

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Una empresa que rep fons públics pot participar en les licitacions públiques?

20-02-2024

Recentment, el Tribunal Suprem en la [Sentència 1208/2023, de 2 d'octubre](#), s'ha pronunciat respecte de si les empreses que reben fons públics poden participar en els processos de licitació per a l'adjudicació de contractes públics, en concurrència amb altres entitats privades, i si aquesta participació s'ha d'entendre que lesiona el principi de lliure competència.

Antecedents

La Conselleria de Medi Ambient, Territori i Habitatge de la Junta de Galícia va iniciar, per la Resolució de 9 de maig de 2019, un procediment per a l'adjudicació del contracte de serveis d'obtenció d'imatges aèries en 28 municipis de Galícia, per a l'elaboració posterior de la cartografia dels plans bàsics municipals. El contracte tenia un valor estimat de 174.897,46 euros i estava dividit en dos lots que no podien ser adjudicats a la mateixa licitadora.

D'acord amb el plec de clàusules administratives particulars, tenien capacitat per contractar les persones naturals o jurídiques, espanyoles o estrangeres amb capacitat d'obrar, amb la solvència deguda, que no estiguessin incurses en prohibició de contractar i els estatuts de les quals disposessin que el seu objecte i àmbit d'activitat encaixava dins de les prestacions a contractar, de conformitat amb el que estableixen els articles 65 i 66 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic.

A cadascun dels dos lots es van presentar tres licitadores, i l'empresa que va obtenir la millor puntuació en ambdós lots va ser l'Institut Cartogràfic i Geològic de Catalunya (en endavant, ICGC). D'acord amb la limitació de lots continguda en el plec de clàusules administratives particulars, la mesa de contractació va proposar adjudicar el lot 1 a l'ICGC i el lot 2 a l'entitat Servicios Politécnicos Aéreos, SA. L'òrgan de contractació va dictar resolució en aquest sentit en data 24 de juny de 2019.

La tercera empresa licitadora, Topcad Ingeniería, SLU, va interposar un recurs especial en matèria de contractació pública contra la resolució d'adjudicació i sol·licitava l'exclusió de les ofertes presentades per l'ICGC. El Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat Autònoma de Galícia va dictar la Resolució 174/2019, de 24 de juliol, en la qual desestimava el

recurs interposat per Topcad Ingeniería, SLU, en entendre que l'ICGC podia participar en la licitació i resultar adjudicatària, en ser un operador econòmic i que, malgrat ser un organisme públic, no podia ser exclòs de forma automàtica pel fet de disposar de finançament públic.

Davant la Resolució del Tribunal Administratiu de Contractació Pública de la Comunitat Autònoma de Galícia, l'entitat Topcad Ingeniería, SLU va interposar un recurs contenciós administratiu, el qual es fonamentava en els dos motius següents:

- Que si bé l'entitat adjudicatària, l'ICGC, té capacitat d'obrar i pot resultar adjudicatària de contractes per fer prestacions complementàries o auxiliars, no pot ser adjudicatària d'aquest contracte concret, ja que no encaixen dins de les seves funcions estatutàries.
- Que la seva participació en la licitació vulnera el principi de lliure concurrència, ja que l'ICGC parteix d'un avantatge econòmic respecte de la resta d'empreses licitadores, ja que està finançat amb recursos públics.

La Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Galícia va dictar la Sentència 242/2020, de 30 d'octubre, que desestimava el recurs contenciós administratiu formulat per Topcad Ingeniería, SLU, en entendre que:

- L'ICGC és un veritable operador econòmic.
- El simple fet que existeixi un operador econòmic amb una posició privilegiada per raó de rebre finançament públic no en justifica l'exclusió en la participació en la licitació.
- La seva exclusió en la participació en la licitació operaria en el cas que hagués fet una oferta baixa temerària no justificada o sostinguda en una ajuda contrària al que disposa l'article 107 del TFUE, circumstàncies que en aquest cas el Tribunal va entendre que no es produïen, ja que ni l'oferta presentada estava incursa en temeritat, ni s'havia acreditat que els fons públics que aquesta rep fossin il·legítims.

Sentència del Tribunal Suprem 1208/2023, de 2 d'octubre de 2023

Davant el pronunciament del Tribunal Superior de Justícia de Galícia, l'empresa Topcad Ingeniería, SLU interposa recurs de cassació. El recurs es va admetre a tràmit per l'interès cassacional objectiu per a la formulació de jurisprudència en relació amb la qüestió plantejada. Concretament, el que es planteja és si la participació en la licitació d'un contracte d'una entitat que percep dotacions pressupostàries que suposen més del 80% dels seus recursos, col·loca aquesta licitadora en una situació d'avantatge respecte dels operadors econòmics privats que es pot entendre incompatible amb el principi de lliure concurrència en contractació pública.

En relació amb les qüestions plantejades per l'entitat recurrent, el Tribunal Suprem entén, basant-se en la reiterada doctrina del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (entre d'altres, sentències de 18 de novembre de 1999 –assumpte C-107/98–, de 7 de desembre de 2000, –assumpte 94/99–, de 23 de desembre de 2009 –assumpte 305/08–, de 19 de desembre de 2012 –assumpte C-159/11– i de 18 de desembre de 2014 –assumpte C-568/13–), que **no s'infringeix l'article 107.1 del TFUE, ja que la percepció de fons públics per al desenvolupament de les activitats pròpies d'una entitat no suposa per si mateixa una infracció dels principis d'igualtat de tracte i no-discriminació entre licitadores, ni un atemptat a la lliure competència.**

El Tribunal Suprem també considera que **no pot prosperar tampoc l'al·legació efectuada sobre la impossibilitat que l'ICGC pugui oferir serveis fora de l'àmbit territorial de Catalunya**, ja que l'ICGC, en la seva condició d'operador econòmic, ja des del seu origen va ser habilitat per les seves normes constitutives per a l'exercici d'activitats al marge de les

competències de la Generalitat de Catalunya i per subscriure contractes amb altres ens o òrgans públics o privats. El Tribunal Suprem recorda la doctrina del TSJUE (Sentència de 6 d'octubre de 2015 –assumpte C-203/14), que reitera que pot licitar o presentar-se com a candidat tota persona o entitat que, en vista dels requisits previstos en l'anunci de licitació, es consideri apta per garantir l'execució d'aquell contracte públic, directament o fent ús de la subcontractació, amb independència que el seu estatut jurídic sigui públic o privat i que operi sistemàticament en el mercat o només intervingui amb caràcter ocasional, o que estigui o no subvencionada amb fons públics.

Finalment, en resposta a les qüestions cassacionals plantejades, el Tribunal Suprem afirma que:

- Les empreses que reben fons públics poden participar en processos de licitació per a l'adjudicació d'un contracte públic, en concurrència amb altres entitats privades, sense que això lesioni, en principi, la lliure competència.
- Únicament resulta possible excloure una entitat que rep finançament públic d'un procediment de licitació en cas que faci una oferta anormalment baixa com a conseqüència de l'obtenció d'una ajuda d'Estat o en el cas que rebi subvencions o ajudes no conformes a dret.
- El fet que aquesta entitat pública mantingui una comptabilitat separada entre les activitats que fa com a operador econòmic en el mercat privat i les seves activitats restants, és un element rellevant als efectes de descartar l'existència d'ajudes que desvirtuin la competència.



Rosa Maldonado Camats

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda