

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 9 de diciembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don L.H., en nombre y representación de Antares Consulting, S.A. y don M.T.G., en nombre y representación de Manifest Design, S.L., contra *“la actuación administrativa por la que el SERMAS ha llevado a cabo la comunicación de la clasificación de las ofertas”* relativas al contrato “Apoyo técnico a la Unidad Técnica de Control encargada de monitorizar la prestación de los servicios no sanitarios en los hospitales gestionados en régimen de concesión y de los gestionados de forma centralizada en los hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: PA SER-4/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 13, 21 y 14 de agosto de 2015, se publicó respectivamente, en el DOUE, BOE y BOCM anuncio de licitación del contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios y un valor estimado de 4.822.569,62 euros.

Segundo.- Las mercantiles Antares Consulting, S.A. y Manifest Design, S.L. han participado en la licitación, con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas.

El 20 de octubre de 2015, el órgano de contratación publicó en el tablón de anuncios electrónico de la licitación un documento, que se denomina “Ofertas Económicas”, en el que se establece la puntuación obtenida por los licitadores. Además, en el citado documento se lleva a cabo la clasificación de las ofertas por orden de puntuación, habiendo sido propuesta como adjudicataria la UTE Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras, S.L. - ASIME, S.A.

Considerando que se pueden derivar ciertas inconsistencias en algunos licitadores con respecto a las exigencias del PCAP, que podrían llegar a afectar de manera notable al resultado del proceso de licitación, el 21 de octubre de 2015, la UTE recurrente solicitó el acceso al expediente administrativo, para así constatar, entre otras cuestiones, las posibles incompatibilidades y conflictos de intereses, la adecuación de las propuestas y ofertas técnicas de los licitadores, el contenido de las actas e informes de la Mesa y del órgano de contratación, los posibles requerimientos de subsanación o bien las solicitudes de aclaración que se hayan efectuado, etc. y el mismo día puso de manifiesto al órgano de contratación, a través de un amplio escrito, diversas circunstancias que afectarían al procedimiento de licitación. De manera particular, en relación con las previsiones del apartado 29 de la cláusula 1 del PCAP, relativo a la situación de conflicto de interés en que puedan encontrarse los licitadores para la realización de las tareas objeto del contrato.

Tercero.- Con fecha 6 de noviembre de 2015 se presentó recurso especial en materia de contratación. Su argumentación se basa en que el órgano de contratación ha vulnerado el derecho a un recurso efectivo, al no permitir que pueda tomar vista del expediente de contratación.

El 18 de noviembre de 2015 este Tribunal acordó *“Conceder a las recurrentes un plazo de cinco días hábiles común para que procedan al examen del expediente*

administrativo en los términos más arriba indicados, en la sede del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, sito en la calle Carrera de San Jerónimo, 13; 1ª planta, y para que, en su caso, procedan a completar su recurso, tras lo que se concederá al órgano de contratación nuevo plazo de 2 días hábiles para que emita el informe correspondiente.”

El 25 de noviembre se ha procedido a la ampliación del recurso en base a lo examinado en sede de este Tribunal, habiendo sido remitida dicha ampliación al órgano de contratación el mismo día.

El 1 de diciembre el órgano de contratación remitió el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP) en el que informa que la Mesa de contratación valoró la solvencia encontrándola suficiente, sin referencia a lo señalado en el recurso y sin pronunciarse sobre los motivos de recurso referentes a la posible existencia de conflicto de intereses.

Cuarto.- Con fecha 2 de diciembre de 2015, el Tribunal acordó, de oficio, la suspensión del expediente de contratación.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

El 4 de diciembre se ha recibido escrito de alegaciones en nombre de la UTE de Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras, S.L.- Asime, S.A., que manifiesta que en el recurso se contienen numerosas inexactitudes y falsedades dirigidas a tratar de desacreditar su oferta pese a que ya ha declarado que no tiene en la actualidad conflicto de intereses y/o incompatibilidad alguna y se ha comprometido a desarrollar su labor durante el plazo de vigencia del contrato con la máxima imparcialidad y profesionalidad, a comunicar al órgano de contratación

cualquier modificación de las circunstancias actuales y a declarar por escrito la inexistencia de interés de producirse dicha modificación. Considera que el resultado de la licitación es terminante y pone de manifiesto que dicha UTE ha formulado la oferta económicamente más ventajosa, las necesidades administrativas a satisfacer se están viendo desatendidas como consecuencia de las actuaciones de las recurrentes. Afirma que la actuación recurrida no es susceptible de recurso especial y que el escrito de alegaciones complementarias es, realmente, un segundo recurso especial frente a la misma actuación administrativa pero interpuesto fuera de plazo, procediendo la inadmisión de ambos recursos especiales. En todo caso, subsidiariamente y para el caso de que no se inadmitan los recursos interpuestos, puntualiza o modifica las afirmaciones contenidas en el recurso, como se verá al entrar al fondo del mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Como ha mantenido el Tribunal en otras Resoluciones, aunque el acto que pone fin al procedimiento, la adjudicación es susceptible de recurso especial y los actos de tramite sólo lo son cuando producen indefensión o deciden directa o indirectamente sobre la adjudicación, en el caso de la clasificación definitiva es de presumir que la decisión del órgano de contratación relativa a la adjudicación, será la de adjudicación en el orden de la clasificación y por economía procesal, si el recurso se interpone contra dicho acto, cabe la admisión del mismo para evitar su reproducción días después en los mismos términos. En este caso la impugnación de la clasificación impide un ulterior recurso contra la adjudicación basado en los mismos fundamentos. En consecuencia, el acto es susceptible de recurso especial al tratarse de un contrato de servicios de la categoría 11, sujeto a regulación armonizada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Tercero.- Debe examinarse si el recurso se interpuso en plazo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del TRLCSP.

En este caso, la clasificación de las ofertas se publicó en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el día 20 de octubre y el recurso se interpuso el día 6 de noviembre, dentro del plazo legal. Asimismo, la ampliación del recurso, una vez permitido el acceso al expediente en sede del Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo concedido.

Tal y como exige el artículo 16 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPER), para esgrimir la falta de acceso al expediente administrativo, *“El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado anterior por el órgano de contratación no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”*.

El artículo 29.3. del RPER establece que *“Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones.”*

Alega la recurrente que el plazo de cinco días supone la reducción de facto del plazo de 15 días establecido en la Ley por causas no imputables al recurrente.

En expedientes complejos bastará la negativa del órgano de contratación al acceso al expediente, aunque no esté justificada, para mermar de manera notable el efectivo derecho al recurso.

El Tribunal es plenamente consciente de las situaciones e incidencias que se pueden plantear en este tipo de supuestos, también conoce las características del recurso especial entre las que figura la rapidez, eficacia y efecto útil. Se trata, en todo caso, de la aplicación de la norma reglamentaria que regula la materia.

Cuarto.- En primer lugar conviene hacer unas consideraciones sobre la legitimación de las recurrentes.

El orden de clasificación de las ofertas ha sido:

1º	UTE Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras, SL - ASIME, SA	100 puntos
2º	HILL Interntional Spain	87,58 puntos
3º	Investigación y Control de Calidad (INCOSA)	83,50 puntos
4º	UTE Antares consultin, SA - Manifest Design, SL	71,41 puntos
5º	Técnica y Proyectos, SA	45,80 puntos

El Acuerdo de este Tribunal de 18 de noviembre reconoció legitimación a las recurrentes para la interposición del recurso en cuanto solicitaban el acceso al expediente de contratación al efecto de poder fundar el recurso y en cuanto alegaban posibles defectos en la acreditación de la solvencia de las licitadoras, adecuación de la oferta técnica a los requerimientos del PPT y delimitación del alcance del apartado 29 de la cláusula 1 del PCAP en relación con las posibles incompatibilidades y conflictos de intereses de la empresas licitadoras y/o sus asesores.

Una vez concedido acceso al expediente en sede del Tribunal se ha presentado escrito de ampliación del recurso en el que se invocan como motivos del

mismo:

- (i) que la mercantil INCOSA no cumple con el criterio de selección de la solvencia económica y financiera;
- (ii) que la solvencia del Director del contrato propuesto por INCOSA no se ajusta a los requerimientos del PCAP;
- (iii) que la solvencia del Director del proyecto propuesto por INCOSA no se ajusta a los requerimientos del PCAP;
- (iv) que la mercantil INCOSA incumple el requisito de solvencia exigido en el PCAP acerca de la experiencia del Asesor Jurídico;
- (v) otras inconsistencias derivadas de la solvencia que acredita INCOSA;
- (vi) que la aplicación de las previsiones contempladas en el apartado 29 de la cláusula 1 del PCAP podría afectar de manera notable a la licitación en cuanto les podrían impedir resultar adjudicatarios del contrato y en particular que el órgano de contratación no ha evaluado los escritos y documentos complementarios que les habían facilitado referidos a las licitadoras UTE Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras, S.L. - ASIME, S.A. y HILL International Spain, S.A.U.;
- (vii) incompatibilidades del despacho de abogados que todos los licitadores han aportado.

La pretensión del recurso es que se acuerde la exclusión del procedimiento de los tres licitadores aludidos sobre la base de los defectos e irregularidades invocados.

El recurso ha sido interpuesto por una licitadora que ostenta legitimación *ad procesum*, al tratarse de la oferta clasificada en cuarto lugar “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (Artículo 42 del TRLCSP), en cuanto se dirige contra la adjudicataria y todas las ofertas clasificadas por delante suyo en el orden de clasificación, pudiendo obtener, de prosperar el recurso contra las tres anteriores, la adjudicación del contrato.

Una vez reconocida legitimación *ad procesum*, cabe señalar que la

legitimación *ad causam* necesita un análisis del fondo del asunto, pues de no obtener la pretendida exclusión de alguna de las tres licitadoras mejor clasificadas que la recurrente, no podría obtener la adjudicación del contrato, por lo que carecería de la legitimación activa necesaria para la admisión del recurso. La legitimación requiere una relación unívoca e inmediata entre quien la ejerce y el objeto de la pretensión, de manera que la anulación del acto impugnado que se pretende produzca un efecto actual y cierto para el recurrente del que surge el interés legítimo. La legitimación de la recurrente tiene como presupuesto y como fundamento la pretensión de exclusión de las tres licitadoras clasificadas por delante de ella, de manera que la desestimación de su pretensión de exclusión de la primera no le permitiría estar legitimada para recurrir contra las siguientes; y si se estimase su motivo de recurso respecto de la exclusión de la primera en el orden de clasificación, la obtención de sus pretensiones precisa, necesariamente, también la estimación respecto de la exclusión de la segunda y de la tercera, puesto que, de lo contrario, ningún beneficio obtendría ella misma, sino la situada en segunda o tercera posición en el orden de clasificación que no han formulado recurso.

Queda acreditada la representación de los firmantes del recurso.

Quinto.- Como consecuencia de lo expuesto en el fundamento anterior, para la resolución del recurso debe alterarse el orden de exposición de los motivos que constan en el mismo y comenzar analizando los que afectan a la oferta mejor clasificada (UTE Asesoría Integral de Inversiones e Infraestructuras S.L.- ASIME, S.A. y, en su caso, los motivos referidos a las restantes licitadoras según el orden de clasificación.

El apartado 29 de la cláusula 1 del PCAP “Características del contrato”, establece una regulación específica en orden a la prevención de conflictos de intereses e incompatibilidades:

“La Entidad adjudicataria, y/o la persona física o jurídica que aquella subcontrate para la realización de las tareas de asistencia técnico-legal previstas en la presente documentación contractual, no podrán tener compromisos con terceros

que puedan suponer encontrarse en una situación de conflicto de intereses para la realización de las mencionadas tareas.

En particular, no podrán haber participado, directa o indirectamente, en el asesoramiento jurídico a las Sociedades Concesionarias de los contratos de concesión de obras públicas licitados en el marco del Plan de infraestructuras Sanitarias 2004-2007 ni a sus empresas vinculadas.

Tampoco podrán prestar asesoramiento jurídico alguno a dichas Sociedades Concesionarias ni a sus empresas vinculadas durante el periodo de ejecución del presente contrato, en aquellas materias relacionadas con el objeto de los contratos de concesión, y que afectasen directa o indirectamente a los intereses de la Administración Sanitaria como órgano de contratación.

La entidad adjudicataria, en el momento de la firma del contrato, se compromete a presentar declaración expresa y por escrito de la inexistencia de conflictos de interés. Igualmente, la entidad adjudicataria se compromete a comunicar cualquier modificación de las circunstancias existentes, así como a declarar por escrito sobre la inexistencia de situaciones de conflicto de interés ante esas posibles modificaciones.

El incumplimiento de esta obligación podrá suponer la resolución del contrato con la indemnización de daños y perjuicios que proceda”.

El PCAP prohíbe de manera expresa que la entidad adjudicataria -y, en su caso, los asesores jurídicos externos que pueda incorporar para dar cumplimiento a las previsiones de la documentación contractual-, tenga compromisos con terceros que puedan suponer encontrarse en una situación de conflicto de intereses. Su finalidad es evitar que pueda existir un conflicto entre las obligaciones del contratista y sus intereses privados, que pueda indebidamente influir en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades a la hora de monitorizar y supervisar los contratos objeto de seguimiento, con plena garantía de su neutralidad, objetividad e integridad. Y también, por lo tanto, más allá de la regulación de las prohibiciones e incompatibilidades del propio TRLCSP. Todo ello con el fin de que el adjudicatario del contrato público ejecute sus tareas con plena objetividad e independencia, buscando satisfacer los intereses públicos y al margen de cualquier otro factor que

expresen intereses privados, bien sean económicos, financieros, accionariales, mercantiles, etc. La exigencia del PCAP trata de evitar que existan vinculaciones de cualquier tipo entre el supervisor y las entidades supervisadas y/o sus socios.

Entiende la recurrente que lo anterior procede no solo en relación con las situaciones de hecho en las que se pueda acreditar de manera clara e inequívoca un conflicto de interés, sino también aquellas otras en las que exista un aparente o potencial conflicto de interés que puedan condicionar la toma de decisiones del contratista.

La Directiva 2014/24/UE, vigente pero aun no transpuesta al ordenamiento jurídico nacional, pero aplicable a efectos interpretativos en cuanto no se oponga al TRLCSP, recoge en su artículo 58, relativo a los criterios de selección, en concreto respecto de la capacidad técnica y profesional: *“los poderes adjudicadores podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés que pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato”*.

La regulación legal del conflicto de intereses se centra por un lado en el establecimiento de prohibiciones para contratar contenida en el artículo 60 del TRLCSP y por otro en el 319, que establece la obligación de abstención o posibilidad de recusación de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en la forma prevista en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Ninguna de dichas circunstancias es objeto del recurso.

En el TRLCSP el artículo 56.2 establece que los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones no podrán adjudicarse a la misma empresa adjudicatarias de los correspondientes contratos de obras, ni a las empresas a éstas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

El TRLCSP regula en el artículo 52 la figura del responsable del contrato al que corresponde la supervisión de la ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, que deberá ser una persona física o jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o ajena a él. En consecuencia, la existencia de conflictos de intereses en la figura del responsable del contrato se puede apreciar tanto si se trata de una persona vinculada al órgano de contratación como ajena a él.

La previsión de la cláusula 1.29 del PCAP, además de lo anterior, es una especificación contractual del régimen de incompatibilidades exigible al adjudicatario del contrato y sus colaboradores en orden a garantizar la inexistencia de conflictos de intereses.

Las tareas que llevará a cabo el adjudicatario del contrato consistirán en monitorizar el adecuado funcionamiento y prestación por los concesionarios de doce hospitales y de los contratistas de cuatro contratos centralizados vitales para el funcionamiento de la sanidad pública madrileña, en un servicio de apoyo a la Administración que, *de facto*, supone en su conjunto asumir las tareas previstas en el artículo 52 del TRLCSP para el responsable del contrato: la misión del adjudicatario del contrato de servicios será asegurar la correcta realización de las prestaciones pactadas y supervisar la ejecución de los 16 contratos citados.

A la vista de lo expuesto, cabe concluir que el TRCLSP prohíbe que la vigilancia o supervisión de un contrato pueda adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias o a otras vinculadas a las mismas y que la figura del responsable del contrato puede recaer en personas ajenas al propio órgano, cuya actuación estará limitada en el supuesto de existencia de conflicto de intereses. Además, el PCAP establece una previsión específica para la adjudicación del contrato concreto. Al efecto, la cláusula 1.29 concreta, en particular, como supuestos de tal conflicto, el haber participado directa o indirectamente en el asesoramiento jurídico de las sociedades concesionarias de los contratos de concesión de obras publicas licitados

en el marco del Plan de infraestructuras sanitarias 2004/2007, o a sus empresas vinculadas y también prestar dicho tipo de asesoramiento durante el periodo de ejecución del contrato en aquellas materias relacionadas con el objeto de los contratos de concesión.

Concluyen las recurrentes que en caso de que exista un conflicto de interés, la única solución posible es la exclusión del licitador.

Procede, por tanto, en primer lugar, determinar en qué consiste la mentada existencia de conflicto de intereses a la vista de la disposición específica del PCAP. Ni el TRLCSP ni el PCAP definen dicho concepto.

El conflicto de intereses ha sido armonizado en la normativa de contratación europea, procediendo a su definición en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE, estableciendo que *“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”*.

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) propuso como definición *“un conflicto de intereses es un conflicto entre el deber y los intereses privados de un empleado público cuando el empleado tiene a título particular intereses que podrían influir indebidamente en la forma correcta de ejercicio de sus funciones y responsabilidades oficiales”*. Esta última definición se aplica a todos los tipos de contratación pública financiados con fondos de la UE en el marco de las acciones estructurales y la política de cohesión, con independencia de su cuantía. La OCDE identifica tres tipos de conflicto de intereses: el real, el aparente y el potencial.

Por otra parte, la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, define que hay conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas.

Como criterio interpretativo, cabe remitirse, además de al derecho comunitario en materia de contratación pública, a las guías publicadas en la materia. Así el documento de la Comisión Europea (Oficina Europea de Lucha contra el Fraude – OLAF-) 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”*, elaborado en el año 2013, establece algunas pautas relevantes en la materia.

El conflicto de intereses que no se aborde adecuadamente en un procedimiento de contratación pública tiene impacto en la regularidad de los procedimientos, conduce a la infracción de los principios de transparencia, igualdad de trato o no discriminación que debe respetar un contrato público. Por ello es comprensible que, como sucede en esta contratación, se requieran declaraciones o compromisos específicos de los implicados en las actividades del contrato. El hecho de efectuar la declaración puede dar a los órganos de contratación una falsa impresión de seguridad y a la persona que la presenta una falsa sensación de descargo. Por ello, es importante que sepan que sus declaraciones pueden ser verificadas. Además de dicha declaración es necesario establecer normas para verificar las mismas.

Las directrices de los órganos de contratación deberán comprender los casos de conducta indebida por parte de los expertos externos y establecer las medidas que deban adoptarse y las sanciones que deban aplicarse. Los contratos firmados con dichos expertos deberán incluir cláusulas que contemplen sanciones por conducta indebida que podrán variar desde la rescisión anticipada del contrato hasta

la exclusión de participar en procedimientos de contratación durante una serie de años.

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 intereses real, sino siempre que haya motivos para albergar dudas sobre su imparcialidad.

Según la mencionada Guía de la OLAF, la declaración de ausencia de conflicto de intereses deberá contener la definición de conflicto de intereses establecida en el Reglamento Financiero y todos los requisitos de cualquier código de conducta ética aplicable al proceso y relacionado con el conflicto de intereses, con referencia expresa al procedimiento de contratación pública en cuestión y una referencia a las sanciones disciplinarias, administrativas o penales aplicables en caso de falsa declaración.

La anteriormente citada Guía de la Comisión, en el apartado 3.4 titulado “*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. Al efecto de detectar un posible fraude o corrupción, introduce unos indicadores que denomina banderas rojas, que pueden aparecer en todas las fases del procedimiento.

Expuesta la normativa y doctrina de aplicación procede analizar los elementos puestos de manifiesto en el recurso en relación con la oferta de la UTE Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras S.L. y ASIME S.A., a fin de comprobar si se da un conflicto de intereses real, según la definición de las Directivas de

contratación pública y los criterios interpretativos mencionados, y si, en su caso, procede la consecuencia de su exclusión de la licitación.

El recurso alega que según resulta de la información del Registro Mercantil, don F.P.D. es administrador mancomunado de Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras, S.L. y es, a su vez, apoderado de la mercantil Concessia Cartera y Gestión de Infraestructuras, S.A., uno de los socios relevantes de la Sociedad Concesionaria del Hospital de Torrejón (Torrejón Salud, S.A.). Según las últimas cuentas depositadas en el Registro Mercantil de Madrid, la entidad Concessia Cartera y Gestión de Infraestructuras, S.A. es titular del diez por ciento de las acciones de Torrejón Salud, S.A. Existe también una vinculación financiera, puesto que, en calidad de socio, le ha otorgado préstamos a la Sociedad Concesionaria del Hospital de Torrejón. Además, don F.P.D. es, de hecho, representante de la Sociedad Concesionaria del Hospital de Torrejón, "Torrejón Salud, S.A.".

En su escrito de alegaciones al recurso, Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras S.L. reconoce que es cierto que don F.P.D. es administrador mancomunado de esa mercantil y apoderado de Concessia Cartera y Gestión de Infraestructuras, pero no representante de Torrejón Salud, dado que el 2 de diciembre de 2012 quedaron revocados los poderes otorgados previamente el 3 de noviembre de 2009, a consecuencia de una reestructuración accionarial de la compañía y lo acredita mediante la inscripción en el Registro Mercantil. El anteriormente mencionado señor tampoco forma parte del equipo ofertado por la UTE en el seno de la licitación de referencia. Niega que exista vinculación societaria alguna entre esa mercantil y Concessia, toda vez que no existe participación accionarial en la segunda, ni de ésta en aquella. Niega que Concessia sea uno de los socios relevantes de la concesionaria del Hospital de Torrejón, toda vez que solo ostenta el 10% de su accionariado siendo puramente financiera y no industrial, no pudiendo vetar las decisiones que se adopten por los órganos sociales, ni tiene encomendada facultad alguna relacionada con la gestión ordinaria de dicha sociedad concesionaria. El control de la misma corresponde al socio mayoritario que es Grupo Bupa Sanitas. Dice que es cierto que existe vinculación financiera entre

Concessia y la sociedad concesionaria del Hospital de Torrejón en la medida en que siendo accionista minoritario ha contribuido financieramente al sostenimiento de la misma y al cumplimiento de sus obligaciones con terceros. Dicha financiación se ha realizado en consonancia con su posición accionarial, de forma que no le atribuye derechos adicionales de ninguna clase, ni facultad alguna de participar o condicionar la gestión de la sociedad concesionaria.

Según lo expuesto, cabe concluir que entre Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras, S.L. y la concesionaria del Hospital de Torrejón no existe ninguna vinculación societaria en los términos del artículo 42 del Código de Comercio. No obstante, es necesario comprobar si existe algún tipo de vinculación que suponga conflicto de intereses. Sí existe una aparente relación entre la citada empresa y Concessia que se concreta en que la primera tiene encomendada la gestión de la segunda, el Administrador de la primera es apoderado de la segunda y en cuanto comparten domicilio social. Si bien Asesoría Integral no participa del accionariado de Concessia sí parece existir cierta vinculación entre ambas. Por ello, debe analizarse si existe conflicto de intereses entre la sociedad concesionaria (Torrejón Salud) y la vinculada (Concessia) a la que podría ser su supervisora. Al efecto, procede comprobar si la posesión de una parte del accionariado es determinante de una posición de control sobre la misma y qué importe de las acciones puede implicar un interés personal en el buen funcionamiento de la sociedad que determine la existencia de conflicto de intereses que pudiera comprometer la imparcialidad e independencia. El mero hecho de ser accionista de una sociedad no supone la condición de prohibición para ser contratista ni que la supervisión en que consiste la prestación objeto del servicio no se hará en condiciones de imparcialidad, siendo necesario objetivar a partir de qué cuantía o porcentaje se obtiene el grado de relevancia suficiente para poder considerar que existe tal interés, que puede suponer un conflicto entre lo público y lo privado. Al efecto, como criterio interpretativo, puede atenderse a lo dispuesto en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, en el

artículo 6 *“Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias”* que establece que:

“1. Los titulares de los cargos previstos en el artículo 3 no podrán tener, por sí o junto con su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas, participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas en tanto tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza, con el sector público estatal, autonómico o local, o sean subcontratistas de dichas empresas o que reciban subvenciones provenientes de la Administración General del Estado.

2. En el supuesto de las sociedades anónimas cuyo capital social suscrito supere los 600.000 euros, dicha prohibición afectará a las participaciones patrimoniales que sin llegar a este porcentaje supongan una posición en el capital social de la empresa que pueda condicionar de forma relevante su actuación.”

No existiendo otro elemento interpretativo de qué nivel de participación en el accionariado de una sociedad puede implicar relación de vinculación a efectos de entender comprometidos los intereses públicos, resulta trasladable lo dispuesto en el citado artículo (el 10%), resultando que la participación de Concessia en Torrejón Salud no lo excede. Hay que tener en cuenta, además, que el contrato afecta a la supervisión de la gestión de 16 hospitales, y esta participación solo se da en relación a uno de ellos, lo cual diluye en cierta manera el nivel de incompatibilidad. Hay que valorar también que Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras no licita en solitario, sino en compromiso de UTE con ASIME.

Por otro lado señalan las recurrentes que existen datos objetivos que hacen evidente la vinculación societaria existente entre las mercantiles Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras, S.L., y Concessia Cartera y Gestión de Infraestructuras, S.A. Ponen como ejemplo que, de conformidad con lo señalado en las Cuentas Anuales de esta última mercantil, el domicilio fiscal y el lugar donde desarrolla su actividad coincide con el domicilio social y fiscal de Asesoría Integral. Asimismo, consideran que son evidencias de la vinculación existente entre ambas

una presentación a terceros de la mercantil Concessia Cartera y Gestión de Infraestructuras S.A., en la que se contempla la existencia de un “contrato de gestión” entre dicha sociedad y la mercantil Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras, S.L. (A3i), que comprende, entre otros, la asistencia en la explotación del Hospital de Torrejón y también la página web de la mercantil Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras, S.L., en la que se contempla la explotación de la concesión del Hospital de Torrejón como proyecto al que presta asesoramiento. De este modo, en los documentos incorporados al expediente, se ponen de manifiesto vinculaciones personales, profesionales, societarias, económicas, mercantiles, etc. y de una elevada intensidad.

En su escrito de alegaciones al recurso, Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras, S.L. reconoce que tienen el domicilio fiscal en el mismo edificio cuestión irrelevante a los efectos pretendidos por las recurrentes. Afirma que tampoco se ha prestado servicio alguno a Torrejón Salud, ni está ligada a la misma por medio de ningún contrato o negocio jurídico, adjuntando certificado del Gerente de dicha sociedad, aunque puedan colaborar o formar parte de dicha mercantil personas físicas que en el pasado pudieron prestar servicios de asesoramiento relacionados con la explotación de la concesión del Hospital de Torrejón a través de otras compañías, pudiendo haberse empleado la experiencia atesorada por las mismas por Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras para la comercialización de sus servicios. Respecto del contrato de gestión entre Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras y Concessia, reconoce que el 15 de mayo de 2013 celebraron un acuerdo que vencerá en 2017, si bien dado que los accionistas de Concessia han decidido liquidar dicha compañía su principal objeto ha quedado prácticamente reducido a la búsqueda, análisis y evaluación de propuesta y oportunidades de desinversión para hacer posible la venta de las participaciones accionariales y no al asesoramiento a dicha compañía en cuestiones distintas.

Para este Tribunal, se trata de cuestiones que, como más arriba se ha expuesto, evidencian la relación existente entre Concessia y Asesoría Integral de

Inversiones en Infraestructuras. No obstante la consecuencia de tal vinculación también se ha hecho constar, no permitiendo concluir que de ella se derive la existencia de un conflicto de intereses que le impida la adjudicación del contrato y determine su exclusión por incompatibilidad entre Asesoría Integral y Torrejón Salud. No queda probada la vinculación contractual o asesoramiento directo entre Asesoría Integral de Inversiones en Infraestructuras y la concesionaria del Hospital de Torrejón, negada expresamente mediante certificado por el Gerente de dicha empresa. La participación a título personal o como miembro de otra compañía de alguno de los miembros de plantilla de la empresa, no supone ni que dicha persona se adscriba a la ejecución de los trabajos, ni que el interés sea trasladable a la persona jurídica. Sí debe tenerse en cuenta la prohibición concreta y particular que hace la cláusula 1.29 de que ni la entidad adjudicataria ni las personas físicas o jurídicas que subcontrate hayan participado en el asesoramiento jurídico a las sociedades concesionarias de las obras públicas del plan de infraestructuras sanitarias 2004-2007. Pero como decimos dicha circunstancia no ha sido probada.

Procede, en consecuencia, desestimar el motivo de recurso y la pretensión de exclusión de la UTE propuesta como adjudicataria, y no permitiendo a la recurrente obtener la condición de adjudicatario, impide entrar a conocer de los alegados incumplimientos respecto de las restantes licitadoras.

Sexto.- Cabe, sin embargo, pronunciarse sobre la petición subsidiaria del recurso consistente en que se ordene al órgano de contratación que, de manera expresa, antes de proceder a la adjudicación del contrato, realice todas las actuaciones necesarias para verificar la adecuación de los datos obrantes en las declaraciones responsables, de cuyo contenido se discrepa en las alegaciones, y verificar la posible existencia de incompatibilidades en relación con los Despachos de abogados que los licitadores han aportado en virtud de lo dispuesto en el apartado 8.2.1 de la cláusula 1 del PCAP.

Ha comprobado el Tribunal la existencia en el expediente remitido y en los escritos de contestación de las empresas incluidas en el recurso, de declaraciones

genéricas de no estar incurso en la situación de conflicto de intereses. Según lo solicitado y según el contenido de la Guía para la detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de las acciones estructurales, deberá solicitarse declaración explícita en la que consten los términos definitorios del conflicto, el contrato al que se refiere la declaración y el conocimiento de las consecuencias administrativas, o penales de la falsedad de dicha declaración, debiendo además solicitarlo respecto de los despachos de abogados propuestos y comprobar su veracidad de conformidad con la documentación que han aportado a la licitación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial, interpuesto por don L.H., en nombre y representación de Antares Consulting, S.A. y don M.T.G., en nombre y representación de Manifest Design, S.L., contra *“la actuación administrativa por la que el SERMAS ha llevado a cabo la comunicación de la clasificación de las ofertas”* relativas al contrato “Apoyo técnico a la Unidad Técnica de Control encargada de monitorizar la prestación de los servicios no sanitarios en los hospitales gestionados en régimen de concesión y de los gestionados de forma centralizada en los hospitales del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: PA SER-4/2015, debiendo solicitar el órgano de contratación al propuesto como adjudicatario la declaración de inexistencia de conflictos de intereses en los términos de los fundamentos de derecho anteriores.

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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión de oficio acordada por este Tribunal el 2 de diciembre.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.