



HERBERT  
SMITH  
FREEHILLS

# SECTOR UPDATE

## INFRAESTRUCTURAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

### En este número

- 03 Contratación pública: legislación, jurisprudencia, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Supremo, resoluciones de los Tribunales de recurso contractuales
- 13 Infraestructuras: jurisprudencia
- 15 Contratación pública y Derecho de la Competencia



Nº 1 – ENE/FEB 2022



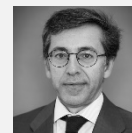
### CONTACTO



**Iria Calviño**  
Socia  
T +34 91 423 4022  
[Email](#)



**Ignacio Paz**  
Socio  
T +34 91 423 4005  
[Email](#)



**Javier Guillén**  
Consultant  
T +34 91 423 4084  
[Email](#)

## **Autores**

**Iria Calviño**, Socia  
**Javier Guillén**, Consultant  
**Pilar Carrasco**, Asociada  
**Alvaro Silva**, *Trainee*  
**Marta Montero**, *Trainee*

Si desea recibir estos *updates*, pongáse en contacto con nosotros, [aquí](#).

El contenido de este documento es meramente informativo y está actualizado a la fecha que consta en el mismo. Parte de la información puede provenir de fuentes públicas y no estar completa, actualizada o ser precisa; la información pública o de terceros que hayamos usado no ha sido verificada por nosotros. Este documento no constituye asesoramiento legal y no debe ser tomado como tal. Debe recabar asesoramiento legal específico adaptado a sus circunstancias particulares antes de tomar cualquier decisión basada en este documento, y los datos incluidos en este documento deben verificarse con sus circunstancias concretas en el momento que desee utilizarlo o referirse al mismo.

## ■ Contratación pública

### LEGISLACIÓN

#### El Gobierno aprueba un Real Decreto-ley para permitir la revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público

En el Boletín Oficial del Estado de 2 de marzo de 2022, se ha publicado el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras (**RDL 3/2022**).

Tal y como recoge su Exposición de Motivos, las excepcionales circunstancias sociales y económicas derivadas de la pandemia desencadenada por el Covid-19 han producido un impacto directo en la ejecución de determinados contratos del sector público. En este sentido, los precios de las materias primas han subido con fuerza durante el 2021.

Este proceso ha ocasionado unos incrementos de costes que eran imprevisibles en el momento de la licitación de unos contratos que ahora muestran dificultades en su ejecución y cuyos operadores se ven severamente afectados. Este aumento de costes, además, excede del que puede ser incluido en los riesgos que el contratista ha de asumir en todo contrato público. De modo particular, este incremento extraordinario del coste de determinadas materias primas que resultan necesarias para la ejecución de ciertas unidades de obra, ha repercutido de manera intensa en los contratos de obras.

Ante esta realidad, el Gobierno ha adoptado en el Título II del citado RDL 3/2022 (artículos 6 a 10), una serie de medidas urgentes dirigidas a permitir una revisión excepcional de los precios de los contratos del sector público estatal.

Un análisis más detallado de esta norma, se encuentra en nuestro e-bulletin: [El Gobierno aprueba un Real Decreto-Ley para permitir la revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público.](#)

### JURISPRUDENCIA

#### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

#### Interpretación de las modificaciones de los contratos durante su vigencia, cesión de acuerdos marco

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (**TJUE**) mediante la sentencia de 3 de febrero de 2022, resuelve la cuestión prejudicial, planteada por el Tribunal Contencioso-Administrativo de Suecia, relativa a la interpretación del artículo 72, apartado 1, letra d) inciso ii), de la Directiva de 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

La cuestión principal del litigio versa sobre si se cumplen las condiciones exigidas en el artículo 72, apartado 1, letra d) inciso ii), de la Directiva de 2014/24/UE, cuando en el contexto de una contratación pública y tras la declaración de concurso del contratista inicial y la cesión del acuerdo por parte del administrador concursal, se produce una subrogación de derechos y obligaciones del nuevo contratista en la posición del contratista inicial.

El TJUE, recuerda que, por norma general, se entenderá como una modificación sustancial de los contratos públicos, en consonancia con los principios de igualdad de trato y la obligación de transparencia, la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de la adjudicada por la entidad adjudicadora y, por tanto, se debe dar lugar a un nuevo procedimiento. No obstante, el citado artículo 72, prevé la excepción de que, a consecuencia de la sucesión total o parcial del contratista inicial a raíz de una reestructuración empresarial, el nuevo contratista no debe iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación, siempre y cuando se cumplan los criterios de selección cualitativa y no tenga por objeto eludir la aplicación de la Directiva.

Por último, el TJUE concluye estableciendo que: *"debe interpretarse en el sentido de que procede considerar que un operador económico que, a raíz de la declaración de concurso del contratista inicial que ha dado lugar a su liquidación, se haya subrogado únicamente en los derechos y obligaciones de este último resultantes de un acuerdo marco celebrado con un poder adjudicador ha sucedido a título parcial a ese contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en el sentido de dicha disposición."*

**TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIAS****La prórroga de mutuo acuerdo en el contrato de servicios bajo el TRLCSP**

El Tribunal Supremo (TS) se ha pronunciado en su sentencia de 4 de febrero de 2022 (**rec. 1158/2020**), acerca de la compatibilidad de los artículos 23 y 303 del ya derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (el **TRLCSP**) y de la posibilidad de que la Administración pueda imponer prórrogas forzosas a un contrato en virtud del interés público que justifica la adopción de las mismas. En este sentido, cabe recordar que el artículo 23 del TRLCSP establece de manera general que en aquellos contratos en los que se prevean prórrogas, el órgano de contratación será el que las acuerde unilateralmente, mientras que el artículo 303 de la misma norma prevé que en los contratos de servicios, la adopción de la prórroga requerirá del mutuo acuerdo de Administración y contratista.

El TS aclara en su sentencia que ambas previsiones legales son compatibles, conteniendo el artículo 303 una norma especial que es de aplicación preferente en el caso de los contratos de servicios. Igualmente, el TS declara que las prórrogas deben adoptarse respetando las previsiones legales existentes, sin que el mayor o menor interés público permita prescindir del ordenamiento jurídico existente (por lo que se rechaza la posibilidad de imponer prórrogas en virtud del interés público).

**Reequilibrio económico en los contratos públicos en contraposición con el riesgo y ventura del contratista**

En la Sentencia del TS del 31 de enero de 2022 (**rec. 3968/2020**), la cuestión que reviste interés casacional objetivo se circunscribe a establecer qué tipo de medidas son válidas para reequilibrar económicamente los contratos de transporte de viajeros sujetos al artículo 19 de la Ley 16/1987, 30 de julio, Ordenación de los Transportes Terrestres, (la **LOTT**) tras la reforma operada en el artículo 19 de la misma por la Ley 9 /2013, de 4 de julio, por la que se modificó la LOTT y la Ley de 21 /2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

De este modo, el TS, al hilo del examen de los artículos 17 y 19 de la LOTT y en su interpretación, suscribe sin matizaciones, las consideraciones expuestas por la sentencia del TS (**STS**) 1868/2016, de 20 de julio, que se invoca en el propio recurso. El Tribunal establece que, *"la contratación administrativa se caracteriza por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista; que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas*

*imputables a la Administración (ius varandi o factum principis), o por hechos reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible, lo que significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo."*

**Interpretación de "notificación fehaciente" en la transmisión de los derechos de cobro de los contratos administrativos**

En la Sentencia de 15 de diciembre de 2021 (**rec.1675/2020**), con voto particular del Magistrado D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat al que se adhiere el Magistrado D. José María Del Riego Valledor, el TS se pronuncia sobre la interpretación del concepto de "notificación fehaciente" en la transmisión de derechos de cobro de los contratos administrativos y si constituye un requisito para la efectividad, la notificación fehaciente a la Administración contratante de la aportación a la misma del contrato privado de cesión por parte del cedente del crédito.

El Tribunal analiza la literalidad de los artículos 100 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (**RDL 2/2000**) [actual artículo 200 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 (LCSP)] y 1527 del Código Civil, alcanzando estas conclusiones: en primer lugar, entiende que la aportación del contrato privado no es un requisito para la notificación fehaciente atendiendo a la interpretación literal de los preceptos; y en segundo lugar, analiza el concepto de notificación fehaciente en la transmisión de los derechos de cobro de los contratos administrativos, *"debe interpretarse en el sentido de que resulta suficiente para la efectividad de dicha cesión la mera comunicación por parte del cedente del crédito, no constituyendo un requisito para la efectividad de la notificación fehaciente a la Administración contratante la aportación a la misma del contrato privado de cesión."*

Asimismo, el Tribunal concluye que para entender que una notificación es válida los requisitos son:

*"(i) identificación cedente; (ii) identificación del cesionario con expresión de su razón social, identificación fiscal y cuenta a realizar el pago; (iii) identificación del crédito, con su descripción económica y conceptual, derivado de un contrato administrativo."*

La cuestión no es pacífica, pues en el citado voto particular, disiente del sentir del Tribunal y concluye que: *"el artículo 100 del RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que regula la transmisión de los derechos de cobro frente a la Administración, debe interpretarse en el sentido de aquellos supuestos, en que la Administración resuelve que no procede la toma de razón de la notificación de*



la cesión, por razones sustantivas o formales, y que se haya expedido mandamiento de pago a favor del contratista supuestamente cedente, la cesionaria no podrá ejercitar lícitamente la acción de reclamación del crédito cedido ante la Administración" y entiende que ha de imponerse al contratista, la obligación de: "suministrar de forma fehaciente toda la información necesaria sobre el contenido del contrato de cesión, para lo que resulta exigible la aportación del contrato suscrito entre las partes."

#### **TRIBUNAL SUPREMO: AUTOS DE ADMISIÓN DE CASACIÓN**

#### **Principio de buena fe y confianza legítima en contratos de larga duración (Auto del TS de 13 de enero de 2022, rec. 4676/2020)**

En virtud del Auto del TS de 13 de enero de 2022 (rec. 4676/2020), se admite el recurso por entender que tiene un interés de casación objetivo para la complementación de jurisprudencia en relación con los contratos de concesión de obras y la aplicación de los principios de buena fe y confianza legítima en los contratos de larga duración.

En este sentido, el TS se plantea si en el contexto de los contratos de larga duración y en función de los principios de buena fe y confianza legítima, es razonable la imposición de penalidades cuando estás derivan de una modificación de criterio por parte de la Administración en cuanto a la aceptación de informes de gestión, cuando se exige la auditoría operativa prevista en el Pliego de condiciones que rigen la contratación.

#### **Doctrina del *factum principis* y del riesgo imprevisible y sus efectos sobre la economía del contrato (Auto de 13 de enero de 2022, rec. 5965/2020)**

En el Auto de 13 de enero de 2022 (rec. 5965/2020), el TS debe pronunciarse sobre la determinación y alcance de la doctrina del *factum principis* y del riesgo imprevisible y sus efectos sobre la economía del contrato.

Para ello, deberá analizar, en detalle, si la sobrevenida sujeción al pago del impuesto sobre bienes inmuebles por parte del concesionario supone la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato o si, por el contrario, la desaparición de la exención al pago de dicho impuesto local se inscribe en el principio de riesgo y ventura y no determina el nacimiento de derecho a compensación alguno a cargo de la Administración contratista.

#### **La renuncia expresa al derecho de intereses en supuestos de abono de certificaciones de obra con cargo al Fondo de Liquidez Autonómico o al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas (Auto de 13 de enero de 2022, rec. 7873/2020)**

En el Auto de 13 de enero de 2022 (rec. 7873/2020), el TS ha admitido a trámite un recurso de casación por

entender que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia con el fin de que se determine si es necesaria la renuncia libre y expresa del acreedor contratista para entender extinguido el derecho a los intereses, en los supuestos de abono por parte de la Administración pública de certificaciones de obra con cargo al Fondo de Liquidez Autonómico o al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas.

Se admite el recurso de casación, en virtud de la previsión del artículo 88.2 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), al existir pronunciamientos que se entienden contradictorios entre los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) de Castilla-La Mancha y Valencia, y los del TSJ de Andalucía y no existir procedimiento del TS en concreto sobre los supuestos en los que la Administración procede al pago de la certificación de la obra, por el Fondo de Liquidación Autonómica o el Fondo de Liquidez de las Comunidades Autónomas (y no con cargo al Plan de Pago a Proveedores), a efectos de que se determine si cabe entender extinguido el derecho a los intereses sin que el acreedor haya igualmente renunciado de forma expresa.

#### **Alcance e interpretación del art. 271.2 LEC en relación con el art. 456.1 LEC (Auto de 20 de enero de 2022, rec. 1724/2022)**

El Tribunal admite el recurso de casación en el Auto de 20 de enero de 2022, rec. 1724/2021, por considerar que tiene interés casacional objetivo determinar si la aportación al amparo de art. 271.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), y antes de dictarse sentencia de primera instancia, un documento que pudiera ser condicionante para la decisión del litigio sobre modificación del proyecto de ejecución de un contrato de obras, documento consistente en sentencia judicial que declara la resolución previa del mismo contrato de obras por causa de suspensión de las obras imputable a la administración contratante, o puede rechazarse el examen de su incidencia sobre el litigio sobre la base de su calificación como una alegación nueva, excluida por el art. 456.1 LEC.

El tribunal debe pronunciarse ya que resulta relevante esclarecer los efectos que la sentencia declaratoria de la resolución contractual puede producir en el ámbito de un litigio que trata sobre la modificación del mismo contrato; y del apartado a) del artículo 88.3 a) de la LJCA sobre el alcance de la aplicación del art. 271.2 LEC, con objeto de concretar, y, en su caso, matizar, la jurisprudencia recaída sobre el alcance del artículo 271.2 de la LEC, al efecto, entre otras, STS de 1 de diciembre de 2021 (RCA 7945/2020).

#### **La subsanación de defectos sustanciales en documentos presentados en sobre en el marco del artículo 81 del RD 1098/2001 (Auto de 27 de enero de 2022 rec. 6806/2020)**

En el marco de la forma de presentación de documentación en licitaciones, el artículo 81 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD 1098/2001) prevé

una posibilidad de subsanación de documentación presentada en sobre cerrado.

En este sentido, el TS ha considerado mediante Auto de 27 de enero de 2022 (**rec. 6806/2020**) como cuestión de interés casacional la relativa a si conforme a dicho artículo 81 del RD 1098/2001 pueden ser subsanados defectos sustanciales en los documentos presentados en el sobre 3 (relativo a la documentación complementaria) y el tipo de defecto u error subsanable, de cara a evitar situaciones desiguales o ventajistas entre los concurrentes a una licitación. Dada la inexistencia de jurisprudencia relativa a esta concreta cuestión, se ha admitido a trámite el recurso de casación interpuesto por Telefónica contra la sentencia núm. 152/2020 del TSJ de Castilla y León.

### **Sobre la aplicación de la caducidad en el procedimiento de imposición de penalidades en los contratos de obras de larga duración (Auto de 27 de enero de 2022, rec. 7437/2020)**

Se plantea en este recurso de casación, si ante la falta de regulación del procedimiento para la imposición de penalidades de naturaleza contractual en la legislación de contratos, resultan de aplicación los artículos 42, 43 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en la actualidad artículos 21, 24 y 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (**LPAC**)). De forma concreta, el TS estudiará si para los contratos de obras de larga duración, es o no aplicable el instituto de la caducidad en el procedimiento para la imposición de penalidades.

Del mismo modo, se examinará si resulta posible aplicar penalidades retroactivamente por defectos en la ejecución del contrato que no habían sido definidos como tales cuando se produjeron, no siendo sancionables en ese momento, aunque el contratista admitiera que dichos supuestos serían objeto de concreción ulterior a la elaboración de la documentación contractual.

### **La doctrina del enriquecimiento injusto en casos donde está prohibida la contratación verbal (Auto de 3 de febrero de 2022, rec. 6316/2020)**

Por medio del Auto de 3 de febrero de 2022 (**rec. 6316/2020**), el TS ha admitido a trámite, un recurso de casación presentado por el Ayuntamiento de Moia contra la sentencia dictada en el recurso de apelación 563/2018, de fecha 27 de julio de 2020, del TSJ de Cataluña. En dicha sentencia se reconoció el derecho del administrador a percibir un importe debido en virtud de un contrato verbal para la prestación de servicios de asesoría jurídica al Ayuntamiento, con la particularidad de que resultaba de aplicación el artículo 55 del RDL 2/2000, que establecía la prohibición de la contratación verbal. En el Auto, el TS considera que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si se puede acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto en asuntos relativos al pago de facturas por servicios contratados

verbalmente cuando no está permitida la contratación verbal.

---

## RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES

---

### **Modificación de la composición de una UTE durante el procedimiento de licitación (Resolución 148/2022)**

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (**TACRC**), el pasado 3 de enero de 2022, en su Resolución 148/2022, estimó la reclamación en materia de contratación interpuesta, contra un acuerdo de adjudicación, quedando anulado por la resolución, con retroacción de actuaciones al momento inmediato anterior.

El fundamento del recurso es la improcedencia de la adjudicación a la empresa adjudicataria. La empresa se presentó acompañada de otra empresa para llevar a cabo una unión temporal de empresas (**UTE**). No obstante, antes de la adjudicación del contrato, se produjo la renuncia por parte de la otra empresa integrante.

El Tribunal, en su análisis jurídico y al amparo del artículo 69.8 de la LCSP, concluye que, si se produce una modificación sustancial en la composición de los integrantes de la UTE, ha de procederse a la expulsión de todas las entidades que hayan concurrido al procedimiento con el compromiso de constituirse en UTE. Asimismo, complementa la regla general con una precisión y una excepción, con relación al caso que nos ocupa. La precisión se hace para señalar la regla general, esto es, la exclusión total, y se tiene que aplicar cuando de la modificación resulte la aplicación de una de las prohibiciones legales para contratar; la excepción es aquella modificación de la composición de la UTE que varíe el porcentaje de participación, no procediendo su expulsión.

Por tanto, el Tribunal concluye que la modificación sustancial en la composición de los integrantes de la UTE durante el procedimiento de licitación, hasta la formalización del contrato, conlleva la exclusión de todas las entidades que hayan concurrido al procedimiento con el compromiso de constituirse en UTE o con esta ya constituida.

### **Imposibilidad de aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* en la fase de preparación y adjudicación de un contrato (Resolución nº 15/2022, de 14 de enero)**

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (**TACRC**) ha desestimado en su Resolución nº 15/2022, de 14 de enero, un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la resolución de 13 de noviembre de 2013 por la que se entiende, por la Mesa de contratación, retirada la oferta de varias empresas del procedimiento de contratación que tiene por objeto el *“suministro de materias primas para la alimentación de los internos de varios centros penitenciarios”*, expedientes: 2021/00007 a 2021/00011

y 2021/00013 a 2021/00024, convocados por la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo del Ministerio del Interior.

Además de considerar como retiradas sus ofertas, por medio de la resolución impugnada se condenaba a las empresas recurridas a pagar una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, todo ello en virtud del artículo 150.2 LCSP, ya que se entendía que las empresas habían retirado su oferta al no cumplimentar la presentación de documentación requerida.

Las empresas recurrentes trataron de evitar la imposición de dicha sanción alegando la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, puesto que el cumplimiento del contrato había devenido excesivamente oneroso para las mismas a causa de la pandemia. No obstante, el TACRC recuerda que las empresas recurrentes habían ofertado una baja muy significativa sobre el precio de licitación, superando el 10% de dicho precio. De este modo, para el TACRC, esta significativa baja es la que dificulta que las empresas cumplan con el suministro al que han licitado, siendo esta cuestión por tanto más propia del riesgo y ventura del licitador que de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, dado que las empresas asumieron en su oferta económica los posibles perjuicios económicos que la adjudicación del contrato, en los términos económicos ofertados, podría ocasionarles en su ejecución, e, incluso, ofrecieron una baja al presupuesto de licitación, como se ha expuesto anteriormente. Por este motivo, se mantiene la sanción y se rechaza que una empresa, tras presentar una oferta económica, alegue contra sus propios actos para retirar dicha oferta.

### **El TCCSP desestima un recurso especial en materia de contratación (Resolución nº 19/2022, de 26 de enero de 2022)**

El Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP) ha desestimado en su Resolución nº 19/2022, de 26 de enero de 2022, el recurso especial en materia de contratación contra el anuncio y los pliegos que han de regir la licitación conjunta de un contrato de suministro.

El recurso se fundamenta en la impugnación del anuncio de licitación y los pliegos de un contrato de suministro, basada en: (i) impugnación de la indeterminación del precio del contrato, (ii) el criterio de valoración económica de las ofertas, y (iii) criterio de adjudicación cualitativo y de ponderación automática relativo a los datos de caducidad del producto.

El Tribunal ha desestimado el primer motivo considerando que no aporta ningún principio de prueba de la concurrencia de la vulneración del principio de precio cierto del artículo 102.1 y 3 de la LCSP, ni que pueda desmontar la discrecionalidad técnica que dispone el órgano de contratación en el diseño de la contratación y la configuración de sus elementos esenciales, citando el Tribunal las resoluciones 42/2021, 20/2020, 323 /2019, 10/2019 y 240/2018.

El segundo motivo ha sido desestimado porque el Tribunal entiende que en la licitación hubo una concurrencia suficiente de empresas distribuidoras y

que, por tanto, entra dentro de la legalidad, veracidad y certeza de los procesos de licitación.

Por último, rechaza desestimar el último motivo del recurso ya que la función estrictamente revisora del Tribunal no permite que se entre a sustituir con criterios jurídicos, los criterios técnicos y de oportunidad que han llevado al poder adjudicador a exigir unas determinadas características técnicas en la licitación.

### **La imposición de prórrogas forzosas al anterior prestario de un servicio, la obligación de fijar precios unitarios máximos y el contenido de la memoria del artículo 63.3.a) de la LCSP**

El TACRC ha estimado parcialmente un recurso interpuesto por Telefónica contra los pliegos de la licitación convocada por el Servicio de Salud de Illes Balears para contratar un servicio de comunicaciones corporativo centralizado. En concreto, estima el argumento del recurrente de que existe una contradicción entre la puntuación de criterios sociales en distintos apartados del pliego y su falta de vinculación al objeto del contrato, en particular, en lo relativo a la valoración de la plantilla con contrato laboral indefinido y su exigencia como condición especial de ejecución, cuestión que el órgano de contratación ha admitido (es decir, se trata un allanamiento parcial).

Además, el TACRC también admite la disconformidad a Derecho de una de las cláusulas del Pliego de Prescripciones Técnicas, puesto que dicha cláusula imponía necesariamente una prórroga forzosa de hasta 9 meses al anterior prestario del servicio (que resultaba ser la propia recurrente) durante la transición de una relación contractual a otra, puesto que imponía unilateralmente una obligación no pactada.

Por otro lado, en el Fundamento de Derecho (FD) 6º, el TACRC destaca la necesidad de que el presupuesto del contrato se ajuste a precios de mercado, pudiendo fijarse por precios unitarios, pero sin que la ley obligue a fijar unos precios unitarios máximos.

Igualmente, en el FD 7º, el TACRC pone de relevancia que el artículo 63.3.a) de la LCSP impone la necesidad de publicar una memoria justificativa del contrato, pero no indica cuál ha de ser su contenido concreto, lo cual obliga a interpretar sistemáticamente el resto de la normativa de contratos del sector público. De este modo, el TACRC llega a la conclusión de que el contenido de la memoria se identifica con el apartado e) del artículo 116.4 de la LCSP, el artículo 28 de la LCSP y el 73 del RD 1098/2001 (es decir, la memoria debe justificar extremos tales como la necesidad e idoneidad del contrato, la eficiencia en la contratación, las características o el importe calculado de las prestaciones objeto del contrato).

## ■ Infraestructuras

### JURISPRUDENCIA

#### TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIAS

#### La personación de los interesados en el procedimiento de aprobación de un PPTP y su naturaleza como disposición general

En su sentencia de 11 de enero de 2022 (rec. 2498/2020), el TS ha interpretado el artículo 113.1 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM), en relación con los artículos 129.5 y 133 de la LPAC, con el fin de aclarar si en el procedimiento de aprobación de un Pliego de prescripciones particulares (PPTP) de prestación de servicios portuarios únicamente están llamadas a participar las entidades y organizaciones más representativas del sector; o si, por el contrario, cabe entender aplicables los artículos 129.5 y 133 LPAC a fin de que otros interesados o afectados por el contenido de los futuros pliegos puedan participar en su procedimiento de elaboración.

En este sentido, el TS señala que los PPTP, tanto por su contenido (al regular para el futuro las condiciones técnicas y económicas en las que ha de prestarse el servicio, incluidas las tarifas aplicables) como por su vocación de permanencia, tienen la consideración de una disposición general e implican el ejercicio de una potestad reglamentaria.

Sentado lo anterior, el TS analiza la cuestión de si el artículo 113.1 del TRLPEMM, al establecer que se dará audiencia a las organizaciones sindicales y de las asociaciones de operadores y usuarios más representativas cuyos fines guarden relación directa con el objeto del correspondiente pliego, excluye la posibilidad de que los interesados individuales que quieran personarse en el procedimiento puedan formular alegaciones. Pues bien, analizada la cuestión, el TS concluye que dicha afirmación no se sostiene, ya que la audiencia a los interesados y la posibilidad de que los destinatarios de la disposición puedan tener una participación activa en el procedimiento está prevista tanto en los artículos 129 y 133 de la LPAC como en el 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y la falta de previsión de este extremo en el TRLPEMM no impide ni excluye la aplicación de dichas previsiones de carácter general, que tratan de garantizar el principio de transparencia y la participación de aquellos interesados que puedan contribuir a adoptar una decisión que pondere todos los intereses concurrentes.

#### El cálculo de la RPA tras la resolución anticipada de concesiones de autopistas

El TS ha resuelto mediante sentencia de 28 de enero de 2022 (rec. 276/2019), el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de abril de 2019, de interpretación de determinados contratos de concesión de autopistas, resueltos como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación del concurso de la concesionaria de dichos contratos, tras la cual la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, SME, S.A. (SEITTSA) se hizo cargo de la gestión de las autopistas.

Una de las pretensiones del demandante en este recurso es que el límite máximo de la responsabilidad patrimonial de la administración (RPA), fijado en el real decreto de adjudicación del contrato del que deriva el litigio, se refiere únicamente a la autopista en explotación, pero no a las obras complementarias a la concesión ni sus modificados y expropiaciones. El TS, sin embargo, desestima este argumento y considera que las "obras complementarias" a las que se refiere el demandante sí están incluidas en el objeto de la concesión y están incluidas en las cantidades máximas fijadas para la RPA.

De igual modo, el TS rechaza los argumentos de la demandante por los que expresa su discrepancia con el método utilizado por el acuerdo impugnado para calcular la amortización. El TS considera que la elección del criterio utilizado (esto es, amortización lineal) está suficientemente justificada tomando en consideración las previsiones de los pliegos y el criterio mantenido por el Consejo de Estado en su dictamen.

También, en relación a la amortización, el demandante considera que la fecha de finalización del periodo de amortización, fijada en el acuerdo impugnado, no puede ser el día en que SEITTSA asumió la explotación de la autopista, sino que debe ser la fecha del auto de apertura de la fase de liquidación del concurso, puesto que determina la extinción ope legis del contrato. El TS rechaza, no obstante, esto último, ya que el cese efectivo en la explotación de la autopista no necesariamente se produce simultáneamente a la fecha del auto y, de hecho, en la mayoría de casos, SEITTSA se hizo cargo de la gestión efectiva de las autopistas antes de dicha fecha.

En cambio, el TS sí estima otro de los argumentos de la demandante para considerar que ha de entenderse que la liquidación o valor patrimonial de los bienes e instalaciones ha de tomar en consideración las condiciones de normalidad o estado de conservación y funcionamiento adecuados correspondientes al momento de la liquidación de la RPA, sin que resulte procedente la valoración como "puesta a cero", entendida como valoración referida al inicio de la concesión.



## Proceso de municipalización en abastecimiento de agua

En la Sentencia de 12 de enero de 2022 (**rec. 152/2019**), el TS desestima el recurso de dos empresas dedicadas a la distribución de suministro de agua. Dichas entidades apelan al TS en relación a un proceso de municipalización del servicio para la recuperación de la gestión del servicio de abastecimiento de agua potable, concretamente en la falta de adecuación de las previsiones de la memoria a los requisitos de la municipalización e infracción del art. 185 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales y la infracción del régimen legal de libertad de empresa del art. 9 de la Ley 17/2009, de 27 de diciembre.

La cuestión relacionada con la nulidad del acuerdo del gobierno de la nación que desestima el recurso administrativo, por la inaplicación de los principios de prudencia y proporcionalidad (privación del derecho a un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), alegando que el recurso administrativo se desestimó expresamente por el Consejo de Ministros, en virtud de lo establecido en el artículo 5 del Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, por el que se designaban a órganos y autoridades encargados de dar cumplimiento a las medidas dirigidas al Gobierno y a la Administración de la Generalitat de Cataluña, autorizadas por acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, al amparo del artículo 155 de la Constitución.

Así, el TS concluye que el recurso ha de desestimarse entendiéndose que: *"Tal planteamiento no puede acogerse, ya que, asumidas por el Consejo de Ministros las funciones y competencias que corresponden al Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña en virtud del art. 5 del Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, se sitúa ante la misma obligación de resolver que viene impuesta por la regulación del procedimiento administrativo, art. 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común, y de hacerlo en el plazo establecido, en el caso del recurso de reposición de un mes según dispone el art. 124.2 de dicha Ley, a cuyo incumplimiento el ordenamiento jurídico anuda determinadas consecuencias, como la desestimación presunta y la posibilidad de impugnación. De manera que no es facultad de la Administración, al resolver un procedimiento administrativo, disponer de los plazos establecidos al efecto y demorar la resolución por razones o motivos que no estén previstos legalmente, lo que supondría una grave afectación, entre otros, del principio de seguridad jurídica."*

Asimismo, los recurrentes entienden que el Municipio al asumir el servicio distribución de suministro de agua y cesar la actividad privada, incumple con la libertad de empresa y el principio de proporcionalidad, invocando al efecto, la Ley 17/2009, de 27 de diciembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Según el Tribunal esto queda desestimado porque: *"el establecimiento de un sistema progresivo o gradual de asunción de la prestación del servicio por el*

*Ayuntamiento, conforme se van desarrollando y ejecutando las obras necesarias y llevando a cabo las cesiones, responde a las previsiones del acuerdo de municipalización y, en cuanto se justifica en el mismo, constituye una determinación a tener en cuenta por las empresas que vienen prestando el servicio; en segundo lugar, mientras no llegue ese momento, las empresas recurrentes siguen prestando el servicio en las mismas condiciones, que incluyen la colaboración del Ayuntamiento que vende a estos prestadores el agua que por ellos mismos no poseen, según se indica en su contestación y resulta del expediente; y, en tercer lugar, que las empresas recurrentes prestan el servicio sin un título habilitante para ello, de manera provisional y en precario (sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) de 27 de diciembre de 2018, que se refiere justamente a la actividad de las recurrentes) por lo que no pueden invocar el derecho a la certeza en la duración de la prestación del servicio, por su propia naturaleza de precario."*

## TRIBUNAL SUPREMO: AUTOS DE ADMISIÓN DE CASACIÓN

### Compensación de una indemnización por incumplimiento de la Administración con los cánones adeudados por la contratista (Auto del TS de 13 de enero de 2022, rec.2330/2021)

El Tribunal entiende en el Auto del TS de 13 de enero de 2022 (**rec.2330/2021**), que tiene interés casacional objetivo conforme a la presunción prevista en el artículo 88.3.a) LJCA y se admite el recurso por no existir pronunciamientos sobre la cuestión planteada: si puede un órgano jurisdiccional que se encarga de la fijación de la indemnización derivada de la resolución de un contrato con la Administración, por una causa imputable a la misma, compensar los cánones que la contratista adeudaba a la Administración, cuando dichos cánones sean posteriores al incumplimiento de la Administración.

### Interpretación sobre el riesgo asumible por una concesionaria: supuesto de fuerza mayor o circunstancia excepcional (Auto del TS 13 de enero de 2022, rec. 1701/2021)

Según el Auto de 13 de enero de 2022, el TS entiende que tiene interés casacional objetivo determinar los límites del riesgo asumible por una concesionaria de explotación de aparcamiento por la modificación de la configuración viaria.

El Tribunal deberá examinar si se trata de un supuesto de fuerza mayor o una circunstancia excepcional no susceptible de indemnización; o si la ruptura del equilibrio económico-financiero ha de valorarse a la luz de los hechos acaecidos o de otros parámetros tales como: la titularidad, por parte de la misma compañía, de otra concesión.

## ■ Contratación pública y Derecho de la Competencia

### La participación en la licitación de un contrato por quien percibe dotaciones presupuestarias que suponen más del 80% de sus recursos, puede ser susceptible de colocar al licitador en una situación ventajosa incompatible con el principio de libre concurrencia en contratación pública (Auto del TS de 24 de febrero de 2022, rec. 787/2021)

El TS estima que concurre interés casacional objetivo en la siguiente cuestión: *"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"*.

Será objeto de examen *"la posibilidad de que una entidad de derecho público que fue creada para un fin determinado participe en licitaciones de contratos que no se encuentran comprendidos en sus fines fundacionales, así como que lo haga en las mismas condiciones que otros operadores económicos"*. En este sentido, serán objeto de interpretación los artículos 65.1 y 66.1 de la LCSP, así como la jurisprudencia del TJUE contenida en la sentencia 6 de octubre de 2015 (C-203/14) y el artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE).

### La CNMC debe hacer un análisis detallado sobre la falta necesidad de la constitución de una UTE entre competidores para poder apreciar la existencia de infracción

La Audiencia Nacional (AN) ha dictado dos recientes sentencias<sup>1</sup> que anulan la resolución adoptada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en junio de 2016 en el expediente S/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (la Resolución y las Sentencias), al considerar que la CNMC no ha probado debidamente la ausencia de necesidad objetiva para la constitución de las UTEs que se imputaban a las recurrentes.

La CNMC concluyó en su Resolución que las entidades JEZ, Talleres Alegría y otras dos empresas, a través de la constitución de UTEs, habían llevado a cabo acuerdos de precios e intercambios de información comercial sensible durante 15 años en los procedimientos de contratación para el suministro de desvíos ferroviarios convocados por GIF/ADIF. En concreto, la CNMC señaló que las entidades sancionadas habían constituido UTEs con el objetivo de simular la existencia de competencia entre ellas al acudir a los concursos de desvíos ferroviarios licitados por GIF/ADIF, cuando en realidad habían acordado

previamente repartirse los mismos a partes prácticamente iguales entre ellas.

La AN, por su parte, aclara en estas dos Sentencias que para apreciar si la constitución de una UTE constituye una infracción de las normas de competencia, se debe atender a la necesidad objetiva de su constitución, es decir, a si la UTE es un mecanismo necesario para que una empresa pueda acceder a una licitación a la que le habría sido imposible acudir en solitario, de manera que solo con el concurso de los otros miembros de la UTE, la licitación podía ser acometida con solvencia. Ahora bien, también aclara que la participación en una licitación por medio de una UTE no implica presumir que la UTE encubra la realización de prácticas colusorias, sino que se requiere, por parte de la autoridad que sanciona, de un análisis más detallado y profundo de las relaciones de las empresas partícipes para poder imputar la existencia de una conducta anticompetitiva. La AN afirma que en los casos en los que la constitución de la UTE es necesaria, la asociación temporal de empresas, lejos de limitar o perjudicar la competencia, la amplía.

La AN considera que, en este caso, la CNMC no aportó razones motivadas que constatasen la innecesaria constitución de las UTEs. En concreto, para justificar la ilicitud de las UTEs, la resolución sancionadora señaló que las empresas tenían capacidad suficiente para competir entre ellas presentando ofertas individuales a la vista de su volumen de negocios en el mercado afectado durante el periodo investigado. Pues bien, a juicio de la AN, la sola referencia a la suficiencia económica no significa que la solvencia técnica de cada una de las empresas fuera bastante para afrontar la complejidad de cada uno de los contratos. En este sentido, la AN señala que GIF/ADIF eligió una tecnología mixta para la construcción de las infraestructuras para vías de alta velocidad cuyas patentes eran propiedad de empresas extranjeras, y que ninguna de las empresas sancionadas tenía las licencias de las patentes para poder acometer, por sí sola, ninguno de los contratos.

A juicio de la AN, la CNMC habría ido más allá de la capacidad que le otorga la potestad sancionadora, al concluir que las entidades sancionadas debían haber solicitado las licencias de las que no disponían a los efectos de posicionarse en el mercado con respecto al resto de competidores sin tener en cuenta otras circunstancias, como podía ser el hecho de si las demás licenciatarias estaban dispuestas a conceder nuevas licencias, o si existía alguna restricción legal o contractual para que esa posibilidad tuviera lugar. En este sentido, la AN recuerda que "el despliegue del ejercicio de la potestad sancionadora no puede llegar al extremo de interferir hasta el punto de marcar opciones de marcado carácter empresarial o para decidir lo que

<sup>1</sup> Sentencias de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2021, núm. rec. 432/2016 y de 28 de enero de 2022, num rec. 437/2016

le resulta más o menos conveniente, o más ventajoso o propicio desde la óptica de la Administración".

A la vista de lo anterior, la AN concluye que la resolución de la CNMC se basó en afirmaciones categóricas y que sustentó la incriminación de las UTEs a las empresas sancionadas sin realizar un análisis de las circunstancias, particularidades, competidores implicados, necesidades tecnológicas, o del reparto de las licencias para el desarrollo de las infraestructuras, que sí constituían una explicación objetiva razonable de la necesidad de las UTEs. La AN señala que la CNMC debió hacer un mayor esfuerzo para explicar por qué la información que se intercambió en el contexto de dichas UTEs excedía de la imprescindible en esa colaboración contractual; cómo se llevó a cabo la alteración de los precios de los contratos, circunstancia que no fue ni detectada ni denunciada por la oferente CIF o ADIF; o cómo restringió un mercado del que ya reconoció la resolución sancionadora que estaba limitado a un puñado de empresas, las únicas que reunían las condiciones económicas y tecnológicas para afrontarlo.

Asimismo, la AN también señala que el hecho de que ADIF fuera la que requiriese a que las empresas concurriesen específicamente en una UTE constituía una circunstancia a valorar en cuanto a la prueba de la necesidad objetiva de la UTE, hecho, que, junto con la prueba aportada por Talleres Alegría en el expediente permitirían, en una valoración conjunta, considerar acreditada la necesidad objetiva - derivada de razones tecnológicas, económicas y de capacidad productiva - de concurrir conjuntamente a las licitaciones, estimando por tanto el recurso interpuesto.

For a full list of our global offices visit [HERBERTSMITHFREEHILLS.COM](https://www.herbertsmithfreehills.com)

---