicto de intereses, entre otros casos, cuando «un subcontratista de un licitador principal que haya participado en la preparación del [...] procedimiento de licitación no pueda demostrar que su oferta no es capaz de falsear la competencia, es decir, que no constituye un riesgo para la misma». Pues bien, como mantiene la EUIPO, a falta de indicios en sentido contrario, el hecho de que la oferta del consorcio *Drasis* obtuviera, por su calidad técnica, una puntuación claramente inferior a la atribuida a la oferta de la primera demandante, que era la mejor puntuada por ese concepto (véase el apartado 14 anterior), demuestra por sí mismo que los vínculos estructurales indirectos entre *PWC Spain*, por una parte, y *PWC UK* y *PWC Belgium*, por otra, que estaban precisamente encargadas de la preparación de la faceta técnica del pliego de condiciones, o la conducta de esas



sociedades, no tuvieron incidencia en la competencia entre licitadores, sobre todo en perjuicio de la primera demandante. (...) 49. Así pues, las demandantes no han demostrado de modo suficiente en Derecho que el eventual conflicto de intereses derivado de los vínculos estructurales indirectos entre PWC Spain, PWC UK y PWC Belgium pueda haber influido en el procedimiento de licitación. en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 42 anterior.” Por último, citaremos la Sentencia de 13 de octubre de 2015 del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda) Caso *Intrasoft International SA contra Comisión Europea*. En el asunto T-403/12, “74. A este respecto, es necesario recordar que el artículo 94 del Reglamento financiero sólo 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. 18 Esto no significa que un riesgo de conflicto de intereses sea insuficiente para excluir una oferta. Efectivamente, en principio, un conflicto de intereses únicamente puede concretarse durante la ejecución del contrato. Antes de la conclusión del contrato, el conflicto de intereses sólo puede ser potencial y dicha disposición del Reglamento financiero implica, pues, un razonamiento en términos de riesgo. No obstante, para que el licitador pueda ser excluido del procedimiento es preciso que dicho riesgo sea efectivamente constatado, tras una valoración en concreto de la oferta y de la situación del licitador. A estos efectos resulta insuficiente la mera posibilidad de un conflicto de intereses (sentencia *Deloitte Business Advisory/Comisión*, citada en el apartado 62 supra, EU: T:2007:107, apartado 67). 75. El concepto de conflicto de intereses tiene un carácter objetivo y se requiere, para caracterizarlo, hacer abstracción de las intenciones de los interesados, en particular, de su buena fe (véase la sentencia de 20 de marzo de 2013, *Nexans France/Empresa común Fusion for Energy*, T-415/10, Rec, EU: T:2013:141, apartado 115 y jurisprudencia citada). 76. No existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que tal exclusión no se justifica en aquellos casos en que puede probarse que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el marco del procedimiento de licitación y que no supone un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores. En cambio, 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 (sentencia *Nexans*



France/Empresa común Fusion for Energy, citada en el apartado 75 supra, EU: T:2013:141, apartados 116 y 117)'.

Finalmente, llevando los criterios expuestos al caso objeto de este procedimiento resulta que la entidad contratante Aigües i Sanejament, D'Elx, SA está participada por HIDRAQUA. A su vez, ésta forma parte del Grupo Suez, grupo del que también forma parte una de las licitadoras AQUAMBIENTE. En el Consejo de Administración Aigües i Sanejament D'Elx, Sa está representada HIDRAQUA y en la mesa de contratación está un antiguo apoderado de TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES Expdte. TACRC – 640/2020 VAL 178/2020 19 HIDRAQUA que hoy es el gerente de Aigües i Sanjament D'Elx, SA. Las relaciones societarias de grupo societario entre HIDRAQUA y AQUAMBIENTE pueden constituir un supuesto de conflicto de intereses que hubiera merecido mayor diligencia en el Órgano de Contratación en orden a adoptar las medidas en prevención de posibles interferencias de intereses del grupo societario en perjuicio de la objetividad, imparcialidad y transparencia del procedimiento. Lo cierto es que no se adoptaron otras medidas específicas de carácter preventivo, pero tampoco se advirtió esta circunstancia por la empresa PARKINSONIA tras conocer que una de las licitadoras estaba relacionada con HIDRAQUA sin que resulta ninguna justificación sobre ambas omisiones más allá de la idea de que no se producía conflicto alguno».

Sexto. Se trata, por tanto, de determinar si concurre en el presente caso el conflicto de intereses regulado en el artículo 64 de la LCSP, en el que un funcionario jubilado se presenta como licitador a un contrato de servicios, para prestar las funciones de Inspector de Flota que venía desarrollando como funcionario de carrera en activo, antes de la jubilación, por un importe anual, teniendo en cuenta la parte fija y variable del contrato, de hasta 198.000 euros (exento de IVA y de IGIC, según el PCAP, en base al artículo 22.Uno 2ª de la Ley 37/1992).

El artículo 64 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público establece lo siguiente:

«Artículo 64. Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses.



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».

(El subrayado es nuestro).

La expresión «al menos» que utiliza el precepto a la hora de definir el concepto de conflicto de intereses, y la mención del párrafo primero de que lo que se trata de evitar es cualquier distorsión de la competencia, garantizando la transparencia y la igualdad de trato entre licitadores, indica, a nuestro juicio, que dicha definición de conflicto de intereses no se ciñe al supuesto a que hace referencia, sino a todos aquellos en los que se vea comprometida la imparcialidad e independencia en el procedimiento de contratación.

Así parece haberlo interpretado también la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que en su informe 16/2019, con cita de otros anteriores, afirma que el concepto de conflicto de intereses supone la existencia de vinculaciones personales o de otra índole, susceptibles de afectar al componente de imparcialidad que debe presidir las actuaciones del órgano de contratación.

Parece que el supuesto concreto reflejado en la norma es aquel que sucede cuando el personal de la Administración que participa en el procedimiento de contratación tiene interés en favor de algún licitador, y dicho personal puede influir en la elección de la



empresa adjudicataria. Pero, como hemos dicho, el artículo 64 LCSP afirma que, al menos en este supuesto hay conflicto de intereses, lo que permite apreciar también otras situaciones de conflicto de intereses análogas a la regulada, siempre que se produzca la circunstancia de verse comprometida de manera efectiva la objetividad de la valoración.

En este caso, en opinión del Tribunal la participación en el procedimiento como licitador de una persona física (funcionario jubilado), que ha prestado en el pasado, como funcionario en activo, las mismas funciones que se demandan en el contrato licitado, y que según el PPTP están estrechamente ligadas con la contratación (apartados E a H de la prescripción número 1, y anexos al PPTP), compromete de manera efectiva la imparcialidad y objetividad del órgano de contratación a la hora de valorar las ofertas de los potenciales licitadores.

Es más, el Tribunal no sólo considera que la objetividad e imparcialidad en la valoración de las distintas ofertas se puede ver seriamente comprometida con la participación de una persona que ha sido durante años un funcionario incardinado, al menos en parte, en el servicio de contratación, sino que dicha situación ya ha afectado de manera significativa a la redacción del PCAP, que establece una serie de cláusulas que parecen haber tenido en cuenta que dicha persona iba a presentar oferta en el procedimiento.

-La cláusula 8.3 establece un compromiso de adscripción de medios personales para la ejecución del contrato de una persona que reúna todos estos requisitos:

a) Titulación de Grado en Náutica y Transporte Marítimo, Grado en Ingeniería Marina, Grado en Tecnologías Marinas, Grado en Ingeniería Radioelectrónica Naval o licenciaturas equivalentes; Capitán de la Marina Mercante, Jefe de Máquinas de la Marina Mercante u Oficial Radioelectrónico de Primera Clase de la Marina Mercante, a tenor de lo establecido en el artículo 278 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre y que haya prestado labores como los que figuran en el objeto del contrato del presente pliego durante al menos 10 años, y de cinco años, en los últimos siete concluidos, en la realización de dichos trabajos.

b. Conocimientos y experiencia en Inspección de Buques.



c. Conocimientos del aplicativo informático AMOS.

d. Conocimientos de seguro marítimo.

e. Conocimientos y experiencia en la tramitación de expedientes para la contratación administrativa, con redacción de Pliegos de Prescripciones Técnicas para la contratación de servicios de mantenimiento de buques.

-La cláusula 9.1 exige un umbral mínimo de puntuación en los criterios sometidos a juicio de valor para pasar a la siguiente fase de valoración objetiva de un 66,67% de los puntos totales, estableciendo la cláusula 9.2 una forma de valorar las ofertas que hace que las «ofertas de calidad media», distintas a las del licitador mejor valorado, obtengan un máximo de 25 puntos, inferiores a los 30 exigidos para superar el umbral mínimo.

-La cláusula 8.1 relativa a la solvencia económica permite a los licitadores aportar un mero compromiso de suscripción de un seguro para el caso de resultar adjudicatario, en contra de lo que establecen el artículo 87.1.b) de la LCSP y el artículo 11.4.a) del Real Decreto 1098/2001 (RGLCAP), que exigen un seguro en vigor hasta el fin del plazo de presentación de ofertas.

Por todos estos motivos, el Tribunal considera que existe efectivamente una situación de conflicto de intereses, ya que, como establece el artículo 64 LCSP, la participación del licitador excluido compromete la competencia efectiva en el procedimiento, la transparencia y la igualdad de los licitadores, y la objetividad e imparcialidad en el resultado final de la licitación convocada.

Así pues, la exclusión acordada se considera conforme a Derecho, por lo que debe desestimarse el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. R. F. A., actuando en su propio nombre y representación, contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación del Instituto Social de la Marina, de exclusión del recurrente del expediente de la licitación para el “*Servicio de asesoramiento técnico como Inspección de Flota para el Instituto Social de la Marina (en adelante, ISM) para los dos buques sanitarios que prestan asistencia sanitaria y logística a los barcos que faenan en el Atlántico Norte y en el Caladero Canario-Subsahariano*”, Expediente: 602021PA1002.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP

Tercero. 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 sanción prevista en el artículo 58 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 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.