

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2023 N.º 163

Participación en licitaciones de contratos públicos por parte de empresas que reciben dotaciones públicas

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo 3972/2023, de 25 de julio¹, resuelve un recurso de casación afirmando que las empresas que reciban fondos públicos pueden participar en procesos de licitación para la adjudicación de un contrato público siempre que no realicen una oferta anormalmente baja debido a la obtención de una ayuda de Estado o en caso de recibir subvenciones o ayudas no conformes a derecho.

En mayo de 2019 la Consejería competente convocó procedimiento para la adjudicación por procedimiento abierto del contrato de servicio de obtención de imágenes aéreas en 28 Concellos de Galicia para la posterior elaboración de la cartografía de los Planes básicos municipales. Entre los participantes concurrió el Instituto Cartográfico de Cataluña (en adelante ICGC) resultando adjudicatario de un lote. La entidad “TINSLU”, también licitadora recurrió esta resolución ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia, que desestimó el recurso por entender que dicha entidad podía participar en la licitación y ser adjudicataria al ser un “operador económico” y no poder ser excluida por el hecho de tener una importante participación pública.

Contra esta desestimación, “TINSLU” interpuso un recurso contencioso administrativo ante el TSJ de Galicia que en su Sentencia de fecha 30 de octubre de 2020 (rec. 7393/2019) desestimó el recurso.

Contra esta desestimación, el mismo interesado interpuso recurso de casación, que fue admitido mediante Auto de 24 de febrero de 2022 en el que se identificó como cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, determinar si la participación en la licitación de un contrato por quien percibe dotaciones presupuestarias que suponen más del 80% de sus recursos, coloca al licitador en una situación ventajosa incompatible con el principio de libre concurrencia en contratación pública, en comparación con la de otros operadores económicos privados.

Los preceptos que se consideran vulnerados a juicio de la entidad demandante son los siguientes:

- Los artículos 65 y 66 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).
- El artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

- El artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)².

Las cuestiones planteadas y las consideraciones jurídicas formuladas por el Tribunal Supremo en su STS 3972/2023, son fundamentalmente:

1. **Vulneración del artículo 107.1 TFUE y eventual situación ventajosa del licitador que percibe dotaciones presupuestarias incompatible con el principio de libre competencia en contratación pública**

El TS parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se ha afirmado de forma reiterada que la percepción de fondos públicos para el desarrollo de las actividades propias de una entidad no supone *per se* una infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, ni un atentado a la libre competencia.

De la jurisprudencia del TJUE, - SSTJUE de 7 de diciembre de 2000, (asunto 94/99)³ y sentencia de 23 de diciembre de 2009 (asunto 305/08)⁴, sentencia de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11) y de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-568/13)⁵- se extraen varias conclusiones:

- a) las empresas públicas que reciban fondos públicos pueden participar en procesos de licitación para la adjudicación de un contrato público, sin que ello lesione, en principio, la libre competencia.
- b) Sólo resulta posible excluir una entidad que recibe financiación pública de un procedimiento de licitación en caso de que realizase una oferta anormalmente baja debido a la obtención de una ayuda de Estado o en caso de recibir subvenciones o ayudas no conformes con el TFUE.

¹ Sentencia del Tribunal Supremo 3972/2023, de 2 de octubre de 2023 - ECLI:ES:TS:2023:3972 N.º de Recurso: 787/2021 N.º de Resolución: 1208/2023 .

² Porque el ICGC que percibe dotaciones presupuestarias de la Administración de la que depende.

³ En la STJUE de 7 de diciembre de 2000 (asunto 94/99) se afirma que: “[...] el principio de igualdad de trato no resulta violado por el mero hecho de que las entidades adjudicadoras permitan participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a organismos que reciben subvenciones que les permiten realizar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de los demás licitadores no subvencionados. (...) si el legislador comunitario hubiese tenido la intención de obligar (...) a excluir a tales licitadores, lo habría mencionado expresamente [...]”.

⁴ La STJUE de 23 de diciembre de 2009 (asunto 305/08) afirma: “34. la posibilidad de una posición privilegiada de un operador económico, debido a que recibe financiación pública o ayudas de Estado, no puede justificar la exclusión de la participación en un contrato público, a priori y sin más examen, de entidades como el demandante en el litigio principal [...]”.

⁵ Y la STJUE de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-568/13) sostiene que “las disposiciones de la Directiva 92/50 y la jurisprudencia (...) no permiten excluir, a priori y sin más examen, de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a un licitador únicamente porque, gracias a las subvenciones públicas que recibe, puede realizar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de licitadores no subvencionados (...) – aunque en determinadas circunstancias, la entidad adjudicadora tiene la obligación, o al menos la posibilidad, de tomar en consideración la existencia de subvenciones, con objeto de, en su caso, excluir a los licitadores que las reciban - (...) No obstante, del hecho de que no exista tal separación contable la entidad adjudicadora no puede deducir que la obtención de una subvención o de una ayuda de Estado no conforme con el Tratado hayan posibilitado tal oferta”.

- c) El mantenimiento, por la entidad pública – de una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el “mercado privado” y sus restantes actividades es un elemento clave a los efectos de descartar la existencia de una ayuda no conforme con el Tratado que posibilite esta oferta ventajosa⁶.

2. Prestación de servicios fuera de Cataluña

La recurrente sostuvo que el adjudicatario, aunque tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el ejercicio de sus funciones, sólo tiene atribuidas ciertas funciones relacionadas con las competencias que sobre cartografía y geodesia corresponden a la Generalidad de Cataluña, de manera que carecía de capacidad de obrar para el contrato en cuestión.

El TJUE ha señalado en su sentencia de 6 de octubre de 2015 [Asunto C-203/14]), que según su propia jurisprudencia “[...] puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución de ese contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de que opere sistemáticamente en el mercado o sólo intervenga con carácter ocasional, o de que esté o no subvencionada con fondos públicos [...]”.

Señala la STS que el ICGC tiene plena capacidad para el ejercicio de sus funciones, entre otras⁷, “aquellas relacionadas con el ejercicio de las competencias sobre geodesia y cartografía y sobre la infraestructura de datos espaciales de Cataluña, así como las de impulsar y llevar a cabo las actuaciones relativas al conocimiento, la prospección y la información sobre el suelo y el subsuelo en los términos establecidos en las leyes 16/2005, de 27 de diciembre, de la información geográfica y del Instituto Cartográfico de Cataluña, y 19/2005, de 27 de diciembre, del Instituto Geológico de Cataluña”.

Así las cosas, la STS considera que las funciones del ICGC se corresponden con el objeto del contrato a cuya licitación concurre.

Por lo que respecta a la posibilidad de concurrir a licitaciones y realizar trabajos fuera del territorio de la Comunidad Autónoma catalana, señala que el ICGC es una entidad de derecho público que asume las competencias y funciones del Instituto Cartográfico de Cataluña y del Instituto Geológico de Cataluña, subrogándose en sus funciones y facultades que estos Institutos tenían encomendadas, entre las que estaba⁸ “n) Llevar a cabo trabajos, tareas y actividades que le sean encomendados por la Generalidad, sus organismos o empresas públicas y por otras administraciones públicas” y “p) Fomentar y promover los servicios cartográficos públicos y privados, así como la investigación, la docencia y el

⁶ El ICGC se rige por un sistema de contabilidad separada como se infiere del artículo 152.5 Ley 2/2014, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público – norma de creación – que contempla como recursos económicos, además de los atribuidos por la Generalidad, también “los ingresos que obtenga por los estudios o trabajos que lleva a cabo en el cumplimiento de sus funciones o por la venta de sus producciones y servicios”.

⁷ El Decreto 58/2015, de 21 de abril por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Cartográfico y geológico de Cataluña.

⁸ Ley 16/2005, de 27 de diciembre, referida al Instituto Cartográfico de Cataluña.

desarrollo tecnológico en el ámbito cartográfico” art. 6.2 n) y p) de la Ley 16/2005). Además, el ICGC está legitimado para suscribir contratos también con otros entes u órganos públicos o privados⁹.

Así las cosas, el antiguo Instituto, en su condición de operador económico, ya desde su origen fue habilitado por sus normas constitutivas para el ejercicio de actividades al margen de las competencias de la Generalidad catalana, pudiendo colaborar con otros organismos públicos o realizando encargos de cualquier otro sujeto, público o privado, a cambio de la correspondiente contraprestación, funciones y competencias en las que se subroga Instituto Cartográfico de Cataluña y del Instituto Geológico de Cataluña, manteniendo una interpretación flexible del principio de territorialidad que ya había sostenido con anterioridad¹⁰.

Por tales razones el Tribunal Supremo descartó la pretendida vulneración del principio de eficacia contenido en el artículo 3 de la LRJSP¹¹.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada consistente en determinar si la participación en la licitación de un contrato por quien percibe dotaciones presupuesta-

rias que suponen más del 80% de sus recursos, coloca al licitador en una situación ventajosa incompatible con el principio de libre concurrencia en contratación pública, en comparación con la de otros operadores económicos privados, señala el FJ4 de la STS:

- a) las empresas que reciban fondos públicos pueden participar en procesos de licitación para la adjudicación de un contrato público, concurriendo con otras entidades privadas sin que ello lesione, en principio, la libre competencia.
- b) únicamente resulta posible excluir una entidad que recibe financiación pública de un procedimiento de licitación en caso de que realizase una oferta anormalmente baja debido a la obtención de una ayuda de Estado o en caso de recibir subvenciones o ayudas no conformes a derecho.
- c) el hecho de que dicha entidad pública mantenga una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el “mercado privado” y sus restantes actividades es un elemento relevante a los efectos de descartar la existencia de ayudas que desvirtúen la competencia.

⁹ Los artículos 8.a) y 9.3 Ley 16/2005, admitían que el ICC (y, por tanto, el ICGC) pueda ofrecer y ejecutar servicios a otros sujetos públicos y privados mediante la correspondiente contraprestación.

¹⁰ Expresa la STS que además, así lo entendió ese mismo Tribunal Supremo en su sentencia, Sección 5ª, de 2 de enero de 1996 (rec. 5250/1991) en la que se validó la capacidad y aptitud del Instituto Cartográfico de Cataluña para concurrir como entidad licitadora a procedimientos de contratación pública de Administraciones distintas a la Generalitat, concluyendo que el extinto ICC ostentaba la capacidad necesaria para resultar adjudicataria de un concurso público sobre obras de asistencia técnica para restitución analítica de municipios de las Islas Baleares (es decir, fuera de Cataluña), a cambio de la correspondiente contraprestación, so pena de vulnerarse, en caso contrario, el principio de igualdad.

¹¹ Norma – la LRJSP - que la STS considera que no resulta aplicable cuando el Instituto actúa como operador económico privado ejerciendo funciones se encuadrarían en el objeto del contrato licitado y no como Administración pública.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol, Miguel Ángel García Otero y Josep Ortiz Ballester.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.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.: 915 829 204)

©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.