

**CARMEN RIBAS BUYO**  
Procurador de los Tribunales

FECHA NOTIFICACION :25/06/18  
M/ REF.: 7819  
LETRADO:EVA DALMAU CALZADA  
FINE PLAZO:

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA**

**Recurso nº 382/2015**

**SENTENCIA Nº 493/2018**

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente  
DON ALBERTO ANDRÉS PEREIRA**

**Magistrados  
DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS  
DON FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS  
DOÑA ANA RUBIRA MORENO  
DON EDUARDO PARICIO RALLO**

En la Ciudad de Barcelona, a ocho de junio de dos mil dieciocho

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA)** ha pronunciado la siguiente **SENTENCIA** en el recurso contencioso-administrativo nº 382/15, interpuesto por MARFINA BUS, S.A. y TRANSPORTS CIUTAT COMTAL, S.A., representadas por el Procurador D. Leopoldo Rodés Menéndez y dirigidas por el Letrado D. Lluís Cases Pallarès, siendo partes demandadas AJUNTAMENT DE TERRASSA, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Carmen Ribas Buyo y defendido por el Letrado D. Josep Maria Playà i Maseguer y CORPORACIÓN ESPAÑOLA DE TRANSPORTE, S.A. representada por el Procurador D. Juan Emilio Cubero Royo y dirigida por el Letrado D. José Miguel Fatas Monforte.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Francisco José Sospedra Navas, quien expresa el parecer de la Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación de la parte actora, en escrito presentado en la Secretaría de esta Sala, se interpuso recurso registrado con el número 382/2015 contra la resolución del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP) de fecha 28 de julio de 2015 que acuerda desestimar el recurso presentado por la actora contra el acuerdo de la Junta de Gobierno local del Ajuntament de Terrassa de 22 de mayo de 2015, de desistimiento de la licitación del contrato de gestión de servicios públicos de transporte colectivo, público y urbano, de viajeros de Terrassa.

**SEGUNDO.-** Seguido el cauce procesal previsto por la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos, en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

**TERCERO.-** Continuado el proceso por los trámites que aparecen en autos, se señaló día y hora para la votación y fallo, diligencia que tuvo lugar en la fecha fijada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Como se ha expuesto en los antecedentes, se impugna la resolución del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP) de fecha 28 de julio de 2015 que acuerda desestimar el recurso presentado por la actora contra el acuerdo de la Junta de Gobierno local del Ajuntament de Terrassa de 22 de mayo de 2015, de desistimiento de la licitación del contrato de gestión de servicios públicos de transporte colectivo, público y urbano, de viajeros de Terrassa.

La resolución impugnada desestima el recurso que pretendía la anulación del desistimiento del contrato licitado, el cual trae causa de no haberse publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el anuncio previo exigido por el art. 7.2 del Reglamento (CE) 1370/2007.

En el recurso interpuesto se alegan los siguientes motivos: 1) nulidad por omisión del trámite de audiencia y vulneración del principio de igualdad de trato; 2) el acuerdo de desistimiento está adoptado de forma fraudulenta, contraviene la finalidad prevista en el art. 155 TRLCSP, la doctrina de los actos propios y el principio de confianza legítima; 3) la falta de anuncio previo no ha impedido la concurrencia ni afecta a los principios de la contratación administrativa; 4) incongruencia y falta de motivación del acuerdo de desistimiento; 5) nulidad por haberse omitido el reconocimiento del derecho de los licitadores a una compensación; 6) nulidad por no haberse pronunciado previamente la Mesa de Contratación; y 7) nulidad al haberse prescindido del procedimiento establecido.

Las partes demandadas sostienen la conformidad a derecho de la resolución impugnada.

**SEGUNDO.-** El análisis de la controversia planteada debe partir de la regulación del desistimiento en los procedimientos de contratación, el cual se contiene en el art. 155 TRLCSP de 2011, aplicable por razones temporales.

El artículo 155 del TRLCSP regula la figura de la renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento de adjudicación por parte de la Administración, en los siguientes términos:

*"1. En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».*

*2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.*

*3. Sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.*

*4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación".*

Este precepto se introduce por primera vez en la LCSP de 2007, habiendo sido reclamado por la doctrina y por el Consejo de Estado, siempre que se indemnizara al contratista por los daños que se le pudieran causar. En el TRLCSP la perfección de los contratos del sector público solo tiene lugar mediante su formalización según su artículo 27, por lo que previamente a este momento no se puede hablar de contrato ni de obligaciones contractuales de las partes, y conforme a la doctrina general del Derecho de las obligaciones y contratos, hasta que las partes prestan su consentimiento en el acto de la formalización, cualquiera de ellas puede desligarse de su intención de celebrar el contrato sin incurrir por ello en responsabilidad, si bien lo anterior se modula por la doctrina jurisprudencial mediante la denominada culpa *in contrayendo*, que de todos modos no supone la obligación de contratar para quien incurre en ella, sin tan solo la de indemnizar los daños ocasionados a la contraparte por la negociación infructuosa, cuando resulte que no hubo negociación seria.

El artículo 155 transcrito recoge dos supuestos, ambos a instancia de la

Administración contratante, con un presupuesto temporal, que se acuerden antes de la adjudicación del contrato, y por tanto también antes de su perfección por medio de la formalización, y un presupuesto formal, que uno y otro se justifiquen debidamente en el expediente que corresponda, siendo la consecuencia para el licitador (que no contratista ) que se le indemnicen los gastos en los que hubiera incurrido por concurrir a la licitación, a diferencia de los supuestos más onerosos para la Administración en los que esta desiste de un contrato ya celebrado y en curso de ejecución, en los que se indemnizan perjuicios que van más allá de los gastos incurridos hasta el momento.

En cuanto al desistimiento del procedimiento, supuesto que es objeto de este proceso, debe estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, por lo que debemos examinar ahora cuales son las normas de preparación del contrato de concesión de transportes de viajeros que fue objeto de licitación.

**TERCERO.-** El contrato licitado está sujeto a las prescripciones del Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo, cuyo art. 7.2 establece:

*“Cada autoridad competente adoptará las medidas necesarias para que, a más tardar un año antes del inicio del procedimiento de licitación o un año antes de la adjudicación directa se publiquen en el Diario Oficial de la Unión Europea los datos siguientes, como mínimo: a) nombre y datos de la autoridad competente; b) tipo de adjudicación considerado; c) servicios y territorios potencialmente afectados por la adjudicación.*

*Las autoridades competentes podrán optar por no publicar esta información cuando un contrato de servicio público tenga por objeto la prestación anual de menos de 50 000 kilómetros de servicios públicos de transporte de viajeros.*

*En caso de que la información sufriera cambios después de su publicación, la autoridad competente publicará una rectificación lo antes posible. Esta rectificación se entiende sin perjuicio de la fecha de inicio de la adjudicación directa o de la licitación.*

*Este apartado no se aplicará a lo dispuesto en el artículo 5, apartado 5”.*

En este caso, no es controvertido que el procedimiento debía ser anunciado en el DOUE al menos un año antes y que no se remitió ningún anuncio previo por parte del Ayuntamiento convocante, resultando controvertido si dicho vicio es constitutivo de causa de nulidad de pleno derecho (v.gr. “infracción no subsanable”), único supuesto que habilita al desistimiento del contrato.

En la preparación de los contratos del sector público se distingue con carácter general entre anuncio previo, de carácter potestativo (v.gr. art. 141 TRLCSP) y anuncio de licitación, de carácter necesario, en tanto que es esencial para que el

procedimiento se desarrolle en condiciones de publicidad y libre concurrencia ( v.gr. art. 142 TRLCSP). Su carácter esencial, y no subsanable, se constata de lo dispuesto en el art. 37 del TRLCSP que establece que es causa de nulidad de pleno derecho en los contratos sujetos a regularización armonizada la de adjudicar el contrato sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142 TRLCSP.

En el caso de las concesiones de transporte, dado su interés transfronterizo, el Reglamento comunitario de 2007 exige la publicación de anuncio previo con la debida antelación, con la finalidad de posibilitar la concurrencia de operadores del ámbito de los diferentes Estados de la UE. Por tanto, dentro de los requisitos de publicidad exigibles al procedimiento de licitación se incluye el del anuncio previo, pues en otro caso se restringe indebidamente la libre concurrencia, pues se impide a los potenciales operadores económicos comunitarios el conocimiento anticipado de las previsiones de licitación para que puedan valorar y preparar las ofertas, instrumentalizado en este caso mediante el preceptivo anuncio previo de la licitación.

Los principios rectores de la contratación del sector público son los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, los cuales, en el caso, exigen del anuncio previo y del anuncio de licitación como trámites esenciales para dar cumplimiento al principio de libre concurrencia, posibilitando de esta forma el acceso a la licitación de los operadores económicos comunitarios.

En consecuencia, la omisión del trámite de anuncio previo constituye una infracción no subsanable que habilita al desistimiento del contrato conforme al art. 155 TRLCSP, siempre que se cumplan las exigencias procedimentales y de tiempo establecidas en las normas de procedimiento aplicables.

**CUARTO.-** Entrando en el examen de las infracciones alegadas por la parte actora, y en cuanto a la omisión del trámite de audiencia, debe indicarse que el art. 155.1 TRLCSP establece la obligación de la Administración de notificar a los candidatos o licitadores la renuncia o el reinicio del procedimiento de licitación, de conformidad a lo establecido en el art. 41 de la Directiva 2004/18, sobre información a los licitadores, que fue traspuesta por el art. 139 de la LCSP de 2007, y sin que contemple expresamente un trámite de audiencia previo. No obstante pudiera entenderse que debe darse audiencia a los licitadores por aplicación de las normas generales de procedimiento, en cualquier caso la omisión del trámite constituiría un vicio de anulabilidad, siendo que en este caso no existe indefensión desde el momento en que el interesado ha podido impugnar la resolución en vía de recurso especial y posteriormente en vía jurisdiccional, además de que consta en el expediente un dictamen realizado a instancia de la recurrente y que fue incorporado previamente a la adopción del acuerdo de desistimiento.

En cuanto a la iniciación del procedimiento, debe indicarse que el mismo se inició de oficio, al margen que la infracción fuera puesta de manifiesto por uno de los licitadores. No incide en ello las resoluciones anteriores, anulatorias por dos veces

de la adjudicación, puesto que el desistimiento del procedimiento de contratación es una decisión que debe adoptar el órgano de contratación si aprecia alguna infracción no subsanable, la cual acordó mediante la resolución que aquí se impugna. En este punto, debe advertirse que no es necesario un pronunciamiento previo de la Mesa de contratación, puesto que la potestad de desistimiento se atribuye de forma implícita al órgano de contratación en el art. 155.1 TRLCSP.

Tampoco se aprecia la infracción de los principios de la contratación, ni del principio de confianza legítima o de buena fe. Debe indicarse que la confianza legítima no puede invocarse para mantener situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, tal como indican las SSTs de 18 de diciembre de 2007 y 14 de marzo de 2018, lo cual implica que dicho principio no garantiza la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos; asimismo, la jurisprudencia pone de relieve la subordinación de estos principios al de legalidad, el cual resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta, de manera que no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa.

En el caso, como se ha indicado, la Administración apreció una infracción no subsanable en el procedimiento de contratación, la cual determinaba la necesidad de desistir del contrato, una vez ponderados los intereses concurrentes, por lo que su actuación se ajusta a los principios de la contratación, singularmente al de libre competencia e igualdad de trato, y no infringe los principios invocados por las recurrentes.

**QUINTO.-** En cuanto al procedimiento de desistimiento, el art. 155.2 TRLCSP establece que sólo puede adoptarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. De lo anterior lo primero que resulta es que si no hay adjudicación, los licitadores no tienen derecho subjetivo alguno a que se les adjudique el contrato ni a que se formalice, pudiendo tan sólo reclamar los gastos en los que hubiese incurrido por causa de su participación en la licitación.

En este caso, aunque se habían producido dos adjudicaciones previas en el procedimiento, las mismas fueron anuladas en vía de recurso especial, no existiendo acuerdo de adjudicación válido, dada la eficacia de los actos administrativos, por lo que el órgano de contratación estaba facultado a desistir del procedimiento.

Por su parte, la resolución de desistimiento se dicta a la vista de los dictámenes obrantes en el expediente y está motivada, apreciándose que concurre efectivamente una infracción de procedimiento no subsanable, lo cual se ajusta al art. 155.4 TRLCSP. Como se alega, existe una obligación de la Administración de compensar a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración, según dispone el art. 155.2 TRLCSP, mas este deber de compensación es consecuencia del desistimiento de manera que no necesariamente ha de determinarse en la misma resolución de

desistimiento.

En definitiva, entendemos que la resolución impugnada se ha dictado tras seguirse el procedimiento establecido y se funda en un vicio no subsanable que habilita al desistimiento de la licitación convocada, por lo que procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto al ser conforme a derecho la resolución impugnada.

**QUINTO.-** De conformidad a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas a la parte recurrente. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". Este Tribunal considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima total de dos mil euros la cantidad que la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a ambas partes recurridas, comprendiéndose las costas de las dos partes en el citado límite.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **FALLAMOS**

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

**PRIMERO. Desestimar** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte actora contra la resolución del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP) de fecha 28 de julio de 2015.

**SEGUNDO.** Imponer las costas del proceso a la parte recurrente hasta la cifra máxima total de 2.000 euros.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Contra esta sentencia cabe, en su caso, recurso de casación, que se deberá preparar ante esta Sección en el plazo de 30 días desde su notificación, con arreglo al artículo 89.1 LJCA en la redacción conferida por la L.O. 7/2015, en relación con lo previsto en el artículo 86 y siguientes LJCA.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.