

Alerta Legal

OCTUBRE 2023

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 3972/2023, de 2 de octubre.

Sobre si la participación en la licitación de un contrato por quién recibe 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.



SdP Estudio Legal. Avda. Cardenal Bueno Monreal, 50, 3º Planta, mod. 1, 2 y 6 (Edif. Columbus)
C.P. 41013, Sevilla

El pasado 2 de octubre de 2023, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se pronunció sobre si la participación en la licitación de un contrato por quién recibe 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.

I Antecedentes

El origen de la controversia que se resuelve en la **Sentencia del Tribunal Supremo nº 3972/2023, de 2 de octubre**, tiene su origen en la resolución de 9 de mayo de 2019 de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio y Vivienda de Galicia por la que se convocaba el 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.

El Institut Cartogràfic i Geològic de Catalunya (en adelante ICGC), entidad pública instrumental de la Generalidad de Cataluña, resultó adjudicatario del lote 1, y la recurrente, TOPCAD INGENIERIA SLU, en su condición de licitadora oponente, recurrió la resolución de adjudicación. Dicho recurso fue desestimado por el **Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia en su resolución de 24 de julio de 2019** 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 adscripción pública.

Frente a dicha resolución se interpone recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, siendo desestimado mediante Sentencia de 30 de octubre de 2020, la cual fue recurrida en casación.

El objeto de la reclamación planteada por TOPCAD INGENIERÍA SLU en su recurso contencioso administrativo se basa fundamentalmente en dos motivos:

- 1.- Alega que si bien, ICGC tiene capacidad de obrar y puede resultar adjudicataria de contratos para realizar prestaciones complementarias o auxiliares, no lo puede ser para el licitado contrato, pues su objeto no encaja dentro de sus funciones estatutarias, vinculadas, según la recurrente, a las competencias que en la materia tiene atribuidas tan sólo la Generalidad de la que depende; y
- 2.- Alega que su participación en la licitación vulnera el principio de libre competencia, al contar con la ventaja económica de la que no disponen las restantes licitadoras, ya que se financia principalmente con recursos públicos.

Dicho recurso fue íntegramente desestimado mediante **sentencia de 30 de octubre de 2020 (rec. 7393/2019), dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.**

En este contexto se interpone Recurso de Casación contra la citada sentencia, alegando el recurrente la infracción de:

- Los artículos 65.1 y 66.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, considerando que ICGA a pesar de tener personalidad jurídica propia y capacidad de obrar para el ejercicio de sus funciones, tan solo tiene atribuidas competencias y funciones relacionadas con las competencias que sobre cartografía y geodesia corresponden a la Generalidad de Cataluña.
- El artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con el artículo 103 de la Constitución, considerando que se infringe el principio de eficacia al permitir que el ICGA realice actuaciones ajenas a las competencias de la Generalidad en la materia. Dice que la creación de entes instrumentales no puede desbordar los límites de las competencias que la administración tiene atribuidas.
- El artículo 107 TFUE, al considerar que permitir al ICGA actuar en el tráfico jurídico como un operador económico más, al margen de los fines atribuidos y que justificaron su creación, la esta colocando en una situación jurídica y fáctica comparable al resto de operadores económicos, pero contando el ICGA con unos recursos económicos de los que no disponen los demás operadores económicos que actúan en el mismo mercado, lo que supondría una "ayuda de Estado" prohibida, estableciendo una diferenciación, y además alega que las dotaciones publicas recibidas pueden falsear la competencia al reforzar la posición del ICGA frente a las otras empresas con las que compite, permitiéndole contar con unos recurso públicos con los que no cuentan los otros operadores y no estar sometido a riesgo operacional alguno.

El **auto de admisión a trámite del Recurso de Casación, de 24 de febrero de 2022**, fija como cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia la siguiente:

"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 competencia en contratación pública, en comparación con la de otros operadores económicos privados"

II Pronunciamiento del Tribunal Supremo en su Sentencia nº 3972/2023, de 2 de octubre

Para resolver la cuestión de interés casacional planteada, nuestro Alto Tribunal parte de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) 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 (STJUE de 23 de diciembre de 2009 (asunto 305/08), STJUE de 7 de diciembre de 2000 (asunto 94/99), STJUE de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-568/13)).

De la jurisprudencia del TJUE, el Alto Tribunal extrae las siguientes conclusiones:

- 1.- Las empresas públicas que reciban fondos públicos, (como es el caso del ICGC que percibe dotaciones presupuestarias de la Administración de la que depende) 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.
- 2.- 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 con el TFUE. Sin embargo, la sentencia impugnada descartó que nos encontremos en este supuesto afirmando que "ni se presentó una oferta incurso en temeridad ni menos aún se ha acreditado que los fondos públicos que reciba sean ilegítimos".

3.- 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 clave a los efectos de descartar la existencia de una ayuda no conforme con el Tratado que posibilite esta oferta ventajosa. Pero lo cierto que, según afirman los demandados y no se ha sido desvirtuado de contrario, que el ICGC se rige por un sistema de contabilidad separada de forma independiente los ingresos y gastos procedentes de la Generalidad y los procedentes de proyectos o trabajos realizados para terceros. De hecho, dicha entidad tiene como recursos económicos no solo las dotaciones procedentes de los presupuestos de la Generalidad, sino 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", tal y como se afirma en su norma de creación (art. 152.5 del Ley 2/2014 de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público).

Por otro lado, sobre la posibilidad de ofrecer servicios fuera del ámbito territorial de Cataluña, la sentencia 3972/2023 concluye en su fundamento de derecho tercero, tal como lo hacía la sentencia del TSJG, que las funciones encomendadas en sus estatutos al ICGA coinciden con el objeto del contrato licitado, por lo que tenía capacidad jurídica y de obrar para concurrir a la licitación.

Por lo que respecta a la posibilidad de concurrir a licitaciones y realizar trabajos fuera del territorio de la Comunidad Autónoma catalana debe partirse de que tanto en sus estatutos, como en su norma de creación (*Ley 2/2014 de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, artículo 152.10.a*) recuerdan 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.

Pues bien, la Ley 16/2005, de 27 de diciembre, referida al Instituto Cartográfico de Cataluña establecía entre sus funciones "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 el artículo 8.a) de dicha norma establece que, para dar satisfacción a sus funciones, el ICGC está legitimado para suscribir contratos también con otros entes u órganos públicos o privados. El artículo 9.3 de la misma norma admitía también que el ICC (y, por tanto, el ICGC) pueda ofrecer y ejecutar servicios a otros sujetos públicos y privados mediante la correspondiente contraprestación.

De modo que, el Instituto Cartográfico de Cataluña, en su condición de operador económico, puede colaborar con otros organismos públicos o realizando encargos de cualquier otro sujeto, público o privado, a cambio de la correspondiente contraprestación.

Por último, el Tribunal Supremo, en su fundamento de derecho cuarto, establece la doctrina jurisprudencial en respuesta a las cuestiones que presentaban interés casacional en el auto de admisión del citado recurso, y lo hace en los siguientes términos:

"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 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., ha de afirmarse lo siguiente.

I) 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.

II) 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.

III) *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."*

Así pues, el hecho de que concurra a una licitación quien percibe dotaciones presupuestarias que suponen más del 80% de sus recursos, no suponen, a priori, infracción de las normas de libre competencia, ni supone situarla en una situación de privilegio respecto de otros competidores, siendo necesario la concurrencia además de otros elementos de prueba que puedan contribuir a desvirtuar que haya afectación a la libre competencia.

Es de reseñar que el límite del 80% de los recursos financieros de procedencia pública y de la actividad "de mercado" de los operadores públicos juega en el Derecho de la Unión Europea en un doble sentido. Como límite, de un lado, a la celebración de "acuerdos horizontales" (convenios) entre entidades públicas, de forma que solo pueden excluirse de la licitación por la vía del convenio (art. 6 de la LCSP) aquellas prestaciones propias de un contrato "en las que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación" (art. 12.4.c de la Directiva 24/2014). Y de otro, como límite del porcentaje de actividad que los "medios propios" instrumentales pueden realizar en el mercado abierto, al margen de los encargos que reciben de los poderes adjudicadores que ejercen sobre ellos un "control análogo", que actualmente contemplan los apdos. 2º.b) y 4º.b) del artículo 32 de la LCSP.

Lo que viene a consagrar esta sentencia, desde la perspectiva de las "ayudas públicas" es la posibilidad de que entes públicos instrumentales que se financian en el mercado abierto ofertando bienes y servicios por debajo del 20% de sus ingresos, o de medios propios que realizan su actividad en el mercado abierto al margen de sus encargos en ese mismo porcentaje, pueden licitar como un operador más siempre que se verifique la doble condición de que no realizan ofertas anormalmente bajas -que en sí mismo ya sería una causa de exclusión, aunque susceptible de justificación- y el mantenimiento de una contabilidad separada entre la parte de la actividad que el organismo o entidad instrumental realiza como operador económico en el mercado abierto y el resto de sus actividades.

Esperando que el contenido de la presente Alerta legal sea de su interés, quedamos a su disposición para comentar o aclarar el contenido expuesto. Para mayor información no dude en ponerse en contacto con nosotros.

Un cordial saludo.



Jesús Tarancón Bavío
Socio SdP Estudio Legal



Francisco Borja Carmona
Socio SdP Estudio Legal



Laura Álvarez Medina
Socia SdP Estudio Legal



Edificio Columbus
Avenida Cardenal Bueno Monreal, 50, 3º Planta, Espacios 1, 2 y 6
41013, Sevilla

954 531 377

www.sdpabogados.com