

**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-auziak sala@justizia.eus
NIG PV/ IZO EAE: 00.01.3-21/000003
NIG CGPJ / IZO BJKN: 48020.33.3-2021/0000003

**Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario 6/2021 - Sección 1ª // 6/2021 - 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: LUIS PABLO LOPEZ-ABADIA RODRIGO

Otros demandados/ Gainerako demandatuak: NEX CONTINENTAL HOLDINGS S.L.U.,
Otros demandados/ Gainerako demandatuak: SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERURBANO TOLOSA BURUNTZALDEA S.L.U.
Otros demandados/ Gainerako demandatuak: TRANSITIA S.L.
Representante/Ordezkarria: Representante/Ordezkarria: y Representante/Ordezkarria: ANA TARTIERE LORENZO

Stamp: GIPUZKOAKO FORA AIDUNDIA
Diputazio Foral de Gipuzkoa
Gobernante Dautamentuen
Departamentua / Gobernante

Stamp: 2022 ABU. 01
AGO. 01

Stamp: Zk. / N.º 6329

Stamp: ENTRADA

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCION Nº 8/2020 DE FECHA 5 DE NOVIEMBRE DE 2020 DEL T A F. DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA EN MATERIA DE CONTRATACION CONTRA ACUERDO DE 28-7-20 POR EL QUE SE ADJUDICA A TRANSITIA S.L. Y NEX CONTINENTAL HOLDING S.L.U. EL CONTRATO DE LA CONCESION DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE DE VIAJEROS REGULAR PERMANENTE DE USO GENERAL DENOMINADA TOLOSA N-1 Y BURUNTZALDEA Y SUS CONEXIONES CON SAN SEBASTIAN

**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.

**EPAI BAIESLEAREN LEKUKOTZA BIDALTZEA,
BETEARAZTEKO**

1.- Aipatutako administrazioarekiko auzi-errekurtsioan emandako epaiaren lekukotza bidaltzen dut, ofizio honekin batera. Epaiak irmao da.

Así mismo se devuelve el expediente administrativo.

Era berean, administrazio-espeditzea itzultzen dut.

(1 pieza: 186 + 2.361 folios)

2.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 104.1 de la Ley de la 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).

2.- Administrazioarekiko Auzietako Jurisdikzioa arautzen duen Legearen -AAJLren- 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, kopleetako bat hona itzultzeko, sinatuta, zigilatuta eta data zehaztuta.

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

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

3.- Administrazio horri ohartarazten diot alderdiek eta ukitutako gainerako pertsonak epaiaren nahitaezko beteazpena eskatu ahal izango dutela, epaiaren ezagutze eta BI HILABETE igarotzean (AAJLren 104.3 art.).

En Bilbao, a veintiséis de julio de dos mil veintidos.

Bilbao, mila eta hogeita bi(e)ko uztailaren hogeita sei(a).

LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUSTIZIA ADMINISTRAZIOAREN LETRADUA

DIPUTACIÓN 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: 00.01.3-21/000003

NIG CGPJ / IZO BJKN: 48020.33.3-2021/0000003

Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario 6/2021 - Sección 1ª // 6/2021 - 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: LUIS PABLO LOPEZ-ABADIA RODRIGO

Otros demandados/ Gainerako demandatuak: NEX CONTINENTAL HOLDINGS S.L.U.,
Otros demandados/ Gainerako demandatuak: SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERURBANO TOLOSA
BURANTZALDEA S.L. y

Otros demandados/ Gainerako demandatuak: TRANSITIA S.L. Representante/Ordezkarria: , Representante/Ordezkarria: y
Representante/Ordezkarria: ANA TARTIERE LORENZO

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCION Nº 8/2020 DE FECHA 5 DE
NOVIEMBRE DE 2020 DEL T.A.F. DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA
EN MATERIA DE CONTRATACION CONTRA ACUERDO DE 28-7-20 POR EL QUE SE ADJUDICA A TRANSITIA S.L.
Y NEX CONTINENTAL HOLDING S.L.U. EL CONTRATO DE LA CONCESION DEL SERVICIO PUBLICO DE
TRANSPORTE DE VIAJEROS REGULAR PERMANENTE DE USO GENERAL DENOMINADA TOLOSA N-1 Y
BURUNTZALDEA Y SUS CONEXIONES CON SAN SEBASTIAN.

D.ª ESTHER MORA RUBIO, Letrado 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 6/2021, se ha dictado resolución del siguiente
contenido literal:

SENTENCIA NÚMERO 159/2022

ILMOS./AS. SRES./AS.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS/AS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D.ª TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

En Bilbao, a veintiocho de abril de dos mil veintidós.



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 6/2021 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución de 5-11-2020 del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Gipuzkoa que desestimó el recurso especial presentado por la Compañía del Tranvía Eléctrico de San Sebastián a Tolosa S. A., contra el Acuerdo de 28-07-2020 del Consejo de Gobierno Foral que adjudicó a Transítia S.L., y Nex Continental Holdings S.L.U., el contrato de concesión del servicio público de transporte de viajeros, regular permanente de uso general. Llamado “Tolosa N-1 y Buruntzaldea y sus conexiones con San Sebastián”.

Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: La COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO DE SAN SEBASTIÁN A TOLOSA, S. A., representada por la procuradora D.ª CRISTINA GÓMEZ MARTÍN y dirigida por el letrado D. RAFAEL JURISTO SÁNCHEZ.

-DEMANDADAS:

La DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA, representada por el procurador D. LUIS PABLO LÓPEZ-ABADÍA RODRIGO y dirigida por el letrado D. IÑAKI ARRUE ESPINOSA.

NEX CONTINENTAL HOLDINGS, S. L. U.; SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERURBANO TOLOSA BURANTZALDEA, S. L.; y, TRANSÍTIA, S. L.; representadas por la procuradora D.ª ANA TARTIERE LORENZO y dirigidas por el letrado D. JOANES LABAYEN ANDONAEGUI.

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

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 07 de enero de 2021 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D.ª CRISTINA GÓMEZ MARTÍN, actuando en nombre y representación de la COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO DE SAN SEBASTIÁN A TOLOSA, S. A., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 5-11-2020 del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Gipuzkoa que desestimó el recurso especial presentado por la Compañía del Tranvía Eléctrico de San Sebastián a Tolosa S. A., contra el Acuerdo de 28-07-2020 del Consejo de Gobierno Foral que adjudicó a Transítia S.L., y Nex Continental Holdings S.L.U., el contrato de concesión del servicio público de transporte de viajeros, regular permanente de uso general. Llamado “Tolosa N-1 y Buruntzaldea y sus conexiones con San Sebastián”; quedando registrado dicho recurso con el número 6/2021.





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 el mismo expresados y que damos por reproducidos.

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

CUARTO.- Por Decreto de 04 de noviembre de 2021 se fijó como indeterminada la cuantía del presente recurso.

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 21 de abril de 2022 se señaló el día 28 de abril de 2022 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 de 5-11-2020 del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Gipuzkoa que desestimó el recurso especial presentado por Compañía del Tranvía Eléctrico de San Sebastián a Tolosa S.A. contra el Acuerdo de 28-07-2020 del Consejo de Gobierno Foral que adjudicó a Transitia S.L. y Nex Continental Holdings SLU el contrato de concesión del servicio público de transporte de viajeros, regular permanente de uso general. Llamado "Tolosa N-1 y Buruntzaldea y sus conexiones con San Sebastián".

La oferta presentada conjuntamente por recurrente (TSST), Autobuses Cuadra S.A. y La Hispano Igualadina S.L. obtuvo el segundo puesto en el expediente de contratación mencionado en el anterior.

La recurrente (TSST), actuando en nombre propio, presentó con fecha 2-09-2020 recurso especial contra el Acuerdo de adjudicación contractual al que también se acaba de hacer mención, a la vez que solicitó e acceso al expediente de licitación para, en su caso, completar sus alegaciones.

A requerimiento del TAFREC de fecha 10-09-2020, el Departamento de Movilidad y Ordenación del Territorio de la Diputación Foral de Gipuzkoa remitió el expediente de licitación, con informe contrario a la estimación del recurso especial.

El TAFREC acordó el 18-09-2020 conceder diez días a la recurrente para examinar el expediente y completar el recurso; y con fecha del 25 del mismo mes, oír a las adjudicatarias y a las sociedades (Autobuses Cuadra S.A y La Hispano Igualdina S.L.) que licitaron conjuntamente con la recurrente.

En esa última fecha, la recurrente solicitó al TAFRC que requiriese al órgano de contratación la remisión del expediente de licitación, incluida la documentación presentada en el sobre 2 con la oferta de las adjudicatarias, declarada confidencial; y la concesión de un nuevo plazo para la presentación de alegaciones complementarias al recurso especial.

El TAFRC solicitó al Departamento Foral antes mencionado, mediante oficio fechado el 30-09-2021, que completase el expediente con la documentación de las ofertas presentadas por las adjudicatarias y por la agrupación constituida por la recurrente y otras.

Las adjudicatarias presentaron escrito el 2-10-2020 en que solicitaron la inadmisión del recurso por falta de legitimación de la recurrente y, subsidiariamente, su desestimación por adolecer de fundamentación jurídica.

En la misma fecha anterior, la recurrente (TSST) presentó escrito de alegaciones complementarias al recurso especial y solicitó que se dicte resolución que acuerde:

- 1.- La nulidad de la resolución impugnada por infringir los pliegos que rigen la licitación.
- 2.- La nulidad de todo el expediente de contratación por carecer los pliegos de los criterios necesarios para valorar adecuadamente las ofertas.
- 3.- Subsidiariamente, retrotraer el procedimiento al momento anterior a emitirse el informe de valoración de fecha 27-06-2019, procediéndose a efectuar una nueva valoración de las ofertas presentadas por todos los licitadores.

Con fecha 8-10-2020 La Hispano Igualadina S.L. presentó escrito en el que advirtió el defecto de fundamentación del recurso especial y solicitó el traslado de las alegaciones complementarias para presentar las propias con las debidas garantías.



En la misma fecha el TAFRC dio traslado al Departamento de Movilidad y Ordenación del Territorio y a los otros interesados de las alegaciones complementarias al recurso especial para su informe y alegaciones, respectivamente.

Con fecha 9-10-2020 el TAFRC recibió la documentación de las ofertas presentadas por las adjudicatarias y por la agrupación compuesta por la recurrente (TSST) y otras, con reseña de los documentos declarados confidenciales.

El órgano de contratación presentó informe en el que solicitó la inadmisión de las alegaciones complementarias por constituir un nuevo recurso presentado fuera de plazo; y subsidiariamente la desestimación del recurso especial.

Las adjudicatarias alegaron en el escrito presentado el 16-10-2020 la improcedencia del trámite de alegaciones complementarias ya que había permitido a la recurrente contestar a las alegaciones de aquellas.

Ni Autobuses Cuadra S.A. ni La Hispano Igualadina S.L. presentaron alegaciones a las complementarias al recurso especial.

La Resolución 8/2020 de 5 de noviembre del TAFRC de Gipuzkoa inadmitió el REMC 5/2020 por falta de legitimación de TSTT para actuar en su propio nombre y no en beneficio de la agrupación; además de constituir una actuación en fraude de ley la realizada por la recurrente al amparo del artículo 52.3 LCSP con la consecuencia de eludir el cumplimiento de los requisitos de plazo y forma señalados en los artículos 50.1 d) y 51.1 de la misma Ley.

SEGUNDO.- El recurso contencioso-administrativo se funda en los siguientes motivos:

1.- De las pretensiones deducidas en las alegaciones complementarias al recurso especial, las dos primeras conciernen al interés directo de la agrupación constituida por la recurrente y dos sociedades; además de no oponerse estas a estimación de dicho recurso.

Se citan la STS 216/2020 DE 17 de febrero (Rec. 36/2018) como fundamento de la legitimación del integrante de la agrupación aun no pretendiendo el resarcimiento individual de un daño, e invocan los artículos 48 de la LCSP y 24.2 del Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre que aprobó el Reglamento de los procedimientos de revisión en materia contractual.

Así, la recurrente sostiene que “no sólo representa los intereses de la agrupación, tal y como se ha acreditado, sino también los suyos propios en tanto que licitadora del expediente de referencia (en agrupación con otras empresas) por cuanto la resolución que se dicte en este recurso afectará no solo a la agrupación en si misma sino que también se

verá reflejada en la esfera jurídica de TSST de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial o futuro.

2.- Inexistencia de actuación en fraude de ley. Derecho de la recurrente a tomar vista del expediente y a formular alegaciones complementarias. Infracción del artículo 155.3 por aplicación indebida, y de los artículos 132 y 133 de la LCSP por inaplicación.

Según la recurrente, ni la DFG ni el TAFRC han expuesto los motivos por los cuales se ha aceptado la confidencialidad de la documental, incorporada al sobre B, declarada como tal por las adjudicatarias; asimismo, “el hecho de que mi representada haya accedido a los informes de valoración de las propuestas técnicas de los diferentes licitadores no es suficiente para considerar que no es necesario el examen de las citadas ofertas. Y es que el motivo por el cual mi representada solicitó el acceso al expediente de contratación se debió a que el informe de valoración de 27 de junio de 2019 sobre el que se basó el órgano de contratación para dictar su acuerdo de adjudicación es contradictorio con el vocal representante del Servicio de Intervención y Auditoría de Hacienda y Finanzas”.

La recurrente considera, en fin, considera no motivada, excesiva y no conforme con el anexo VI del PCAP), la declaración de confidencialidad otorgada a la documentación del sobre B presentada por las adjudicatarias y perjudicial a su derecho de defensa, en cuanto necesaria para verificar las irregularidades apreciadas en el mencionado voto discrepante; y concluye que “es el propio TAFRC – y por ende la DFG- el que incurre en fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil) por cuanto al amparo de los artículos 50.1 d) y 51.1 LCSP permite la extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario eludiendo la aplicación no solo del artículo 133 LCSP, sino también del artículo 53.1 a) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del procedimiento administrativo común de las Administraciones Pública”; y que “la infracción del artículo 133 LCSP conlleva necesariamente la infracción del artículo 132 LCSP.....”.

TERCERO.- La Diputación Foral de Gipuzkoa se ha opuesto a la estimación del recurso contencioso-administrativo por los siguientes motivos:

1.- La falta de legitimación de la recurrente (TSTT) por actuar en su propio nombre e interés y non en el de la agrupación constituida con otras dos sociedades, no adheridas al recurso de la primera y, por lo tanto, ajenas a un resultado eventualmente favorable para ellas; además de que el porcentaje de participación de la recurrente es tan solo del 42 %.

Y tampoco la recurrente, añade la Administración demandada, ha postulado la adjudicación del contrato a la agrupación sino, inicialmente, la consulta del expediente de



licitación, y de forma complementaria, pretensiones que no conciernen a los intereses sino, en su caso, expectativas de la agrupación; o con carácter subsidiario, a saber, la nueva valoración de las ofertas, lo que es inviable por ser contrario al artículo 146.2 de la LCSP.

Se cita la STS de 17 de febrero de 2020 (Rec. de casación 36/ 2018).

2.- La actuación de la recurrente en el procedimiento de recurso especial en materia contractual:

- Presentó el escrito de alegaciones complementarias sin esperar el traslado del expediente, en concreto, de la documentación adjunta a la oferta (sobre B) de las adjudicatarias, requerida por el TAFRC al órgano de contratación a solicitud de la recurrente.

- Antes (4 y 5 de agosto de 2020) la recurrente había accedido al expediente de licitación, con lo cual, a la fecha (12 del mismo mes) en que fue notificado a la recurrente el acuerdo de adjudicación aquella ya disponía del informe técnico de valoración de 27-06-2019 y del acta de la mesa de contratación de 3-07-2019, no obstante, lo cual, el 2-09-2020, último del plazo para la interposición del recurso especial, solicitó del TAFRC el requerimiento del expediente al órgano de contratación.

- Las adjudicatarias declararon confidenciales siete de los doce documentos incluidos en el sobre B, referidos en la cláusula 14 del PCAP; la agrupación constituida por la recurrente y otras dos sociedades declaró confidenciales nueve de los doce documentos, señalados en la misma cláusula.

- Las alegaciones complementarias se sustentan en la discrepancia de la recurrente con la valoración de las ofertas, por errores manifiestos y aplicación de criterios no previstos en el pliego, y no en su contenido, lo que hace irrelevante el conocimiento de los documentos presentados por las adjudicatarias, declarados confidenciales.

CUARTO.- Nex Continental Holdings SLU; Sociedad Concesionaria Interurbano Tolosa Buruntzaldea SL y Transitia SL se opusieron a la estimación del recurso contencioso-administrativo por los siguientes motivos:

1.- De la falta de legitimación de la recurrente por actuar en su propio nombre , y no de la agrupación, y en defensa de un interés, la prórroga del contrato, ajeno al objeto del recurso especial inadmitido por el TAFRC; esto es, el acceso al expediente de licitación para examinar la oferta de las adjudicatarias, incluida la documentación

declarada confidencial por estas; sin aspirar la recurrente al reconocimiento de una situación jurídica individualizada o a obtener alguna ventaja o beneficio.

Además, según las codemandadas el recurso especial inadmitido por la resolución recurrida, no se fundamenta en infracciones del acuerdo de adjudicación sino que difiere su alegación al examen del expediente, sin que tal actuación pueda ampararse en los artículos 52.3 de la LCSP y 29.3 del RD 814/ 2015. Y tampoco dicho recurso ha sido apoyado por las otras dos integrantes de la agrupación; ni tan siquiera en el trámite de alegaciones al recurso especial.

Se cita la jurisprudencia sobre la legitimación de los miembros de la UTE para actuar individualmente bien en defensa de derechos propios del recurrente bien en beneficio de esa agrupación; entre otras la SSTS de 18-02-2015 (Rec. 1440/ 2013); 17-02-2020 (Rec. 36/ 2018).

2.- La actuación del órgano de contratación respecto a la confidencialidad de los documentos incluidos en la oferta técnica (sobre B) de las adjudicatarias es conforme a la legislación de contratos.

Se citan la Resolución 9/2019 del Tribunal Catalá de Contractes del Sector Público (Rec. N-2018-15) y la Resolución 56/2015 de 20 de enero (Rec. 1045/ 2014) del TACREC.

Según las codemandadas, la pretensión del recurrente de acceder a los documentos confidenciales de la oferta de las adjudicatarias contradice los propios actos de aquella parte, de declaración también confidencial de documentos presentados con su oferta; y concluyen que no teniendo el recurso especial otra finalidad que la de mantener a la recurrente en la situación de prórroga de la concesión, incurre esa parte en una evidente desviación y abuso de derecho, prohibido por el artículo 7 del Código Civil.

3.- La estimación, en su caso, de la legitimación de la recurrente para la interposición del recurso especial no debe comportar, so pena de incurrir en desviación procesal, el examen del fondo de ese recurso sino la retroacción de las actuaciones para que el TAFRC que se pronuncie sobre las cuestiones de esa índole.

QUINTO.- El examen de la discutida legitimación del recurrente en la vía del recurso especial en materia de contratación exige atender a la relación de ese sujeto (licitador) con el acto de adjudicación recurrido, o lo que es lo mismo, a la medida en que tal resolución ha afectado a la situación jurídica del recurrente en cuanto aspirante a la adjudicación del contrato a la UTE que en ese supuesto debiera constituirse.



Y no ofrece duda alguna que la adjudicación del contrato a otros licitadores y no a la agrupación constituida por la recurrente y otras dos sociedades ha afectado negativamente a la situación jurídica de estas y, por lo tanto, de la recurrente si bien esta parte no ha solicitado como medida de restablecimiento de su situación jurídica la adjudicación del contrato a la agrupación, sino tan solo la anulación del acuerdo de adjudicación o, en su caso, la retroacción de actuaciones al momento anterior al de valoración de las ofertas; y tal defecto de petición no puede entenderse subsanado por la relación entre la antedicha pretensión y la de adjudicación contractual alegada en demanda sin incurrir en desviación procesal; no en vano, la resolución del TAFRC revisable en este procedimiento ha examinado la legitimación del recurrente en atención a las pretensiones formuladas por esa parte en el escrito de alegaciones complementarias al de interposición del recurso especial (folios 57-97 del expediente) y bien pudo ser otra la resolución de ese órgano de haber solicitado la recurrente en ese trámite la adjudicación del contrato a la agrupación constituida con las otras dos sociedades, en razón al resultado de la licitación.

Así es que, pasando la estimación del recurso contencioso por el reconocimiento de la legitimación del recurrente en la vía del recurso especial en materia de contratos públicos y, en congruencia con la pretensión deducida en las presentes, de acordar su estimación, habría que devolver las actuaciones al TEFRC de Gipuzkoa para que se pronunciase sobre las pretensiones deducidas por la recurrente en el escrito de alegaciones complementarias; entre ellas la de anulación, sin más, del acuerdo de adjudicación.

SEXTO.- No por actuar la recurrente en nombre propio y, aun sin invocar el interés de la agrupación, deja de actuar también en beneficio de estas, si de la acción de la primera pudiera resultar un beneficio para todas ellas, aun no consistiera tal beneficio en la adjudicación del contrato como medida de restablecimiento de la situación jurídica de las tres sociedades agrupadas, por las razones de congruencia expuestas en el anterior.

Y es que tal beneficio común bien pudiera derivar de la estimación de la pretensión subsidiaria de retroacción del procedimiento de licitación al momento anterior al informe de valoración de las ofertas técnicas (sobre B), lo que concierne al interés de la agrupación integrada también por la recurrente, por inviable que se estime esa pretensión en cuanto se opone al orden de valoración de las ofertas dispuesto por el artículo 146.2 de la LCSP, amén de contradecir la argumentación de la recurrente sobre la valoración técnica sin sujeción a criterios preestablecidos en los Pliegos de la contratación; también recurridos por esa causa; la misma de las pretensiones principales deducidas en el escrito especial cuya estimación por acarrear un nuevo expediente de licitación no concita el interés directo y actual de las agrupadas con la recurrente a efectos de la eventual adjudicación otorgada a otros licitadores.

SÉPTIMO.- La jurisprudencia citada por las partes (por todas. la STS de 17 de febrero de 2020; Rec. 216/2020) exige atender a las circunstancias de cada caso (pretensiones del recurrente y carácter de su actuación; posición de los otros miembros de la agrupación; efectos sobre el interés de esta de la eventual estimación del recurso; etc.) para pronunciarse sobre la legitimación del miembro de la agrupación.

Pues bien, a los elementos que configuran subjetiva, objetiva y causalmente el recurso especial expuestos en el anterior se unen en, lo que hace al caso, determinadas circunstancias que también hay que ponderar para dilucidar la discutida legitimación de la recurrente:

1.- Las otras sociedades integrantes de la agrupación no han manifestado su conformidad o solicitado la estimación del recurso especial; incluso, una de ellas manifestó reticencias sobre el escrito inicial por la falta de concreción de la petición de la recurrente; y las dos guardaron silencio una vez conocido el escrito de alegaciones complementarias de la misma parte.

En sus respectivas testificales, Hispano Igualadina S.L. y Autobuses Cuadra S.A. explicaron la razón (ahorro de los costes) de no haber recurrido individualmente el acuerdo de adjudicación objeto del recurso especial inadmitido por la resolución objeto este procedimiento; aparte las de no interposición “de consuno” del mismo recurso por falta de acuerdo en el seno de la UTE; además de que la alegación de conformidad o simple adhesión al recurso especial interpuesto por TSTT no hubiera comportado ningún coste para las mencionadas sociales.

La recurrente en el escrito de conclusiones valora las antedichas testificales obviando los aspectos a que se acaba de aludir y su incidencia en la valoración completa de la conducta de las integrantes de la agrupación.

2.- La recurrente presentó el recurso especial a reserva del examen completo del expediente de licitación.

Pero requerido ese expediente al órgano de contratación por el TAFRC, no esperó a su traslado para evacuar el trámite de alegaciones complementarias; no obstante lo cual, sigue sosteniendo (en este proceso) que la declaración de confidencialidad de los documentos (algunos) presentados con la oferta técnica de las adjudicatarias vulnera su derecho de defensa en cuanto le priva de elementos de conocimiento necesarios (a saber cuáles) para contradecir la valoración mayoritaria del órgano de contratación.

Así, no es que la recurrente con amparo tan solo aparente en el artículo 52.3 de la LCSP haya pretendido eludir el cumplimiento de los requisitos de plazo y forma establecidos por los artículos 50.1 d) y 51.1 de la misma Ley o actuado de mala fe; o

ejercido de forma anormal o abusiva el derecho al recurso, como han sostenido las codemandadas; al punto de no procurar recta y claramente la defensa de un interés legítimo individual o de la agrupación, sino el mal que bien disimulado de mantener la prórroga de la concesión (interés ajeno a los efectos del acuerdo de adjudicación sobre la esfera jurídica del licitador); entretanto se resolvía el recurso especial inadmitido por la resolución recurrida o, si acaso, un nuevo expediente de licitación; aun habiendo no pocos indicios – los apuntados- de tal propósito o finalidad estratégica; sino actuado en defensa (sic) del interés legítimo de la agrupación, por concernir a ese interés, según hemos dicho más arriba, el resultado de la petición subsidiaria; consideraciones aparte sobre su inviabilidad o fundamento normativo que por su relación con el fondo del asunto no pueden oponerse a lo que (legitimación “ad processum”) es un presupuesto de la admisión discutida.

Dicho lo cual, la legitimación de la recurrente puede ampararse en las SSTS de 26 de marzo de 2021 (Rec. 1749/2019) y/o nº. 1391/2021, invocadas por la recurrente, a pesar de las diferencias, no insignificantes, entre las circunstancias concurrentes en los supuestos examinados en esos recursos y su comparación –obviada por la misma parte- con las concurrentes en el presente, en cuanto que las dudas suscitadas por el cúmulo de las referidas antes sobre la verdadera finalidad del recurso especial deben resolverse “pro actione”; esto es, en favor de su admisibilidad.

Por todo lo cual, y de conformidad con los artículos 48 de la LCSP, 24.2 del Real Decreto 814/ 2015 hay que estimar indebidamente inadmitido el recurso especial por falta de legitimación de la recurrente, con el efecto “procedimental” postulado en demanda y, por lo tanto, sin entrar a examinar el fondo de aquel recurso, so pena de incongruencia con el objeto del presente.

OCTAVO.- No hay que imponer a la recurrente las costas del procedimiento, porque el amparo del recurso contencioso-administrativo en la doctrina legal citada en el anterior fundamento, ha de estimarse razonablemente dudosa, atendida la diferencia entre las circunstancias concurrentes en los casos enjuiciados por el Tribunal Supremo y las constatadas en el presente (artículo 139.1 LJCA).

FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso-administrativo presentado por D.^a Cristina Gómez Martín, actuando en nombre y representación de la COMPAÑÍA DEL TRANVÍA ELÉCTRICO DE SAN SEBASTIÁN A TOLOSA, S. A., contra la Resolución de 5-11-2020 del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Gipuzkoa que desestimó el recurso especial presentado por Compañía del Tranvía Eléctrico de San

Sebastián a Tolosa S.A. contra el Acuerdo de 28-07-2020 del Consejo de Gobierno Foral que adjudicó a Transitia S.L. y Nex Continental Holdings SLU el contrato de concesión del servicio público de transporte de viajeros, regular permanente de uso general. Llamado "Tolosa N-1 y Buruntzaldea y sus conexiones con San Sebastián"; debemos anular y anulamos el acto recurrido; retrotrayendo las actuaciones del mencionado recurso especial al momento anterior a la resolución recurrida para que se proceda a su resolución por el mismo órgano; sin imposición de costas.

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 0006 21, 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 Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 28 de abril de 2022.

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 trece de mayo de dos mil veintidós.



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: 00.01.3-21/000003

NIG CGPJ / IZO BJKN: 48020.33.3-2021/0000003

Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario 6/2021 - Sección 1ª // 6/2021 - 1. Atala
Prozedura arrunta

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

Demandado / Demandatua: DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA
Representante / Ordezkaria: LUIS PABLO LOPEZ-ABADIA RODRIGO

Otros demandados/ Gainerako demandatuak: NEX CONTINENTAL HOLDINGS S.L.U.,
Otros demandados/ Gainerako demandatuak: SOCIEDAD CONCESIONARIA INTERURBANO TOLOSA
BURANTZALDEA S.L. y
Otros demandados/ Gainerako demandatuak: TRANSITIA S.L. Representante/Ordezkaria: , Representante/Ordezkaria: y
Representante/Ordezkaria: ANA TARTIERE LORENZO

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCION Nº 8/2020 DE FECHA 5 DE NOVIEMBRE DE 2020 DEL T.A.F. DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA EN MATERIA DE CONTRATACION CONTRA ACUERDO DE 28-7-20 POR EL QUE SE ADJUDICA A TRANSITIA S.L. Y NEX CONTINENTAL HOLDING S.L.U. EL CONTRATO DE LA CONCESION DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE DE VIAJEROS REGULAR PERMANENTE DE USO GENERAL DENOMINADA TOLOSA N-1 Y BURUNTZALDEA Y SUS CONEXIONES CON SAN SEBASTIAN.

D.ª ESTHER MORA RUBIO, Letrado 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 6/2021, se ha dictado resolución del siguiente contenido literal:

AUTO

ILMOS./AS. SRES./AS.:

PRESIDENTE:

MAGISTRADOS/AS:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D.ª TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

Siendo Ponente D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

En Bilbao, a veinticuatro de mayo de dos mil veintidós.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- D.ª Cristina Gómez Martín, actuando en nombre y representación de la

mercantil Compañía del Tranvía Eléctrico de San Sebastián a Tolosa, S. A. -TSST-, ha solicitado mediante escrito presentado el 19 de los corrientes la subsanación de error material advertido en el encabezamiento de la sentencia de fecha 28 de abril de 2022 (nº 159/2022) dictada en estos autos.

II.- RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- El error advertido por la recurrente es evidentemente material o de transcripción y, por lo tanto, debe ser rectificado en este momento, de conformidad con el artículo 267.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

VISTOS los preceptos legales de aplicación

LA SALA ACUERDA: Rectificar el error apreciado en el encabezamiento de la sentencia dictada en este procedimiento y, así, expresar que la mercantil demandante interviene en este procedimiento dirigida por el letrado D. Rafael Juristo Contreras (*y no por D. Rafael Juristo Sánchez, como erróneamente se indicaba*).

Incorpórese esta resolución al libro de sentencias y llévase testimonio a los autos principales.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra la presente resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden, en su caso, contra la resolución originaria, que ya quedaron indicados al ser notificada (artículos 214.4/215.5 LEC).

Los plazos para dichos recursos se contarán desde el día siguiente a la notificación de esta resolución (artículo 448.2 de la LEC).

Así por este su auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos./as, Sres./as. Magistrados/as antes nombrados, componentes de este Tribunal, de lo que yo, Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.

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 tres de junio de dos mil veintidós.

