

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
EAEko AUZITEGI NAGUSIA
ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA

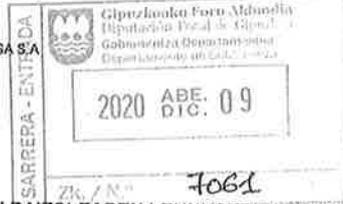
BARROETA ALDAMAR, 10-2ª Planta-CP/PK: 48001 Bilbao
TEL.: 94-4016655 FAX: 94-4016996
Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: tsj.salacontencioso@justizia.eus / an.adm-auziaksala@justizia.eus
NIG PV/ IZO EAE: 00.01.3-19/000152
NIG CGPJ / IZO BJKN: 48020.33.3-2019/0000152

Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario 175/2019 - Sección 1ª // 175/2019 - 1.
Atala Prozedura arrunta

Demandante / Demandatzailea: COMPAÑIA DEL TRANVIA ELECTRICO DE SAN SEBASTIAN A TOLOSA S.A
Representante / Ordezkarria: CRISTINA GOMEZ MARTIN

Demandado / Demandatua: DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA
Representante / Ordezkarria: BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA

Otros demandados/ Gainerako demandatuenk: TRANSITIA S.L.
Representante/Ordezkarria: AMAYA LAURA MARTINEZ SANCHEZ



EPAI BAIESLEAREN LEKUKOTZA BIDALTZEA,
BETEARRAZTEKO

REMITIENDO TESTIMONIO DE SENTENCIA ESTIMATORIA
PARA SU EJECUCIÓN

1.- Adjunto se remite testimonio de la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo referenciado, que ha alcanzado el carácter de firme.

Así mismo se devuelve el expediente administrativo.

2.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 104.1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa, esa Administración demandada, DEBE:

a) Acusar recibo de esta comunicación en el plazo de DIEZ DÍAS, contados desde su recepción.

A tal efecto se remite la presente por duplicado para que se devuelva un ejemplar, sellado, fechado y firmado.

b) Llevar a puro y debido efecto lo resuelto en la sentencia, practicando lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

c) En el mismo plazo de DIEZ DÍAS participar a esta Sala cuál sea el órgano encargado del cumplimiento de la sentencia (art. 104.1 de la LJCA, ya citado).

3.- Se advierte a esa Administración que transcurridos DOS MESES desde la comunicación de la sentencia, o en su caso del plazo menor fijado en la misma, las partes y personas afectadas podrán instar la ejecución forzosa de la sentencia (art. 104.3 de la LJCA).

En Bilbao, a treinta de noviembre de dos mil veinte.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



1.- Aipatutako administrazioarekiko auzi-errekurtsoan emandako epaiaren lekukotza bidaltzen dut, ofizio honekin batera. Epaiaren irmoa da.

Era berean, administrazio-espedita itzultzen dut.

2.- Administrazioarekiko Auzietako Jurisdikzioa arautzen duen Legeko -AAJLko- 104.1 artikularen arabera, Administrazio demandatu horrek ondokoa EGIN BEHAR DU:

a) Komunikazio hau hartu izanaren berri eman, jaso eta hurrengo HAMAR EGUNEN barruan.

Horretarako, ofizio honen bi kopia bidaltzen ditut, kopietako bat hona itzultzeko, sinatuta, zigilatuta eta data zehaztuta.

b) Epaiaren ebatzitakoa behar den moduan bete, epaitzan agindutakoa egikaritzuz.

c) Sala honi ezagutzera eman, HAMAR EGUNEKO epe berean, zein organori dagokion epaiaren betearraztea (AAJLko 104.1 art., goian aipatutakoa).

3.- Administrazio horri ohartarazten diot alderdiek eta ukitutako gainerako pertsonak epaiaren nahitaezko betearrazpena eskatu ahal izango dutela, epaiaren ezagutarazi eta BI HILABETE igarotakoan; edo, epaiaren epe laburragoa ezarri gero, epe hori igarotakoan (AAJLko 104.3 art.).

Bilbo, bi mila eta hogeit(e)ko azaroaren hogeita hamar(a).

JUSTIZIA ADMINISTRAZIOAREN LETRADUA

DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA
Plaza GIPUZKOA nº S/N - 20004
DONOSTIA-SAN SEBASTIAN

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
EAEko AUZITEGI NAGUSIA
ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA

BARROETA ALDAMAR, 10-2ª Planta-CP/PK: 48001 Bilbao

TEL.: 94-4016655 FAX: 94-4016996

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: tsj.salacontencioso@justizia.eus / an.adm-auziaksala@justizia.eus

NIG PV/ IZO EAE: 00.01.3-19/000152

NIG CGPJ / IZO BJKN: 48020.33.3-2019/0000152

Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario 175/2019 - Sección 1ª // 175/2019 - 1.
Atala Prozedura arrunta

Demandante / Demandatzailea: COMPAÑIA DEL TRANVIA ELECTRICO DE SAN SEBASTIAN A TOLOSA S.A
Representante / Ordezkarria: CRISTINA GOMEZ MARTIN

Demandado / Demandatua: DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA
Representante / Ordezkarria: BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA

Otros demandados/ Gainerako demandatuak: TRANSITIA S.L.
Representante/Ordezkarria: AMAYA LAURA MARTINEZ SANCHEZ

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCION 3/2019 DE 29-1-19 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FORAL DE RECURSO CONTRACTUALES DE LA DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA POR LA QUE SE DECLARA TERMINADO POR DESISTIMIENTO EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACION CONTRA LOS PLIEGOS DEL CONTRATO DE LA CONCESION DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE DE VIAJEROS INTERURBANO DENOMINADA TOLOSA N-1 BURUNTZALDEA Y SUS CONEXIONES CON SAN SEBASTIAN. RECURSO 4/2018.

D.ª ESTHER MORA RUBIO, Letrada de la Administración de Justicia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

CERTIFICO: Que en el Procedimiento ordinario 175/2019, se ha dictado resolución del siguiente contenido literal:

SENTENCIA NÚMERO 274/2020

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:
D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
DÑA. TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

En Bilbao, a dos de octubre de dos mil veinte.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número



175/2019 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución 3/2019 de 29 de Agosto del Tribunal Administrativo Foral de Gipuzkoa de Recursos Contractuales que declaró terminado por desistimiento el recurso 4/2018 interpuesto por “Compañía del Tranvía Eléctrico de San Sebastián a Tolosa S.A” contra los Pliegos de la licitación de la Concesión para la prestación del servicio público regular de transporte de viajeros interurbano por carretera de Tolosa, N-1, Buruntzaldea y sus conexiones con San Sebastián (Exp. 2018059C0100).

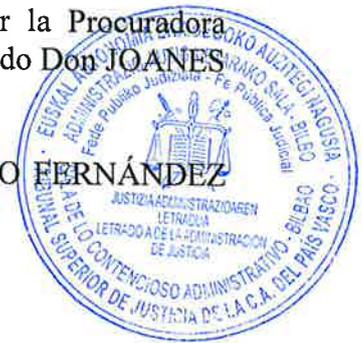
Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: La COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO DE SAN SEBASTIÁN A TOLOSA S.A, representada por la Procuradora Doña CRISTINA GÓMEZ MARTÍN y dirigida por el Letrado Don ÁLVARO MORO MARTÍN.

-DEMANDADA: La DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA, representada por la Procuradora Doña BEGOÑA URIZAR ARANCIBÍA y dirigida por el Letrado Don IÑAKI ARRUE ESPINOSA.

-OTRA DEMANDADA: TRANSITIA SL, representada por la Procuradora Doña AMAYA LAURA MARTÍNEZ SÁNCHEZ y dirigida por el Letrado Don JOANES LABAYEN ANDONAEGUI.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.



I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 12 de marzo de 2019 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Doña CRISTINA GÓMEZ MARTÍN actuando en nombre y representación de la COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO DE SAN SEBASTIÁN A TOLOSA SA, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 3/2019 de 29 de Agosto del Tribunal Administrativo Foral de Gipuzkoa de Recursos Contractuales que declaró terminado por desistimiento el recurso 4/2018 interpuesto por “Compañía del Tranvía Eléctrico de San Sebastián a Tolosa S.A” contra los Pliegos de la licitación de la Concesión para la prestación del servicio público regular de transporte de viajeros interurbano por carretera de Tolosa, N-1, Buruntzaldea y sus conexiones con San Sebastián (Exp. 2018059C0100); quedando registrado dicho recurso con el número 175/2019.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de

una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en él expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO.- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

CUARTO.- Por Decreto de 14 de octubre de 2019 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

QUINTO.- El procedimiento se recibió a prueba practicándose con el resultado que obra en autos.

SEXTO.- En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 24 de septiembre de 2020 se señaló el pasado día 1 de octubre de 2020 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se ha presentado contra la Resolución 3/2019 de 29 de Agosto del Tribunal Administrativo Foral de Gipuzkoa de Recursos Contractuales que declaró terminado por desistimiento el recurso 4/2018 interpuesto por “Compañía del Tranvía Eléctrico de San Sebastián a Tolosa S.A” contra los Pliegos de la licitación de la “Concesión para la prestación del servicio público regular de transporte de viajeros interurbano por carretera de Tolosa, N-1, Buruntzaldea y sus conexiones con San Sebastián (Exp. 2018059C0100)”.

El anuncio de la antedicha licitación se había publicado el 3-08-2018 en la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi, por parte del Departamento de Movilidad y Ordenación del Territorio de la Diputación Foral de Gipuzkoa, a la vez que los Pliegos de cláusulas administrativas y técnicas.

La recurrente (TSST) interpuso con fecha 27-08-2018 recurso especial en



materia de contratación contra los mencionados Pliegos y, posteriormente, con fecha 15-10-2018 presentó oferta de licitación conjuntamente con La Hispano Igualdina S.L., representada por D. Raúl José López López y Autobuses Cuadra S.A., representada por Dña. Idoia Cuadra Ibáñez de Elejalde, con el compromiso de agrupación de la tres empresas en el caso de resultar adjudicatarias de la concesión, designando como representante o apoderado único a D. Santiago Sarasola Yurrita representante, a su vez, de TSST.

En el trámite de alegaciones al recurso especial presentado por la recurrente contra los Pliegos de la mencionada concesión, Dña. Idoia Cuadra Ibáñez, en nombre de la Agrupación de las tres mercantiles, presentó con fecha 6-11-2018 ante el TAFRC escrito de oposición a los recursos interpuestos por Avitrans (nº 6/2018) y por TSST (nº 4/2018) contra los Pliegos de la precitada licitación, con invocación del acuerdo mayoritario de la Agrupación constituida por las tres sociedades; diciendo el otrosí que “el presente escrito de la Agrupación no puede considerarse un desistimiento de TSST de desistimiento del recurso especial 4/ 2018”.

D. Santiago Sarasola Yurrita dirigió con fecha 30-01-2019 escrito al mismo TAFRC, en nombre y como apoderado de la Agrupación de las tres sociedades mencionadas, solicitando la inadmisión de cualquier escrito de alegaciones presentado en nombre de aquella por persona distinta a dicho representante.

La Resolución 3/2019 del TAFRC de 29-01-2019, notificada a la recurrente el día 31 del mismo mes, recurrida en este procedimiento dice en su fundamento 7º:

“Vemos, por tanto, que TSST recurre en solitario los pliegos y solicita que se anule y deje sin efecto la licitación; posteriormente presenta una proposición en agrupación con otras dos empresas y cuando se le da traslado del recurso la agrupación a la que pertenece solicita que se desestime y continúe el procedimiento.

Por mucho que la agrupación termine su escrito diciendo que éste no puede considerarse un desistimiento por TSST del recurso especial 4/2018, lo cierto es que no puede tomarse de otra manera.

Nada impide a una empresa recurrir los pliegos y presentar luego proposición conjuntamente con otras. Pero desde el momento en que opta por concurrir a la licitación asociada con otras empresas, TSST está vinculando su interés al del conjunto de la agrupación. Y si en lugar de guardar silencio, como han hecho el resto de los licitadores, formula oposición razonada a los motivos del recurso y pide explícitamente su desestimación, esa petición debe ser atribuida a la agrupación en su conjunto, a todos sus integrantes sin excepción incluyendo la propia recurrente.

Por tanto, debe tenerse a TSST por desistida de su recurso, pues ella misma,



como parte integrante de la agrupación de empresarios que ha decidido participar en la licitación, ha solicitado que sea desestimado”.

SEGUNDO.- La pretensión de la recurrente de que se deje sin efecto el acto recurrido y se retrotraiga el procedimiento al momento anterior a dicho acto para que el TAFR resuelva el recurso especial presentado por esa parte, se funda en los siguientes motivos:

1.- La indebida admisión del escrito de alegaciones presentado el 6-11-2018 por quien no tenía la condición de representante de la Asociación y, por lo tanto, no podía desistir en nombre de esa entidad del recurso , por otra parte, no interpuesto por ella sino por la recurrente antes de la presentación de la oferta conjunta de licitación; no acreditada dicha representación se ha vulnerado el artículo 5 de la Ley 39/2015 y, por lo tanto, el acto recurrido se ha dictado con infracción del procedimiento legalmente establecido lo que es causa de su nulidad (artículo 47.1 e de la Ley 39/2015).

2.- La vulneración del derecho a la tutela judicial de la recurrente. El interesado en la contratación pública que estuviere disconforme con los Pliego puede recurrir ese documento sin perjuicio de su derecho a presentar su oferta para el caso de que aquel recurso no prosperase, sin vinculación a los acuerdos de la Agrupación comprometida para el caso de adjudicación del contrato, so pena de vulnerar su derecho a la tutela judicial.

Se invocan la Resolución nº 158-2012 de 30 de Julio del TAGRC y la sentencia de 25-03-2015 de la Audiencia Nacional (Rec. nº 180/20139) y la sentencia de 18-02-2015 del Tribunal Supremo (Rec. 1440/20139) como exponente de la jurisprudencia sobre la vinculación del interés individual de las empresas agrupadas al general de la agrupación respecto a los derechos y obligaciones derivados de la eventual adjudicación o no adjudicación del contrato.

3.- El incumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 94.4 de la Ley 39/2015, de aplicación supletoria al recurso especial en materia de contratación regulado por la legislación de contratos del sector público, en particular, el desistimiento del interesado en el recurso, aquí TSSP, en forma que permita la constancia de esa declaración de voluntad, inequívocamente.

Se invoca la sentencia de 11-11-2002 del Tribunal Supremo (Rec. 1446/1997).

TERCERO.- La demandada, Diputación Foral de Gipuzkoa se ha opuesto a la



estimación del recurso contencioso por los siguientes motivos:

1.- Las alegaciones presentadas en nombre de la Agrupación constituida por la recurrente (TSST) y otras dos mercantiles, conforme al acuerdo mayoritario de las mismas, tanto en porcentajes de participación (58%) como en número de integrantes (29); de disconformidad con el recurso interpuesto por TSSP contra los Pliegos de la licitación y solicitud de su desestimación.

2. No es necesaria la acreditación de representación para la presentación de alegaciones, tramite evacuado mediante el escrito presentado el 6-11-2018 ante el TAFRC en nombre de la Agrupación y, por consiguiente, no se infringió el artículo 5.3 de la Ley 39/2015, ya que según ese precepto, debe presumirse la representación de quien realiza actos y gestiones de mero trámite, en lo que hace al caso, de la firmante de dicho escrito, además de su conformidad con el acuerdo mayoritario de los miembros de la Agrupación, según disposición del artículo 398 del Código Civil para las comunidades de bienes de aplicación supletoria a aquella entidad, y sentencia de 6-06-2016 de la Sala de lo Civil del TS (Rec. 2889/20139).

3.- El alcance de la representación otorgada a D. Santiago Sarasola Yurrita, limitada al ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de la concesión (folio nº 819 del expediente) y, por lo tanto, simple ejecutante de las decisiones que tomen los miembros de la Agrupación.

Se invoca la sentencia de 25-02-2004 (Rec. nº 282/2002) de la Sala de lo C-A del TSJ del País Vasco.

4.- Inexistencia de vulneración del derecho a la tutela judicial de la recurrente. El interés de esta no puede dissociarse del interés común de las empresas agrupadas, derivado de su oferta conjunta y consiguiente interés en la adjudicación del contrato; así, el interés de la recurrente no puede prevalecer sobre el interés de la Agrupación sin entrar en conflicto con el interés común de las empresas integradas en esta.

5.- Las decisiones tomadas por la agrupación o unión de empresas en beneficio de esta vinculan a todos sus miembros. Así, aunque la recurrente no desistió individualmente del recurso presentado contra los Pliego de la contratación, lo hizo a través de la Agrupación ya que esta se opuso a la estimación de dicho recurso.

Se invocan, a propósito del carácter vinculante de los acuerdos de las agrupaciones de empresas, referidos a la impugnación de la adjudicación contractual, las sentencias del Tribunal Supremo de 26-06-2014 (Rec. casación nº 1828/2013) y de 18-02-2015 (Rec. casación nº 1440/2013).



CUARTO.- La otra demandada, Transitia S.L. se ha opuesto a la estimación del recurso contencioso por los siguientes motivos:

1.- No era necesario acreditar la representación invocada por la firmante del escrito de alegaciones presentado ante el TAFRC con fecha 6-11-2018, pues no lo exige el artículo 56.3 de la Ley 9/2017 de contratos del sector público; además de que tratándose de un acto de trámite debe presumirse la representación de quien lo cumplimenta, conforme al artículo 5.3 de la Ley 39/2015.

2.- La conformidad del escrito de alegaciones presentado en nombre de la Agrupación con el acuerdo mayoritario de sus miembros y, por lo tanto, la vinculación a ese escrito de quien fuera el representante de la Agrupación; condición que en el caso del Sr. Sarasola Yurrita estaba limitada a los trámites resultantes de la ejecución del contrato.

3.- No se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, ya que tal derecho solo puede ser vulnerado por actuaciones de los órganos judiciales.

Se invoca la sentencia de esta nº 512/2016 de 22 de noviembre (JUR 2017/67259).

4.- Desistimiento del recurso interpuesto por la recurrente (TSST) contra los Pliegos en razón a la contradicción de ese recurso y la decisión mayoritaria de la Agrupación de oposición a la estimación de ese recurso, vinculante para la recurrente en cuanto miembro de tal unión de empresas y firmante de la oferta conjunta presentada por ellas en la licitación del concurso regido por los Pliegos impugnados por TSST.

Se invoca la sentencia de 27-09-2006 del Tribunal Supremo (Rec. de casación nº 5070/2002): interés legítimo de la entidad colectiva para recurrir cualquier decisión de la Administración sobre el concurso en el que participa. Y, entre otras más recientes, la de 18-02-2015, también del Tribunal Supremo (Rec. de casación nº 1440/2013). Y la conformidad de esa doctrina legal con la del TJUE aludida en la anterior sentencia del Tribunal Supremo.

5.- El recurso de TSST no podía mantenerse en disconformidad con la mayoría (de miembros y participaciones) de la Agrupación pues aun el caso de discrepancia minoritaria se produce la situación de litisconsorcio activo necesario, según la STS de 27-09-2006 citada en el apartado anterior.

QUINTO.- Las testificales practicadas valoradas, a la vez, que las otras pruebas, en los escritos de conclusiones, consistentes en las declaraciones de la administradora de Autobuses Cuadra S.A y del Director General del Grupo Mombus (La Hispano Igualadina S.L.) acreditan de forma totalmente coincidente y coherente con la actuación de esas

sociedades en el procedimiento de licitación y tramitación del recurso especial (4/2018) presentado por la recurrente (TSST) que por acuerdo mayoritario (del 58 %) de la Agrupación constituida por esas tres mercantiles se decidió la oposición a dicho recurso manifestada en el escrito presentado el 6-11-2018 ante el TAFRC del cual la Resolución recurrida de ese órgano ha inferido el desistimiento discutido en este proceso.

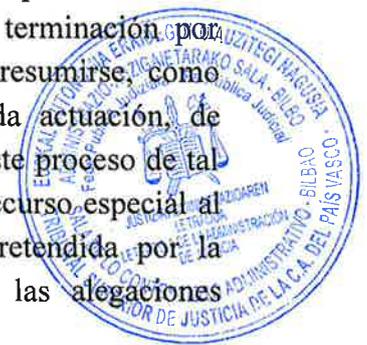
La no constancia por escrito de tal acuerdo, también corroborada por los testigos, no puede ser óbice a sus eventuales efectos frente al integrante (TSST) de la Agrupación disconforme con el mismo. El mencionado acuerdo (mayoritario) de los miembros de la Agrupación ha existido y, por lo tanto, hay que examinar si tal decisión comporta el desistimiento del recurso especial presentado contra los Pliegos por la recurrente, según ha entendido la Resolución del TAFRC.

La recurrente no solo ha discutido la existencia, mejor dicho, la acreditación del mencionado acuerdo de la Agrupación sino la admisión del escrito de alegaciones presentado en nombre de esa entidad por quien no ostentaba su representación. Y, en efecto, no se ha acreditado que la única firmante de aquel escrito (la administradora de Autobuses Cuadra S.A.) no había sido apoderada por la Agrupación para actuar en nombre de la misma en la tramitación del recurso especial de cuya terminación por desistimiento se trata. Pero amén de que tal representación pudiera presumirse, como oponen las demandadas, por el carácter (de trámite) de la precitada actuación, de conformidad con el artículo 5.3 de la Ley 39/2015, la acreditación en este proceso de tal defecto no podría comportar otra consecuencia que la retroacción del recurso especial al momento precedente para la subsanación de tal defecto y no la pretendida por la recurrente, esto es, la resolución de dicho recurso sin atender a las alegaciones presentadas en contra de su estimación.

Más aun, y por economía de trámites, el tal defecto de representación pudiera darse por subsanado a la vista de lo acreditado en este proceso: el acuerdo mayoritario de la Agrupación de oponerse a la estimación del recurso especial (4/2018) interpuesto por TSST contra los Pliegos de la concesión. Pues con fundamento en la misma mayoría, no puede esperarse otra cosa que la ratificación del escrito de alegaciones presentado en nombre de la Agrupación mediante un nuevo escrito firmado por el apoderado con dicho objeto.

Y la misma solución (la de subsanación del aludido defecto) habría que aplicar si se entendiera que, aun tratándose de una actuación de trámite, su calificación como desistimiento implícito del recurso requiriese, con la misma o más razón si cabe que en el supuesto de desistimiento expreso, su ratificación por todos los miembros de la Agrupación (el litisconsorcio activo necesario invocado por la codemandada) o la acreditación del poder otorgado con dicho objeto a la firmante del escrito de alegaciones.

Por las mismas razones no tiene ninguna relevancia el alcance del apoderamiento



otorgado a D. Santiago Sarasola Yurrita, si ante el órgano de contratación únicamente en la fase de ejecución del contrato o también ante ese órgano en la fase de licitación (presentación de la oferta y trámites posteriores), amén de ser un hecho no discutido que tal representación no se extendía a las actuaciones ante el TAFRC, según ha objetado la defensa de Transitia S.L.; y el apoderamiento del mencionado podía ser revocado mediante el otorgamiento de otro conforme a la mayoría en el seno de la Agrupación.

La cuestión relevante es si el Acuerdo mayoritario de la Agrupación de empresas, constituida también por TSST, contrario a la estimación del recurso interpuesto por esta última contra los Pliegos de la concesión puede tenerse por desistimiento de dicho recurso en razón a la vinculación de esa recurrente a los acuerdos mayoritarios de aquella entidad.

SEXTO.- La Agrupación de empresas, integrada también por la recurrente (TSST) no acordó oponerse a la estimación de un recurso de esa entidad; obviamente, en ese supuesto la misma mayoría de participaciones (58 %) hubiera desistido de ese recurso. Y punto final.

El conflicto de intereses entre la recurrente (TSST) y las otras dos sociedades agrupadas estaba servido: la tramitación del recurso especial presentado por la primera contra los Pliegos mantenía en suspenso el procedimiento de licitación en que se había presentado la oferta conjunta y en cuya tramitación estaban interesadas Autobuses Cuadra SL. Y la Hispano Igualdina S.L., según testimoniaron su administradora y director general (del Grupo), respectivamente.

Pero el órgano de resolución de recurso especial en materia de contratación no puede actuar como árbitro u órgano dirimente de tal conflicto o discrepancia entre las empresas agrupadas al punto, incluso, de ir más lejos del acuerdo mayoritario de la agrupación, como ha sido el caso.

Y es que la Agrupación constituida por la recurrente (TSST) y las otras sociedades mencionadas no desistió del recurso especial (4/2018) interpuesto por la primera, sino que alegó su disconformidad con ese recurso y solicitó su desestimación con declaración expresa de que “el presente escrito de la Agrupación no puede considerarse un desistimiento de TSST del recurso especial 4/ 2018”.

Por el contrario, las dos mercantiles que sostuvieron ese acuerdo procuraron el desistimiento de la recurrente (TSST) por convenir a su participación en la oferta conjunta de las tres agrupadas y fue, en defecto de tal desistimiento, que acordaron oponerse a tal recurso, según declaración de los dos testigos.

Empero, la Resolución recurrida del TAFRC declara terminado el procedimiento de recurso (4/2018) interpuesto por la recurrente (TSST) sin el

desistimiento de esta ni de la Agrupación constituido por ella y otras dos sociedades, vinculando a la primera a la decisión mayoritaria de la Agrupación; según decimos, de oposición al recurso de TSST y no de desistimiento de ese recurso.

Por supuesto, que los miembros de la Agrupación están vinculados a los acuerdos de esta que conciernan a su ámbito de administración o actuación, pero en lo que hace al caso, ni la Agrupación ha acordado desistir del recurso presentado por uno de sus miembros (antes de su constitución a efectos de presentación de la oferta) ni podía tomar tal acuerdo sin invadir el ámbito de administración o actuación de TSST, o lo que es lo mismo, sin desconocer la legitimación "individual" de la recurrente para interponer (y mantener) el recurso especial presentado contra los Pliegos de la contratación.

Y por esa razón, sin duda, de respeto a la legitimación "individual" de la recurrente respecto al objeto de su recurso especial, no desistió de ese recurso sino que se limitó a solicitar su desestimación. Malamente podía interpretarse esa actuación como un desistimiento de la Agrupación, amén de sus efectos frente a la recurrente (TSST), y menos sin negar la subsistente legitimación "individual" de esta respecto a dicho recurso, esto es, aun después de su integración en la Agrupación.

SÉPTIMO.- El recurso especial presentado por la recurrente (TSST) **contra los Pliegos de la licitación se fundó, entre otros motivos, en los siguientes:**

- Vulneración de los artículos 74 y 116.4 por considerar **injustificada y desproporcionada** la insolvencia económica y financiera exigida.
- Vulneración del artículo 24 del Reglamento General de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, por la forma en que se pondera la solvencia de las empresas que concurran en agrupación.

El fundamento del antedicho recurso en esos motivos denota el interés de la recurrente en la fijación de requisitos de solvencia que faciliten o propicien su participación separada en la licitación y no mediante una oferta conjunta como la presentada ex post para el caso, indudablemente, de desestimación de aquel recurso.

Así, y por la relación de ese aspirante a la licitación con el objeto del recurso especial 4/2018, esto es, los Pliegos de la licitación o lo que es lo mismo, por los efectos de esos Pliegos en su esfera jurídica no puede negarse -y no se ha negado- el interés legítimo de TSST en tal impugnación, de conformidad con los artículos 4º.1 a) de la Ley 39/ 2015 y 48 de la LCSP.

Tampoco se ha discutido que por la circunstancia sobrevenida a la presentación del



recurso contra los Pliegos, a saber, la d presentación de la oferta conjunta de licitación, PSST careciese de interés legítimo en el mismo recurso.

En ese caso, se hubiere planteado la inadmisibilidad del recurso especial (4/2018) por falta de legitimación del recurrente. Y tal planteamiento no se hizo, ni de oficio ni por alegaciones de los interesados, en la tramitación del recurso especial, ni se ha hecho por las demandadas en este procedimiento. Tan solo en el escrito de conclusiones de Transitia S.L. como razón del desistimiento apreciado por el acto recurrido, se alegó: "...pues al presentar oferta conjuntamente con otros socios, modifica o pierde su legitimación individual en beneficio de la colectiva" (folio 17 de ese escrito; 311 del procedimiento).

Así, no puede confundirse el interés "uti singuli" de TSSP en el recurso especial contra los Pliegos con el interés "uti universi" de la Agrupación en la licitación. Son intereses separables, diferenciables, ya que el primero concierne a un acto preparatorio del expediente de contratación y el segundo a la fase de licitación y posteriores (presentación y admisión de las ofertas, valoración, adjudicación), de suerte que la estimación del recurso otorgaría a la recurrente la oportunidad de articular su oferta, si acaso individual, en condiciones distintas (más favorables) que las previstas en los Pliegos. Hete ahí su interés individual en dicho recurso, no alterado por la oferta conjunta de la Agrupación o subsumible en el interés de esta en las actuaciones concernientes a la licitación, adjudicación y ejecución del contrato.

Por lo tanto, no es que los miembros de una agrupación de empresas no estén vinculados a sus acuerdos mayoritarios, y no solo en lo que concierne a la adjudicación o no adjudicación del contrato, sino también a cualquier actuación del expediente de contratación, como han opuesto las demandadas con amparo en la doctrina legal invocada en sus respectivos escritos de alegaciones, sino que tal vinculación no obsta a las acciones o recursos procedentes contra actos que afecten al recurrente individualmente y no como miembro de la Agrupación o por razón de su pertenencia a ella.

Así, en el caso de que el recurso contra los Pliegos hubiere sido interpuesto por la Agrupación, la recurrente si estaría vinculada a la voluntad de esa entidad sobre el desistimiento de dicho recurso o disconformidad con él. Pero no cuando tal recurso, además de ser anterior a la constitución o compromiso de constitución de la agrupación, concita diferenciada y singularmente el interés del recurrente; en el presente caso, respecto de un acto "previo" del procedimiento de contratación condicionante de la presentación de las ofertas.

OCTAVO.- La Resolución recurrida no vulneró el derecho a la tutela judicial de la recurrente, ya que este derecho fundamental no se ejerció en la vía del recurso especial de la LCSP, sino en esta vía jurisdiccional sin ninguna restricción, tal como ha

argumentado la codemandada.

Pero tal Resolución si ha vulnerado el derecho de TSST al antedicho recurso administrativo pues, además de subsumir o someter indebidamente el interés de esa sociedad en el interés de la Agrupación ha interpretado la voluntad de esta en términos de todo punto contradictorios con la voluntad declarada por la misma en el escrito de alegaciones presentado en aquel procedimiento como manifestación del acuerdo “verbal” que hemos dado por acreditado.

Y si solo puede tenerse por desistimiento tácito aquella actuación del interesado que denote inequívocamente su voluntad de apartarse de la solicitud o recurso presentado, no puede sostenerse tal valoración cuando la voluntad de los interesados o tenidos por tales es inequívocamente la contraria.

Por lo tanto, no es ya que el desistimiento en cuestión no cumpla los requisitos formales u otros del artículo 94 de la LPAC (de aplicación supletoria al caso) sino que todo desistimiento, expreso o tácito, requiere una declaración o acto del interesado que manifieste o del que se infiera tal propósito; y la Resolución recurrida además de no atender al interés de TSST en la tramitación y resolución de su recurso, ha inferido el desistimiento de esa acción de la declaración de voluntad (de otros interesados, la mayoría de la Agrupación) que no fue la de desistir del recurso interpuesto por uno de sus miembros (antes de serlo y con referencia a actuaciones del expediente de contratación distintas a las propias de la fase de licitación que motivó la tal unión de empresas) sino de oponerse a su estimación.

NOVENO.- Hay que imponer a las demandadas, por partes iguales, las costas del procedimiento, de conformidad con el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso-administrativo presentado por la COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO DE SAN SEBASTIÁN A TOLOSA SA contra la Resolución 3/2019 de 29 de Agosto del Tribunal Administrativo Foral de Gipuzkoa de Recursos Contractuales que declaró terminado por desistimiento el recurso 4/2018 interpuesto por “Compañía del Tranvía Eléctrico de San Sebastián a Tolosa S.A” contra los Pliegos de la licitación de la Concesión para la prestación del servicio público regular de transporte de viajeros interurbano por carretera de Tolosa, N-1, Buruntzaldea y sus conexiones con San Sebastián (Exp. 2018059C0100), demos anular y anulamos el

acto recurrido, debiendo retrotraerse el procedimiento de recurso al momento anterior al acto recurrido para la resolución de dicho recurso; e imponemos a las demandadas, por partes iguales, el pago de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE n.º 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 4697 0000 93 0175 19, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15.ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 2 de octubre de 2020.

Lo anteriormente reproducido concuerda bien y fielmente con el original a que me remito. Y para que así conste, libro el presente en Bilbao, a ocho de octubre de dos mil veinte.



