Informe 3/2016, de 28 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)

Asunto: Aplicación del Reglamento (CE) nº. 1370/2007, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, en los contratos de gestión de servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros en la modalidad de gestión interesada. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de publicidad que prevé el artículo 7.2 de este Reglamento. Legitimación de una empresa no licitadora para plantear cuestiones de nulidad contractual.

ANTECEDENTES

I. La presidenta del Área Metropolitana de Barcelona (AMB) ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, a la licitación de un contrato de gestión de servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros en la modalidad de gestión interesada.

Además, plantea si en caso de que fuera de aplicación, "supondría la nulidad de todas las actuaciones si el procedimiento seguido fuese el contemplado en el TRLCSP y se hubiera cumplido con la publicidad fijada en esta segunda norma, mucho más garantista que la primera"; así como si una tercera empresa no licitadora puede plantear cuestiones de nulidad en un procedimiento en el cual no ha "participado", o bien, por el contrario, "la legitimación activa en materia de contratación acontece por el hecho de participar en la licitación, o por lo menos en algún momento anterior por haber alegado algún acto preparatorio".

II. De acuerdo con la Instrucción 1/2005, de 4 de octubre, sobre los requisitos que tienen que reunir las solicitudes de informe formuladas a la Junta Consultiva, se adjunta el Informe del servicio de contratación de la AMB en el cual se exponen los antecedentes que motivan la consulta, y, respecto de la aplicación del Reglamento (CE) nº. 1370/2007, se indica que "se ha de estar a lo que dispone el artículo 5 del mismo Reglamento en relación a la adjudicación de contratos del servicio público", y que "únicamente serán adjudicados conforme al Reglamento invocado aquellos contratos de servicio que adopten la forma de concesión que no es el caso, ya que la calificación del contrato en cuestión es una gestión de servicios que se prestará en la modalidad de gestión interesada y no una concesión".

III. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta Consultiva informa sobre las cuestiones que, en materia de

contratación, le sometan las entidades que integran la Administración local en Cataluña. Por otra parte, el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. La primera cuestión que se plantea en el escrito de petición de informe es si resulta de aplicación a un contrato de gestión de servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros, en la modalidad de gestión interesada, el Reglamento (CE) nº. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº. 1191/69 y (CEE) nº. 1107/70 del Consejo (de ahora en adelante, Reglamento 1370/2007).

Hay que recordar que, en nuestro Derecho interno, el transporte terrestre de viajeros se regula, en el ámbito estatal, en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (de ahora en adelante, LOTT), y en el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres; y, en el ámbito de Cataluña, en la Ley 12/1987, de 28 de mayo, sobre Regulación del Transporte de viajeros por carretera mediante vehículos de motor, y en el Decreto 319/1990, de 21 de diciembre, por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley de regulación del transporte de viajeros por carretera mediante vehículos de motor.

En todo caso, en virtud del principio de primacía del derecho comunitario sobre los derechos nacionales de los estados miembros y, en concreto, de las características que definen los reglamentos comunitarios –alcance general, obligatoriedad en todos sus elementos y eficacia directa en todos los estados miembros–, el Reglamento 1370/2007 es de aplicación directa y preferente respecto de la normativa interna mencionada, salvo en los casos en que el propio Reglamento invoca la aplicación principal de aquel Derecho interno.

Para determinar la aplicabilidad del Reglamento 1370/2007 a un contrato de gestión de servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros, en la modalidad de gestión interesada, hay que analizar el ámbito y los niveles de aplicación.

Este Reglamento, según dispone el artículo 1, tiene como finalidad definir las modalidades según las cuales las autoridades competentes pueden intervenir en el sector del transporte público de viajeros para garantizar la prestación de servicios de interés general que sean más frecuentes, más seguros, de mayor calidad y más baratos que los que el simple juego del mercado hubiera permitido prestar; y se aplica a la explotación, nacional e internacional, de servicios públicos de transporte de

viajeros[1] por ferrocarril y otras modalidades ferroviarias y por carretera, a excepción de los servicios que se explotan esencialmente por su interés histórico o su finalidad turística.

Por lo tanto, y tal como se indicó también desde el Ministerio de Fomento en el Informe de 21 de octubre de 2008 sobre "las implicaciones que la reciente aprobación de ciertas nuevas normas estatales y comunitarias tiene sobre el régimen jurídico de los transportes públicos regulares de viajeros permanentes y de uso general", el Reglamento 1370/2007 se aplica a la explotación de todos los servicios de transporte público regular permanente de viajeros de uso general, urbanos e interurbanos, con independencia de que su establecimiento y gestión corresponda a la Administración General del Estado, a una comunidad autónoma, o a una entidad local.

Este Reglamento regula, entre otras cuestiones, el régimen de adjudicación y de publicidad de los "contratos de servicio público" de transporte de viajeros, los cuales define en el artículo 2.*i* como "uno o diversos actos jurídicamente vinculantes que plasmen el acuerdo entre una autoridad competente y un operador de servicio público determinado de confiar a este último la gestión y la explotación de los servicios públicos de transporte de viajeros sometidos a las obligaciones de servicio público" y establece que "podrá, según el Derecho de los estados miembros, consistir asimismo en una decisión adoptada por la autoridad competente que revista la forma de acto legislativo o reglamentario independiente, o que contenga las condiciones con arreglo a las cuales la autoridad competente preste por sí misma o confíe la prestación de estos servicios a un operador interno".

Así, vista la amplitud de la definición de "contrato de servicio público" del Reglamento, cuyo objeto es la gestión y la explotación de un servicio de transporte de viajeros de interés general que incorpore obligaciones de servicio público para el operador del servicio público[2], pueden estar comprendidos dentro de este concepto de contrato de servicio público y, por lo tanto, en el ámbito de aplicación del Reglamento, contratos que también pueden entrar en el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias en materia de contratación pública.

Así lo confirma el hecho de que el artículo 5 del Reglamento, relativo a la adjudicación de contratos de servicio público, disponga en su apartado 1 que estos contratos se adjudicaran de acuerdo con las normas establecidas en el presente Reglamento pero que "sin embargo, los contratos de servicios o los contratos de servicio público, tal que

[1] En el artículo 2.*a* de este Reglamento se define transporte público de viajeros como "servicios de transporte de viajeros de interés económico general ofrecidos a los usuarios sin discriminación y de forma continua".

[2] El artículo 2.*d* del Reglamento define "operador de servicio público" como "toda empresa o agrupación de empresas de derecho público o privado que explote servicios públicos de transporte de viajeros o todo organismo público que preste servicios público de transporte de viajeros".

definidos en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE[3], respecto de los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús o tranvía[4], se adjudicaran con arreglo a los procedimientos establecidos en dichas Directivas cuando dichos contratos no adopten la forma de contratos de concesión de servicios en la acepción de esas Directivas".[5] El último inciso de este precepto explicita que "no se aplicarán las disposiciones de los apartados 2 a 6 del presente artículo a los contratos que hayan de adjudicarse con arreglo a las Directivas 2004/17/CE o 2004/18/CE".

Por lo tanto, los contratos de servicio público de transporte de viajeros en autobús o tranvía que entran en el ámbito de aplicación de las directivas de contratación pública se tienen que adjudicar de acuerdo con las normas de esas directivas, siempre que no reúnan los requisitos para calificarlos como contratos de concesión de servicios, dado que, de acuerdo con este artículo 5 del Reglamento 1370/2007, la adjudicación de contratos de concesión de servicios públicos de transportes de viajeros, con independencia de la modalidad de transporte, se rige por el propio Reglamento 1370/2007[6].

---

[3] De acuerdo con los artículos 91 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y 107 de la Directiva 2014/25/UE, de contratación en los sectores de energía, agua, transporte y servicios postales, las referencias efectuadas a las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, ya derogadas, se tienen que entender hechas a estas nuevas Directivas.

[4] En cambio, los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril y metro se encuentran sujetos al Reglamento 1370/2007 y excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE por indicación de su artículo 10.*i*, si bien la propia directiva indica al respecto, en el considerando 27, que "en la medida en que el Reglamento 1370/2007 permite que el derecho nacional se aparte de las normas que establece, los Estados miembros tienen que poder seguir estipulando en su derecho nacional que los contratos de servicio público para los servicios de transporte público de viajeros por ferrocarril y metro se tengan que adjudicar mediante un contrato cuyo procedimiento de adjudicación esté regulado por sus normas generales de contratación pública".

[5] Estas dos directivas definían la concesión de servicios en los mismos términos, como un contrato con las mismas características que el de servicios con la excepción de que la contrapartida de prestación de servicios consista únicamente en el derecho de explotar el servicio, o en este derecho acompañado de un pago.

[6] En el Informe 18/2015, de 15 de diciembre, relativo a la "duda sobre la procedencia de publicar en el DOUE anuncio previo del contrato de gestión del Servicios Público de Transporte Urbano de viajeros de la ciudad de Segovia en régimen de concesión administrativa", la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha afirmado que "los contratos que tengan por objeto la gestión y la explotación del servicio público de transporte de viajeros por carretera, cuándo se considere contrato de gestión de servicio público, se regulan por las disposiciones del Reglamento 1370/2007" y que "en caso de que estos contratos no sean contratos de gestión de servicios públicos, se regirán por las disposiciones correspondientes al contrato de servicios contenidas en las Directivas de contratación pública"; concluyendo que "el contrato de gestión y explotación del servicio público de transporte de viajeros por carretera, en la medida en que tenga carácter de contrato de concesión de servicios, en los términos de la normativa europea, eso es, que el riesgo operativo del servicios lo asume la empresa, con

En relación con esta calificación, hay que tener en cuenta que la Directiva 2004/18/UE excluía las concesiones de servicios de su ámbito de aplicación mediante el artículo 17 y que la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (de ahora en adelante, Directiva 2014/23/UE), en la cual se regula por primera vez un régimen jurídico específico de las concesiones –y que contiene determinadas normas en materia de adjudicación de contratos de concesiones–, también excluye de su ámbito de aplicación, mediante su artículo 10.3, las concesiones relativas a servicios públicos de transporte de viajeros en el sentido del Reglamento 1370/2007.

En este sentido, dado que la adjudicación de las concesiones de servicios públicos de transporte de viajeros queda sujeta íntegramente a las disposiciones del Reglamento 1370/2007, es especialmente relevante efectuar una correcta tipificación del contrato como servicio o como concesión, ya que esta tipificación determina el régimen jurídico aplicable a la adjudicación del contrato, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y también ahora con el derecho comunitario de contratación pública que la incorpora[7].

Así lo ha entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón al señalar[8] que dado que el mismo Reglamento 1370/2007 establece la aplicación directa de la normativa de contratación pública a la adjudicación de los contratos de dicho ámbito, procede realizar la tipificación del contrato y su consecuente régimen jurídico conforme con las previsiones de esta normativa.

En la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las directrices de interpretación del Reglamento (CE) nº. 1370/2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera[9], también se señala la relevancia de la calificación jurídica del contrato al indicar que la "distinción entre contratos (públicos) de servicios y concesiones es importante dado que el artículo 10, apartado 3, de la Directiva 2014/23/UE dispone que esta Directiva no se aplica a las concesiones de servicios públicos de transporte de viajeros en la acepción del Reglamento CE nº. 1370/2007" y

---

independencia de la forma de gestión del servicio público que se haya adoptado (...) se rige por el Reglamento (CE) nº. 1370/2007 (...) el artículo 7.2 del cual obliga a que se publiquen en el DOUE los datos mínimos que en él se mencionan".

[7] De acuerdo con la Directiva 2014/23/UE, y como ya ha señalado esta Junta en diversas ocasiones, el elemento definidor de las concesiones de servicios es la transferencia a la empresa contratista del riesgo operacional de la explotación del servicio.

[8] En el Informe 13/2015, de 30 de septiembre, sobre los criterios para calificar como concesión un contrato de transporte regular permanente de viajeros de uso general en autobús.

[9] Esta Comunicación, de acuerdo con lo que se señala en su parte introductoria, tiene como objetivo evitar que las diferentes interpretaciones de las disposiciones, entre otras, relativas al ámbito de aplicación de los contratos de servicio público y la adjudicación de estos contratos, pudieran dificultar la creación de un mercado interior del transporte público y generar distorsiones no deseadas en el mercado.

que "la adjudicación de concesiones de estos servicios públicos de transporte de viajeros se rige exclusivamente por el Reglamento (CE) nº. 1370/2007".

En definitiva, el Reglamento 1370/2007 se aplica a los contratos cuyo objeto es la gestión y la explotación de un servicio público de transporte de viajeros, si bien las disposiciones que contiene relativas a la adjudicación de estos contratos no se aplican cuando se trata de contratos de servicios tal como se definen en –ahora– la Directiva 2014/24/UE.

Sin embargo, la no aplicación de las disposiciones del Reglamento 1370/2007 relativas a la adjudicación de los contratos públicos de servicio a aquellos que se han de adjudicar de acuerdo con las directivas comunitarias de contratación pública no parece que tenga que comportar que no se les apliquen el resto de previsiones del Reglamento 1370/2007, teniendo en cuenta, por una parte, que el artículo 1 de este Reglamento, relativo al objeto y al ámbito de aplicación, no excluye los contratos de servicios sujetos a las directivas de contratación pública y, por otra parte, que, como ya se ha indicado, el artículo 5 del Reglamento 1370/2007 establece la no aplicación a tales contratos únicamente de los apartados 2 a 6 de este precepto, que contienen normas relativas a la adjudicación.

La cuestión de la aplicación, por lo menos en parte, del Reglamento 1370/2007 a los contratos públicos de servicios que tienen por objeto la explotación y la gestión de un servicio de transporte de viajeros de interés general y que están incluidos en el ámbito de aplicación de las directivas sobre contratación pública, no es pacífica, tal como lo demuestra el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante, TJUE) tenga pendiente de resolver una petición de decisión prejudicial, en la que se plantea, entre otras cuestiones, si de acuerdo con el artículo 5, apartado 1, del Reglamento 1370/2007, en relación con la Directiva 2004/18/CE o con la Directiva 2014/24/UE, en un procedimiento de licitación sólo son de aplicación las disposiciones de dichas directivas, de manera que no se tienen que aplicar las disposiciones del Reglamento que diverjan de ellas[10].

No aporta mucha luz en este sentido la Comunicación de la Comisión relativa a las directrices de interpretación del Reglamento 1370/2007, ya mencionada, ya que, si bien indica que el objeto de este Reglamento es crear un mercado interior para la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros "complementando las normas generales sobre contratación pública", analiza la relación entre este Reglamento y las directivas sobre contratación pública, sin especificar, sin embargo, si a los contratos de servicio público de transporte de viajeros sujetos al ámbito de aplicación de las directivas se les han de aplicar determinadas previsiones del Reglamento.

En todo caso, hay que tener en cuenta a efectos de resolver esta cuestión, el considerando 20 del Reglamento 1370/2007, en el cual se señala que cuando una

[10] Planteada el 16 de junio de 2015 (asunto C-292/15).

autoridad pública decide confiar una misión de servicio de interés general a un tercero, tiene que elegir al operador del servicio público en cumplimiento del derecho comunitario sobre contratación pública y concesiones, y que "en particular, las disposiciones del presente Reglamento deben aplicarse, sin perjuicio de las obligaciones impuestas a las autoridades públicas con arreglo a las Directivas de contratación pública cuando los contratos de servicio público entren en su ámbito de aplicación".

Asimismo, también se tiene que tener presente que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado[11] específicamente sobre la aplicación a los contratos públicos de servicios de transporte de viajeros adjudicados conforme a las normas de las directivas de contratación pública de las disposiciones del Reglamento 1370/2007 que no las contradigan, afirmando que "el artículo 5 (del Reglamento 1370/2007) hace explícita la no aplicación, en tales casos, de sus apartados 2 a 6, que son los que detallan las normas y procedimientos de adjudicación en otro caso aplicables (...). Sin embargo, ni en el precepto mencionado (...) ni en ningún otro artículo del referido Reglamento se contiene una parecida exclusión de la aplicación del artículo 7, relativo a las obligaciones de publicidad (...)".

En definitiva, sin poder conocer todavía el posicionamiento del TJUE, se considera adecuado entender que el Reglamento 1370/2007 se aplica íntegramente a las concesiones de servicios de transporte público de viajeros por autobús –cuando el contrato tenga por objeto la prestación y la gestión de un servicio público de transporte de viajeros en el que se transfiere a la empresa contratista el riesgo de explotación– y parcialmente a los contratos públicos de servicios de transporte de viajeros por autobús según se definen en las directivas en materia de contratación pública, los cuales se tienen que adjudicar de acuerdo con los procedimientos previstos en estas.

II. Una vez analizado el objeto y el ámbito de aplicación del Reglamento 1370/2007, se considera conveniente efectuar alguna consideración específica en relación con su aplicación a un contrato de gestión de servicio público en la modalidad de gestión interesada, ya que es el objeto de la consulta.

En primer término, hay que recordar que el contrato de gestión de servicio público puede adoptar la modalidad de concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta y que el artículo 277.*b* del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (de ahora en adelante, TRLCSP), define el contrato de gestión de servicio público en la modalidad de gestión interesada, como aquel en que la administración y la empresa participan en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que establezca el propio contrato, y en el que, según el artículo 180 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley

[11] Resolución nº. 545/2015, de 12 de junio, con motivo de determinar la aplicación del artículo 7.2 del Reglamento 1370/2007 a un contrato de servicio de transporte urbano de viajeros de naturaleza no concesional.

de Contratos de las Administraciones Públicas (de ahora en adelante, RGLCAP), se puede establecer un ingreso mínimo a favor de cualquiera de las partes asociadas, a abonar por la otra parte, cuando el resultado de la explotación no llegue a cubrir un determinado importe de beneficios.

En definitiva, se trata de una forma indirecta de prestación de los servicios que implica la colaboración entre la administración titular del servicio público y la empresa que lo gestiona con el fin de compartir ambas el riesgo vinculado a la explotación del servicio, pero con la posibilidad, también, de establecer un ingreso mínimo, de manera que habrá que analizar, caso por caso, si hay una transferencia a la empresa contratista del riesgo operacional derivado de la explotación y, por lo tanto, si ha de tener naturaleza concesional –en términos del Derecho comunitario y al margen de la denominación en el Derecho interno–, y compartir su régimen jurídico –a efectos de lo que ahora interesa, consistente en la aplicación íntegra del Reglamento 1370/2007, como ya se ha indicado.[12]

Como se ha señalado en la consideración jurídica anterior, el Reglamento 1370/2007 resulta de aplicación a los contratos de servicio público, tal como se definen en el mismo Reglamento, en unos términos muy amplios, incluyendo incluso los actos mediante los cuales las autoridades competentes establecen las condicionas de acuerdo con las cuales la propia autoridad presta por si o confía la prestación de estos servicios a un operador interno. En este sentido, en la Comunicación de la Comisión Europea sobre la interpretación de determinadas disposiciones del Reglamento, ya mencionada, se señala que la definición de contrato de servicio público es muy amplía a fin de que "ninguna situación jurídica escape al ámbito de aplicación de dicho Reglamento, aunque la relación entre la autoridad competente y el operador no esté formalmente y estrictamente expresada en forma de contrato en el sentido más estricto del término".

Así, en el Informe del Ministerio de Fomento relativo al régimen jurídico de los transportes públicos regulares de viajeros permanentes y de uso general, ya citado, se señala que "el Reglamento 1370/2007 parece admitir cualquiera de las posibles formas de explotación del servicio contempladas en el artículo 253 de la Ley de contratos –actualmente, artículo 277 del TRLCSP– aunque, en aplicación de lo

[12] La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares se ha pronunciado sobre la posibilidad de que en un contrato de gestión de servicio público en la modalidad de gestión interesada se traslade el riesgo de explotación en los términos del derecho comunitario sobre concesiones, en el Informe 2/2012, de 30 de mayo, en el cual afirma que "para determinar en qué medida en esta modalidad se produce la transmisión del riesgo al empresario, se tienen que analizar las obligaciones que asume cada una de las partes", y que "en todo caso, parece que el empresario asume el riesgo de explotación, pero que, con carácter general, lo hace con carácter limitado, dado que el riesgo se comparte con la administración, salvo los casos en qué se haga uso de la posibilidad que prevé el artículo 180 del Reglamento general para establecer unos ingresos mínimos a favor del contratista, en los que no se produce, *prima facie*, la transferencia del riesgo de explotación y, en consecuencia, la modalidad de contratación no reuniría las características de las concesiones de servicios".

dispuesto en el artículo 71 de la LOTT, la forma ordinaria de prestación de los servicios públicos interurbanos de transporte regular de viajeros es la concesión"[13].

Por lo tanto, el concepto de contrato de servicio público del Reglamento 1370/2007 también comprende los contratos de gestión de servicio público de transporte de viajeros en la modalidad de gestión interesada que tienen por objeto la gestión y la explotación de un servicio público de transporte de viajeros de interés general sometido a obligaciones de servicio público.

III. La siguiente cuestión que se plantea en el escrito de petición de informe es la relativa a si la no aplicación del Reglamento 1370/2007 para la adjudicación de un contrato de gestión del servicio público de transporte colectivo en la modalidad de gestión interesada supondría la nulidad de todas las actuaciones, si se hubiera seguido el procedimiento y el régimen de publicidad del TRLCSP.

Como se ha indicado en la consideración jurídica I, el Reglamento 1370/2007 contiene un precepto relativo a la adjudicación de los contratos de servicio público de transporte de viajeros, pero no regula un procedimiento completo ni concreta los trámites que se tienen que seguir –a diferencia de lo que sucede con las Directivas comunitarias en materia de contratación pública–, sino que establece los requisitos y los principios a cumplir para la adjudicación de los contratos incluidos en su ámbito de aplicación[14].

---

[13] La LOTT, que fue modificada por la Ley de 9/2013, de 4 de julio, según establece su preámbulo por entre otros motivos, adaptar el régimen de gestión de los transportes públicos regulares de viajeros de uso general por carretera y ferrocarril a las reglas contenidas en el Reglamento 1370/2007, prevé en el artículo 71 –con carácter de normativa básica– que, como regla general, la prestación de los servicios de transporte se lleve a cabo por la empresa a la cual la Administración adjudique el contrato de gestión correspondiente –dejando de limitar esta contratación a la modalidad de concesión, como hacía el régimen anterior– y que, en aquello no previsto en la propia LOTT ni en la reglamentación de la Unión Europea sobre los servicios públicos de viajeros por carretera o en sus normas de desarrollo, la gestión de estos transportes se rija por las reglas establecidas en la legislación general sobre contratación del sector público que resulten de aplicación a los contratos de gestión de servicios públicos.

Por su parte, la Ley 4/2014, de 20 de junio, de transporte terrestre y movilidad sostenible de las Islas Baleares, establece que el servicio de transporte regular de viajeros de uso general se prestará como regla general mediante la modalidad de concesión del contrato de gestión de servicio público, si bien prevé que en casos justificados la Administración pueda optar por otras modalidades de contratación previstas en la legislación de contratos (artículo 25); y que la gestión de estos servicios se rige por el dispuesto en la propia ley, en la legislación de la Unión Europea y del Estado en materia de transportes y, supletoriamente, en la legislación general sobre los contratos del sector público (artículo 22).

[14] En el considerando 6 del Reglamento 1370/2007 se indica que procede actualizar el marco jurídico comunitario, dado que la evolución de las legislaciones nacionales ha conducido a la aplicación de procedimientos dispares y ha creado una situación de inseguridad jurídica con respecto a los derechos de los operadores de servicio público y las obligaciones de las autoridades competentes, y que el Reglamento comunitario anterior no trataba la manera en

En concreto, el artículo 5.3 del Reglamento 1370/2007 establece que toda autoridad competente que recurra a un tercero que no sea un operador interno[15] debe adjudicar los contratos de servicio público de acuerdo con un "procedimiento de licitación equitativo", "abierto a cualquier operador" y que respete "los principios de transparencia y no discriminación", salvo los supuestos de adjudicación directa que prevé el propio Reglamento; y recoge la posibilidad de que, después de la presentación de las ofertas y de una posible preselección, se lleven a cabo negociaciones con la finalidad de precisar los elementos que mejor permitirán responder a la especificidad o a la complejidad de las necesidades.

En todo caso, hay que tener en cuenta que, aunque el Reglamento 1370/2007 entró en vigor el 3 de diciembre de 2009, contiene un régimen transitorio en su artículo 8 de acuerdo con el cual la adjudicación de contratos de servicio público por ferrocarril y carretera tiene que cumplir lo que dispone el artículo 5[16] a partir del día 3 de diciembre de 2019, si bien durante este periodo los estados miembros deben tomar medidas para cumplir progresivamente lo que dispone dicho precepto[17].

---

que se tienen que adjudicar y las circunstancias en que se tienen que someter a licitación los contratos de servicio público de transporte de viajeros.

[15] El artículo 2.*j* del Reglamento 1370/2007 define operador interno como "una entidad jurídicamente independiente sobre la cual una autoridad local competente, o en el caso de una agrupación de autoridades, al menos una autoridad local competente, ejerce un control análogo a aquel que ejerce sobre sus propios servicios".

[16] En la Comunicación de la Comisión Europea sobre la interpretación del Reglamento 1370/2007 se señala que aunque el artículo 8.2 del Reglamento establece la transitoriedad de todo el artículo 5, esta sólo es razonable en relación con la obligación de utilizar procedimientos equitativos establecida en el apartado 3 del mismo, ya que no tendría sentido que los estados miembros apliquen progresivamente el concepto de operador interno o las excepciones definidas en los apartados 4, 5 y 6 –los supuestos habilitantes de adjudicación directa–, ya que introducen disposiciones más permisivas que los principios generales del Tratado y la jurisprudencia correspondiente.

[17] En cumplimiento de esta obligación la LOTT establece, entre otras previsiones en relación con la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos de transporte de viajeros de uso general, que esta adjudicación se debe efectuar mediante un procedimiento abierto en el que todo empresario pueda presentar una proposición, y que los órganos de contratación tienen que dar a los licitadores un tratamiento equitativo y no discriminatorio y ajustar su actuación al principio de transparencia (artículo 73.1, de carácter básico).

Por su parte, la Ley catalana 12/1987, de 28 de mayo, ya mencionada, establece –en la redacción dada por la Ley 9/2011, del 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica– que las "concesiones" de servicios regulares interurbanos se tienen que otorgar de acuerdo con la normativa aplicable en materia de contratos del sector público (artículo 16) y, respecto de los servicios regulares urbanos, que los municipios ejercen las competencias de planificación, ordenación y gestión de los transportes públicos urbanos de viajeros de acuerdo con la legislación de régimen local y lo que dispone la propia ley (artículo 29). En este sentido, el artículo 66.3.*m* del Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, establece como competencias

Además, la Comunicación de la Comisión Europea sobre la interpretación de determinadas disposiciones del Reglamento, tantas veces mencionada, señala, en relación con estas normas procedimentales, que si los estados miembros lo desean pueden aplicar las normas de procedimientos más detalladas que establece la legislación de la Unión en materia de contratación pública, aunque no sea obligatorio.

Por lo tanto, de acuerdo con lo que se ha expuesto, se puede afirmar que la adjudicación de un contrato de gestión de servicio público de transporte colectivo de viajeros en la modalidad de gestión interesada de acuerdo con las normas procedimentales del TRLCSP se puede considerar conforme con el Reglamento 1370/2007, en la medida en que el procedimiento de adjudicación utilizado sea equitativo, abierto, transparente y no discriminatorio.

Sin embargo, además de las reglas de adjudicación recogidas en el artículo 5, el Reglamento 1370/2007 también contiene obligaciones específicas de publicidad en relación con la adjudicación de los contratos de servicio público incluidos en su ámbito de aplicación. Así, y a efectos de lo que ahora interesa, el artículo 7.2 establece la obligación de las autoridades competentes de adoptar las medidas necesarias para que como a muy tarde un año antes del inicio del procedimiento de licitación, se publiquen en el Diario Oficial de la Unión Europea, como mínimo, el nombre y los datos de la autoridad competente, el tipo de adjudicación considerado y los servicios y territorios potencialmente afectados por la adjudicación.[18]

En relación con esta obligación, en el considerando 29 del Reglamento 1370/2007 se indica que "las autoridades competentes deben adoptar las medidas publicitarias necesarias y notificarlas, al menos con un año de antelación, del hecho de que se proponen adjudicar tales contratos –de servicio público– para que los operadores potenciales dispongan del tiempo necesario para reaccionar".

Este trámite específico de publicidad relativo a los contratos de servicio público de transporte de viajeros no se corresponde con ninguno de los anuncios establecidos por la normativa en materia de contratación pública[19], sino que es complementario.

---

propias de los Municipios el transporte público de viajeros, y la Ley 16/2015, del 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalitat y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica, prevé en el artículo 249.5 que la gestión indirecta de los servicios públicos de competencia municipal, se puede llevar a cabo mediante cualquiera de las formas establecidas por la normativa de contratos del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos.

[18] Esta publicidad únicamente es potestativa cuando un contrato de servicio público tenga por objeto la prestación anual de menos de 50.000 kilómetros de servicios públicos de transporte de viajeros, y no es de aplicación en los supuestos de medidas de emergencia previstas en el artículo 5.5.

[19] En la Comunicación de la Comisión sobre las directrices de interpretación del Reglamento 1370/2007 se hace referencia al hecho de que los formularios normalizados de anuncios se han diseñado, entre otros motivos, para "distinguir claramente los requisitos de publicación

Específicamente, no se corresponde con el anuncio de información previa que se regula en el artículo 48 de la Directiva 2014/24/UE, si bien ambos anuncios tienen semejanzas[20], pero también grandes diferencias, cómo es el carácter obligatorio del anuncio de información previa relativo a un contrato de servicio público establecido por el Reglamento 1370/2007, respecto del carácter potestativo del regulado en la normativa de contratación pública; o el hecho de que el anuncio de información previa relativo a un contrato de servicio público debe publicarse como muy tarde un año antes del inicio de la licitación, mientras que este periodo es el tiempo máximo cubierto por el anuncio previo previsto en la normativa de contratación pública.

Por lo tanto, la tramitación del procedimiento para la adjudicación de un contrato de servicio público de transporte de viajeros por carretera de acuerdo con lo que prevé el TRLCSP y, en concreto, cumpliendo el régimen de publicidad fijado por este, no exime del deber de efectuar la publicidad previa en el DOUE que regula el artículo 7.2 del Reglamento 1370/2007.[21]

Llegados a este punto, y con el fin de determinar las eventuales consecuencias que se pueden derivar del incumplimiento de la obligación de publicidad establecida en el artículo 7.2 del Reglamento 1370/2007, hay que recordar que el régimen de invalidez de los contratos se encuentra regulado en los artículos 31 a 39 del TRLCSP y que, según dispone el artículo 31, los contratos de las administraciones públicas[22] y los contratos sujetos a regulación armonizada son inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación por concurrir en estos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a qué se refieren estos artículos del TRLCSP. En el supuesto objeto de consulta, la "invalidez" iría referida al incumplimiento de un acto preparatorio.

En concreto, como es sabido, la invalidez de derecho administrativo puede ser de dos tipos: nulidad absoluta o de pleno derecho, o nulidad relativa o anulabilidad, de manera que, en primer término, se considera procedente determinar si el eventual

---

establecidos en el Reglamento (CE) nº. 1370/2007 de los establecidos en las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE".

[20] De hecho, aunque el Reglamento no lo denomine así, en el formulario normalizado que elaboraron los servicios de la Comisión a fin de que las autoridades competentes puedan dar cumplimiento a la obligación de publicidad que se deriva del Reglamento, se denomina "anuncio de información previa relativo a un contrato de servicio público".

[21] En este sentido, el Decreto 51/2002, de 3 de abril, por el cual se aprueba el Reglamento de Transporte de Viajeros por Carretera en el País Vasco, regula los requisitos de publicidad que establece el Reglamento 1370/2007 estableciendo que se tiene que efectuar sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de contratación del sector público para los anuncios de información previa y que la convocatoria de licitación se tiene que publicar de conformidad con lo que dispone la legislación de contratos.

[22] La Ley 31/2010, de 3 de agosto, del Área Metropolitana de Barcelona, establece que es un ente local supramunicipal de carácter territorial.

incumplimiento de este trámite de publicidad podría comportar la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho.

Así, hay que recordar que la nulidad de pleno derecho constituye el máximo grado de invalidez de los actos administrativos y tiene que ser objeto de una interpretación restrictiva ya que determina, con carácter general, que el acto o contrato al que afecta tiene un defecto que no lo hace apto para producir ningún tipo de consecuencias jurídicas. Además, la nulidad se puede apreciar sin necesidad de que sea ejercida ninguna acción por parte de las personas interesadas y es imprescriptible.

Las causas de nulidad de derecho administrativo se recogen en el artículo 32 del TRLCSP, entre las cuales se incluye una remisión a las causas indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, de las cuales se tiene que hacer referencia a la prevista en el artículo 62.1.*e*, que establece que serán nulos los actos de las administraciones públicas "dictados prescindiendo totalmente y absolutamente del procedimiento legalmente establecido". [23]

En relación con esta causa de nulidad, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo[24] y de diferentes órganos consultivos[25], considerarla de aplicación a aquellos casos en los que se ha omitido totalmente y absolutamente del procedimiento establecido o en los que se ha omitido algún trámite esencial o fundamental, aunque no siempre la omisión de un trámite esencial da lugar a la nulidad[26].

---

[23] Hay que tener en cuenta que el 2 de octubre de 2015 se publicaron en el BOE las leyes 39/2015, del procedimiento administrativo común, y la 40/2015, de Régimen jurídico del sector público, que derogan la Ley 30/1992, pero que esta continúa vigente hasta que entren en vigor aquellas, el próximo día 2 de octubre de 2016. En todo caso, la Ley 39/2015, también establece en el artículo 47.1.*e* la causa de nulidad relativa al hecho de que los actos se hayan dictado prescindiendo totalmente y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

[24] Así, en la Sentencia de 7 de diciembre de 2012 este Tribunal recuerda que "para apreciar esta causa de nulidad de pleno derecho no es suficiente con la infracción de algún trámite del procedimiento, sino que es necesario la ausencia total de este o de alguno de los trámites esenciales o fundamentales, de manera que el defecto sea de tal naturaleza que su ausencia sea equiparable a la del propio procedimiento".

[25] Entre otros, por la Comisión Jurídica Asesora, en los dictámenes nº. 388/13, de 21 de noviembre, 350/12, de 30 de octubre, y 139/11, de 7 de noviembre, y por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en el Dictamen nº. 284/12, de 17 de julio.

[26] Así, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de octubre de 1991 afirma que "es preciso que se haya prescindido totalmente y absolutamente de los trámites del procedimiento, no siendo suficiente la omisión de alguno de estos trámites", y que "resulta necesario ponderar, en cada caso, las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de observarse el trámite omitido".

El resto de infracciones dan lugar, de acuerdo con el artículo 63 de la Ley 30/1992, a la anulabilidad cuando el acto no tenga los requisitos formales indispensables para conseguir su fin o produzca indefensión a las personas interesadas.

Así, hechas estas primeras consideraciones, se puede apreciar que, si bien la omisión del trámite de publicidad que exige el artículo 7.2 del TRLCSP respecto de los contratos de servicio público de transporte de viajeros, no implica que se haya prescindido totalmente y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, sí podría considerarse que se trata de un trámite esencial.

En este sentido, dado que la publicidad constituye a uno de los principios fundamentales de la contratación pública, mediante el cual se materializan otros principios, como los de transparencia, concurrencia y no discriminación, se considera fundamental el cumplimiento de la obligación de publicidad relativa a los contratos de servicio público de transporte de viajeros que se deriva del artículo 7.2 del Reglamento 1370/2007, más teniendo en cuenta las propias características del sector de los transportes públicos, en qué, con carácter general, la competencia se hace efectiva entre los operadores en el momento de optar por el servicio, es decir, para acceder en el mercado. Desde esta perspectiva, la omisión de este anuncio de información previa en el DOUE podría comportar la nulidad de pleno derecho del contrato suscrito, en la medida en que el procedimiento de contratación tendría un defecto esencial, como es la falta de la publicidad comunitaria requerida.

Así lo ha entendido la Junta Consultiva de Aragón en el informe 13/2015, mencionado anteriormente, en el cual concluye que "la previsión del artículo 7.2 del Reglamento 1370/2007, que exige un anuncio de información previa relativo a un contrato de servicio público, resulta de directa aplicación, aunque no se contemple en el TRLCSP" y que "la omisión de dicho trámite comportará la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho".

El TACRC se ha pronunciado[27] también sobre las consecuencias del incumplimiento de la obligación de publicidad derivada del Reglamento 1370/2007, con ocasión de la impugnación de unos pliegos de condiciones de un contrato de servicio público de transporte de viajeros por carretera en la modalidad de concesión por, entre otros motivos, la falta del anuncio previo a la que hace referencia el artículo 7.2, afirmando que "la omisión del trámite de publicidad en el ámbito de la Unión Europea supone una ruptura radical del principio de publicidad tal como se regula en la normativa comunitaria, que lleva a considerar que la licitación convocada presenta un vicio de origen calificable como nulidad de pleno derecho"; que "supone la vulneración de uno de los principios fundamentales de la contratación pública en la medida en que constituye el medio mediante el cual es posible dar cumplimiento al principio de concurrencia, fundamento de toda la regulación comunitaria sobre la materia, y que tiene su fundamento en los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia"; y que "la publicación de la

[27] En la Resolución nº. 587/2014, de 30 de julio, a la cual remiten las posteriores resoluciones 409/2015, de 30 de abril, y 545/205, de 12 de junio de 2015.

convocatoria en el DOUE es un trámite fundamental para permitir el acceso a la licitación de los operadores económicos comunitarios y su omisión, en consecuencia supone, la omisión de uno de los trámites esenciales del procedimiento".[28]

Por lo tanto, se puede concluir que la omisión del anuncio de información previa en el DOUE que exige el artículo 7.2 del Reglamento 1370/2007 comporta, con carácter general, la nulidad de pleno derecho del contrato, en la medida en que implica una vulneración de los principios rectores de la contratación pública, fundamentalmente de los de publicidad y concurrencia, sin perjuicio de que, en determinados contratos, este trámite de publicidad se haya podido sustituir por otros que comportan que dichos principios no se hayan visto vulnerados.

IV. La última cuestión planteada en el escrito de petición de informe es la relativa a si una empresa no licitadora puede plantear cuestiones de nulidad en un procedimiento en el cual no ha participado o si la legitimación activa en materia de contratación acontece por el hecho de participar en la licitación o por lo menos en algún momento anterior por haber alegado algún acto preparatorio".

Con el fin de responder esta cuestión hay que recordar, en primer término, que la legitimación implica una relación material unívoca entre la persona recurrente y el objeto de la pretensión, de manera que una persona, física o jurídica, no puede impugnar cualquier actuación administrativa que considere ilegal, sino únicamente aquellas que le afecten, siendo la existencia de un interés legítimo el fundamento de la legitimación; y que el interés legítimo existe cuando el acto impugnado puede repercutir, directamente o indirectamente, pero de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de la persona que acude al proceso, en la medida en la que, si prospera la pretensión, obtenga un beneficio material o jurídico o evite un perjuicio, sin que sea suficiente que fuera hipotético, potencial o futuro, de manera que la amplitud del concepto de interés legítimo no puede implicar llevarlo al extremo de no tener que condicionarlo a la existencia de un interés real, no siendo motivo suficiente para reconocer legitimación el interés por la legalidad.[29]

---

[28] Aunque el TACRC afirma que el incumplimiento del trámite de publicidad previa al que se refiere el artículo 7.2 del Reglamento se tiene que calificar como un vicio de nulidad de pleno derecho, declara que la irregularidad se vuelve relativa y no absoluta teniendo que ser sancionada con anulación ya que en el caso objeto del recurso no se produjo un incumplimiento absoluto del requisito de publicidad a causa de que se había publicado un anuncio en el DOUE que cumplía, en cuanto al contenido, con las exigencias del artículo 7.2 del Reglamento, aunque se incumplía el plazo de haber sido publicado un año antes del inicio de la licitación. En todo caso, anula el procedimiento y, en virtud del principio de conservación de actos administrativos, determina que el cumplimiento del plazo de un año empiece a contar desde la fecha en que se había publicado en el DOUE el anuncio referido.

[29] Así lo ha afirmado reiteradamente el Tribunal Supremo, entre otros, en las Sentencias de 9 de mayo de 2016, de 11 de febrero y de 14 de octubre de 2003, de 27 de enero de 1998 y de 19 de noviembre de 1993.

La legitimación para interponer la cuestión de nulidad se encuentra establecida en el artículo 39.2 del TRLCSP, que dispone que la puede plantear "toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por los supuestos de nulidad del artículo 37". Este concepto de legitimación se ha interpretado por parte de los órganos competentes para resolver los recursos especiales en materia de contratación pública conforme con la doctrina jurisprudencial sobre legitimación del Tribunal Supremo[30].

En este sentido, y a efectos de la cuestión planteada, hay que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, según la cual "tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación, de manera que quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, cuando responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, debe efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respeto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otra manera, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa a razón de las propias condiciones en las que es convocado."

Así, se ha afirmado por parte del TACRC[31] que "no es necesario ser un licitador para que se tenga la condición de interesado en el procedimiento, ni tampoco suficiente con ser contratista con capacidad para contratar, sino que dicha condición debe ejercitarse". Por lo tanto, podría afirmarse que la legitimación activa en materia de contratación pública no se tiene, con carácter general, por el hecho de que una persona, física o jurídica, haya participado en un procedimiento de contratación, ni por el hecho de que haya impugnado un acto preparatorio, sino que debe acreditarse, cómo señaló el mismo TACRC, un interés propio y real más allá de la defensa de la legalidad.

De hecho, es doctrina reiterada de los diferentes tribunales de recursos contractuales que la participación en un procedimiento de licitación no presupone la concurrencia de un interés legítimo por recurrir el acto de adjudicación. Así, se niega, con carácter general, que el hecho de haber participado en un procedimiento de licitación comporte que la empresa que haya sido excluida o no haya resultado adjudicataria de un contrato tenga un interés legítimo para impugnar el acto de adjudicación cuando la

[30] En las resoluciones nº 82/2016, de 29 de enero, y 357/2014, de 9 de mayo, entre otros.

[31] Entre otros, en las resoluciones nº. 78/2015, de 23 de enero, y 31/2010, de 16 de diciembre. Asimismo se ha afirmado por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía en la Resolución nº. 116/2016, de 20 de mayo.

estimación de la pretensión no se materializaría en la adjudicación a su favor.[32] Sin embargo, esta doctrina se ha matizado cuándo el interés legítimo pudiese ampararse en vicios de nulidad del procedimiento o de la misma resolución de adjudicación, aunque con límites[33].

En el mismo sentido, se ha admitido por parte de los tribunales la legitimación activa en materia de contratación pública de terceras empresas no licitadoras siempre que estas tengan un interés propio, efectivo y acreditado, que vaya más allá que la defensa de la legalidad. Así el TACRC en la Resolución 78/2015, de 23 de enero, declaró que, para determinar la existencia de interés legítimo de una tercera empresa no licitadora, es necesario examinar si el acto recurrido le daña de alguna manera o si la estimación del recurso le puede proporcionar algún tipo de ventaja específica, la cual podría consistir en la participación en la licitación o en otra diferente, y tiene que estar concretada de manera precisa.

Por lo tanto, se puede afirmar que la legitimación en materia de contratación pública, con carácter general, viene determinada por la existencia de un interés legítimo en la obtención de un beneficio o en la evitación de un perjuicio con el acto que se recurre, el cual tiene que ser real, no siendo suficiente la mera defensa de la legalidad, de manera que hay que responder a la cuestión planteada en el sentido de que la legitimación no acontece por el hecho de haber participado en el procedimiento de licitación, admitiéndose la legitimación de terceras empresas no licitadoras, siempre que se acredite un interés propio superior al interés de legalidad, en concreto, eso podría darse cuando la empresa fundamenta la impugnación del acto en un vicio de nulidad de pleno derecho que, de comprobarse su existencia, le permitiría concurrir a una nueva licitación.

Sobre la base de las consideraciones anteriores la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes:

CONCLUSIONES

1. El Reglamento (CE) nº. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por

[32] Así, entre otros, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (resolución 6/2016, de 29 de enero), del TACRC (resoluciones 445/2015, de 14 de mayo, 239/2012, de 31 de octubre, 238/2014, de 21 de marco, entre otros).

[33] Así, en la Resolución 357/2014, de 9 de mayo, el TACRC negó de inicio la legitimación de una empresa licitadora que fue excluida de la licitación, sin embargo después afirmó que pueden existir circunstancias especiales que concurran en cada caso que requieren una solución contraría. En este caso, el Tribunal admitió que la empresa licitadora excluida tenía legitimación, ya que el objeto del contrato tenía relación directa con la actividad principal y esencial de esta, existía posibilidad cierta que, si existiera un vicio de nulidad, el órgano de contratación iniciara un nuevo procedimiento de licitación, dada la prestación objeto del contrato y la imposibilidad de este órgano de prestarla con sus propios medios.

ferrocarril y carretera, se aplica íntegramente a las concesiones de servicios de transporte público de viajeros por autobús –que tienen por objeto la prestación y la gestión de un servicio público de transporte de viajeros y en la cual se transfiere a la empresa contratista el riesgo de explotación–, y parcialmente a los contratos públicos de servicios de transporte de viajeros por autobús según se definen en las Directivas en materia de contratación pública, los cuales se tienen que adjudicar de acuerdo con los procedimientos previstos en estas. Así, los contratos para la gestión del servicio público de transporte de viajeros por carretera en su modalidad de gestión interesada, están sujetos a este Reglamento en mayor o menor grado, en función de si se produce, de forma efectiva, la transferencia del riesgo de explotación.

2. La omisión del anuncio de información previa en el DOUE que exige el artículo 7.2 del Reglamento 1370/2007 comporta la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho, en la medida en que implica una vulneración de los principios rectores de la contratación pública, fundamentalmente de los de publicidad y concurrencia, sin perjuicio de que se valore por el órgano competente en el asesoramiento jurídico del órgano de contratación que, en el caso concreto, este trámite se haya sustituido por algún otro que comporte que estos principios no se hayan visto vulnerados.

3. La legitimación para interponer una cuestión de nulidad o un recurso especial en materia de contratación no deriva del hecho de haber participado en el procedimiento de licitación, sino que se puede admitir la legitimación de empresas no licitadoras, siempre que se acredite un interés propio, superior al interés de legalidad.

Barcelona, 28 de junio de 2016.