



INFORME 4/2022 DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA, SOBRE PROPUESTA DE ADJUDICACIÓN CON INFRACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

La Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública, en sesión celebrada el día 7 de septiembre de 2022 aprobó por unanimidad, el siguiente informe:

ANTECEDENTES

El Director General de Comunicación y Relaciones Institucionales dirige escrito a esta Junta de Contratación, en el que manifiesta que esa Dirección General promovió la licitación del Acuerdo Marco de los Servicios de Creatividad Publicitaria de la Administración de la Comunidad Foral y sus Organismos Autónomos durante 2022. Seguidos sus trámites, por parte de la unidad gestora del contrato se ha tramitado la correspondiente propuesta de Resolución de adjudicación por la que se selecciona a varias empresas como parte del Acuerdo Marco antes citado.

Por parte del Director General, como órgano de contratación, se solicita informe incidiendo en la objetividad en el procedimiento de adjudicación debido al nombramiento del asesor técnico recogido en el acta 1, puesto que considera que esta designación y el procedimiento de contratación seguido pueden contener una infracción del ordenamiento jurídico, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 100.2 de la Ley foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.

De acuerdo con el artículo 8.g) del Decreto Foral 74/2019, de 26 de junio, por el que se regula la Junta de Contratación Pública (DFJCP), están facultados para pedir informes los órganos de contratación, en los supuestos regulados en la Ley Foral de Contratos Públicos. En consecuencia con lo anterior, el informe ha sido solicitado por órgano legitimado.

SEGUNDA.

Tal como señala el artículo 100.2 de la Ley Foral 2/2018 de Contratos Públicos (LFCP), en los casos en que la propuesta de la Mesa de Contratación para la adjudicación de un determinado contrato se haya realizado con infracción del ordenamiento jurídico, la Junta de Contratación deberá pronunciarse a este respecto con carácter previo a la actuación del órgano de contratación. Sólo en este supuesto podrá el órgano de contratación separarse de la propuesta de adjudicación formulada por la Mesa.

TERCERA.

Entrando ya al fondo del asunto, la cuestión a sustanciar es si la propuesta de la Mesa de Adjudicación designada para actuar en el procedimiento de Adjudicación del Acuerdo Marco de los servicios de creatividad publicitaria, licitado en el Portal de Contratación de Navarra, contiene una infracción del ordenamiento jurídico que permita al órgano de contratación separarse en su actuación de la citada propuesta, y en su caso, cuál es la extensión de la supuesta infracción y las consecuencias de la misma.

En particular, se trata de dilucidar si el nombramiento de don Álvaro Jiménez como asesor externo puede constituir un conflicto de intereses tal como éste se recoge en el artículo 52 LFCP: *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 no solo cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.*

Se entenderá que existe una situación de conflicto de intereses cuando el personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en su nombre, que participe en el desarrollo del procedimiento de contratación o pueda influir en su resultado 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 contratación.

En caso de existir un conflicto de intereses, quien licite podrá recusar a la persona afectada, de acuerdo con lo previsto en la legislación de Procedimiento Administrativo Común.

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

El punto 4 de los acuerdos de la Mesa de contratación, en su reunión constitutiva, celebrada el día 10 de enero de 2022, establece: 4.- *Se aprueba la designación como asesor de la Mesa de Contratación de don Álvaro Jiménez, con DNI nº 33.417.559-P, presidente de la Asociación Navarra de Empresas de Comunicación y socio de la agencia Proyecta Comunicación, que no es parte interesada en esta licitación.*

Por su parte, en el apartado correspondiente a la asistencia, del acta de la reunión del día 1 de febrero de 2022, se señala lo siguiente: *“Les asiste como asesor, Álvaro Arévalo Jiménez, presidente de la Asociación de Agencias de Publicidad de Navarra.”*. El acta es firmada por el Presidente de la Mesa, la Secretaria y uno de los vocales técnicos.

CUARTA.

La mesa de contratación, es un órgano colegiado independiente, con funciones de asistencia al órgano de contratación, que de acuerdo con el artículo 51 LFCP y en lo que aquí afecta, asume expresamente como una de sus funciones la valoración de la oferta técnica. Esta actuación, resulta determinante para el cumplimiento del interés público, puesto que se encamina a la adjudicación del contrato a la mejor oferta, de acuerdo con las necesidades del órgano de contratación. Esta actuación debe llevarse a cabo con rigor, y con sometimiento estricto a lo establecido por los pliegos, que según se ha dicho, constituyen la ley del contrato y vinculan tanto a las personas licitadoras como a la entidad contratante, en sus propios términos. Así lo ha establecido con rotundidad la jurisprudencia, de entre la que se pueden citar las sentencias del

Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/00 que afirman: *“no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso”*.

Para el cumplimiento de esta función, la composición de la mesa de contratación viene determinada en el artículo 50 LFCP, que además de la composición habitual de las mismas, señala *“Con carácter extraordinario, y previa justificación en el expediente, podrán ser designados como vocales técnicos personas ajenas a la Administración que tengan experiencia en el sector de actividad al que se refiera el contrato. Igualmente se podrá nombrar como asesores a dichos técnicos, que podrán intervenir con voz pero sin voto”*.

Visto que la composición de la Mesa de Contratación fue determinada en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, y que en dicha composición no se estableció la existencia de ningún vocal técnico ajeno a la Administración, está claro que don Álvaro Jiménez participó en la reunión del día 1 de febrero, en aplicación precisamente de la previsión establecida en el artículo 50.2.4º párrafo, LFCP como asesor con voz, pero sin voto.

El mismo artículo 50 LFCP, establece reglas específicas de funcionamiento de las mesas de contratación, cuya infracción puede determinar la existencia de un vicio en la formación de la voluntad del órgano. En particular, se prevé lo siguiente:

2. *La designación de las personas que forman parte de la Mesa deberá publicarse en el Portal de Contratación de Navarra (...) Las personas que forman parte de la Mesa de Contratación estarán sujetas a las causas de abstención o recusación establecidas en la legislación reguladora del procedimiento administrativo y deberán manifestar de forma expresa en cada procedimiento la inexistencia de causas de un interés financiero, económico o personal que*

comprometa su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

- 3. La Mesa de Contratación podrá llevar a cabo sus funciones repartiendo las tareas que le corresponden entre las personas que la componen, en función de su especialización técnica y conocimientos, sin que para la realización de las tareas sea precisa la concurrencia física o telemática de todas o parte de las personas que conforman la Mesa. Será función de la Presidencia de la Mesa la atribución de tareas a una o varias de las personas que la conforman, informando de esta decisión a todas ellas.*
- 4. Todas las actuaciones llevadas a cabo de forma individual por una o varias de las personas que conforman la Mesa, serán sometidas al criterio del conjunto de sus miembros, que deberán aprobarlas de forma simultánea o sucesiva. A las personas que forman parte de la Mesa de Contratación se les garantiza su derecho a emitir su parecer cuando sea contrario al de la mayoría y a que conste en acta dicha oposición de forma razonada, así como a solicitar a la Presidencia la convocatoria de una reunión presencial o telemática, con las reglas de participación propias de los órganos colegiados, para tratar los asuntos que resulten pertinentes*

Todo lo anterior debe completarse con las reglas generales de formación de la voluntad de los órganos colegiados que vienen dadas sustancialmente por el artículo 17 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que, a estos efectos, establece : “ *Para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la asistencia, presencial o a distancia, del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes les suplan, y la de la mitad, al menos, de sus miembros*”. El apartado 5 del mismo artículo se refiere al mecanismo para la toma de acuerdos, que según afirma, se adoptarán por mayoría de votos, se entiende, una vez válidamente constituido el órgano.

El examen del acta de la única reunión en la que tomó parte D. Álvaro Jiménez, permite observar que no se ha producido la declaración de ausencia de conflicto de intereses (en relación con la existencia de intereses financieros, económicos o personales que puedan comprometer la imparcialidad de los

participantes en ese expediente concreto) por parte del mismo, como tampoco se ha llevado a cabo por parte del resto de miembros de la mesa de contratación, en esta reunión ni en las reuniones anteriores o posteriores.

Efectivamente, esta ausencia constituye una infracción de las obligaciones expresamente establecidas por la LFCP (artículo 50.2) encaminadas al cumplimiento del principio de igualdad, básico en la contratación pública, así como del principio de integridad, aplicable a toda la actuación de las entidades del sector público. Sin embargo, no todas las infracciones del ordenamiento jurídico tienen la misma entidad, y consecuentemente, tampoco los mismos efectos, por lo que es preciso primero conocer los distintos tipos de irregularidades, para poder aparejar a la inexistencia de declaración de ausencia de conflictos de interés la pertinente consecuencia jurídica.

De acuerdo con lo previsto por la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común, y de menor a mayor gravedad, las infracciones pueden ser:

- Una irregularidad no invalidante (artículo 48.2 de la LPAC contrario sensu), cuando el defecto no afecta a los requisitos formales indispensables, ni genera indefensión para las personas interesadas.
- Una causa de anulabilidad (artículo 48.2 de la LPAC) cuando sí afecta a los requisitos formales indispensables y/o genere indefensión para las personas interesadas.
- Una causa de nulidad de pleno derecho (artículo 47.1.e de la LPAC), cuando se prescinde total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, entendiéndose por tal también la ausencia de un trámite esencial, cuando tal ausencia es clara, manifiesta y ostensible.

En lógica correlación con la clasificación anterior, las consecuencias que el ordenamiento jurídico establece para cada una de estas infracciones son distintas, y abarcan desde la subsanación del defecto formal, la convalidación expresa, hasta la anulación con efectos *ex tunc*.

En lo que nos ocupa, la inexistencia de la declaración de ausencia de conflictos de interés, parece responder mejor a las características de una irregularidad no invalidante que a cualquiera de las otras dos, puesto que su ausencia, no determina *per se* la existencia del conflicto, como tampoco es determinante de las actuaciones y decisiones posteriores por parte de la persona que la debió formular. Por tanto, esta declaración puede emitirse en cualquier momento, anterior o posterior a las actuaciones de la mesa, sin que la validez de las mismas deba verse afectada, siempre que tal declaración manifieste la ausencia de conflictos.

A estos efectos no se puede olvidar que en el ámbito de la contratación pública la existencia de conflictos de interés, tiene un nivel de exigencia más elevado que el habitual, acorde a los riesgos propios de la gestión de fondos públicos, de forma que el conflicto de interés surge, tal como se desprende de la lectura de la LFCP, con la mera apariencia del compromiso para la imparcialidad de las decisiones de quien se ve afectado por la existencia de un interés, siquiera indirecto (artículo 52 LFCP).

En el hipotético caso de existir un conflicto de interés, nacería de forma automática una causa de abstención, (artículo 50.2 LFCP en relación con el artículo 23 LRJ) que de darse, podría afectar a la válida constitución de la Mesa de Contratación (si esta causa de abstención concurre en una de las personas cuya presencia es indispensable para la válida constitución de la misma según se ha visto más arriba), o a la adopción de sus acuerdos (si la voluntad de la persona afectada fue determinante del sentido de la decisión, o en su ausencia este sentido hubiera sido diferente).

En consecuencia, para cumplir con las exigencias legales, y descartar la existencia de un conflicto de interés, es preciso que todas las personas participantes en la Mesa de Contratación, lleven a cabo la declaración de ausencia de conflictos de interés, o en caso de existir dicho conflicto, lo manifiesten expresamente, momento en el que habrá que valorar el impacto de esta situación en las decisiones tomadas por la mesa de contratación y su afectación a la validez de las actuaciones y a su posible conservación o anulación.

QUINTA.

A mayor abundamiento, los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece para la garantía de los principios de igualdad e integridad, no funcionan en una única dirección, creando la obligación para la persona afectada de abstenerse en caso de que exista un conflicto de interés, sino que también y en sentido contrario, como mecanismo de garantía complementario, da la posibilidad de reaccionar a los interesados que consideren que sus expectativas en un determinado procedimiento pueden verse perjudicadas por la participación en el mismo de cierta persona, ofreciendo para ello la posibilidad de recusarle (artículo 24 LRJ).

Para poder ejercer este derecho de recusación es imprescindible que los interesados conozcan quién toma parte en las actuaciones, y en qué medida su participación es relevante para la toma de decisiones, y para ello, es necesario cumplir con las exigencias de transparencia establecidas en relación con la conformación de la mesa de contratación, publicando su composición, o si como sucede en este caso, la persona que toma parte en las deliberaciones de la mesa de contratación no forma parte de la misma, y su identidad no es conocida por parte de las personas interesadas, informándoles de forma proactiva ya que en caso contrario la posibilidad de ejercer el derecho de recusación permanecerá abierta para los interesados mientras no sean conocedores de la identidad de los participantes y por lo tanto no puedan hacer efectivo su derecho a recusarles, tal como parece ser el caso en el expediente que motiva este informe.

Una vez más, el hecho de no alcanzar el nivel de transparencia mencionado en un determinado momento, no determina por sí solo la existencia de un conflicto de interés, por lo que tampoco puede ser causa de otra cosa que una irregularidad no invalidante que puede ser subsanada antes de la adjudicación del contrato, o una causa de anulabilidad del acto administrativo de selección de candidatos dentro del Acuerdo Marco, que quedará tácitamente convalidado en el momento en que los interesados conozcan la participación de don Álvaro Jiménez en el procedimiento, y no reaccionen frente a ella.

SEXTA.

Para finalizar, y a modo indicativo sobre la posible incidencia de un conflicto de interés por parte de d. Álvaro Jiménez, hay que señalar que a falta de otra indicación en el acta, y de acuerdo con lo establecido para las normas de funcionamiento de los órganos colegiados, se entiende que las decisiones adoptadas en la reunión del día , entre las cuales se encuentra de forma preeminente la puntuación asignada a cada una de las empresas licitadoras en los criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor, se adoptaron por acuerdo (unanimidad) de las personas presentes con voto, esto es, el Presidente, la Secretaria y un vocal, que según lo expuesto más arriba, es un quorum adecuado para la válida constitución del órgano y por lo tanto para la toma de decisiones. Por tanto, la opinión del Sr. Jiménez, no parece resultar determinante de la posición adoptada por los componentes de la Mesa de Contratación, ya que nada se indica al respecto y visto que al menos dos de ellos tienen formación y conocimientos específicos en relación con la materia objeto del contrato, que les permitirían, por sí solos, tener una opinión fundada en relación con las cuestiones que en aquel momento se valoraban.

A estos efectos, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha tenido ocasión de pronunciarse (véase entre otros el reciente informe del [expediente 4/2021](#)) sobre la exigencia de una valoración ad hoc, por parte del órgano de contratación, conforme a lo establecido por la jurisprudencia europea a este respecto, y sobre la necesidad de que la influencia sea relevante ([expediente 16/2019](#)) para permitir determinar que exista un verdadero conflicto de interés. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su [Resolución 937/2021](#)

Las consideraciones de estos informes son de aplicación al presente supuesto, *mutatis mutandi* y hacen precisas las oportunas comprobaciones por el órgano de contratación, entre las que se encuentran indudablemente, la declaración de ausencia de conflictos de interés por parte de todos los miembros de la mesa de contratación así como su asesor externo, y aquellas otras complementarias que se consideren en relación con la relevancia de la

participación del citado asesor en el proceso de toma de decisiones si se considerase que por cualquier causa su imparcialidad no está garantizada.

De acuerdo con todo lo anterior se llega a las siguientes:

CONCLUSIONES

Primera.- La propuesta de la Mesa de Contratación designada para actuar en el procedimiento para la adjudicación del Acuerdo Marco para los Servicios de Creatividad Publicitaria de la Administración de la Comunidad Foral y sus Organismos Autónomos durante 2022, licitado en el Portal de Contratación de Navarra, contiene una infracción del ordenamiento jurídico, que debe ser subsanada como requisito previo para poder ser aceptada por el órgano de contratación.

Segunda.- La infracción del ordenamiento jurídico, *a priori*, afecta exclusivamente a la falta de declaración de ausencia de conflictos de interés, que deberá formularse por parte de todas las personas que forman parte de la Mesa de Contratación y aquellas, que sin formar parte de la Mesa, que hayan participado de alguna manera en sus decisiones.

Tercera.- A la vista del resultado de las citadas declaraciones, el órgano de contratación deberá llevar a cabo las actuaciones complementarias que considere necesarias para garantizar el principio de igualdad y evitar el riesgo de favoritismo, entre las cuales se pueden encontrar, a título enunciativo, la información a los interesados sobre participación de D. Álvaro Jiménez en la evaluación de las ofertas a los efectos de permitir su recusación, la emisión de informes complementarios sobre el proceso de toma de decisión y la imparcialidad del procedimiento, por parte de las personas que forman la mesa de contratación, u otros que convengan a la vista del contenido de las declaraciones.

Cuarta.- No procede la aprobación de la resolución de selección de empresas dentro del Acuerdo Marco conforme a la propuesta de la mesa de contratación hasta que se hayan llevado a cabo las actuaciones citadas en las

conclusiones que preceden, a la vista de las cuales, podrá seguirse dicha propuesta, o apartarse de su contenido en la extensión que resulte preciso.

Es todo cuanto se informa, con sometimiento a criterio mejor fundado en Derecho.

Pamplona, 7 de septiembre de 2022