Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 / 2 0 2 5

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 15 de enero de 2025.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Turismo y Empleo del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en nombre y representación de la entidad (...), por los daños ocasionados como consecuencia del acuerdo adoptado por Resolución de la Dirección del Servicio Canario de Empleo n.º 974/2024, de fecha 8 de febrero, por el que se desistió del procedimiento de adjudicación del contrato administrativo del «Servicio de organización y desarrollo de diferentes acciones formativas a desarrollar en el Servicio Canario de Empleo dentro del Plan de Formación permanente para el personal del Sistema Nacional de Empleo 2021-2023», de cuyo Lote I resultó propuesta como adjudicataria la entidad reclamante (EXP. 740/2024 ID)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El dictamen solicitado tiene por objeto la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, tramitado por la Consejería de Turismo y Empleo, tras presentarse reclamación de indemnización por daños acaecidos como consecuencia del acuerdo adoptado por Resolución de la Dirección del Servicio Canario de Empleo n.º 974/2024, de fecha 8 de febrero, por el que se desistió del procedimiento de adjudicación del contrato administrativo del «*Servicio de organización y desarrollo de diferentes acciones formativas a desarrollar en el Servicio Canario de Empleo dentro del Plan de Formación permanente para el personal del Sistema Nacional de Empleo 2021-2023, mediante procedimiento abierto y tramitación urgente, con financiación "Next Generation" con cargo al*

[*] **Ponente: Sr. Pérez Hernández.**

mecanismo de recuperación y resiliencia (MRR), (Inversión C23.I5 Gobernanza del impulso al Plan Nacional de PAE)», de cuyo Lote I resultó propuesta como adjudicataria la entidad reclamante.

2. La solicitud del dictamen es preceptiva, por razón de su fecha y en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), pues la cantidad que se reclamó en concepto de indemnización asciende a 20.103 euros. La Disposición final sexta de la Ley 5/2024, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2025 ha modificado la citada LCCC, y establece:

«Uno. Se modifica la letra e) del apartado 1.D) del artículo 11 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, que queda redactado como sigue:

«e) Reclamaciones que se formulen en materia de responsabilidad administrativa patrimonial cuya cuantía sea igual o superior a 60.000 euros. No obstante, tratándose de solicitudes de dictamen que versen sobre reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial frente a los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Canarias, el Consejo Consultivo será competente para dictaminar cuando la cuantía de la reclamación sea superior a 20.000 euros».

Dos. La reforma del apartado anterior se aplicará a los procedimientos que, habiéndose iniciado antes de su entrada en vigor, sea solicitado el dictamen después del 1 de enero de 2025».

En este caso la cuantía indemnizatoria solicitada (superior a 6.000 euros) y la fecha de la petición de dictamen hacen que este resulte preceptivo, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la misma LCCC, en relación con el art. 81.2, de carácter básico, LPACAP.

Es competente para solicitar el dictamen la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

Además, también en relación con la naturaleza preceptiva del presente dictamen, es necesario y útil realizar una precisión, no solo con carácter doctrinal, y es que cabe afirmar que nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial extracontractual, pues la misma emana no de un contrato, sino de una resolución administrativa, esto es, la referida Resolución de la Dirección del Servicio Canario de Empleo n.º 974/2024, de fecha 8 de febrero, por la que se adoptó el

acuerdo de desistir del procedimiento de adjudicación del contrato administrativo de referencia.

En este sentido, el art. 152 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), regula la *«Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración*». Y dispone al respecto en su apartado 2:

«2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común».

La vigente LCSP incorpora una regulación expresa en relación con esta materia, pues remite expresamente al sistema de valoración del daño contenido en la misma y establece, también de forma expresa, que todo lo relativo a esta cuestión se sustanciará a través del procedimiento administrativo común.

Por tanto, se considera que la regulación legal del asunto como un supuesto específico de responsabilidad patrimonial de la Administración determina, junto con la cuantía reclamada, la preceptividad de este Dictamen.

Así venía entendiéndose incluso antes de la citada y actualmente vigente LCSP. P. ej. la Sentencia núm. 355/2016, de 29 abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que afirmó:

«Basta, en suma, con que exista una renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento por parte de la Administración pública, constituyendo una suerte de modalidad específica de la responsabilidad patrimonial o "extra contractual" de las Administraciones Públicas a que hacen mención los artículos 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por cuanto, al no existir aún en supuestos como el aquí examinado contrato administrativo, la responsabilidad en cuestión no puede merecer la conceptuación

de contractual, propiamente dicha (se incluya o no la previsión legal específica en cuestión en la normativa sobre contratación administrativa)».

3. Para el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución son de aplicación la citada LPACAP, así como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y la ya citada LCSP.

4. En el procedimiento incoado, la empresa reclamante ostenta la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo [art. 4.1.a) LPACAP], puesto que reclama por los daños sufridos como consecuencia de una actuación del Servicio Canario de Empleo, órgano adscrito a la Consejería de Turismo y Empleo. En este caso, la interesada actúa mediante la representación debidamente acreditada de (...) (art. 5 LPACAP), remitiéndose en este extremo al poder de representación obrante en poder de la Administración (art. 28.2 LPACAP) en el expediente de contratación de cuyo desistimiento trae causa el presente.

La legitimación pasiva corresponde a la citada Consejería por ostentar la competencia para tramitar el procedimiento administrativo preciso para realizar la contratación del *«Servicio de organización y desarrollo de diferentes acciones formativas a desarrollar en el Servicio Canario de Empleo dentro del Plan de Formación permanente para el personal del Sistema Nacional de Empleo 2021-2023»,* y además ser quien decidió el desistimiento mediante la Resolución administrativa mencionada.

5. La Consejera de Turismo y Empleo ostenta la competencia para incoar y resolver el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del art. 92 LPACAP, en relación con el art. 5.2.i) del Decreto 37/2024, de 4 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Turismo y Empleo y el art. 1.1 de la Ley 12/2003, de 4 de abril, del Servicio Canario de Empleo, en la que se adscribe a este último al departamento competente en materia de empleo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

No obstante lo anterior, considerando que los órganos de las diferentes Administraciones Públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o en los Organismos públicos o Entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de aquéllas, como así se establece expresamente en el art. 9.1 LRJSP, la competencia para dictar la Resolución final corresponde a la Presidencia del Servicio Canario de Empleo en virtud de lo previsto en la Orden de la

Consejera de Economía, Conocimiento y Empleo n.º 299/2021, de fecha 5 de julio de 2021, por la que se delega el ejercicio de determinadas competencias en la persona titular de la Presidencia del Servicio Canario de Empleo, entre ellas la de «*La admisión, incoación y resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial que se deriven del ámbito de actuación del Servicio Canario de Empleo*», publicada en el Boletín Oficial de Canarias núm. 145, de 15 de julio de 2021.

6. El daño es efectivo, evaluable económicamente e individualizado, como requiere el art. 32.2 LRJSP.

7. El expediente se inició dentro del plazo de un año desde la producción del daño reclamado, tal y como exige el art. 67.1 LPACAP. Así, el daño por el que se reclama deriva de la Resolución de la Dirección del Servicio Canario de Empleo n.º 974/2024, de fecha 8 de febrero, por la que se acordó el desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato administrativo de referencia, habiéndose presentado la reclamación de responsabilidad patrimonial por la interesada el 23 de febrero de 2024, por lo que en el presente caso se cumple el requisito de no extemporaneidad.

II

La entidad reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento anormal del Servicio Canario de Empleo.

En tal sentido, la reclamación dice fundarse en los motivos siguientes:

«PRIMERO.- La entidad reclamante (...) decidió concurrir al Lote I del procedimiento de contratación que tuvo inicio mediante Resolución de la Dirección del Servicio Canario de Empleo n.º 12100/2022, de 2 de diciembre de 2022 y con fecha 19 de mayo de 2023 se publica anuncio de licitación y los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

SEGUNDO.- Para preparar tal licitación dedicó parte de sus recursos humanos y materiales a la preparación de la abundante documentación que se requiere para este tipo de contratos destinando a tres trabajadores de la entidad a dicha tarea, y teniendo en cuenta las horas dedicadas al proyecto la mercantil invirtió un valor que asciende a 10.545 euros.

TERCERO.- Tras la tramitación pertinente y con fecha 29 de enero de 2024, reunida la Mesa de Contratación, ésta acuerda elevar propuesta definitiva de adjudicación al órgano de contratación, en relación a la licitadora (...) en relación con el Lote I ("Capital Humano") y finalmente dicha licitadora recibió notificación de adjudicación del referido Lote, siendo publicada igualmente la misma en el Portal de Contratación, como consta en el expediente.

CUARTO.- A partir de la adjudicación la adjudicataria (...) y ante la inminencia de la ejecución, procedió a preparar los materiales formativos necesarios para la ejecución del contrato, dedicando de nuevo, una cantidad considerable de recursos humanos y materiales para su preparación, digitalización y su aplicación en la plataforma formativa de su propiedad, ascendiendo para esta acción su inversión a 9.558 euros.

En adveración del trabajo realizado tras la adjudicación se pueden visitar los materiales ya implementados en la plataforma a través del enlace en la dirección web con los siguientes datos (...) .

QUINTO.- Con posterioridad a los trabajos realizados para preparar la ejecución del servicio la reclamante se deparó con la notificación de la Resolución de la Dirección General del Servicio Canario de Empleo de desistimiento por parte de la Administración de la celebración del contrato, basado en motivos completamente ajenos a la voluntad de la adjudicataria.

SEXTO.- Mientras tanto, y como ya se ha expuesto en los ordinales anteriores, la entidad (...) ya había incurrido en gastos de preparación de la licitación y gastos de preparación de la propia ejecución por la expectativa creada que, en suma, ascienden a un valor acumulado de 20.103 euros (...) valor cuyo resarcimiento viene ahora a reclamar al Servicio Canario de Empleo al amparo de lo expresamente previsto en el art. 152.2 LCSP».

III

1. En la tramitación del presente procedimiento, iniciado con el mencionado escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por la entidad interesada el 23 de febrero de 2024, no se observan deficiencias procedimentales que impidan un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

No obstante, el procedimiento culminará habiéndose sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. Pero, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos y, en su caso, económicos que ello pueda comportar, subsiste para la Administración el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

2. Constan en el expediente que nos ocupa los siguientes trámites:

2.1. Mediante Resolución n.º 4574/2024, de 19 de julio, de la Presidenta del Servicio Canario de Empleo (PD Consejera de Turismo y Empleo), se admite a trámite la reclamación de la interesada, de lo que recibe notificación el 20 de junio de 2024.

2.2. El 22 de julio de 2024 se solicita el preceptivo informe del Servicio, que es emitido por la Jefa del Servicio de Contratación y Patrimonio el día 23 de julio de 2024, manifestándose en él lo que conviene transcribir, como se hace a continuación:

«ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante Resolución de la Dirección del Servicio Canario de Empleo núm. 3224/2023, de 17 de mayo, se aprobó el expediente de contratación del servicio consistente en la "Organización y desarrollo de diferentes acciones formativas a desarrollar en el Servicio Canario de Empleo dentro del Plan de Formación Permanente para el personal del Sistema Nacional de Empleo 2021-2023, mediante procedimiento abierto y tramitación urgente, con financiación "Next Generation" con cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), (Inversión C23.I5 Gobernanza del impulso al Plan Nacional de PAE)", así como los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, con un presupuesto base de licitación de 322.506,00 €, IGIC incluido, y estableciéndose como sistema de adjudicación el procedimiento abierto y tramitación urgente.

Segundo. Publicado el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), el día 19 de mayo de 2023, se fijó como plazo para la presentación de proposiciones hasta el día 1 de junio de 2023, a las 23:59 horas.

Tercero. El día 5 de junio de 2023 se constituyó la Mesa de contratación permanente, según nombramiento acordado en Resolución de la Dirección del Servicio Canario de Empleo de 3 de abril de 2023, inscrita en el Libro de resoluciones del SCE el 10 de abril de 2023, bajo el número 2397/2023, comprobándose que concurrían a la licitación las siguientes licitadoras:

1 Nombre de la Empresa licitadora: (...); CIF (...); Fecha y hora de presentación: 31-05-2023 10:19

(...)

Tras verificar que las ofertas habían sido presentadas en tiempo y forma, de conformidad con lo dispuesto en el anuncio de licitación, se procedió a la apertura del Archivo n.º 1 que contenía la documentación administrativa, acordándose por unanimidad de los miembros de la Mesa de contratación admitir a las siguientes licitadoras:

1 Nombre de la Empresa licitadora: (...); CIF (...); Fecha y hora de presentación: 31-05-2023 10:19

(...)

Sexto. En fecha 12 de septiembre de 2023, reunida nuevamente la mesa de contratación se procedió (...) se valoró la oferta económica con el siguiente resultado:

LICITADORESLOTE I. CAPITAL HUMANO

1 (...) CIF: (...)Precio sin IGIC: 79.680,00 €

IGIC: 0,00 €

Precio Total: 79.680,00 €

(...)

Octavo. El 12 de septiembre de 2023, reunida la Mesa de contratación (...)

Posteriormente, se examinó el Informe técnico de valoración, sobre el criterio cualitativo de adjudicación de la Calidad Técnica n.º 1. Contenidos o programas de las acciones formativas propuestos en la oferta, de fecha 15 de septiembre de 2023, así como, el informe aclaratorio sobre la valoración del citado criterio, de fecha 24 de noviembre de 2023, emitidos ambos por (...), Jefe de Sección de Régimen Interior y Relaciones Institucionales en el SCE. Tras lo cual, la Mesa procedió a la valoración de los criterios de adjudicación de las ofertas admitidas.

Del resultado de la suma de las puntuaciones obtenidas respecto a los criterios de adjudicación previstos en la cláusula 12 del PCAP, se concluyó la siguiente lista ordenada de manera decreciente, de acuerdo a las puntuaciones obtenidas por las licitadoras:

LOTE I. Capital Humano.

•Orden: 1NIF: (...) (...) CONSULTORÍA Y FORMACIÓN SL Propuesto para la adjudicación

Total criterios CAF: 100

Total puntuación: 100

(...)

Como consecuencia de lo anterior, la Mesa acordó requerir la documentación establecida en la cláusula 20.2 del PCAP a las siguiente licitadoras propuestas adjudicatarias, concediéndoles de plazo para su presentación hasta el 19 de diciembre de 2023, a las 23:59 horas:

•LOTE I. Capital Humano: (...), CIF (...).

(...)

Décimo. El 29 de enero de 2024, reunida la Mesa de contratación se acordó elevar propuesta definitiva de adjudicación al órgano de contratación, en relación a las licitadoras indicadas en el antecedente anterior.

Décimo primero. Mediante Resolución de la Dirección del SCE núm. 974/2024, de fecha 8 de febrero, se acordó el desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato

administrativo de referencia, al incurrir en una carencia sobrevenida del crédito presupuestario, por cuanto el plazo para ejecutar la inversión de la medida financiada con cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) C23.I5 finalizó en el 4º trimestre de 2023, tal y como figuraba en el apartado 5.2 de la Memoria de la contratación de fecha 8 mayo de 2023, y en la cláusula 1.1 del PCAP que regía el contrato.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera. De la no adjudicación del contrato.

De los antecedentes expuestos puede observarse que se ha producido la terminación anormal del procedimiento. Así, mediante Resolución núm. 974/2024, de fecha 8 de febrero, la Dirección del SCE adoptó la decisión de no adjudicar el expediente de contratación del servicio de referencia, acordando su desistimiento.

Dicha decisión se adoptó como consecuencia de la carencia sobrevenida del crédito presupuestario, debido a la finalización del plazo para ejecutar la inversión de la medida C23.15 del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), a través de la cual se financiaba el contrato, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 152.2. de la LCSP, en virtud del cual:

"2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común".

En tal sentido, la decisión de desistir del contrato, a priori, estaría pues perfectamente motivada dada la circunstancia sobrevenida de carencia de crédito, lo que hacía imposible la prestación del servicio objeto de licitación sin incurrir en nulidad de pleno derecho, y respecto a la cual no cabe duda de que fue adoptada antes de la adjudicación y por ende de la formalización del contrato, cumpliéndose así los requisitos del artículo 152.2 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) que se acaba de transcribir.

Además, debe destacarse que dicha decisión de no adjudicar el contrato, respecto a la cual se concedió recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, o bien, recurso contencioso administrativo, es firme, al no haber sido recurrida por la empresa licitadora en el plazo otorgado al efecto.

Segunda. Requisitos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

(...)

Así, para apreciar un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración deberán concurrir los requisitos determinados tanto en la vía legal como en la jurisprudencial (...) .

En el presente caso, a instancia de la entidad (...) se ha incoado el procedimiento de responsabilidad patrimonial para la determinación de los gastos a compensar en los que dicha entidad haya incurrido por su participación en la licitación. Por tanto, la cuestión que nos ocupa se circunscribe a determinar si procede la fijación de un quantum indemnizatorio y del alcance, en su caso, de los daños que en forma de gastos procedería reconocer en favor del licitador, puesto que el derecho a obtener una compensación, respecto de los gastos en los que incurre el licitador está reconocido legalmente en el artículo 152 de la LCSP.

Como señala la Sentencia 1941/2015 de 27 julio de 2015, Rec. 1214/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Málaga -Fundamento de Derecho Cuarto-, que, aunque referida a la anterior normativa es preferentemente trasladable al presente caso:

"Basta, en suma, con que exista una renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento por parte de la Administración pública, constituyendo una suerte de modalidad específica de la responsabilidad patrimonial o "extracontractual" de las Administraciones Públicas a que hacen mención los artículos 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por cuanto, al no existir aún en supuestos como el aquí examinado contrato administrativo, la responsabilidad en cuestión no puede merecer la conceptuación de contractual, propiamente dicha (se incluya o no la previsión legal específica en cuestión en la normativa sobre contratación administrativa).

Sentadas las consideraciones expuestas sobre la normativa aplicable y no cuestionando la demandada y siendo, en todo caso, incuestionable la efectiva concurrencia de los presupuestos que, ex artículo 139.2 de la Ley 30/2007, determinan el surgimiento de la obligación de resarcir por parte de la Administración pública -participación en el procedimiento de contratación de la demandante, como licitadora y renuncia de la Administración que convocó el concurso a la celebración del contrato queda reducida la cuestión a dilucidar si los conceptos aquí reclamados entran o no entre los amparados por el indicado precepto legal que, como hemos visto, utiliza específicamente la expresión "gastos" y no la más genérica de daños (en la que, ciertamente, entrarían otros conceptos resarcibles como, en concreto, el del lucro cesante) y con la precisión de que no resultan confundibles ni equiparables los conceptos de "coste" de los trabajos y "gastos" en que hayan incurrido los licitadores como consecuencia de su participación en el concurso".

De la reclamación presentada por el licitador (...) existe un error de partida que conviene precisar con carácter previo a la valoración de los posibles daños y perjuicios que se hayan podido causar a la citada mercantil. Así las cosas, nos encontramos ante un supuesto de no adjudicación de contrato, donde la Administración se ha visto obligada por razones más que evidentes a no continuar con la tramitación del expediente de contratación relativo a la prestación del servicio para la "Organización y desarrollo de diferentes acciones formativas a desarrollar en el Servicio Canario de Empleo dentro del Plan de Formación Permanente para el personal del Sistema Nacional de Empleo 2021-2023, mediante procedimiento abierto y tramitación urgente, con financiación "Next Generation" con cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), (Inversión C23.I5 Gobernanza del impulso al Plan Nacional de PAE)".

En tal sentido, ni el contrato se ha adjudicado, ni en ningún caso se ha producido la suspensión en la ejecución del mismo, por la sencilla razón que el contrato ni se adjudicó ni se formalizó, de ahí que sorprende la confusión interesada en que se mueve la empresa licitadora atribuyéndose la condición de adjudicataria para negar la realidad del expediente de contratación en aras a colocarse en una posición ventajosa, en cuanto a la posible indemnización a percibir del SCE como consecuencia de la no adjudicación adoptada, pretendiendo un enriquecimiento injusto a base de partidas injustificadas que en modo alguno guardan relación con la preparación y participación en el proceso de licitación.

Como recogíamos en los antecedentes anteriormente expuestos, el 8 de febrero de 2024 la Administración adoptó la decisión de no adjudicar el expediente de contratación de referencia, habiéndose producido pues una terminación anormal del procedimiento de licitación con carácter previo a la adjudicación, consecuencia de la imposibilidad absoluta de continuar el expediente de contratación al haberse incurrido en una carencia sobrevenida del crédito, y respecto a la cual la empresa licitadora ha prestado su total conformidad al no haber recurrido frente a la misma; por lo que contraviene la doctrina de los actos propios pretender reclamar unos daños y perjuicios con origen en una supuesta adjudicación de contrato cuando la misma empresa licitadora ha consentido y no recurrido la Resolución núm. 974/2024, de 8 de febrero, que acuerda no adjudicar el contrato.

Así pues, quien acepta la no adjudicación del contrato, lo que no puede pretender es obtener un resarcimiento de daños sobre la apariencia de una adjudicación y un contrato inexistente, pues es claro que el contrato no se ha perfeccionado al no haberse formalizado, por lo que ningún efecto ha generado, sin que los conceptos indemnizables puedan ser proyectados respecto de una fase de ejecución que como decimos no se ha producido.

En este sentido, conviene recordar que de conformidad con el artículo 36 de la LCSP se establece que:

"1. Los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición a los que se refiere el apartado 3 de este artículo, se perfeccionan con su formalización.

Añadiéndose por el artículo 157.6 de la LCSP lo siguiente:

"6. La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión."

Si el licitador se consideró adjudicatario del contrato antes del acto de adjudicación que le reconociera con tal carácter y antes de la formalización del contrato, ninguna justificación legal lo avala, no teniendo derecho a reclamar los gastos que realizó por su cuenta y riesgo adelantándose a una fase de ejecución que no procedía.

Así, como contempla la cláusula 21.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), "No podrá procederse en ningún caso a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización".

En consecuencia, la iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial es resultado del mandato establecido en el artículo 152.2 de la LCSP y fruto del silencio que sobre este punto guarda el PCAP y el anuncio para el supuesto de no adjudicación del contrato, pero este derecho reconocido en el artículo 152.2 de la LCSP no trae causa, como pretende confundir en su reclamación la empresa licitadora, de su condición de empresa adjudicataria, sino que el nexo causal como bien señala el precepto citado trae origen de su participación en el proceso de licitación, el cual repetimos ha terminado anormalmente sin adjudicación.

Tercero. Análisis jurídico de los conceptos reclamados por la entidad mercantil (...)

En el presente caso, la mercantil ha presentado reclamación por 20.103,00 euros, que se desglosan en 10.545,00 euros, en concepto de gastos ocasionados por la preparación de la licitación, y 9.558,00 euros, en concepto de gastos de preparación de los materiales formativos necesarios para la ejecución del contrato; si bien del propio escrito presentado en fecha 23 de febrero de 2024 se puede colegir inequívocamente la improcedencia de las partidas que la propia empresa reconoce vinculadas a la fase de ejecución que en modo alguno se ha producido.

La responsabilidad patrimonial de la Administración, en este caso, comporta la reparación integral de los perjuicios sufridos derivados de su participación en el proceso de licitación, pero lo que no debiera ser admitido es la inclusión de partidas cuya generación resulta absolutamente injustificable dada la no celebración del contrato.

Basta una simple lectura de la citada reclamación para advertir las incongruencias e imprecisiones de la misma para incrementar el importe de unos gastos a los que no tiene

derecho. Así, no es cierto como contempla en el motivo tercero de su escrito de reclamación, que se notificara la adjudicación, ni tampoco que se publicara en la PLACSP, pues como decimos nunca se llegó a adjudicar el contrato.

Igualmente, puede observarse como la licitadora en el motivo cuarto viene a manifestar lo siguiente:

"A partir de la adjudicación la adjudicataria AVANCCE-E y ante la inminencia de la ejecución, procedió a preparar los materiales formativos necesarios para la ejecución del contrato, dedicando de nuevo, una cantidad considerable de recursos humanos y materiales para su preparación, digitalización y su aplicación en la plataforma formativa de su propiedad, ascendiendo para esta acción su inversión a 9.558 euros".

Si bien, frente a dicha aseveración, reiteramos que dicha adjudicación nunca llegó a producirse.

De igual forma, el hecho del desistimiento no puede justificar la inversión realizada por la empresa adjudicataria para cumplir el servicio, pues la decisión de anticipar la ejecución de un contrato no adjudicado no es trasladable como daño indemnizable que deba ser reparado por la Administración. Por tanto, no hay ningún gasto a compensar derivado de la ejecución del contrato, por más que en su escrito de reclamación la empresa se atribuya la condición de adjudicataria.

Conforme a lo expuesto procede rechazar los gastos propios de la fase de ejecución como sería la preparación de los materiales formativos por importe de 9.558,00 €, que no encuentran justificación alguna que ampare su devengo en las circunstancias expuestas, por no estar ligados al proceso de participación ni revelarse necesarios para la configuración de la oferta o proposición; más aún la preparación de dichos materiales, en su caso, debió realizarse en el período en que cualquier diligencia mínima hubiera aconsejado no realizar inversión ni gasto alguno en ejecución de un servicio no adjudicado ni contratado, por lo que ninguna razón justifica su inclusión en esta fase de adjudicación.

Así las cosas, lo que procedería sería reconocer aquellos gastos que se hayan revelado necesarios para la participación en el proceso de licitación y esa necesariedad y vinculación a la licitación sólo sería predicable, en su caso, de las partidas de gastos de preparación de la licitación, que la licitadora fija en 10.545,00 euros. No obstante, dichos gastos deben representar un daño efectivo en el patrimonio del licitador, requiriendo la presentación de las facturas justificativas, que deberán ir acompañadas del oportuno justificante de pago de las referidas cantidades. Así pues, mientras la entidad no acredite la realidad del gasto de preparación de la licitación no debiera reconocerse la compensación reclamada (...) ».

2.3. Si bien no consta la apertura de trámite probatorio, otorgada audiencia a la reclamante mediante notificación hecha el 5 de agosto de 2024, ésta presentó, el 15

de agosto de 2024, escrito de alegaciones en las que, por un lado, se aviene a no reclamar los gastos derivados de la preparación de la fase de ejecución del contrato, a pesar de aclarar que se trataba de unos gastos realizados por un *«exceso de diligencia»*, dada la *«expectativa creada de una adjudicación inminente y en ciernes»*, y, por otro, en lo que a los gastos de preparación para la participación en el proceso de licitación se refiere, señala la interesada la imposibilidad de aportar facturas.

Así, por un lado, en lo que se ha realizado por personal de la empresa, se aporta para la cuantificación y justificación del perjuicio causado un método de cálculo basado en la incidencia salarial referida al tiempo de preparación del proyecto y a los empleados concretos que se encargaron de ella, los servicios jurídicos contratados, y un prorrateo en la imputación de los gastos corrientes de la empresa en dicho periodo, de esta documentación resulta un coste salarial de 4.316,30 €.

Asimismo, se aporta nota de honorarios devengados por servicios de asesoramiento legal por importe de 4.235 €.

Además se citan «*gastos de difícil justificación»*, que se cifran en 200 €.

Finalmente, se añade un importe de 1.500 € en concepto de pérdida de oportunidad, lo que se justifica en que la interesada se *«centró en esta licitación y no en otra, por ser la que entendió más adecuada a su experiencia y en la expectativa de obtener unos lícitos beneficios».*

2.4. El 28 de octubre de 2024 se formuló informe-Propuesta de Resolución en que se postulaba estimar parcialmente la reclamación de la interesada, propuesta que fue informada favorablemente por la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos en informe emitido el 26 de noviembre de 2024, remitiéndose a este Consejo Borrador de Resolución de la Presidenta del Servicio Canario de Empleo en tal sentido.

IV

1. La Propuesta de Resolución, como hemos señalado, estima parcialmente la reclamación formulada por la empresa interesada, puesto que el órgano instructor considera que se ha acreditado la existencia de relación de causalidad entre el actuar administrativo y los daños reclamados por la empresa interesada, si bien solo respecto a los gastos derivados del pago de honorarios de asesoría jurídica, por importe de 4.235 €.

2. Pues bien, en el presente caso, la reclamación formulada se fundamenta en las previsiones del ya citado art. 152 LCSP, que regula la *«Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración*», cuyo apartado 2 dice:

«2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común».

Como señaláramos ya en nuestro Dictamen 290/2023, de 29 de junio de 2023, a raíz de un asunto semejante en el que resultaba de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), el art. 155.2 de dicha norma establecía:

«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».

Cabe citar en relación con este precepto la doctrina contenida en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de junio de 2018, que señaló:

«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».

Además, a tales consideraciones pueden añadirse las contenidas en la Sentencia de 10 de marzo de 2020 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo:

«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-».

Toda esta reglamentación legal y esta jurisprudencia y doctrina dio paso a la vigente regulación del desistimiento del procedimiento antes de la formalización del contrato, contenida en el repetido art. 152.2 LCSP, que es clara en establecer la obligación legal de *compensar* a los *candidatos aptos* o *licitadores* por los gastos en que hubieran incurrido a causa de su participación en tal tipo de procedimiento administrativo, estableciendo que, en estos casos «*en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común».*

En tal sentido, esta remisión que efectúa la LCSP a los criterios de valoración que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración debe considerarse como supletoria o de aplicación subsidiaria para el caso de que el anuncio o el pliego de cláusulas administrativas no establezca nada en relación con el reembolso de tales gastos, como sucede en el presente caso, pues el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de referencia no recogía criterio alguno de compensación de gastos.

Así pues, la remisión del art. 152.2 LCSP se entiende hecha a los criterios que rigen la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas para la valoración del daño, en lo material, y en lo procesal a la aplicación de las reglas procedimentales comunes.

3. Sentado lo anterior, este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante, como se hace en el Dictamen 204/2023, de 11 de mayo, que:

«2. Según el art. 139.1 LRJAP-PAC, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, según el art.

6.1 RPAPRP, precepto éste que reitera la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Por esta razón el citado art. 6.1 RPAPRP exige que en su escrito de reclamación el interesado especifique la relación de causalidad entre las lesiones y el funcionamiento del servicio público; y proponga prueba al respecto concretando los medios probatorios dirigidos a demostrar la producción del hecho lesivo, la realidad del daño, el nexo causal entre uno y otro y su evaluación económica. Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, (arts.78.1 y 80.2 LRJAP-PAC) y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo.

3. Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts.3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, arts.6.1, 12.2 y 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP).

Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a éstas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir, debiendo incluir el órgano instructor en su propuesta de resolución el razonamiento en virtud del cual establece la presunción (art. 386 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC).

Pero sin prueba del acaecimiento del hecho lesivo, la Administración no lo puede considerar probado con base en la mera afirmación de la reclamante porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC).

La Administración, cuya actividad está siempre dirigida a la consecución del interés público y por ello regida por el principio de legalidad, no puede disponer el objeto de un procedimiento de reclamación de su responsabilidad patrimonial (art. 281.3 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC) y admitir sin prueba la existencia del hecho lesivo; puesto que la indemnización sólo procede en caso de que la lesión haya sido producida por el funcionamiento del servicio público (art. 139.1 LRJAP-PAC), por cuyo motivo la resolución (y por ende su propuesta y el Dictamen sobre ella) debe pronunciarse necesariamente sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida (art. 13.2 RPAPRP y concordante art. 12 del mismo). Como no existe relación de causalidad sin que exista la causa que es el hecho lesivo, la propuesta de

resolución debe pronunciarse sobre la existencia de éste, fundamentándola en las pruebas aportadas; y si éstas no son directas, razonando por qué a partir de las indirectas debe presumirse su realidad. Esta motivación sobre la prueba del acaecimiento del hecho lesivo es ineludible tanto en virtud de la remisión del art. 80.1 LRJAP-PAC al art. 386 LEC, como por el art. 54.1, f) LRJAP-PAC en relación con el art. 13 RPAPRP.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración es uno de aquellos cuya naturaleza exige la prueba de la causa de la lesión, como resulta de que el art. 6.1 RPAPRP obligue a que el escrito de reclamación debe proponer los medios de prueba y aportar los documentos e informes oportunos; del art. 7 RPAPRP que prescribe taxativamente que se realicen los actos de instrucción oportunos para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la reclamación, entre los que se hallan, según los arts.12 y 13 RPAPRP, la causa de la lesión o hecho lesivo; del art. 9 RPAPRP que contempla un período probatorio; y, por último, del art. 14 RPAPRP que permite recurrir al procedimiento abreviado únicamente cuando de las actuaciones, documentos e informaciones del procedimiento general resulte inequívoca, además de otros datos, la relación de causalidad.

El art. 80.2 LRJAP-PAC sólo permite que la Administración pueda tener por ciertos los hechos alegados por los interesados cuando su realidad le conste por actuaciones y documentos anteriores, por ser notorios o porque el interesado, al iniciar el procedimiento, ha aportado pruebas documentales o de otro tipo que los demuestren incontestablemente, deviniendo innecesaria la práctica de prueba.

Por último, si se admitiera que la Administración puede admitir sin prueba la realidad de la causa de la lesión o, lo que es lo mismo, sin razonar por qué establece la presunción de su certeza, entonces se lesionaría la prohibición de interdicción de la arbitrariedad, porque sus agentes, según su libre albedrío y sin parámetro legal alguno, en unos casos admitirían su existencia y en otros la negarían; y, además, todo el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, basado en el requisito de que la lesión sea causada por el funcionamiento de un servicio público, se derrumbaría, porque bastaría que cualquiera alegara sin más que la actividad de la Administración le ha causado un daño y probara su cuantía para que automáticamente obtuviera su reparación», doctrina que resulta plenamente aplicable al presente caso.

4. Pues bien, efectivamente, la compensación económica determinada en el art. 152.2 LCSP exige la previa concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que debemos analizar cada uno de ellos.

Por un lado, en el presente caso, ha quedado debidamente acreditado, y así se reconoce en el propio informe del Servicio, que el 29 de enero de 2024, reunida la

Mesa de contratación se acordó elevar al órgano de contratación propuesta definitiva de adjudicación del Lote I del contrato de referencia, a favor de la entidad reclamante.

Asimismo, mediante Resolución de la Dirección del SCE núm. 974/2024, de fecha 8 de febrero, se acordó el desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato administrativo de referencia, lo que, tal y como se señala en el informe del Servicio, fue correctamente justificado.

De tales hechos se derivaron unos gastos realizados por la reclamante que devinieron inútiles, toda vez que se desistió de la contratación, antes de la adjudicación, por parte de la Administración.

En este punto, el informe del Servicio corrige acertadamente a la reclamante porque en su escrito de reclamación señala que le fue adjudicado el contrato cuando en realidad no se había producido tal adjudicación, obrando únicamente en el expediente la propuesta de adjudicación por parte de la Mesa de contratación al órgano de contratación. Así lo admite, finalmente, la reclamante en su escrito de alegaciones

En virtud de ello, afirma el citado y antes transcrito informe:

«La responsabilidad patrimonial de la Administración, en este caso, comporta la reparación integral de los perjuicios sufridos derivados de su participación en el proceso de licitación, pero lo que no debiera ser admitido es la inclusión de partidas cuya generación resulta absolutamente injustificable dada la no celebración del contrato.

Basta una simple lectura de la citada reclamación para advertir las incongruencias e imprecisiones de la misma para incrementar el importe de unos gastos a los que no tiene derecho. Así, no es cierto como contempla en el motivo tercero de su escrito de reclamación, que se notificara la adjudicación, ni tampoco que se publicara en la PLACSP, pues como decimos nunca se llegó a adjudicar el contrato.

Igualmente, puede observarse como la licitadora en el motivo cuarto viene a manifestar lo siguiente:

"A partir de la adjudicación la adjudicataria AVANCCE-E y ante la inminencia de la ejecución, procedió a preparar los materiales formativos necesarios para la ejecución del contrato, dedicando de nuevo, una cantidad considerable de recursos humanos y materiales para su preparación, digitalización y su aplicación en la plataforma formativa de su propiedad, ascendiendo para esta acción su inversión a 9.558 euros".

Si bien, frente a dicha aseveración, reiteramos que dicha adjudicación nunca llegó a producirse.

De igual forma, el hecho del desistimiento no puede justificar la inversión realizada por la empresa adjudicataria para cumplir el servicio, pues la decisión de anticipar la ejecución de un contrato no adjudicado no es trasladable como daño indemnizable que deba ser reparado por la Administración. Por tanto, no hay ningún gasto a compensar derivado de la ejecución del contrato, por más que en su escrito de reclamación la empresa se atribuya la condición de adjudicataria.

Conforme a lo expuesto procede rechazar los gastos propios de la fase de ejecución como sería la preparación de los materiales formativos por importe de 9.558,00 €, que no encuentran justificación alguna que ampare su devengo en las circunstancias expuestas, por no estar ligados al proceso de participación ni revelarse necesarios para la configuración de la oferta o proposición; más aún la preparación de dichos materiales, en su caso, debió realizarse en el período en que cualquier diligencia mínima hubiera aconsejado no realizar inversión ni gasto alguno en ejecución de un servicio no adjudicado ni contratado, por lo que ninguna razón justifica su inclusión en esta fase de adjudicación».

No le falta un punto de razón a la reclamante cuando replica que no puede atribuírsele la voluntad de incrementar el importe de unos gastos que la administración estima *absolutamente injustificables* y que atribuye o parece atribuir a la voluntad de la perjudicada de *incrementar un importe al que no tiene derecho*, pues no deja de ser comprensible la explicación de que su premura obedeció a la diligencia -*excesiva*, como la propia reclamante termina por admitir- puesta para adquirir capacidad y disponibilidad suficiente para cumplir con el contrato cuya licitación -urgente- había logrado por méritos propios y cuya adjudicación le fue anunciada y publicada.

Pero, si tal diligencia puede ser tenida por existente y auténtica pero excesiva, no por ello puede serlo en cambio el resarcimiento, pues el resarcimiento ha de sujetarse al principio de integridad establecido en nuestras leyes, tanto para no dejar de indemnizar todos los daños causados como para no incluir en la indemnización -*compensación*, según la ley directamente aplicable- aquello que no es consecuencia o efecto de la actuación de la administración, sino producto de la voluntad del administrado, como ocurre en este caso con los gastos hechos para la ejecución del contrato.

Como ha dicho el TS en resoluciones que han sido luego invocadas para la elaboración de la doctrina del Consejo Consultivo, « (...) *La búsqueda de la indemnidad del perjudicado se convierte en pilar fundamental del sistema (...)* » y añade que por ello se *« (...) exige el restablecimiento del patrimonio del*

perjudicado al estado que tendría antes de producirse el evento dañoso» (sentencias 260/1997, de 2 de abril (RJ 1997, 2727); 292/2010, de 6 de mayo (RJ 2010, 4810) y 712/2011, de 4 de octubre (RJ 2011, 6703)). [STS 420/2020, de 14 de julio. Sala de lo Civil, citada alguno de nuestro Dictámenes (*v.g.* Dictamen 69/2021, de 18 de febrero, o 182/2023, de 27 de abril).

Se comparte, por ello, en este punto, el criterio de la Propuesta de Resolución, que de algún modo cabe entender coincidente con la eventualidad que la propia reclamante sugiere de aceptar la exclusión de los tales gastos de preparación para la ejecución, sin duda basados en *expectativas*, también sin duda fundadas en una adjudicación anunciada como inminente, pero que no dejaron de ser meras expectativas.

Puede añadirse, siquiera incidentalmente, como criterio interpretativo del precepto legal aplicado (LCSP 152.2), que este prevé la posibilidad de que exista una pluralidad de perjudicados, pues utiliza expresiones plurales (*candidatos*, *licitadores*) para designar a los acreedores de la compensación. Quiere ello decir que el legislador entiende que es la participación en la licitación, y no la conclusión favorable del mismo, lo que ha podido causar un daño indemnizable, pero que no lo es otro daño o gasto causado por otro motivo.

Similares razones conducen a la exclusión de otro concepto de gasto, descrito como consecuencia de una pérdida de oportunidad, que se dice producida porque la atención a la participación en este proceso distrajo a la reclamante de atender o y de participar en otros, atención y dedicación que al cabo devinieron inútiles. Por este concepto se pide una indemnización de 1.500 euros, pero, en relación con ello, ha de señalarse que las elecciones u opciones de actuación de la empresa constituyen parte de su propia actividad como tal, sin que resulte imputable en modo alguno a la administración el resultado del ejercicio del libre albedrío de las empresas según sus expectativas y aspiraciones, y sin que tampoco quepa entender que se trata propiamente de un lucro cesante, pues no hay referencia alguna a cualquier ganancia que pudiera haberse obtenido de no haber concurrido al procedimiento de contratación del que la Administración desistió. Y, en todo caso, como bien señala la Propuesta de Resolución, el art. 152.2 LCSP es claro, pues sólo se refiere a «*los gastos en que hubiesen incurrido*», lo que, por ende, excluye la indemnización de expectativas frustradas o de alternativas no elegidas, que no podrían ser consideradas gasto, en el sentido gramatical y también legal de la propia expresión.

En cambio, los gastos necesarios para la participación en el proceso de licitación sí resultan indemnizables, si bien en la cuantía y conceptos que resulten probados.

En este punto, la reclamación describe varios conceptos y grupos de gastos distintos, que cabe clasificar en uno de estos dos tipos: los que se produjeron por la utilización de sus propios medios, personales, materiales y organizativos, directos e indirectos, y los que se produjeron por la contratación de servicios externos.

Así, por un lado, en sus alegaciones, la reclamante aporta para la cuantificación y justificación del perjuicio causado un método de cálculo basado en la incidencia salarial referida al tiempo de preparación del proyecto y a los empleados concretos que se encargaron de ella, resultando un coste salarial de 4.316,30 €, derivado del trabajo realizado por sus propios trabajadores a los que añade la suma de 200 € que denomina gastos de difícil justificación, que se cifran en 200 €, como internet, servidor web, agua, luz teléfono, entre otros.

La Propuesta de Resolución rechaza la indemnización de tales gastos al no considerarlos propios de la participación al no tratarse de gastos por participar en la preparación de la licitación, sino constituir gastos propios de la entidad, no siendo colaboradores o profesionales ajenos a ella *« (...) y, por tanto, los gastos de personal alegados nacen como consecuencia de la realización del trabajo para el que han sido contratados, es decir, se trata de personal propio de la entidad que prestan sus servicios en función de las directrices fijadas por aquella»*.

Parecida consideración se hace sobre los 200 € de gastos indirectos, generales o de difícil justificación: *«no procede su indemnización al tratarse de gastos corrientes de la entidad, siendo, por tanto, un coste propio de la actividad de quien licita».*

En cambio, sí considera la PR procedente -y también el Consejo, sin perjuicio de la advertencia que se formula al final de este párrafo- la indemnización por los honorarios devengados por asistencia jurídica contratada para el estudio e interpretación de los pliegos, por importe de 4.235 €: «*En este caso*, -dice la Propuesta-, *si* [rectius *sí*] *nos encontramos ante un gasto indemnizable ya que el documento aportado, acreditativo del daño producido, viene referido a la participación en la licitación del contrato de servicios de referencia. Tales gastos habrán de ser indemnizados, pues han sido debidamente acreditados mediante la aportación de la Minuta de honorarios por servicios profesionales, y resultan vinculados a la preparación de la licitación, constando expresamente indicado en las minutas, como servicios prestados, la asistencia jurídica en la*

elaboración de candidatura, asistencia en los actos de trámites, subsanaciones, alegaciones y recursos».

Se sostiene por este órgano consultivo el mismo criterio, con la advertencia de que previamente a su abono efectivo deberá acreditarse el pago efectivo de la expresada Minuta, pues lo procedente es su reembolso.

En resumen, la PR admite que deben indemnizarse los gastos incurridos por la contratación de servicios de terceros ajenos al propio licitador, pero no los gastos que son propios del funcionamiento ordinario y habitual de la empresa (trabajadores, equipos, organización) aunque hayan sido aplicados a la preparación de la oferta y la participación en la licitación. Los primeros se entienden extraordinarios y causados solo por la licitación, mientras que los segundos se habrían producido de todos modos: sueldos, servicios, comunicaciones y similares. Aquellos primeros, por otro lado, pueden probarse de modo directo y expreso: la factura describe el servicio; estos segundos, en cambio, han de acreditarse de modo indirecto o mediato, con ayuda de cálculos y estimaciones.

5. El examen de las decisiones judiciales producidas sobre la concreta cuestión -el alcance de la compensación prevista en la ley- no permite hablar de un criterio jurisprudencial ni judicial uniforme y, aunque no falten precedentes ni pronunciamientos con fundamentación explícita e ilustrativa de la ratio *decidendi* de cada caso, lo que se observa es más bien un panorama casuístico, en el que son determinantes varios criterios o circunstancias, cuya presencia o ausencia viene a determinar el sentido del fallo. Y, junto a consideraciones similares a las expuestas en lo párrafos anteriores para este expediente, se muestra una circunstancia que resulta decisiva para atribuir el derecho a la compensación por los gastos, que consiste en la situación o posición en que haya quedado el reclamante en el proceso de contratación del que la administración ha desistido.

Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de junio 2011 (Rec. 381/2010) sostiene que los licitadores afectados se encuentran en situación similar a la de quienes no hubieran resultado adjudicatarios, de haber culminado el procedimiento de contratación: «*se trata de actuaciones que deben considerarse implícitas a su libre decisión* [de la empresa] *de participar en un concurso, un riesgo inherente a la presentación de un proyecto a un concurso en el que se ha de contar con la posibilidad que no resultar adjudicatario del mismo, por lo que se considera que tales gastos no han de ser indemnizados cuando, como en el supuesto que nos ocupa, el concurso se suspende por la concurrencia de una causa justificada, cuya existencia*

no ha sido cuestionada en este procedimiento», dice la Sala, que también sostiene que aunque « *(...) los trabajos de preparación necesarios para poder acudir a un concurso público que tiene por objeto el desarrollo de una determinada campaña publicitaria sin duda tienen una singularidad propia que impiden que tales trabajos puedan utilizarse en otras campañas diferentes (...) . (...) ello no significa que tales gastos deban ser compensados cuando la Administración por causas justificadas renuncia a la continuación del concurso pues este supuesto es asimilable a aquellos en los que la empresa no resulta ser adjudicataria de un concurso o se declara desierto el concurso en los que, al igual que el que nos ocupa, también los licitadores que concurran tienen que realizar un trabajo y un desembolsó para preparar la mejor oferta y el proyecto más interesante para ser adjudicatarios del concurso*». Sin embargo, el razonamiento se completa con la mención siguiente: «*No existiendo un derecho incondicionado de la parte recurrente a que sea declarase su propuesta como ganadora del concurso y resultando de lo que se ha dicho hasta aquí que la misma no podía resultar adjudicataria, tal y como se ha apuntado más arriba no se aprecia la existencia de la lesión que para sí reclama la parte demandante».*

Por tal motivo, la propia Audiencia Nacional aclara, en su Sentencia de 16 de octubre de 2013, su criterio, refiriéndose a la singularidad del reclamante, que había sido proclamado ganador del concurso desistido:

«De una lectura literal del precepto podría inferirse que la Administración tiene la obligación de "compensar" a todos los candidatos o licitadores en caso de renuncia. No obstante, la Sala no considera adecuada dicha interpretación. Así, en nuestra SAN (1ª) de 13 de junio de 2011 (Rec. 381/2010), analizamos un supuesto de renuncia por razones presupuestarias antes de la adjudicación provisional, en dicha supuesto razonamos que no procedía la compensación reclamada. Pero lo hicimos razonando que se trataba de un supuesto "asimilable a aquellos en los que la empresa no resulta ser adjudicataria de un concurso o se declara desierto el concurso en los que, al igual que el que nos ocupa, también los licitadores que concurran tienen que realizar un trabajo y un desembolsó para preparar la mejor oferta y el proyecto más interesante para ser adjudicatarios del concurso. No se aprecian, en contra del criterio sostenido por la parte recurrente, diferencias entre uno y otro supuesto pues en ambos la empresa realiza un trabajo y unos gastos destinados a fin concreto (en este caso la preparación de una campaña publicitaria) que no resultan trasladables o utilizables en otras campañas, dadas las singularidades que cada una de ellas presenta y, sin embargo, ello no determina el derecho a obtener una indemnización por tal concepto. Tal y como afirma la resolución administrativa recurrida se trata de actuaciones que deben considerarse implícitas a su libre decisión de participar en un concurso, un riesgo

inherente a la presentación de un proyecto a un concurso en el que se ha de contar con la posibilidad que no resultar adjudicatario del mismo, por lo que se considera que tales gastos no han de ser indemnizados cuando, como en el supuesto que nos ocupa, el concurso se suspende por la concurrencia de una causa justificada, cuya existencia no ha sido cuestionada en este procedimiento. No existiendo un derecho incondicionado de la parte recurrente a que sea declarase su propuesta como ganadora del concurso y resultando de lo que se ha dicho hasta aquí que la misma no podía resultar adjudicataria, tal y como se ha apuntado más arriba no se aprecia la existencia de la lesión que para sí reclama la parte demandante.

Ahora bien, el caso de autos es distinto y singular con respecto al caso anterior, porque en el supuesto que analizamos el concurso de proyectos si finalizó con la proclamación de los ganadores del concurso y, precisamente por ello, como apuntaba la sentencia que hemos indicado, en este caso si existe lesión, debiendo compensarse los gastos en los términos previstos en el art. 139.2. Que la base 13 hubiese establecido que "no se abonarán premio o pago a los participantes en ninguna de las fases del concurso", no impide el juego de la compensación regulada en el art. 139.2, sino que únicamente excluye el premio o pago por la superación del concurso - art 168.2.b) Ley 30/2007 -. Por lo tanto, la Sala comparte también en este punto el criterio del TACRC y entiende que procede conceder la compensación en los términos indicados en la Resolución combatida».

La Sentencia del TSJ de Extremadura de 28 de noviembre de 2013 se fundamenta en el análisis de las sentencias de la Audiencia Nacional citadas, y también de la del Tribunal Superior de Asturias de 16 de noviembre de 2011, que rechaza compensar a los reclamantes, todos los licitadores, pues « (…) *partiendo del contenido del pliego de cláusulas administrativas, lleva a que no se aprecie perjuicio indemnizable, pues la frustración se produciría a aquella que pudiera ser seleccionada, y no al resto, lo que no se acredita pues la reclamación es de todos, e incluso no se puede perder de vista la posibilidad de que el concurso resultase desierto, por lo que no siendo arbitraria la decisión administrativa ya que sus fundamentos no han sido cuestionados, y no estando en presencia de un daño antijurídico, pues los daños y perjuicios que se alegan no se acredita fuesen incluso resarcibles sin el desistimiento, el recurso no puede estimarse pues ni concurre el necesario nexo causal entre el actuar administrativo y el daño alegado, que además no cabe calificar de antijurídico».*

La sentencia de 16 de febrero de 2012 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid accede a la pretensión indemnizatoria de un licitador, que reclamó tanto los honorarios satisfechos a terceros por la preparación de la oferta como el coste de las horas del personal administrativo utilizado, y otros costes indirectos: *«Asimismo procede declarar su derecho al cobro de las horas del personal administrativo utilizadas para la elaboración de la oferta y de material de reprografía e impresión de planos, que, aún*

cuando no han sido acreditadas, se considera por la Sala adecuadas al trabajo realizado para la elaboración de la oferta, así como los gastos financieros ocasionados por el aval».

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 17 de diciembre de 2019 aborda directamente (FJ SEGUNDO) la cuestión que es objeto de las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores, es decir, y resuelve que cabe reclamar por los gastos derivados de la utilización de los medios habituales o propios de la empresa licitadora, que habían sido rechazados por la administración puesto que en su criterio « (...) *no son reclamables porque la empresa tendría que incurrir en ellos aunque no se presentara al procedimiento de licitación*». El Tribunal, no obstante, accede a la reclamación. Como en el caso de este expediente sometido a nuestro dictamen, la prueba de la existencia e importe de los gastos se propuso de modo indirecto, que la Sala aceptó.

6. La doctrina y los criterios judiciales que emanan de las sentencias citadas en el anterior parágrafo nos conducen a estimar que es procedente incluir en la compensación debida al reclamante el importe de los gastos en que se haya incurrido por la aplicación de sus medios propios y ordinarios a la preparación de su oferta y a la participación en el concurso, pese a tratarse de gastos que hubieran debido hacerse en cualquier caso, concurriera o no a la licitación, como sostiene la administración en su PR.

Desde una perspectiva general, entiende el Consejo que la inclusión de tales gastos en la compensación debida al reclamante la hace más cercana a las exigencias de integridad que debe cumplir el resarcimiento para serlo enteramente. Adviértase que no se discute la existencia de los gastos, sino la procedencia de su reembolso, por lo que desde una perspectiva más próxima e inmediata a los hechos del expediente es razonable e imaginable pensar que algunos de los empleados debieron haberse aplicado a la preparación de la oferta y la participación en el concurso y que tal dedicación, pese al éxito de su trabajo y de las capacidades de la empresa, devino inútil e improductivo por causas ajenas al propio licitador o por su inferioridad en relación a otros concursantes, sino en razón del ejercicio -no discutido- de una facultad administrativa legítima, correctamente ejercitada.

Además de todo ello, vistos los antecedentes judiciales, no puede ignorarse la especial relevancia que se concede en algunos de ellos a la circunstancia, cuando concurre, de que el reclamante o perjudicado haya resultado victorioso o ganador del concurso o licitación de que se trata. Así ocurre en nuestro caso, el que la

entidad promovente de este expediente pudo acreditar méritos suficientes para ser propuesto como adjudicatario. Si los méritos se acreditaron, es de presumir que así fue porque se aplicó cierto esfuerzo o dedicación y también se aplicaron ciertas capacidades o cualificaciones, cuyo coste finalmente inútil es el que sustancia -en parte- la reclamación.

No obstante, la determinación del importe exacto de tales gastos, así como la constatación del vínculo laboral y las retribuciones percibidas (a través de las nóminas) de los tres trabajadores de la empresa dedicados a la preparación de la documentación para la licitación, no han sido objeto de demostración en el expediente, pese a que se han ofrecido elementos de prueba que permiten hacerlo y que se asemejan a los utilizados en algunos de los procesos judiciales resueltos por sentencias antes citadas. Por tanto, habiéndose ofrecido la prueba, resulta obligado, de conformidad con los preceptos de la LPACAP que regulan este procedimiento, su instrucción, los actos de prueba y su resolución, la práctica de las diligencias necesarias para la comprobación y la aceptación o el rechazo de los cálculos hechos por la reclamante.

La indicación de los Servicios Jurídicos acerca del particular se estima apropiada: *« (…) para dar por cierto – o no - el hecho alegado por el reclamante según el cual fueron precisos 10 días laborales íntegros de una Jefa de Proyecto, una Técnica de Formación y un Jefe de Informática para preparar tal documentación, sería preciso incorporar al expediente el correspondiente informe que, a la vista de la concreta Memoria presentada en el procedimiento de licitación, confirmara – o rebatiera - tal aspecto. Informe del que, a su vez, se habría de dar traslado a la interesada para su legítimo derecho a formular alegaciones».*

7. El Consejo hace suya esta indicación y entiende, por ello, que no puede dictaminar sobre la Propuesta de Resolución ni considerarla ajustada a derecho, y estima que es procedente retrotraer el expediente para que se practique la diligencia de comprobación pericial o técnica de la corrección de los cálculos de gastos formulados por la reclamante, incluyendo en dicha diligencia de escrutinio o comprobación los llamados gastos de difícil justificación o gastos indirectos, sin perjuicio de que conforme al art. 77.2 LPACAP el órgano instructor acuerde la apertura del periodo de prueba en el caso de que no tenga por ciertos los hechos alegados por el reclamante.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen no se considera ajustada a derecho, porque debe retrotraerse el expediente y completarse mediante la práctica de las actuaciones referidas en el Fundamento IV, párrafo 7.