

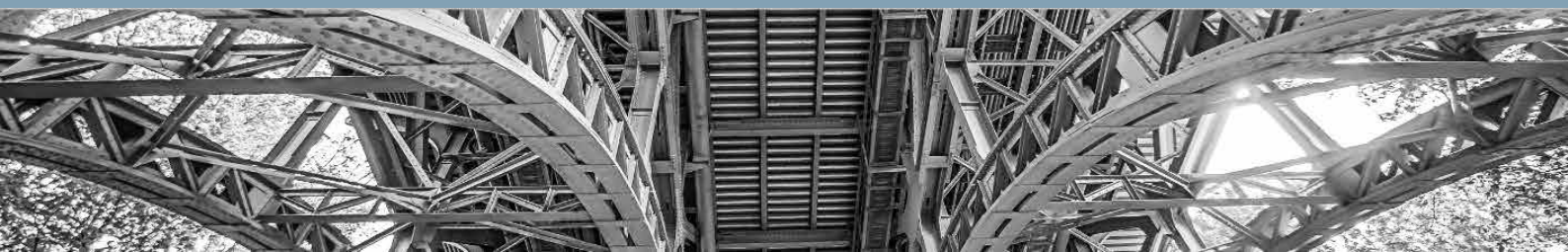
G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo

Boletín

Contratos del sector público

N.º 175



La no impugnación de los pliegos que rigen un contrato no impide al órgano de contratación —ni a los órganos jurisdiccionales— constatar la existencia de una infracción del derecho de la competencia

La Sentencia del Tribunal Supremo¹ 4203/2024, de 23 de julio, casa una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia que no entra a valorar una eventual infracción del derecho de la competencia por parte de una UTE, desde el entendido de que la posibilidad de concurrir en unión temporal de empresas debió impugnarse. La STS concluye que el hecho de no impugnar los pliegos no impide al recurrente solicitar y al órgano de contratación analizar si una concreta Unión Temporal de Empresas y su oferta constituían un fraude al derecho de la competencia, por lo que acuerda retrotraer las actuaciones con objeto de que la Sala de instancia pondere y se pronuncie sobre los indicios fácticos de colusión aportados por la entidad recurrente.

Licitado un contrato del servicio de transporte escolar de centros docentes públicos de la Comunidad Valenciana, se dictó, en fecha 22 de marzo de 2017, resolución del Conseller de Educación, Investigación, Cultura y Deporte de la Generalidad Valenciana adjudicando el contrato a la UTE VAL16.

Contra la referida resolución, interpuso recurso especial en materia de contratación la empresa Capoz, S.L. y la UTE Trans, si bien el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales inadmitió el recurso en fecha 8 de junio de 2017. Esta resolución de inadmisión fue también recurrida, esta vez en vía contencioso administrativa, donde la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó sentencia

de fecha 26 de enero de 2021, desestimatoria del recurso.

Interpuesto recurso de casación, el auto de 22 de junio de 2022 por el que se admite el recurso de casación, precisó que las cuestiones que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son:

1. Si el hecho de no haber impugnado los Pliegos que rigen la contratación y que prevén la posibilidad de licitación en UTE, impide constatar al órgano de contratación y posteriormente al órgano jurisdiccional, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia, con fundamento en las características concretas de la composición de la UTE y de la oferta u ofertas que presenta.

¹ STS 4203/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4203

2. Si en el caso de que existan indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia, el órgano de contratación está obligado en aplicación del artículo 57.4 y 57.6 de la Directiva 2014/24, a incoar un procedimiento contradictorio al efecto de excluir a un licitador, previa audiencia del mismo.
3. Si el artículo 6 del Reglamento 1/2003 exige que los Tribunales, en la revisión jurisdiccional de un acuerdo de adjudicación del contrato, y conforme los artículos 1 y 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y artículos 1 y 2 Ley de Defensa de la Competencia, excluyan a un licitador cuando aprecien que se han infringido estos artículos por las características de la oferta.

Razón de la impugnación de la adjudicación: Capoz S.L. y UTE Trans plantearon la nulidad de la oferta presentada por UTE VAL16 al considerar que ésta era, en sí misma, un pacto colusorio contrario a la libre competencia por abuso de posición dominante ante la existencia de indicios de un cartel de transportistas contrario al Derecho de competencia².

Razón de la desestimación del recurso en vía contencioso-administrativa: El TSJ recuerda que esa misma Sala y sección ya se ha pronunciado con anterioridad en un asunto semejante³ en los siguientes términos: “(...) respecto

a la posibilidad de las UTEs de participar en este tipo de concursos, regidos no sólo por la normativa contractual sino también por la sectorial de transportes, debemos señalar, en términos expuestos en la oposición al recurso que el recurrente no formuló recurso contra los Pliegos en su día, estando contenida esta previsión en la Cláusula 8-2-1-3 de los mismos, (“cuando dos o más empresas concurren conjuntamente cada una de ellas debe acreditar su personalidad y capacidad de obrar y presentará escrito firmado por todas las empresas, comprometiéndose de forma expresa a constituir se formalmente en Unión Temporal en caso de resultar adjudicatarios, y en el que deberán indicarse (...)”) razón por la que han adquirido firmeza, tanto más cuanto su participación implica la aceptación de los mismos y, por tanto, la imposibilidad de impugnación posterior, según establece el artículo 145.1 del TRLCSP “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.”

Por ello, en tanto que la cláusula 8º.2.3 del Pliego preveía la posibilidad de que dos o más personas concurrieran conjuntamente en Unión Temporal de Empresas y que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan en

² Consideraron que las 74 empresas que componían la UTE (más del 80% de la oferta) no necesitaban acudir en una UTE a cada lote. De hecho, en los lotes V1 y V3 solo concurrieron 9 y 11 empresas de las 74 de la UTE, puesto que 63 empresas de la UTE no tenían interés por el lote V1 y 65 no tenían interés en el lote V3; por lo que no tenían por qué acudir en UTE con las otras empresas que si ofrecieron autobuses.

³ Sentencia n.º 911/2020 de 4 de noviembre (POR 295/17) siendo objeto de recurso la Resolución de 8 de junio de 2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, desestimatoria del recurso especial contra la Resolución de 22 de marzo de 2017 de la Consellería de Educación, Investigación, Cultura y Deporte de la Generalidad Valenciana, de adjudicación del “Contrato de servicio de transporte escolar de centros docentes públicos de la Comunidad Valenciana”.

sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación⁴, el TSJV consideró que las recurrentes concurren a la licitación aceptando la totalidad de condiciones y requisitos exigidos sin efectuar alegación alguna, por lo que rechaza el motivo de impugnación.

Por lo demás, la STSJV no entró a valorar si existió una infracción del derecho de la competencia, circunscribiendo su análisis a la impugnabilidad de la adjudicación con base en unos pliegos no combatidos.

Frente a esta conclusión, la STS 4203/2024 considera que la no impugnación de los pliegos no impedía formular ante la Sala de instancia la cuestión de si una concreta UTE constituía un fraude anticompetitivo, porque no se trataba de si las UTEs debían o no ser aceptadas en ese concreto concurso, que es lo único que podrían las recurrentes haber impugnado en los pliegos, sino si una concreta UTE y su oferta presentada al amparo de tal posibilidad constituían un fraude al derecho de la competencia.

El examen y contestación de dicha alegación hubiera requerido un examen de los indicios aportados por la parte y una respuesta sobre el carácter fraudulento desde el punto de

vista de la competencia que se le imputaba a la UTE adjudicataria. En la medida en que dicha valoración supone un examen de los indicios fácticos aportados por la empresa recurrente sobre los que nada ha dicho la sentencia recurrida, procede retrotraer las actuaciones para que la Sala de instancia examine y se pronuncie sobre tales hechos, que resulta inadecuado examinar y valorar en primera instancia en esta sede.

De conformidad con todo lo expuesto, el TS concluye:

1. En relación con la primera pregunta de interés casacional en el sentido de que la no impugnación de los pliegos que rigen una contratación pública en los que se admite la concurrencia de UTEs no impiden constatar al órgano de contratación ni luego, en su caso, a los órganos jurisdiccionales, la existencia de una infracción del derecho de la competencia con fundamento en las características particulares de la composición y ofertas de una concreta UTE.
2. En lo que respecta a las otras dos preguntas de interés casacional, resulta prematuro el pronunciamiento de esa Sala, en la medida en que dichas cuestiones no han sido objeto de análisis dada la retroacción de actuaciones que se acuerda.

⁴ De conformidad con el principio de “pacta sunt servanda”, como ha reconocido el Tribunal Supremo en las STS de 06/2/2001, 19/3/2001, 29/9/2009 28/1/2015 y 23/3/2018.