

## **La participación de las administraciones públicas como licitadores en los procedimientos de contratación pública**

*La más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea avala la posibilidad de que las Administraciones Públicas participen en concurrencia con las entidades privadas o particulares para la licitación y adjudicación de obras, bienes o servicios a través de procedimientos de contratación pública.*

### **Grupo de Contratos del Sector Público**

*Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.*

---

La Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia el 6 de octubre de 2015 en el asunto C-203/14, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público.

La petición de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación de los artículos 1 apartado 8 y 52 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

La cuestión cuyo enjuiciamiento planteó las dudas elevadas con carácter prejudicial al TJUE derivaba de un proceso de licitación para la adjudicación de servicios de resonancia magnética en el que presentó oferta una entidad pública. Solicitada la acreditación de la solvencia mediante la presentación de un certificado de clasificación, la administración pública presentó una declaración de compromiso de adscripción de medios procedentes de una sociedad mercantil y una declaración que certificaba su condición de entidad pública.

Tras ser excluida del procedimiento por no haberse subsanado en tiempo y forma los defectos referidos, la entidad pública interpuso recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Catalán de Recursos Contractuales, que suspendió el procedimiento y elevó consulta al TJUE.

La cuestión prejudicial eleva consulta a la sala acerca de cinco extremos:

1. De conformidad con la Directiva 2004/18, ¿las administraciones públicas deben entenderse como entidades públicas?

En caso afirmativo y de conformidad con la misma directiva:

2. ¿Deben entenderse las administraciones públicas como operadores económicos y pueden por tanto participar en licitaciones públicas?

3. Las administraciones públicas ¿pueden y deben ser admitidas en listas oficiales de empresarios, proveedores o prestadores de servicios autorizados o a certificación por parte de organismos de certificación públicos o privados (sistema de clasificación empresarial dentro del Derecho español)?
  4. En el caso de que las administraciones públicas puedan participar en licitaciones pero no puedan ser admitidas a clasificación empresarial, cuales son los medios para acreditar su aptitud para contratar<sup>1</sup>.
  5. También consulta sobre si de conformidad con la citada Directiva se ha producido una incorrecta transposición de la misma a la normativa nacional española y si se da tal caso, solicita que se determine si el legislador español ha limitado con los artículos 62 y 65 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el acceso de las Administraciones Públicas a los registros de clasificación empresarial<sup>2</sup>.
- I. En cuanto a los apartados 1 y 2 la sentencia señala que de conformidad con el considerando 4 de la Directiva 2004/18, que menciona expresamente la posibilidad de que **un organismo de derecho público participe como un licitador en un procedimiento de adjudicación de un contrato público** y del artículo 1 apartado 8 de la misma directiva, que reconoce la **condición de operador económico a toda entidad pública, la Directiva 2004/18/UE no excluye que las administraciones públicas puedan participar en las licitaciones.**

Añade que:

- la jurisprudencia del TJUE ha reiterado que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que a la vista de los requisitos previsto en el anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución del contrato, directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado<sup>3</sup>, y que
  - en la medida en que determinadas entidades –públicas- estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso, aunque sea ocasionalmente, **los Estados miembros no pueden prohibirles que participen en procedimientos de adjudicación de contratos públicos** relativos a la prestación de los mismos servicios.
- II. En cuanto a la inscripción de las administraciones públicas nacionales en las listas oficiales de empresarios, proveedores o prestadores de servicios autorizados o a la solicitud de certificación por parte de organismos de certificación públicos o privados, el TJUE señala que el artículo 52 apartados 1 y 5 de la Directiva 2004/18/UE establece ciertos requisitos en lo referente a la determinación de las condiciones de inscripción en dichas listas y respecto de la certificación, no determina – la directiva – ni en qué medida las entidades públicas pueden inscribirse en las listas oficiales de que se trata o recibir dicha certificación, ni si la inscripción o la certificación en cuestión es o no obligatoria.

<sup>1</sup> En lo concerniente a cuales sean los medios que permitan a las administraciones públicas acreditar su aptitud para celebrar contratos públicos, el TJUE no responde por entender que el órgano jurisdiccional remitente solicita una interpretación del derecho español sin cumplir además los requisitos del artículo 94 c) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, en cuya virtud la petición de decisión prejudicial debe contener la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable a un litigio principal.

<sup>2</sup> La sentencia renuncia a pronunciarse al respecto porque, según reiterada jurisprudencia (sentencia Ascagor y Asidac, C-484/10 entre otras) no corresponde al Tribunal de Justicia, en el marco de un procedimiento prejudicial, apreciar la conformidad de una normativa nacional con el Derecho de la Unión ni interpretar disposiciones legales o reglamentarias nacionales.

<sup>3</sup> Sentencias CoNISMa C-305/08, apartados 47 a 49 y Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce apartado 27.

Sin embargo señala que **las entidades públicas a las que el Derecho nacional autorice a ofrecer las obras, productos o servicios mencionados en el anuncio de licitación tienen derecho a participar en licitaciones públicas** por lo que una normativa nacional que denegara la inscripción en las listas o la certificación en cuestión a las administraciones públicas autorizadas, en cuanto operadores económicos, a ofrecer las obras, productos o servicios mencionados en el anuncio de licitación del contrato público y al mismo tiempo reservara el derecho de participar en una licitación a los demás operadores económicos inscritos en dichas listas o que hubieran recibido esa certificación, haría que el derecho de tales entidades públicas a participar quedara privado de todo efecto útil y no podría considerarse conforme al Derecho de la Unión.

Conclusiones de la sentencia:

- El apartado 8 del artículo 1 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de **operador económico** utilizado en el mismo **incluye a las administraciones públicas**, que pueden por tanto participar en licitaciones públicas en la medida en que estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso.
- Aunque el artículo 52 de la Directiva 2004/18 establece ciertos requisitos en lo referente a la determinación de las condiciones de inscripción de los operadores económicos en las listas oficiales y en cuanto a la certificación, no determina exhaustivamente ni las condiciones de inscripción de esos operadores económicos en las listas oficiales nacionales ni las condiciones en que pueden solicitar la certificación ni los derechos y obligaciones de las entidades públicas a este respecto, debiendo interpretarse **la Directiva** en el sentido de que **se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual las administraciones públicas autorizadas a ofrecer obras, productos o servicios mencionados en el anuncio de licitación del contrato de que se trate no puedan inscribirse en esas listas o recibir esa certificación si el derecho a participar en la licitación queda reservado únicamente a los operadores económicos inscritos en esas listas o que dispongan de esa certificación.**

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.