



Roj: **STS 825/2020 - ECLI:ES:TS:2020:825**

Id Cendoj: **28079130042020100069**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **10/03/2020**

Nº de Recurso: **407/2018**

Nº de Resolución: **346/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 11415/2017,**
ATS 4948/2018,
STS 825/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 346/2020

Fecha de sentencia: 10/03/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 407/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/03/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: MMC

Nota:

R. CASACION núm.: 407/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 346/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva



D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 10 de marzo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 407/2018, interpuesto por las sociedades mercantiles Acciona Concesiones, S.L. y Obrascón-Huarte Laín, S.A, representadas por la Procuradora de los Tribunales doña Gloria Messa Teichman y defendidas por el Letrado don José Luis Villar Ezcurra, contra la Sentencia dictada el 3 de noviembre de 2017 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid en el recurso contencioso administrativo 316/2016, en el que la representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid impugnaba la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 13 de enero de 2016 por la que se estimó el Recurso especial 217/2015 promovido por la representación de las sociedades mercantiles Acciona Concesiones, S.L. y Obrascón-Huarte Laín, S.A. y se acordó la nulidad de la Orden 2430/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid, por la que se dispuso desistir del procedimiento de adjudicación correspondiente al contrato de concesión de obra pública denominado "Redacción del proyecto de ejecución, construcción y explotación de la Ciudad de la Justicia de Madrid (expediente nº A/COP-019868/2015)".

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, la representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid, representada y defendida por letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, Sección Tercera, se ha seguido el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid contra la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 13 de enero de 2016 por la que se estimó el Recurso especial 217/2015 promovido por la representación de las sociedades mercantiles Acciona Concesiones, S.L. y Obrascón-Huarte Laín, S.A. y se acordó la nulidad de la Orden 2430/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid, por la que se dispuso desistir del procedimiento de adjudicación correspondiente al contrato de concesión de obra pública denominado "Redacción del proyecto de ejecución, construcción y explotación de la Ciudad de la Justicia de Madrid (expediente nº A/COP-019868/2015)".

SEGUNDO.- La sentencia recaída en ese proceso con fecha 3 de noviembre de 2017 contiene el siguiente Fallo:

«Que estimando el Recurso contencioso-administrativo promovido por la Comunidad Autónoma de Madrid contra la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 13 de enero de 2016, dictado en el Recurso número 217/2015, reseñada en el Fundamento de Derecho Primero, la revocamos por no ser conforme a Derecho, y declaramos que es conforme a Derecho la Orden 2430/2015, de 17 de noviembre de 2015, dictada por la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid, igualmente reseñada en el Fundamento de Derecho Primero, sin hacer una especial declaración sobre las costas».

TERCERO.- Contra la mentada Sentencia se preparó recurso de casación ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte ahora recurrente interpuso el citado recurso de casación.

CUARTO.- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de 27 de abril de 2018, se acordó lo siguiente:

«Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de las sociedades mercantiles "Acciona Construcción, S.A." y "Obrascón-Huarte Laín, S.A." contra la sentencia núm. 405/2017, de 3 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en los autos del recurso núm. 316/2016.

Segundo.-Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si, a la luz del artículo 155.4 del 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 (y del vigente artículo 152.4 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, de idéntica redacción), previamente a la licitación e inicio del procedimiento de adjudicación de un contrato administrativo cuyo objeto coincide total o parcialmente con otro u otros contratos que fueron licitados y adjudicados anteriormente es preciso que el órgano de contratación proceda a la resolución de éstos últimos total o parcialmente incompatibles con el primero, y en el caso de que no se haya operado así, si dicha circunstancia supone la concurrencia de una infracción o vicio insubsanable de las normas de preparación del contrato que han de dar lugar al desistimiento del procedimiento de adjudicación del mismo.

Tercero. -Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en el artículo 155.4 del 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, y en el vigente artículo 152.4 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, de idéntica redacción.».

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 20 de junio de 2018, la representación procesal de las sociedades mercantiles Acciona Concesiones, S.L. y Obrascón-Huarte Laín, S.A, solicita «dicte en su día Sentencia por la que la estimando el presente recurso anule y deje sin efecto la Sentencia recurrida, confirmando la anulación de la Orden 2340/2015 de 17/11/2015 resuelta a su vez en la Resolución del TACPM de 13/01/2016».

SEXTO.- Mediante Providencia de 17 de julio de 2018, se da traslado del escrito de interposición a la parte recurrida que presenta escrito de oposición el 1 de octubre de 2018, en el que solicita se dicte sentencia totalmente desestimatoria del recurso de casación interpuesto de contrario.

SÉPTIMO.- Por providencia de 23 de octubre de 2018 se acuerda, de conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, que no ha lugar a la celebración de vista pública y, finalmente, por providencia de 4 de febrero de 2020 se designa como Magistrado ponente a don Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo y señala para el día 3 de marzo de 2020, fecha en que tuvo lugar dicho acto. Con fecha del siguiente 5 de marzo la sentencia fue entregada para su firma a los integrantes de la sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada el día 3 de noviembre de 2017 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid en el recurso contencioso administrativo 316/2016.

La sentencia estima el recurso interpuesto por la representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid contra la Resolución dictada el 13 de enero de 2016 por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública (TACP) de la Comunidad de Madrid (Recurso especial en materia de contratación 217/2015) y por la que se anula la Orden 2430/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid, Orden que acordaba el desistimiento del procedimiento de adjudicación correspondiente al contrato de concesión de obra pública denominado "Redacción del proyecto de ejecución, construcción y explotación de la Ciudad de la Justicia de Madrid (expediente nº A/COP-019868/2015)".

El desistimiento del procedimiento contractual fue acordado por la Administración autonómica por considerar que se encontraba incurso en un vicio o infracción no subsanable ex artículo 155.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), por infracción de las normas generales sobre preparación de los contratos recogidas en los artículos 109, 22 y 86.1, y ello porque en la situación existente al tiempo del inicio de la tramitación del expediente de contratación -5 de febrero de 2015- y, más tarde, cuando se aprueba el citado expediente y cuando el 15 de junio de 2015 se eleva propuesta de adjudicación del contrato, el objeto de dicho contrato no estaba determinado con precisión por causa de los distintos procedimientos de contratación parcialmente coincidentes por su objeto con aquél. Más concretamente, por entender que el objeto del contrato de "Redacción del proyecto de ejecución y del estudio de seguridad y salud, la ejecución y la dirección facultativa de las obras del nuevo edificio para los Juzgados de lo Social y lo Mercantil del Campus de la Justicia de Madrid" que le fue adjudicado a la mercantil Corsán-Corviam, S.A. el 28 de mayo de 2007 (vigente y pendiente de su cumplimiento -aprobación del proyecto de ejecución- por parte de la Administración contratante), coincide en buena parte con el objeto de este último, habida cuenta de que ambos contemplan la necesidad



de redactar un proyecto de ejecución y de construir una serie de dependencias que se duplican y se solapan, y cuya configuración y concepción resulta incompatible.

SEGUNDO.- La Resolución del TACP de la Comunidad de Madrid de 13 de enero de 2016 llega a la anulación del desistimiento por considerar que resulta contrario a los principios de confianza legítima y de vinculación de actos propios puesto que, después de haber sido apreciada por este Tribunal en Resolución de 27 de marzo de 2015 la existencia de una causa impeditiva de la adjudicación del contrato, que obligaba a su no adjudicación hasta tanto se hubiera resuelto otro anterior, por el órgano de contratación se continuó con la tramitación del expediente de contratación durante 8 meses (de 27 de marzo de 2015 -fecha de esa resolución- a 17 de noviembre de 2015 -fecha del desistimiento-) y tras haber asumido la Administración autonómica las obligaciones económicas que pudieran derivar del inicial contrato tras la extinción de la empresa pública de la Comunidad de Madrid "Campus de la Justicia, S.A.", que tenía a su cargo la realización y gestión del Campus, acordando finalmente el desistimiento sin haberse modificado las circunstancias inicialmente concurrentes.

La Resolución citada de 27 de marzo de 2015 fue adoptada por el TACP de la Comunidad de Madrid en el seno del recurso especial interpuesto por la mercantil "Corsán-Corviam Construcción, S.A." (adjudicataria del contrato referido a los Juzgados de lo Social y Mercantiles, que determinó la incompatibilidad apreciada) frente a los pliegos cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de la concesión de obra pública "Ciudad de la Justicia de Madrid", y en la que se acordó «(i) Inadmitir el recurso especial interpuesto por ..., por lo que se refiere a la pretensión de que se declare que la Comunidad de Madrid debe proceder a resolver el contrato de "Redacción del proyecto de ejecución y del estudio de seguridad y salud, la ejecución y la dirección facultativa de las obras del nuevo edificio para los Juzgados de lo social y Mercantil del Campus de la Justicia de Madrid", y (ii) Desestimar el recurso en cuanto a la pretensión de nulidad de los pliegos sin perjuicio de que la tramitación del expediente no deba alcanzar la fase de adjudicación en la que puedan adquirirse compromisos con terceros, en los términos que hemos señalado». Como se transcribe en la Orden 2430/2015, de 17 de noviembre, que acordó el desistimiento, por el TACP de la Comunidad de Madrid se dictaminó la imposibilidad de continuar con la adjudicación del contrato de la Ciudad de la Justicia « hasta tanto no se resuelva primero el contrato de Corsán Corviam, y ello porque "existe una identidad parcial entre ambos contratos, en la prestación consistente en la construcción del edificio de los juzgados de lo social y lo mercantil, que aunque no esté efectivamente ejecutada obliga a considerar que falta el elemento de la necesidad de las prestaciones del objeto del contrato, al menos parcialmente, (...). La acreditación de la concurrencia de los elementos necesarios para la ejecución del contrato reviste especial importancia para no vulnerar el principio de eficacia, evitando la tramitación de un expediente que no puede ejecutarse y salvar así los perjuicios que una contratación inviable puede ocasionar a la Administración". ».

TERCERO.- La sentencia impugnada, tras señalar la actuación administrativa que se recurría y resumir la posición procesal de las partes, llega a la estimación del recurso con los argumentos que desarrolla en los fundamentos de derecho cuarto a sexto y que, en síntesis, son los siguientes:

1º) el artículo 155.4 del TRLCSP impone varios presupuestos para el desistimiento del procedimiento de adjudicación: (i) un presupuesto temporal, que se acuerde antes de la adjudicación del contrato, y por tanto también antes de su perfección por medio de la formalización; (ii) un presupuesto material, pues debe estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, con cita y transcripción de los artículos 86, 109 y 22 del TRLCSP; y, (iii) 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.

2º) en el análisis del presupuesto material, la sentencia recurrida afirma que «Es un hecho admitido por la Resolución del TACPCM que aquí se impugna, y además debidamente acreditado por la Comunidad de Madrid en su escrito de demanda por remisión al expediente administrativo, que el edificio de los Juzgados de lo Social y lo Mercantil objeto del contrato adjudicado en 2007, no solo iba a ocupar los mismos terrenos que otras edificaciones distintas previstas en el Pliego de prescripciones técnicas del contrato de concesión de la Ciudad de la Justicia de la Comunidad de Madrid, sino que además la configuración de los espacios correspondientes a los órganos de la Jurisdicción Social y Civil de esta última concesión era de todo punto diferente en la concepción y distribución de las edificaciones y de los espacios, a los correspondientes al edificio de los Juzgados de lo Social y lo Mercantil.

Por consiguiente, el objeto del contrato para la ejecución del nuevo edificio de los Juzgados de lo Social y Mercantil adjudicado en el año 2007 a Corsán- Corviam, S.A., es de todo punto incompatible física, arquitectónica, jurídica y económicamente con el objeto del contrato para la construcción, explotación y conservación de la Ciudad de la Justicia de Madrid, siquiera esa incompatibilidad no sea total sino parcial.



La Ley de Contratos del Sector Público ya hemos visto como impone que el objeto de todo contrato del sector público tiene que estar determinado con precisión en fase de preparación, con el fin de evitar los problemas que la falta de determinación acarrearán si se pasa a la fase de ejecución sin estar solucionados, y que la experiencia demuestra que producen retrasos en la ejecución de las obras, suspensiones y en ocasiones incluso hasta la resoluciones de los contratos.

En el caso de la concesión para la construcción de la ciudad de la Justicia de Madrid su objeto no estaba determinado con precisión como hemos visto, porque el contrato adjudicado a Corsán-Corviam, S.A. lo impedía por ser incompatible con la concesión, y como este contrato estaba vigente y podía y debía ser ejecutado cuando se inicia el expediente de contratación de la Ciudad de la Justicia de Madrid, como demuestran las diferentes reclamaciones que en este sentido realizó aquella mercantil, existía un obstáculo insalvable para poder convocar y licitar la concesión en cuestión.

Decimos que la vigencia del contrato adjudicado a Corsán-Corviam, S.A., no ejecutado por causas exclusivamente imputables a la Comunidad de Madrid, impedía convocar y licitar la posterior concesión, porque esta situación daba lugar a una incompatibilidad física, arquitectónica, jurídica y económica entre los dos contratos, lo que dio lugar a que el objeto del contrato de concesión no quedará debidamente delimitado con precisión en fase de preparación de dicha concesión, lo que constituye una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato del artículo 155.4 del TRLCSP, que acarrea indefectiblemente la procedencia del desistimiento acordado por la Administración»;

3º) en el análisis y desarrollo de ese presupuesto material, la sentencia avanza que no comparte el sentido de la decisión adoptada por el TACP de la Comunidad de Madrid pues las Resoluciones de 27 de marzo de 2015 y de 16 de enero de 2016, tras afirmar que si bien la vigencia del previo contrato para la construcción del edificio de los Juzgados de lo Social y de lo Mercantil constituye una identidad parcial en el objeto de la concesión de la "Ciudad de la Justicia", mantienen que esa identidad no conlleva como único efecto la necesidad de desistimiento del artículo 155.4 respecto de la concesión, sino la necesidad de resolver, antes de la adjudicación de la concesión, el contrato adjudicado en 2007 a la mercantil "Corsán-Corviam Construcción, S.A." porque el órgano de contratación había manifestado su intención de atender las obligaciones económicas que llevaría consigo la resolución del contrato adjudicado en el año 2007".

Y la razón de no compartir esa decisión consiste en que «No es posible por tanto considerar que la infracción cometida en la preparación del contrato de concesión es subsanable por el mero hecho de que la Administración manifieste, con ocasión de su informe al Recurso especial interpuesto por Corsán-Corviam, S.A. contra los Pliegos de la concesión, su intención o propósito de atender las obligaciones económicas derivadas de resolver el contrato con dicha mercantil, porque al margen de que lo anterior no es más una mera declaración de intenciones, la subsanación de la infracción de las normas de preparación del contrato a la que se refiere el artículo 155.4, no puede quedar al albur o a la mejor o peor voluntad de alguien ajeno a la Administración contratante como es Corsán-Corviam, S.A., la cual puede aceptar o no la propuesta de resolución que la haga la Administración.

Buena prueba de lo anterior, es que es solo el 14 de marzo de 2016, coincidiendo en el tiempo con la interposición de este Recurso contencioso- administrativo, es cuando Corsán-Corviam, S.A. solicita de la Comunidad de Madrid el inicio del expediente de resolución de su contrato, expediente de resolución que, al tiempo de tramitación de este Recurso, no estaba aún concluido.

Así las cosas no se puede sostener con un mínimo de seriedad y rigor, que las infracciones cometidas en la preparación del contrato de concesión eran subsanables en virtud de una futura resolución del contrato previo a dicha concesión e incompatible con ésta, condicionada además la resolución en cuestión a su aceptación por el contratista, por lo que en definitiva la infracción de las normas de preparación del contrato era insubsanable y, en consecuencia, el desistimiento acordado por la Administración era conforme a Derecho."

4º) junto a esa argumentación, que es la esencia de la razón de decidir de la Sala Territorial, la sentencia contiene luego las razones para rechazar afirmaciones contenidas tanto en la resolución del TACP de la Comunidad de Madrid --fundamento de derecho quinto-- y referidas a los principios de confianza legítima y de proporcionalidad, como en el escrito de contestación a la demanda de las mercantiles "Acciona Concesiones S.L." y "Obrascón Huarte Lain S.A.", codemandadas en la instancia y aquí recurrentes --fundamento de derecho sexto-y que estaban referidas (i) a que la necesidad de concurrencia de infracción no subsanable impuesta por el artículo 155.4 del TRLCSP (el presupuesto material enunciado antes) debe entenderse referido a que la infracción suponga una nulidad de pleno derecho del artículo 62 de la Ley 30/1992; (ii) a que el desistimiento incurre en fraude de ley y abuso de poder; (iii) y a la invocación de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.



CUARTO.- El interés casacional del recurso ha quedado delimitado, a tenor de lo declarado mediante Auto de esta Sala Tercera (Sección Primera) de 27 de abril de 2018, del modo siguiente:

«Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si, a la luz del artículo 155.4 del 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 (y del vigente artículo 152.4 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, de idéntica redacción), previamente a la licitación e inicio del procedimiento de adjudicación de un contrato administrativo cuyo objeto coincide total o parcialmente con otro u otros contratos que fueron licitados y adjudicados anteriormente es preciso que el órgano de contratación proceda a la resolución de éstos últimos total o parcialmente incompatibles con el primero, y en el caso de que no se haya operado así, si dicha circunstancia supone la concurrencia de una infracción o vicio insubsanable de las normas de preparación del contrato que han de dar lugar al desistimiento del procedimiento de adjudicación del mismo.

Tercero. -Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en el artículo 155.4 del 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, y en el vigente artículo 152.4 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, de idéntica redacción.».

QUINTO.- El artículo 155.4 del TRLCSP dispone que «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».

Cuando lo que se está discutiendo es si concurre o no una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato es necesario acudir a las previsiones que la norma legal contiene en materia de preparación --Título I del Libro II--. Por ello, es imprescindible atender a los siguientes preceptos:

a) según el artículo 109 «1. La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta Ley.

2. El expediente deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3 del artículo 86 acerca de su eventual división en lotes, a efectos de la licitación y adjudicación.»;

b) el artículo 22 establece que «1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación»;

c) el artículo 86 dispone que «1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado».

Por tanto, es innegable que la celebración de cualquier contrato administrativo exige una actuación previa para su preparación y que en ella la administración deberá atender de manera prioritaria al objeto del contrato y, más concretamente a su idoneidad y determinación exacta.

En definitiva, es innegable que dentro de la previsión de "infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato" que contiene el artículo 155.4 tienen cabida los vicios o infracciones que afecten al objeto del contrato, a su idoneidad y determinación. Y, en relación con ello, hay que dejar dicho que entre las funciones de la Mesa de contratación está la prevista en el artículo 22.g) del Real 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, vigente tras la aprobación del TRLCSP de 2011, y que contempla que: «De igual modo, si durante su intervención apreciase que se ha cometido alguna infracción de las normas de preparación o reguladoras del procedimiento de adjudicación del contrato, podrá exponerlo justificadamente al órgano de contratación, proponiéndole que se declare el desistimiento».

No hay duda, después de los antecedentes que hemos dejado expuestos en los anteriores fundamentos de derecho, sobre el hecho de que en el contrato de concesión de obra pública sobre el que versa este pleito concurre ab initio un defecto en el objeto del contrato, habiéndolo declarado así tanto el TACP de la Comunidad



de Madrid como la Sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia de esa Comunidad Autónoma. Así, la sentencia ahora impugnada decía que "En el caso de la concesión para la construcción de la ciudad de la Justicia de Madrid su objeto no estaba determinado con precisión como hemos visto, porque el contrato adjudicado a Corsán-Corviam, S.A. lo impedía por ser incompatible con la concesión, y como este contrato estaba vigente y podía y debía ser ejecutado cuando se inicia el expediente de contratación de la Ciudad de la Justicia de Madrid, como demuestran las diferentes reclamaciones que en este sentido realizó aquella mercantil, existía un obstáculo insalvable para poder convocar y licitar la concesión en cuestión".

El problema es que mientras la decisión del TACP de la Comunidad de Madrid considera que ese vicio debió determinar la resolución del contrato anterior, la sentencia entiende que lo correcto es la decisión de desistir del segundo contrato.

Nuestra tarea es interpretar el artículo 155.4 y determinar (i) si previamente a la licitación e inicio del procedimiento de adjudicación de un contrato administrativo, cuyo objeto coincide total o parcialmente con otro u otros contratos que fueron licitados y adjudicados anteriormente, es preciso que el órgano de contratación proceda a la resolución de los inicialmente adjudicados por resultar total o parcialmente incompatibles con el segundo; y, (ii) en el caso de que no se haya operado así, si dicha circunstancia - existencia de contrato anterior incompatible- supone la concurrencia de una infracción o vicio insubsanable de las normas de preparación del segundo contrato que han de dar lugar al desistimiento de su procedimiento de adjudicación.

SEXTO.- Entendemos que el artículo 155.4 no regula ni impone de manera directa la necesidad de resolución previa de los contratos anteriores incompatibles con el que se pretende licitar, sino que lo que hace es algo diferente, conceder a la Administración la posibilidad de desistir de la adjudicación de contratos que tengan vicios no subsanables que afecten a su preparación. Es decir, la posibilidad de desistimiento en supuestos de la citada incompatibilidad.

Por tanto, ésta primera reflexión nos avocaría directamente al análisis de la segunda de las cuestiones.

No obstante, nuestra tarea interpretativa del citado precepto legal debe alcanzar también a los que regulan la fase de preparación, que son los que imponen la idoneidad y determinación del objeto de los contratos y que, en definitiva, son los que determinan la necesidad de que las administraciones velen por la idoneidad y determinación del objeto de los contratos que quieren concertar.

Los preceptos antes transcritos -109, 22 y 86- permiten afirmar que existe claramente una exigencia legal de que las administraciones dispongan de un objeto contractual válido por idóneo y determinado, de manera que no es imposible afirmar que las propias administraciones deberían solventar los problemas existentes y que afecten al objeto del contrato antes de proceder a su licitación.

Ahora bien, coexistiendo con esa obligación y quizá por ello, por la necesidad de que no se celebren contratos en los que podría concurrir un vicio sobre el objeto del contrato, el legislador de 2011 ha regulado el desistimiento, no como causa de resolución, sino como medio o remedio para poner fin, antes de la adjudicación, a procedimientos afectados por vicios no subsanables. Con ello, sin duda, se garantiza mejor el principio de eficacia del actuar administrativo consagrado en el artículo 103.1 de la Constitución Española, pues se contribuye de manera definitiva a evitar tanto la tramitación íntegra de un expediente de contratación que no podrá ejecutarse, como los mayores perjuicios que una contratación inviable pueda llegar a ocasionar a la administración.

El desistimiento no es una prerrogativa de la Administración, pues el artículo 210 del Real Decreto Legislativo 3/2011 solo recoge las de interpretación, modificación y resolución de los contratos. Se trata de una potestad reglada, y debe estar basada en razones objetivas. Se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes.

Desde esta perspectiva, es admisible que las administraciones, en aquellos casos en que hayan iniciado un nuevo procedimiento de contratación y luego adviertan que en su preparación concurre un vicio insubsanable en su preparación, incluso aunque lo sea desde el primer momento, deban proceder al desistimiento con la asunción de las obligaciones legales impuestas -indemnización-.

Por tanto, en respuesta a las cuestiones de interés casacional debemos decir:

(i) que el artículo 155.4 del TRLCSP de 2011 no regula o impone de manera directa la necesidad de resolución previa de los contratos anteriores incompatibles con el que se pretende licitar, sino que lo que hace es algo



diferente, conceder a la Administración la posibilidad de desistir de la adjudicación de contratos que tengan vicios no subsanables que afecten a su preparación;

(ii) que la incompatibilidad de objeto del contrato que se pretende licitar con otro anterior vigente puede suponer la concurrencia de una infracción o vicio insubsanable de las normas de preparación del nuevo contrato que permite acodar el desistimiento del procedimiento de adjudicación.

Y, ciñéndonos al caso concreto, debemos determinar si en la contratación de la "Ciudad de la Justicia de Madrid" concurría un vicio no subsanable en su preparación que justifique el desistimiento acordado por la administración de la Comunidad Autónoma de Madrid, partiendo de que así lo ha entendido la sentencia impugnada por la incompatibilidad de los contratos en razón de su objeto, rechazando que la solución fuese la necesidad de resolver el contrato inicial.

SÉPTIMO.- En el escrito de interposición se exponen las infracciones que la parte recurrente imputa a la sentencia y que analizamos a continuación:

1ª) infracción del artículo 155.4 del TRLCSP por acordarse al desistimiento sin que concurriese vicio alguno en la preparación del contrato, ello porque el contrato previo que se dice incompatible con el nuevo, que fue concertado con la mercantil "Corsan-Corviam Construcciones. S.A." y que estaba paralizado por no aprobar el órgano de contratación el proyecto de ejecución, debe considerarse resuelto por desistimiento tácito de conformidad con lo acordado por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia dictada el día 24 de enero de 2012 (recurso 2247/2011) y entender que la nueva licitación implica un desistimiento tácito del primer contrato que se dice incompatible con el segundo.

2ª) infracción del artículo 155.4 del TRLCSP por considerar como vicio insubsanable el provocado por la propia Administración al efectuar la segunda licitación sin resolver el contrato anterior determinante de la incompatibilidad y del vicio en el objeto del segundo contrato. Considera que lo insubsanable debe entenderse exclusivamente a aquello que impide tener en cuenta las ofertas presentadas en los términos del pliego y que, en este caso, el órgano de contratación valoró su oferta y la reconoció como la mejor, de manera que la imposibilidad afecta solo a la adjudicación.

3ª) infracción de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y prohibición de obtener provecho de los propios vicios, así como utilización indebida de fraude de ley y abuso de derecho, todo ello en función de las concretas circunstancias de hecho que determinaron la decisión administrativa de desistimiento.

Con base en todo ello termina suplicando la estimación del recurso, con anulación de la sentencia impugnada por la errónea interpretación y aplicación del artículo 155.4 del TRLCSP.

Estas alegaciones no pueden justificar el pronunciamiento estimatorio que se postula, ello por lo siguiente:

1º) la primera de ellas y su planteamiento final -desistimiento tácito del primer contrato- no puede ser admitida pues, a diferencia de lo acontecido en el supuesto resuelto por la sentencia citada como precedente (STS de 24 de enero de 2012, dictada en el recurso 2247/2011), aquí no es el titular del primer contrato el que cuestiona el segundo -el desistimiento de éste por la Administración-, sino que es el posible adjudicatario del segundo quien cuestiona el desistimiento de la Administración subsistiendo el primero y, por tanto, no es posible acordar la existencia de un desistimiento tácito de un contrato -el primero- cuando su titular no es parte en el proceso que resolvemos.

En todo caso, en el asunto resuelto por esa sentencia previa concurría una situación muy diferente pues el nuevo contrato, que incidía en el anterior, había sido también adjudicado.

Además, este planteamiento integra una cuestión nueva nunca planteada antes. Lo que estaba en el sentir de la decisión anulatoria del TACP de la Comunidad de Madrid no era la existencia de un desistimiento tácito del primer contrato incompatible, sino la necesidad de que la Administración hubiera resuelto el primero para licitar el segundo, que es lo rechazado por la sentencia de instancia con los argumentos que hemos dejados trascritos en el primero de nuestros fundamentos de derecho.

2º) tampoco consideramos que deba prosperar el segundo alegato puesto que, aún en el planteamiento de parte consistente en considerar insubsanable solo aquello que impide tener en cuenta las ofertas presentadas en los términos del pliego, es evidente que no puede tomarse en consideración para la adjudicación propuesta por la Mesa de contratación ninguna de las ofertas presentadas y valoradas cuando atienden a un objeto contractual no válido, por incompatible con contratos anteriores y vigentes no resueltos.

Es más, saliendo al paso de lo que se alega por la parte recurrente sobre las previsiones del pliego de cláusulas administrativas particulares en relación con la necesidad administrativa que se pretende satisfacer con el segundo contrato -cláusula 3-, resulta innegable que la finalidad de "reunir en un espacio común la pluralidad



de los órganos jurisdiccionales de la ciudad de Madrid" no es compatible con la preexistencia de otro contrato que afecta a terrenos incluidos en ese "espacio común" que se persigue.

No puede admitirse que el procedimiento de adjudicación pudiera desarrollarse sin impedimento alguno por el hecho de que se valorasen las ofertas presentadas, ni tampoco, a estos efectos, la absoluta separación en fases antes o después de la adjudicación. En todo caso, la parte no repara en que la propia Mesa de contratación fue la que advirtió con su propuesta la concurrencia del vicio y la imposibilidad de la adjudicación.

Además, como advierta la sentencia impugnada, concurriendo el vicio del objeto apreciado incluso por el TACP de la Comunidad de Madrid, la subsanación o no subsanación debe ser una cuestión dependiente exclusivamente de la voluntad de la propia administración contratante y no vinculada o dependiente de las otras partes del inicial contrato, siendo además evidente que la resolución del primer contrato nunca se produjo antes del momento en que debía resolverse sobre la adjudicación. La prueba de ello es que, como se dice en la sentencia impugnada, solo después de incoado el procedimiento judicial de instancia la adjudicataria del primer contrato formuló ante la administración la resolución, desconociéndose la decisión antes de ser dictada la sentencia de instancia.

La resolución contractual no estaba en manos exclusivas de la administración pues el artículo 224 del TRLCSP no contempla el desistimiento como casusa de resolución del contrato, siendo evidente que la resolución por mutuo acuerdo no concurría al momento del desistimiento. Tampoco la parte recurrente pone de manifiesto la concurrencia de ninguna causa legal de resolución del primer contrato.

No parece posible, en estos términos, que se imponga como solución alternativa al desistimiento acordado la paralización de la adjudicación y mantener así abierto del segundo procedimiento de contratación, hasta que se resuelve el primer contrato.

3º) finalmente, el tercero de los alegatos no puede ser tampoco atendido porque parte de una premisa inicial ya rechazada, la existencia de una obligación administrativa de resolución del contrato inicial y, por tanto, de la inexistencia de un vicio insubsanable en la preparación del contrato de la "Ciudad de la Justicia de Madrid".

La previsibilidad en la aplicación del derecho no puede alegarse cuando existe una norma que expresamente admite el desistimiento del procedimiento de contratación hasta el momento de producirse la adjudicación. En ello no puede incidir el hecho de que la propia administración hubiera acordado previa y provisionalmente la suspensión del procedimiento de contratación pues fue debido a la existencia de un recurso especial de contratación y a la decisión adoptada por el órgano competente. La administración valoró la situación puesta de manifiesto por el TACP y adoptó una decisión legalmente prevista y aplicable al procedimiento en tramitación.

La confianza en la no adopción de medidas contrarias a la esperanza inducida, en suma, a las expectativas que la Comunidad de Madrid hubiera podido generar en la empresa licitadora, tampoco puede hacerse valer como consecuencia de que la administración no adoptase la decisión de suspender la adjudicación hasta la eliminación del vicio subsanable. Ya hemos dicho reiteradamente, confirmando la tesis de la sentencia de instancia, que no concurría un vicio subsanable y, por tanto, la decisión que se pretende imponer no es admisible. En todo caso, cabe añadir que la ya citada resolución del TACP de la Comunidad de Madrid de 27 de marzo de 2015, que desestimó el recurso interpuesto por el adjudicatario del inicial contrato contra los pliegos del procedimiento de contratación litigioso, no reconoció el derecho a esa suspensión administrativa del nuevo procedimiento de contratación antes de adjudicación y para la resolución del contrato inicial, sino que en aplicación del principio de proporcionalidad mantuvo el nuevo procedimiento para que la administración adoptase la solución que considerase conveniente, es cierto que apuntando la posibilidad de la resolución del contrato inicial pero "sin perjuicio de que el órgano de contratación pudiera optar por otras formas de restablecimiento de la legalidad", entre las que, sin duda, está incluida la aplicación del artículo 155.4 del TRLCSP.

En relación con las expectativas que pueda albergar el licitador, cabe decir que por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo (por todas, sentencia dictada el día 2 de octubre de 2001 al resolver el recurso 4429/1997) se entiende que no existen actos declarativos de derechos a favor de los licitadores hasta la adjudicación definitiva del contrato, existiendo hasta entonces meras expectativas, sin que, en consecuencia, el órgano de contratación quede vinculado por la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación. Particularmente, la cláusula 32 del pliego de condiciones administrativas particulares contemplaba que « la propuesta de adjudicación de la Mesa de Contratación no crea derecho alguno en favor del empresario propuesto, que no los adquirirá, respecto de la Administración, mientras no se haya formalizado el contrato». Precisamente, el artículo 160.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre -destinado al procedimiento abierto, pero susceptible de ser valorado y aplicado a otros procedimientos-, determina que la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración.



Por último y reiterando lo argumentado en la sentencia impugnada «No aceptamos tampoco la afirmación de las codemandadas de que la Orden de la Comunidad de Madrid por la que se acuerda el desistimiento incurre en fraude de ley y abuso de poder, porque esta postura parte de la premisa de que no ha existido vicio alguno en los actos de preparación de la concesión y, de existir, se trataba de infracciones perfectamente subsanables, siendo así que no consideramos que las infracciones cometidas fueran subsanables, como hemos razonado en el Fundamento de Derecho Cuarto». Ya hemos argumentado también que el vicio no era subsanable.

OCTAVO.- La presente sentencia, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, ha establecido en los precedentes fundamentos la interpretación de aquellas normas sobre las que el auto de admisión consideró necesario el enjuiciamiento del presente recurso de casación por esta Salsa Tercera del Tribunal Supremo y, conforme a ello, declarará:

1º) que el artículo 155.4 del TRLCSP de 2011 no regula o impone de manera directa la necesidad de resolución previa de los contratos anteriores incompatibles con el que se pretende licitar, sino que lo que hace es algo diferente, conceder a la Administración la posibilidad de desistir de la adjudicación de contratos que tengan vicios no subsanables que afecten a su preparación;

2º) que la incompatibilidad de objeto del contrato que se pretende licitar con otro anterior puede suponer la concurrencia de una infracción o vicio insubsanable de las normas de preparación del nuevo contrato que permite acodar el desistimiento del procedimiento de adjudicación.

3º) que procede la plena desestimación del recurso interpuesto contra la sentencia aquí impugnada.

NOVENO.- De conformidad con el dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA tras la reforma por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la sentencia que se dicte resolverá sobre las costas de la instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de esta ley y dispondrá, en cuanto a las del recurso de casación, que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Por ello, se acuerda:

a) no hacer imposición de las costas de la instancia por considerar evidente que el caso presentaba serias dudas de derecho por la dificultad que, por su singularidad, entraña la cuestión debatida.

b) cada parte abonará, en cuanto a las del recurso de casación, las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

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 establecidas en el Fundamento Jurídico Cuarto y Sexto a las cuestiones de interés casacional planteadas

1º) **DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de las sociedades mercantiles Acciona Concesiones, S.L. y Obrascón-Huarte Laín, S.A, contra la Sentencia dictada el 3 de noviembre de 2017 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid en el recurso contencioso administrativo 316/2016, resolución que se confirma.

2º) **HACER IMPOSICIÓN** de costas en los términos previstos en el Fundamento de Derecho último.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. ANTONIO JESÚS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.