

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066785

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1208/2023, de 2 de octubre de 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 787/2021

SUMARIO:

Contratos administrativos. Contrato de servicios. Procedimiento abierto. Capacidad del contratista. Concurrencia de una empresa que recibe fondos públicos. Empresas privadas y públicas. Posibilidad de que empresa pública catalana, licite en contratos fuera del territorio. Libre competencia. Empresa adjudicataria de un procedimiento abierto de un contrato de servicio, impugnada por otra empresa que también concurría para que se excluyeran las ofertas del Instituto. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia 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. La cuestión de interés casacional planteada por la Sala 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 otros operadores económicos privados. 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. Únicamente resulta posible excluir a una entidad que recibe financiación pública de un procedimiento de licitación en caso de que se realizase una oferta anormalmente baja debido a la obtención de una ayuda del Estado o en caso de recibir subvenciones o ayudas no conformes a derecho. En este caso, el hecho de que dicha entidad pública mantenga una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como cooperador 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.

PRECEPTOS:

Ley 2/2014 (Medidas Fiscales, Administrativas, Financieras y del Sector Público), art. 152.
Ley 40/2015 (LRJSP), art. 3.

PONENTE:

Don Diego Córdoba Castroverde.

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
Doña MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.208/2023

Fecha de sentencia: 02/10/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 787/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/09/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 787/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1208/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D.ª María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 2 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, en su Sección Tercera, el recurso de casación número 787/2021, interpuesto por el procurador de los tribunales don Juan Antonio Garrido Pardo en nombre y representación de TOPCAD INGENIERÍA, S.L.U., bajo la dirección letrada de doña Cristina Pedrosa Leis, contra la sentencia nº 242/2020, de 30 de octubre dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el procedimiento ordinario 7393/2019, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha mercantil, contra la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia de 24 de julio de 2019.

Han intervenido como partes recurridas el procurador de los tribunales don Fernando Iglesias, en nombre y representación del INSTITUT CARTOGRÀFIC I GEOLÒGIC DE CATALUNYA, bajo la dirección letrada de don Lluís Cases Pallarès y el procurador de los tribunales don Argimiro Vázquez Guillén en representación de la Xunta de Galicia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Procurador de los Tribunales don Juan Antonio Garrido Pardo, actuando en nombre y representación de la entidad "TOPCAD INGENIERÍA, S.L.U" interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 30 de octubre de 2020 (rec. 7393/2019), por la que se desestimó el recurso interpuesto por dicha entidad contra la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia de 24 de julio de 2019.

Segundo.

Mediante Auto de 24 de febrero de 2022 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste 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.

Tercero.

El recurso considera que la sentencia recurrida infringe las siguientes normas:

a) Los artículos 65.1 y 66.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

La Sentencia recurrida, pese a reconocer en el fundamento de derecho 3º que el Institut Cartogràfic i Geològic de Catalunya (en adelante, ICGC) es una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia de la Generalidad de Cataluña y hacer mención a las normas que regulan las funciones que dicho ente tiene atribuidas, afirma que el ICGC es un verdadero operador económico en los términos señalados en el artículo 2.1.10 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y termina por concluir que podía concurrir a la licitación de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Vivenda.

La recurrente considera que se trata de un ente que no tiene capacidad para contratar en el expediente de referencia, pues, aunque tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el ejercicio de sus funciones, tan solo tiene atribuidas una serie de competencias y funciones relacionadas con las competencias que sobre cartografía y geodesia corresponden a la Generalidad de Cataluña.

El ICGC vino a suceder al Institut Cartogràfic de Catalunya y al Institut Geològic de Catalunya. De hecho, habiéndose subrogado el ICGC en los derechos, en las obligaciones y, también, en las funciones de los citados Institutos, cabe referirse a las normas que los regulaban.

El preámbulo de la Ley 16/2005, de 27 de diciembre, de la información geográfica y del Instituto Cartográfico de Cataluña, indica que el mismo fue creado "con la finalidad de que llevara a cabo las tareas técnicas de desarrollo de la información cartográfica en el ámbito de las competencias de Cataluña", siendo calificado en la citada norma como "el instrumento principal de la Generalidad en este ámbito". Y, en su artículo 6.1, sobre las funciones de este ente, se dice que le corresponde "el ejercicio de las competencias de la Generalidad sobre geodesia y cartografía y sobre la infraestructura de datos espaciales de Cataluña", detallando en el apartado 2º las funciones que tiene atribuidas dentro del ámbito de estas competencias. Por su parte, la Ley 19/2005, de 27 de diciembre, del Instituto Geológico de Cataluña, en el artículo 1, después de disponer la creación del Instituto como entidad de derecho público de la Generalidad de Cataluña, establece que su objeto es el de "impulsar y llevar a cabo actuaciones relativas al conocimiento, la prospección y la información sobre el suelo y el subsuelo, dentro del ámbito de las competencias de la Generalidad" y regula las funciones que tiene atribuidas, en el marco de estas competencias, en el artículo 3.2.

Y ya en el artículo 3.1 del Decreto 58/2015, de 21 de abril, de aprobación de los estatutos del ICGC, se dispone que sus funciones son "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".

El ICGC forma parte de la Administración institucional de la Generalidad de Cataluña. Y, como ente que fue creado ex profeso para satisfacer las necesidades técnicas y de gestión de esta Administración y en la búsqueda de una mayor eficiencia y agilidad en la gestión pública, para la realización de unos fines determinados y la ejecución de políticas públicas de la Generalidad de Cataluña, las funciones que el ICGC tiene atribuidas han de desarrollarse, en todo caso, en el marco de los fines que le incumben y que justificaron su creación. Precisamente, son estos fines los que circunscriben su giro o tráfico.

El art. 66.1 de la LCSP exige que las prestaciones a ejecutar estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad propios de dichas entidades, según sus estatutos o reglas fundacionales.

El legislador comunitario ha definido el concepto de "operador económico" en unos términos muy amplios, en consonancia con uno de los objetivos perseguidos por la normativa comunitaria en materia de contratos público, como es el de garantizar la máxima participación en las licitaciones. Y, en esta misma línea, de abrir las licitaciones a la competencia más amplia posible, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha concluido que cualquier persona física o jurídica que esté facultada para ofrecer bienes y servicios en el mercado puede participar en un procedimiento de adjudicación, incluidos los organismos públicos. No obstante, la jurisprudencia del TJUE ha exigido que los licitadores han de estar habilitados para realizar prestaciones que constituyan el objeto del contrato habida cuenta de sus objetivos institucionales y estatutarios (STJUE de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11). Igualmente, la Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) de 18 de diciembre de 2014, asunto C-568/13, que permite participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos debido a su condición de entidad pública empresarial, en la medida en que dicho centro está autorizado a operar en el mercado de conformidad con sus objetivos institucionales y estatutarios.

De modo que la capacidad de contratar de las personas jurídicas está supeditada a que el sujeto de que se trate - sea su naturaleza pública o privada - esté habilitado por sus estatutos o reglas fundacionales para ofrecer en el mercado a título oneroso, en particular, las prestaciones que constituyen el objeto del contrato licitado.

La propia Sentencia, después de reconocer que el ICGC no se creó ex novo, manifiesta que, según sus estatutos, sus funciones son "las relacionadas con el ejercicio de las competencias sobre geodesia y cartografía y sobre la infraestructura de datos espaciales de Cataluña", por lo que no puede desarrollar funciones ajenas a las competencias de la Generalidad de Cataluña sobre cartografía y geodesia.

En el presente caso, el objeto del contrato licitado por la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Vivenda era la obtención de imágenes aéreas en 28 ayuntamientos de Galicia para la posterior elaboración de la cartografía de los Planes Básicos Municipales. En el apartado 1 del cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares se indica que los trabajos a realizar consistían en "la realización del vuelo fotogramétrico para la captura de imágenes aéreas" de una serie de municipios de la comunidad autónoma de Galicia para la obtención de la cartografía y la información geográfica necesaria que habrían de servir de base para el urbanismo y la ordenación del territorio.

b) 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.

La Sentencia recurrida, también en el fundamento de derecho 3º, rechaza que todas las funciones del ICGC se ciñan a la comunidad autónoma de Cataluña al entender que la limitación contemplada en el artículo 152.5 de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, no se refiere a las funciones relacionadas con la geodesia y la cartografía, sino solo a la infraestructura de sus datos. Por cuanto en la resolución dictada por la Sala se concluye que el ICGC podía concurrir a la licitación de referencia considerando que tenía capacidad para contratar, se infringe el principio de eficacia contenido en el artículo 103 de la Constitución, así como el principio de eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados y de adecuación estricta de los medios a los fines institucionales recogidos en el artículo 3.1 de la LRJSP.

El Instituto Cartográfico no es un operador económico cualquiera, un empresario más o una sociedad mercantil, ya que toda su actuación se encuentra cubierta con fondos públicos. Por tal motivo, no caben interpretaciones amplias de sus fines - como sí sucede, en cambio, con el objeto social de las sociedades mercantiles -, ni actuaciones ajenas a las competencias de la Generalidad en la materia, pues ello supone contravenir los principios del artículo 3.1 de la LRJSP y del artículo 103.1 de la Constitución. Como dicta el artículo 3.1, el ICGC, en su actuación, ha de cumplir con los objetivos fijados de manera eficaz y adecuar los medios a los fines institucionales.

La Sentencia número 52/1994 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 24 de febrero (conflicto positivo de competencia 779/87) afirma que "Que la Administración actúe sometida al Derecho mercantil o civil no la exonera de su deber de respetar el orden constitucional de competencias [...]".

La creación de entes instrumentales no puede desbordar los límites de las competencias que una Administración tiene atribuidas.

c) El artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La Sentencia dictada, después de reconocer que no es una cuestión discutida que más del 80 por ciento de los ingresos que recibió el ICGC en el ejercicio 2018 provinieron de la Generalidad de Cataluña, concluye en el fundamento jurídico 4º que "[...] el mero hecho de que exista un operador económico con una posición privilegiada por recibir financiación pública (aquí la entidad catalana adjudicataria del contrato), no puede justificar su exclusión en la participación en la licitación, pero sí puede hacerse en el caso de que hubiera ofertado una baja temeraria no justificada o sostenida con una ayuda que contravenga los términos impuestos en el artículo 107 del TFUE". Y aludiendo a que ello no ha sucedido en el presente caso al no haber presentado el ICGC una oferta incurso en presunción de anormalidad, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

La Generalidad de Cataluña, como Administración que creó el ICGC, dotó a dicho ente de recursos para el desarrollo de los cometidos que le fueron atribuidos. El artículo 152.6 de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, recoge los recursos económicos del ICGC, entre ellos, "a)

Las dotaciones que se consignan en los presupuestos de la Generalidad. (...) e) Las subvenciones, transferencias, aportaciones o dotaciones que concedan a su favor particulares, entidades u organismos de carácter público o privado. f) Los demás recursos no determinados por el presente apartado que se le atribuyan por disposición legal o reglamentaria".

Como se ha apuntado ya y se afirma en la Sentencia, más del 80 por ciento de los ingresos del ICGC en el ejercicio 2018 provinieron de la Generalidad de Cataluña. Además, las dotaciones presupuestarias que el ICGC percibe de los presupuestos de la Administración de la que depende no cubren solo sus necesidades económicas ordinarias, sino también cualquier necesidad económica extraordinaria, siendo los ingresos propios del ICGC nimios.

Y entiende que la empresa recibe una ayuda de Estado tal y como ha sido entendida por la jurisprudencia del TJUE, citando al efecto la sentencia del Tribunal de Justicia (UE) de 8 de septiembre de 2011, asunto C-78/08 a C-80/08.

El ICGC percibe dotaciones presupuestarias de la Administración de la que depende. Al permitírsele al ICGC actuar en el tráfico como un operador económico más, al margen de los fines que tiene atribuidos y que justificaron su creación, se está colocando al ICGC en una situación jurídica y fáctica comparable a la de los restantes operadores económicos, contando el ICGC con unos recursos económicos de los que no disponen los demás operadores económicos que actúan en el mismo mercado, estableciendo una diferenciación entre el ICGC y sus competidores; y, por último, las dotaciones percibidas pueden falsear la competencia al reforzar la posición del ICGC frente a la de otras empresas contra las que compite, permitiéndole a dicho ente contar con unos recursos públicos con los que no cuentan los restantes operadores y no estar sometido a riesgo operacional de ningún tipo, ya que cualquier déficit económico es cubierto con dotaciones presupuestarias extraordinarias, absorbiendo con tales recursos públicos todo riesgo operacional.

Y son estos recursos públicos los que hacen posible que el ICGC formule mejores ofertas que otros licitadores sin necesidad, por supuesto, de incurrir en baja desproporcionada, lo que pone en evidencia la irregularidad denunciada.

Y si bien la jurisprudencia comunitaria ha avalado la participación de un licitador aun cuando reciba subvenciones públicas, esta misma jurisprudencia ha concluido que ello no implica que, en ciertos supuestos, no sea necesaria tomar en consideración la existencia de dichas subvenciones. En este sentido, la ya citada Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) de 18 de diciembre de 2014, asunto C-568/13 y la Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) de 7 de diciembre de 2000, asunto C-94/99.

Por todo ello solicita que se dicte una sentencia por la que se estime el recurso de casación, casando y anulando la sentencia impugnada y en su lugar se dicte sentencia que estime el recurso contencioso-administrativo formulado por esta parte contra la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación pública de la Comunidad Autónoma de Galicia, anulando dicha resolución, así como el acuerdo de adjudicación contra el que se interpuso el recurso.

Cuarto.

El Procurador D. Fernando Iglesias Ferreiro, actuando en nombre y representación del "Institut Cartogràfic i Geològic de Catalunya" (en adelante ICGC), se opone al recurso.

1º Considera que el ICGC goza de la aptitud y capacidad de contratación necesaria para concurrir a la licitación del contrato en su condición de "operador económico" y por poder garantizar la debida ejecución del contrato.

El artículo 6.2 n) y p) de la Ley 16/2005, establece que, entre las funciones del ICC, actualmente asumidas por el ICGC, se encuentran, entre otras:

"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.

p) Fomentar y promover los servicios cartográficos públicos y privados, así como la investigación, la docencia y el desarrollo tecnológico en el ámbito cartográfico"

En este mismo sentido, el artículo 8.a) de la Ley 16/2005 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 admite también que el ICC (y, por tanto, el ICGC) pueda ofrecer y ejecutar servicios a otros sujetos públicos y privados mediante la correspondiente contraprestación: "3. El Instituto Cartográfico de Cataluña, sin perjuicio de las actividades a que se refiere el apartado 2, puede asesorar, dar apoyo y llevar a cabo estudios y trabajos a solicitud o por encargo de otros departamentos, entidades u organismos de la Generalidad, así como de otros sujetos públicos o privados, mediante la correspondiente contraprestación".

El objeto del contrato consistía en la planificación y realización de un vuelo fotogramétrico para la grabación y captura de imágenes aéreas con finalidades cartográficas, para la posterior elaboración de instrumentos de

planeamiento urbanístico en los municipios de las provincias A Coruña y Lugo. El objeto del Contrato es una actividad esencialmente cartográfica, lo que se ajusta perfectamente al ámbito de actuación y actividades detalladas en los párrafos anteriores y para las cuales esta parte fue constituida. Recordamos, que los servicios del ICGC incluyen expresamente actividades propias en el campo de la cartografía, así como de la geodesia, disciplina destinada a estudiar la forma y dimensiones de la Tierra y que incluye la ejecución de trabajos de topografía, fotogrametría, cartografía, ingeniería civil, navegación y geografía. Resulta incontestable, pues, que el ámbito de actuación legal y estatutariamente definido del ICGC se ajusta a la perfección al objeto del Contrato licitado.

El ámbito de actuación del ICGC no se limita exclusivamente a las competencias funcionales y territoriales de la Generalitat de Cataluña, sino que se extiende a la prestación de servicios a sujetos privados y más allá de ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Cataluña, siendo todo ello coincidente con el objeto del contrato.

2º La sentencia no infringe el artículo 3.1 de la Ley 40/2015 del Sector Público en tanto que dicho artículo no resulta aplicable al ICGC cuando actúa como operador económico y no en ejecución de facultades públicas. Tal y como recoge el artículo 152.2 de la Ley 2/2014 el ICGC a pesar de ser una entidad de derecho público, debe ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado por lo que, por regla general, su actividad se encuentra sometida a las normas de derecho civil, mercantil y laboral, a excepción de aquellas materias referentes a sus relaciones de tutela con la Administración pública. Y, en todo caso, se encuentra expresamente habilitado para ofrecer servicios a entes públicos y fuera del territorio de Cataluña relacionados con la prestación de servicios de cartográfica y/o reología, coincidentes con el objeto del contrato.

3º No existe una ayuda de Estado.

Existe un consolidado criterio jurisprudencial del TJUE de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107/98), de 7 de diciembre de 2000, (asunto 94/99) y sentencia de 23 de diciembre de 2009 (asunto 305/08), sentencia de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11) y de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-568/13) según el cual la percepción de fondos públicos para el desarrollo de las actividades propias de una entidad del sector público, situándolas en una posición privilegiada con respecto a otros operadores al permitirles ofrecer mejores condiciones de mercado y precios más competitivos, no supone per se una infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, ni un atentando a la libre competencia.

De la jurisprudencia del TJUE se extraen dos conclusiones: (i) que únicamente resulta posible excluir una entidad que recibe financiación pública de un procedimiento de licitación en caso de que ofertara 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 y (ii) 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 ayudas de Estado consideradas ilegales o ilícitas.

Trasladando las anteriores consideraciones al presente caso, es evidente que la financiación pública que recibe esta parte no supone una ayuda de Estado por cuanto: (i) la situación fáctica y jurídica en la que se encuentra el ICGC no es equiparable a la de la recurrente y el resto de los licitadores privados (independientemente de que esta parte concurrese en el procedimiento de licitación de referencia juntamente con la recurrente y el resto de licitadores, la naturaleza jurídica de las partes es eminentemente distinta y no es comparable); y (ii) la legalidad del sistema de financiación del ICGC no es cuestionable, por cuanto está previsto en la normativa de su creación, siendo aplicable dicho régimen por igual a todas las entidades públicas de la misma naturaleza jurídica y fáctica que esta parte.

Por todo ello solicita la desestimación del recurso de casación.

Quinto.

D. Argimiro Vázquez Guillén, actuando en nombre y representación de la Junta de Galicia, se opone al recurso de casación.

El ICGC fue creado por la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas y financieras y del sector público calificándose de entidad de derecho público de la Generalidad, pero con sujeción al derecho privado. Dicho ente en realidad sucede a otros dos ya existentes subrogándose en sus funciones, derechos y obligaciones, son el Institut Cartografic de Catalunya creado por la Ley 16/2005, de 27 de diciembre y el Instituto Geológico de Cataluña creado por la Ley 19/2005, de 27 de diciembre. Igualmente, el art. 1.b).1 del texto refundido de la Ley del estatuto de empresa pública catalana, al que se remite la citada Ley 2/2014, determinó que su actividad se ajustaría al ordenamiento jurídico privado, de manera que podría realizar actividades y prestar servicios acordes con su función sujetándose a los criterios de rentabilidad, economía y productividad, pudiendo licitar y ser adjudicataria de contratos administrativos tal y como se acreditó con la prueba desplegada en la instancia.

Por tanto, en los términos consagrados por la jurisprudencia comunitaria, entre otras sentencias del TJUE de 6 de octubre de 2015 (C-203/2014), de 18 de diciembre de 2014 (C-568/2013), de 23 de diciembre de 2009 (C-305/2008) o la de 19 de diciembre de 2012 (C-159/2011), el ICGC tendría la consideración de operador económico sin que pueda negarse su capacidad para contratar en nuestro caso en concreto. En sus estatutos aprobados por

el Decreto 58/2015 se especificó que sus funciones son las relacionadas con la geodesia y cartografía e infraestructura de datos espaciales de Cataluña, no haciéndose, por tanto, ninguna restricción al ámbito territorial catalán respecto de la geodesia y cartografía, estando dicho ente habilitado para operar en el mercado en la totalidad del estado español y pudiendo contratar y ejecutar servicios con otros sujetos públicos y privados.

En conclusión, el ámbito de actuación del ICGC y sus funciones legalmente establecidas encajan perfectamente con las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, resultando por ello clara su capacidad para contratar y, en consecuencia, no tendrían lugar las infracciones de los artículos 65 y 66 de la Ley de contratos del sector público.

El artículo 3 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de régimen jurídica del sector público no resulta aplicable puesto que el Instituto no estaría actuando como administración Pública y en todo caso sus funciones se encuadrarían en el objeto del contrato licitado.

Por lo que respecta a la infracción del art. 107 del TFUE y el falseamiento de la competencia se afirma que la jurisprudencia comunitaria es clara acerca de la posibilidad de que los organismos públicos participen en contratos públicos en paralelo con operadores económicos privados, que el hecho de percibir fondos públicos no habilita a excluirlos de las licitaciones pues de lo que se trata es de abrir la competencia lo máximo posible para garantizar que la entidad adjudicadora pueda examinar diversas opciones y así optar por la oferta más ventajosa y que mejor responda a las necesidades del contrato que se licita.

La sentencia TJUE de 18 diciembre de 2014 ha considerado mecanismos adecuados para garantizar la libre competencia el tener una contabilidad separada y que la oferta presentada no incluya valores anormalmente bajos y, aún en este caso, no se podría excluir sin más la oferta, sino que sería el órgano de contratación el que tendría que analizar las circunstancias concurrentes para determinar si hay o no falseamiento de la competencia.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, es claro que en nuestro caso no hay falseamiento ni restricción alguna de la libre competencia ni vulneración del principio de igualdad entre los licitadores puesto que el ICGC no ha presentado una oferta con valores calificados de anormalmente bajos ni ha quedado acreditado el carácter ilegítimo de los fondos percibidos por el Instituto, tal y como fundamenta la Sala de Galicia, tal y como se ha razonado en la resolución administrativa recurrida. Del mismo modo, tal y como explica pormenorizadamente el codemandado, el ICGC lleva un sistema adecuado de contabilidad separada que impide que en los casos de ejecución de un proyecto con un tercero- actuando como operador económico sujeto al ordenamiento privado-se produzca una financiación por transferencia de la Generalitat de Cataluña. Además, dicho ente no solo recibe dotaciones procedentes de esta Administración, sino que la Ley 2/2014 también alude en su art. 152.6 apartado c) a los ingresos obtenidos por los estudiosos trabajos que se lleven a cabo en el cumplimiento de sus funciones o por la venta de sus producciones y servicios.

Por todo ello solicita la desestimación del recurso de casación.

Sexto.

Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 26 de septiembre de 2023, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Conselleria de Medio Ambiente, Territorio y Vivienda convocó por resolución del 9 de mayo de 2019 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) participó y presentó su oferta, siendo finalmente adjudicatario de un lote. La entidad "TOPCAD INGENIERIA SLU", en su condición de licitadora oponente, recurrió esta resolución con la pretensión de que se excluyen las ofertas del Instituto. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia de 24 de julio de 2019 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 resolución "TOPCAD INGENIERIA SLU" interpuso un recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que en su sentencia de fecha 30 de octubre de 2020 (rec. 7393/2019) desestimó el recurso interpuesto por dicha entidad contra la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia de 24 de julio de 2019.

Segundo. *Sobre la vulneración del art. 107.1 del TFUE.*

La cuestión de interés casacional tomada en consideración en el Auto de admisión se centra 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.

En respuesta a la cuestión planteada ha de partirse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se ha afirmado de forma reiterada - STJUE de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107/98), de 7 de diciembre de 2000, (asunto 94/99) y sentencia de 23 de diciembre de 2009 (asunto 305/08), sentencia de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11) y de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-568/13)- 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 atentando a la libre competencia.

Así, la STJUE de 23 de diciembre de 2009 (asunto 305/08) afirma:

"34. Sin embargo, 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 [...].

40. Además, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es preciso recordar, por un lado, 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 licitadores competidores no subvencionados, y, por otro lado, que si el legislador comunitario hubiese tenido la intención de obligar a las entidades adjudicadoras a excluir a tales licitadores, lo habría mencionado expresamente (sentencia ARGE, antes citada, apartados 25 y 26)".

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.

26. En efecto, si el legislador comunitario hubiese tenido la intención de obligar a las entidades adjudicadoras a excluir a tales licitadores, lo habría mencionado expresamente [...], el artículo 1, letra c), de la Directiva 92/50 autoriza expresamente la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de organismos financiados, en su caso, con fondos públicos. En efecto, enuncia que el licitador es el prestador de servicios que efectúa una oferta y define a dicho prestador como toda persona física o jurídica, "incluidos los organismos públicos", que ofrezca servicios.

29. Si bien, por lo tanto, el principio de igualdad de trato de los licitadores no se opone, de por sí, a la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de organismos públicos, incluso en un supuesto como el descrito en la primera cuestión prejudicial, no puede descartarse que, en determinadas circunstancias particulares, la Directiva 92/50 obligue a las entidades adjudicadoras a tomar en consideración la existencia de subvenciones, y en particular de ayudas no conformes con el Tratado, o, al menos, les permita hacerlo, con objeto de, en su caso, excluir a los licitadores que las reciban.

30. A este respecto la Comisión alega acertadamente que un licitador puede ser excluido durante el procedimiento de selección cuando la entidad adjudicadora considere que ha recibido una ayuda que no es conforme con el Tratado y que la obligación de restituir la ayuda ilícita pondría en peligro su solidez financiera, de modo que puede considerarse que dicho licitador no ofrece las garantías financieras o económicas exigidas.

[...] el mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben, de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones, del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones, no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 59 del Tratado".

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 del Tribunal de Justicia 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 (véanse, en este sentido, las sentencias ARGE, EU:C:2000:677, apartados 25 a 27, y CoNISMA, EU:C:2009:807, apartados 34 y 40).

44 Sin embargo, en determinadas circunstancias particulares, la entidad adjudicadora tiene la obligación, o al menos la posibilidad, de tomar en consideración la existencia de subvenciones, y en particular de ayudas no conformes con el Tratado, con objeto de, en su caso, excluir a los licitadores que las reciban (véanse, en este sentido, las sentencias ARGE, EU:C:2000:677, apartado 29, y CoNISMA, EU:C:2009:807, apartado 33).

45 A este respecto, como indicó la Comisión en la vista ante el Tribunal de Justicia, el hecho de que el centro público de que se trata disponga de una contabilidad separada entre sus actividades realizadas en el mercado y sus otras actividades puede permitir comprobar si una oferta es anormalmente baja por el efecto de una ayuda de Estado. 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".

De la jurisprudencia del TJUE, se extraen varias conclusiones:

i) 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.

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 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".

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 clave a los efectos de descartar la existencia de una ayuda no conforme con el Tratado que posibilite esta oferta ventajosa. Pero lo cierto es 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).

Tercero. Sobre la imposibilidad de ofrecer servicios fuera del ámbito territorial de Cataluña.

La parte recurrente sostiene la falta de capacidad de obrar del Instituto pues, aunque tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el ejercicio de sus funciones, tan solo tiene atribuidas una serie de competencias y funciones relacionadas con las competencias que sobre cartografía y geodesia corresponden a la Generalidad de Cataluña.

Para dar respuesta a esta cuestión hemos de partir de que los entes públicos con personalidad jurídica y capacidad de obrar pueden concurrir a las licitaciones. Y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha señalado en su sentencia de 6 de octubre de 2015 [Asunto C-203/14], que "[...] según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, 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 [...].

35 En la medida en que determinadas entidades 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".

El Instituto Cartográfico y Geológico de Cataluña fue creado por la Ley 2/2014 de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, y tiene plena capacidad para el ejercicio de sus funciones. El Decreto 58/2015, de 21 de abril por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Cartográfico y geológico de Cataluña establece como funciones propias del Instituto "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"

De modo que estas funciones se corresponden con el objeto del contrato a cuya licitación concurrió, que tenía por objeto la obtención de imágenes aéreas en 28 ayuntamientos de Galicia para la posterior elaboración de la cartografía de los Planes Básicos Municipales. En el apartado 1 del cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares se indica que los trabajos a realizar consistían en "la realización del vuelo fotogramétrico para la captura de imágenes aéreas" de una serie de municipios de la comunidad autónoma de Galicia para la obtención de la cartografía y la información geográfica necesaria que habrían de servir de base para el urbanismo y la ordenación del territorio.

Por lo que respecta a la posibilidad de concurrir a licitaciones y realizar trabajos fuera del territorio de la Comunidad Autónoma catalana debe partirse que tanto la previsión estatutaria antes transcrita como el artículo 152. 10.a) de la Ley 2/2014 de 27 de enero 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 "p) Fomentar y promover los servicios cartográficos públicos y privados, así como la investigación, la docencia y el desarrollo tecnológico en el ámbito cartográfico" (art. 6.2 n) y p) de la Ley 16/2005). 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: "3. El Instituto Cartográfico de Cataluña, sin perjuicio de las actividades a que se refiere el apartado 2, puede asesorar, dar apoyo y llevar a cabo estudios y trabajos a solicitud o por encargo de otros departamentos, entidades u organismos de la Generalidad, así como de otros sujetos públicos o privados, mediante la correspondiente contraprestación".

De modo que, el Instituto Cartográfico de Cataluña, 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 organismo 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.

Y así se consideró por este 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.

La sentencia del Tribunal Supremo confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 23 de marzo de 1991 (rec. 525/90) en la que se afirmaba que "si se aceptara una interpretación estricta del principio de territorialidad, los entes autonómicos experimentarían la necesaria consecuencia del principio de igualdad, porque su intervención vendría condicionada por la obligación de competir en una economía de mercado con un alto grado de desarrollo con empresas privadas cuyo radio de acción puede extenderse, por lo menos, al mercado nacional. Así las cosas, la personalidad jurídica propia y la plena capacidad de obrar que Ley 11/1982 reconoce a la entidad codemandada, no estando incurso en prohibición de las establecidas en el artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado, llevan aparejada la consecuencia de su aptitud para concurrir al concurso público convocado por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares".

Estas mismas razones sirven para descartar la pretendida vulneración del principio de eficacia contenido en el art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, norma que además 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.

Cuarto. *Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.*

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.

Quinto. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico cuarto:

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la entidad "TOPCAD INGENIERÍA, S.L.U" contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 30 de octubre de 2020 (rec. 7393/2019), que se confirma. No ha lugar a la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes personadas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.