

Establece la Sala los medios de que disponen los licitadores en un contrato de transporte de viajeros por carretera para acreditar el requisito de solvencia técnica

Con desestimación del recurso interpuesto se confirma la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia sobre adjudicación del contrato para la explotación integrada de nuevos transportes a una empresa que acreditó su solvencia técnica en aplicación del art. 75 de la Ley de Contratos del Sector Público -LCSP-.

Declara la Sala que en un procedimiento de licitación para la contratación del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera, la acreditación del requisito de la solvencia técnica sobre el número de autobuses exigido para la adjudicación, y sin perjuicio de las concretas especificaciones que pueda efectuar al respecto el pliego de condiciones, puede lograrse mediante el mecanismo de integración de la solvencia por medios externos, en la forma descrita por el art. 75 de la LCSP que constituye una forma más de completar la solvencia técnica requerida para celebrar el contrato, distinta de la proposición conjunta del art. 80 del ROTT.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 3.ª

Sentencia 1399/2024, de 23 de julio de 2024

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 5376/2021

Ponente Excmo. Sr. JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR

En Madrid, a 23 de julio de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 5376/2021 interpuesto por Autos Moran S.L. y Autocares Rodríguez Domínguez S.L., Unión Temporal de Empresas, representada por la Procuradora de los Tribunales D.ª. Patricia Díaz Muiño, con la asistencia letrada de D. Carlos Seoane Domínguez, contra la sentencia de 16 de abril de 2021, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso 7199/2020, sobre contrato de transporte público regular de viajeros por carretera, en el que ha intervenido como parte recurrida Autos Carballo S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D.ª. Isabel Castiñeiras Fandiño, con la asistencia letrada de D. Alberto Dorrego de Carlos y la Xunta de Galicia, representada por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, con la asistencia de la letrada de la Xunta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia el 16 de abril de 2021, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representante procesal de la unión temporal de empresas a formar por las sociedades mercantiles "Autos Morán, SL" y "Autocares

Rodríguez Domínguez, SL", contra la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia de 30.01.20, que desestimó el recurso especial que presentó frente a la resolución del director xeral de Mobilidade de la Consellería de Infraestructuras e Mobilidade de 19.12.19, que adjudicó a la sociedad mercantil "Autos Carballo, SLU", el contrato de transporte público regular de viajeros de uso general por carretera XG-633, que confirmamos. Le imponemos a la actora el pago de las costas causadas a las adversas, hasta un máximo de 1.500,00 euros en favor de cada una de ellas."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de Autos Moran S.L. y Autocares Rodríguez Domínguez S.L., Unión Temporal de Empresas, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala de instancia, por auto de 15 de junio de 2021, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, por auto de 29 de junio de 2022, dictado por la Sección de Admisión se acordó:

" PRIMERO. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la unión temporal de empresas a formar por "Autos Morán, S.L." y "Autocares Rodríguez Domínguez, S.L." contra la sentencia de 16 de abril de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el procedimiento ordinario núm. 7199/2020.

SEGUNDO. Precisar que, en principio, la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar si cuando se carece del número de vehículos previsto en los pliegos, la solvencia técnica debe justificarse necesariamente acogiéndose a laguna de las posibilidades que ofrece el artículo 80 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, *o si prevalece la normativa contractual y cabe cumplir con esa exigencia técnica acudiendo a medios externos al amparo del artículo 75 de la Ley de Contratos del Sector Público.*

TERCERO. Identificar como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los artículos 28, 44.2 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa - *Administrativa*, y los artículos 80 y 82.1 del Reglamento de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, *en relación con los artículos 65.2, 75 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.*

CUARTO. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

QUINTO. Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

SEXTO. Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos."

CUARTO.- La parte recurrente presentó, con fecha 19 de septiembre de 2022, escrito de interposición del recurso de casación, en el que alegó como motivos de impugnación:

i.- La sentencia recurrida infringe el artículo 28 de la LJCA y la jurisprudencia sobre la procedencia de impugnar actos finalizadores del procedimiento de concurrencia competitiva, invocando la nulidad de los actos de trámite previos de dichos procedimientos que no han sido recurridos de forma autónoma, en relación con su aplicación a las resoluciones de recursos especiales en materia de contratación que anulan actos de trámite que excluyen un licitador (artículos 44.2.b/ y 59 de la LCSP).

ii.- La sentencia impugnada infringe los artículos 43.1.d), 54 y 73.2.f) LOTT y los artículos 38, 69.1, 80 y 82.1 RLOTT, en relación con los artículos 65.2, 75, 76 y 140.4 de la LCSP.

Señala la parte actora que la jurisprudencia que debe fijarse en este recurso es la siguiente:

i.- Los artículos 28 LJCA y 44.2.b) y 59 LCSP deben interpretarse en el sentido de que en un recurso contencioso administrativo contra la adjudicación de un contrato público pueden invocarse como

causas de nulidad de la adjudicación la existencia de causas de nulidad de pleno derecho que afecten a actos de trámite del procedimiento de licitación, incluso cuando estas causas hayan sido examinadas previamente en una resolución de un órgano de recursos contractuales no recurrida.

ii.- Los artículos 43.1.d), 54 y 73.2.f) de la LOTT y los artículos 38, 69.1, 80 y 82.1 del RLOTT deben interpretarse en el sentido de que quienes concurren a licitaciones de contratos de concesión de servicios de transporte de viajeros por carretera deben disponer, al momento de presentar sus ofertas y hasta el momento de resultar adjudicatarios, del número mínimo de vehículos exigidos en los pliegos de la licitación, por tratarse de un requisito de habilitación profesional, sin que quepa suplir la falta de vehículos mediante el mecanismo de integración de solvencia del artículo 75 LCSP-

Finalizó la parte recurrente su escrito de interposición solicitando a la Sala que dicte sentencia que estime el recurso de casación y, en consecuencia, case y anule la sentencia 156/2021 de la Sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16/04/2021 (procedimiento ordinario 7199/2020), acordando en su lugar la estimación íntegra del recurso contencioso-administrativo formulado por la parte en la instancia.

QUINTO.- Se dio traslado a las partes recurridas para que manifestaran su oposición.

En este trámite presentó escrito el 14 de noviembre de 2022 la representación procesal de Autos Carballo S.A., en el que efectuó las siguientes alegaciones:

i.- El recurso de casación debe ser inadmitido en tanto que la UTE ha planteado un debate sobre cuestiones de hecho y, además, persigue un nuevo pronunciamiento sobre cuestiones que esta Sala ya ha considerado que no presentan interés casacional.

ii.- La sentencia impugnada aplica correctamente la normativa en materia de contratos del sector público con relación a la legislación nacional en materia de transporte de viajeros por carretera en lo referente a la integración de la solvencia del licitador con medios externos, por lo que el recurso de casación debe ser desestimado.

iii.- La UTE incurre en una interpretación errónea de la normativa de transportes, al considerar que tanto la autorización regulada en el artículo 42 de la LOTT como los requisitos de solvencia establecidos en el artículo 69.1 del ROTT constituyen todos ellos el título habilitante exigido a las empresas para el ejercicio de la actividad de transportes de viajeros por carretera.

iv.- El recurso de casación se fundamenta erróneamente en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo respecto de la firmeza de los actos administrativos.

De acuerdo con lo alegado, la representación procesal de Autos Carballo S.A. solicitó a la Sala que acuerde la desestimación íntegra del recurso de casación interpuesto y declare conforme a derecho y válida la sentencia 156/2021, de 16 de abril de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

SEXTO.- En el mismo trámite, la letrada de la Xunta de Galicia presentó escrito, de fecha 21 de noviembre de 2022, en el que:

i.- Se opuso al motivo de casación que denuncia la infracción de los artículos 80 y 82.1 del Reglamento de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, en relación con los artículos 65.2 y 75 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017.

ii.- Se opuso igualmente al motivo de casación que denuncia la infracción de los artículos 28, 44.2 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio.

Con base en sus alegaciones consideró que el pronunciamiento que pretende la parte actora debe ser rechazado, siendo el oportuno el contenido en la propia sentencia recurrida, lo que debe dar lugar al rechazo del recurso de casación y a la confirmación de la sentencia de instancia.

Por todo ello, la letrada de la Xunta de Galicia solicitó a la Sala que dicte sentencia en la que, previa fijación de la interpretación de las normas a las que se refiere el auto de admisión en los términos antedichos, confirme en su integridad la sentencia de adverso recurrida.

SÉPTIMO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 9 de julio de 2024, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada.

Se interpone recurso de casación contra la sentencia de 16 de abril de 2021, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Unión Temporal de Empresas a formar por las sociedades mercantiles Autos Morán S.L. y Autocares Rodríguez Domínguez S.L. contra la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia, de 30 de enero de 2020 (resolución 26/2020).

La sentencia impugnada incluye en su FD 1.º la siguiente referencia a los antecedentes del acto administrativo impugnado, que ahora reproducimos para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas.

- aprobó el Consello de la Xunta de Galicia el 29.11.18 el Plan de Transporte Público de Galicia, a lo que siguió la aprobación de los proyectos de explotación integrada de los nuevos transportes y la aprobación del procedimiento para contratar cien lotes, entre los que figuraba la línea XG-633 (Comarca da Mariña Central e Oriental), que aprobó el director xeral de Mobilidade por resolución de 15.04.19.

- A ese lote presentaron sus proposiciones dos licitadoras, que fueron la sociedad mercantil "Autos Carballo, SLU", y la unión temporal de empresas a formar por "Autos Morán, SL" y "Autocares Rodríguez Domínguez, SL", a las que finalmente se les otorgaron 84,25 y 71,25 puntos, respectivamente;

- No obstante, al apreciar la mesa de contratación que la proposición de la primera podía ser temeraria, le requirió el 09.08.19 que lo justificara, lo que hizo el 19.08.19, tras lo cual se emitió un informe técnico adverso de 16.09.19, que compartió el órgano de contratación en su resolución de 25.09.19, en la que excluyó a esa licitadora.

- Frente a esa resolución formuló ésta un recurso especial, al que se opuso la adversa y que acogió el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia en su resolución de 27.11.19.

- De resultas de ello, y dando por válidas las puntuaciones ya otorgadas, se alteró la propuesta de adjudicación del contrato, esta vez en favor la sociedad mercantil "Autos Carballo, SLU", que se acordó por resolución del órgano de contratación de 19.12.19.

- la adversa interpuso frente a ella un recurso especial, que desestimó el tribunal administrativo de contratación en la resolución de 30.01.20, que es la que aquí se impugna.

SEGUNDO.- La cuestión de interés casacional.-

Como se ha indicado en los antecedentes de hecho de esta sentencia, de acuerdo con el auto de la Sección 1.ª de esta Sala, de admisión a trámite del recurso, de 29 de junio de 2022, la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que concurre en este asunto consiste en determinar si, cuando se carece del número de vehículos previsto en los pliegos, la solvencia

técnica debe justificarse necesariamente acogiéndose a alguna de las posibilidades que ofrece el artículo 80 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, o si prevalece la normativa contractual y cabe cumplir con esa exigencia técnica acudiendo a medios externos al amparo del artículo 75 de la Ley de Contratos del Sector Público.

La recurrida Autos Carballo S.A. plantea, como cuestión previa al examen de las cuestiones de fondo, que el recurso de casación debió ser inadmitido, porque la UTE recurrente ha planteado un debate sobre cuestiones de hecho y, además, persigue un nuevo pronunciamiento sobre cuestiones en las que esta Sala ya ha considerado que no presentan interés casacional.

La Sala ya se ha pronunciado sobre la admisión a trámite del recurso de casación en el auto de la Sección 1.ª de 29 de junio de 2022, en el que además se expone la cuestión a que acabamos de hacer referencia, que estima la indicada Sección de esa Sala que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

De acuerdo con el artículo 89.2 de la LJCA la parte recurrida puede oponerse a la admisión del recurso de casación al tiempo de comparecer ante este Tribunal, si lo hace dentro del término del emplazamiento, pero una vez decidida la admisión o inadmisión a trámite del recurso por la Sección de la Sala que configura el artículo 90.2 de la LJCA, debe estarse a lo resuelto por dicha Sala, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 90.5 LJCA que impide a las partes solicitar la revisión de lo acordado, al señalar que "Contra las providencias y los autos de admisión o inadmisión no cabrá recurso alguno".

TERCERO.- Posición de la Sala sobre la cuestión que presenta interés casacional.

1.- La parte recurrente alega, en relación con la cuestión que presenta interés casacional delimitada en el auto de admisión a trámite del recurso, que los contratos de servicios de transporte público de viajeros por carretera se rigen, en primer lugar, por su legislación sectorial, constituida por el Reglamento (CE) 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y el bloque normativo formado por la LOTT y el ROTT y, de conformidad con el artículo 71 LOTT, la LCSP será de aplicación de modo supletorio.

Conforme a la mencionada regulación, la parte recurrente indica que quienes concurren a una licitación de un contrato de concesión de servicios de transporte de viajeros deben cumplir con los requisitos de solvencia técnica requeridos en los pliegos, entre ellos, cumplir con el número mínimo de vehículos que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio, que se reflejan en la correspondiente autorización de transporte que necesita todo transportista para ejercer su actividad.

Considera también la parte recurrente que, si un contratista no cumple con los requisitos de solvencia, podrá agruparse con otros, siguiendo lo dispuesto en el artículo 80.2 ROTT, que constituye una regla especial para las licitaciones de estos contratos, en el que se prevé que si una empresa no es solvente por sí sola, puede suplir su falta de solvencia presentando una empresa conjunta con otros operadores, siempre y cuando al menos uno de esos operadores tenga la solvencia exigida.

Señala la parte recurrente que la integración de la solvencia con medios externos, prevista en el artículo 75 LCSP, no es posible en los contratos de concesión de servicios de transportes sujetos a la LOTT y al ROTT, pues las previsiones de la LCSP solo se aplican supletoriamente, en aquello que no regulen la LOTT y el ROTT. Por ello, la integración de la solvencia con medios externos, prevista en el artículo 75 LCSP, no resulta aplicable supletoriamente a este tipo de contratos, porque su legislación especial solo permite expresamente la acumulación de solvencia entre operadores que cumplan dos exigencias: que formulen una proposición de forma conjunta y que, al menos uno de esos operadores cumpla con la exigencia prevista en los pliegos.

Entiende, en definitiva, la parte recurrente que la aplicación del artículo 75 LCSP supone el incumplimiento del artículo 80.2 ROTT.

2.- Reproducimos seguidamente los dos preceptos citados, el artículo 75 LCSP y el artículo 80.2 RPTT, en los que la parte recurrente fundamenta su recurso.

El artículo 80.2 del RD 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (ROTT), dispone lo siguiente:

"Varias empresas podrán presentar una proposición conjunta, sin necesidad de constituir una unión temporal ni ninguna otra forma de colaboración empresarial, siempre que hagan constar expresamente su compromiso de constituir una persona jurídica que cumpla las exigencias señaladas en los artículos 43.1.b) de la LOTT y 36 de este Reglamento antes de la adjudicación del contrato, en caso de que su oferta sea la mejor valorada.

En el supuesto regulado en este apartado, deberá resultar acreditado que cada una de las condiciones de solvencia técnica y profesional exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del contrato se cumple al menos por una de las empresas que participan en la proposición conjunta. Asimismo, deberá resultar acreditado que al menos una de tales empresas cumple las condiciones mínimas de solvencia económica exigidas en dicho pliego".

A su vez, el artículo 75 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 LCSP), establece lo siguiente:

"Artículo 75. Integración de la solvencia con medios externos.

1. Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.

[...]

2. Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades"

3.- Con carácter general, hemos de señalar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es favorable al recurso de los licitadores a las capacidades de terceros para cumplir las exigencias de capacidad técnica y económica establecidas por la entidad adjudicataria de un contrato.

Así, la sentencia del TJUE de 2 de diciembre de 1999 (asunto C-176/98, Holst Italia), estableció los siguientes criterios:

"23. Procede señalar, en primer lugar, que, como señala su sexto considerando, el objetivo de la Directiva 92/50 consiste en evitar las trabas a la libre circulación de servicios en la adjudicación de contratos públicos de servicios, del mismo modo que las Directivas 71/304 y 71/305 tienen la finalidad de garantizar la libre prestación de servicios en el ámbito de los contratos públicos.

[...]

26. Tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones se deduce que ningún prestador de servicio puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él.

27. Por consiguiente, un prestador que no cumple, por sí mismo, los requisitos mínimos necesarios para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios puede invocar ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que proyecta recurrir si se le adjudica el contrato.

[...]

31. Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato. Corresponde al Juez nacional apreciar si en el asunto principal se aporta tal justificación".

Esta interpretación del derecho comunitario persigue el objetivo de abrir los contratos públicos a la competencia más amplia posible, en beneficio no sólo de los operadores económicos, sino también de los poderes adjudicadores, como explícitamente reconoce la sentencia del TJUE de 2 de junio de 2016 (asunto C- 27/15, Pippo Pizzo):

"23. El Tribunal de Justicia ha estimado que el Derecho de la Unión no exige que la persona que desee celebrar un contrato con un poder adjudicador sea capaz de realizar la prestación pactada directamente con sus propios recursos para que pueda ser calificada de operador económico que reúne los requisitos para participar en una adjudicación (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, apartado 41).

24. En este contexto, el Tribunal de Justicia consideró que el artículo 47, apartado 2, y el artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 *no establecían ninguna prohibición de principio en cuanto a la posibilidad de que un candidato o un licitador recurriera a las capacidades de una o varias entidades terceras además de a su propia capacidad, para cumplir los criterios establecidos por el poder adjudicador (véase la sentencia de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 30).*

25. Según esta misma jurisprudencia, dichas disposiciones reconocen a los operadores económicos el derecho a basarse, para un contrato determinado, en las capacidades de otras entidades, "independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas", siempre que demuestren ante el poder adjudicador que dispondrán de los medios necesarios para ejecutar dicho contrato (véase la sentencia de 14 de enero de 2016, Ostaš celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, apartado 23).

26. Por lo tanto, procede considerar que la Directiva 2004/18 permite acumular capacidades de varios operadores económicos para cumplir las exigencias mínimas de capacidad establecidas por el poder adjudicador siempre que se acredite ante éste que el candidato o el licitador que invoca capacidades de una o más entidades tendrá efectivamente a su disposición los medios de estas últimas que resulten necesarios para la ejecución del contrato (véase la sentencia de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 33).

27. Tal interpretación es conforme con el objetivo de abrir los contratos públicos a la competencia más amplia posible que persiguen las directivas en esta materia en beneficio no sólo de los operadores económicos, sino también de los poderes adjudicadores (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, apartado 37 y jurisprudencia citada). Además, también puede facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, a lo que tiende asimismo la Directiva 2004/18, como señala su

considerando 32 (véase la sentencia de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 34)"

La sentencia 886/2021, de 21 de junio (recurso 7906/2018), de esta misma Sala, tras la cita de las sentencias del TJUE de 23 de diciembre de 2009 (asunto C- 305/08), 7 de abril de 2016 (asunto C-324/14), 4 de mayo de 2017 (asunto C-387/14) y 3 de junio de 2021 (asunto C-210/20), también llegó a la misma conclusión de que el Derecho de la Unión Europea permite a las empresas integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos, con la finalidad de favorecer el acceso a la licitación de los contratos:

"A modo de recapitulación, bien puede decirse que en el Derecho de la Unión Europea se advierte una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos, contemplándose para ello mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa (principio de complementariedad de las capacidades y principio de funcionalidad), dejando claro la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que en la interpretación de esos mecanismos por parte del poder adjudicador debe imperar el principio de proporcionalidad. Aunque, según hemos visto, esa misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia admite que en determinados casos -y siempre dentro del margen que permita el citado principio de proporcionalidad- el contrato sea considerado indivisible y se excluya la posibilidad de agrupar o acumular las capacidades y experiencias de distintos operadores económicos".

4.- En relación con el contrato de servicio público de transporte regular de viajeros por carretera al que se refiere este recurso, la cláusula 2.2.2) del Pliego de Condiciones delimita su régimen jurídico en forma no coincidente a como lo hace la parte recurrente, pues sujeta el contrato al Reglamento (CE) 1370/2007, así como al Reglamento (UE) 181/2011, a las leyes autonómicas 4/2013, de 30 de junio, de transporte público de personas en vehículos de turismo de Galicia y 2/2017, de 8 de febrero, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación y demás legislación sectorial autonómica de aplicación, así como a los preceptos que tengan la condición de básicos de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y con carácter supletorio, los preceptos no básicos de la LOTT y su Reglamento aprobado por RD 1211/1990, de 28 de septiembre, y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

No puede sostenerse, por tanto, como hace la parte recurrente, la prevalencia del ROTT sobre la LCSP, pues de acuerdo con la cláusula 2.2.2) del Pliego de Condiciones, ambas normas son de aplicación supletoria.

De acuerdo con la disposición final segunda de la LOTT, ninguno de los artículos de dicho texto legal citados por la parte recurrente en su escrito de interposición (artículos 19.2.g/, 43.1.d/, 54.2 y 73.2.f/) constituyen legislación básica. De los preceptos que cita la parte recurrente, solo constituye legislación básica, según la citada disposición final 2.ª de la LOTT, el artículo 71 de la LOTT, del que la parte recurrente invoca su párrafo tercero, para sostener que en lo no previsto por la LOTT, ni en la reglamentación de la Unión Europea, la gestión de los transportes de viajeros por carretera se regirá 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.

La aplicación con carácter supletorio de la LCSP resulta igualmente, como antes se ha visto, de la cláusula 2.2.2) de pliego de condiciones y es una cuestión sobre la que no existe controversia entre las partes.

5.- El recurso de casación, como hemos visto al resumir las alegaciones de la parte recurrente, se basa en la prevalencia del ROTT sobre la LCSP y en la incompatibilidad entre la regulación del artículo 80.2

ROTT y del artículo 75 LCSP, de suerte que la prevalencia de la primera norma convierte en inaplicable la segunda.

La Sala, sin embargo, no comparte ninguno de los anteriores argumentos.

6.- Ya hemos visto que la cláusula 2.2.2) del Pliego de Condiciones, al delimitar el régimen jurídico de los contratos de transportes comprendidos en el procedimiento de licitación al que se refiere este recurso, asigna tanto al ROTT como a la LCSP la misma condición de normas supletorias.

Por ello, en la hipótesis que defiende la parte recurrente de incompatibilidad entre lo dispuesto en el artículo 80.2 ROTT y el artículo 75 LCSP, resultaría de aplicación prevalente, por razones de jerarquía normativa, el precepto legal sobre el reglamentario.

Sin embargo, la Sala no considera que la regulación del artículo 80.2 ROTT resulte contradictoria o incompatible con la del artículo 75 LCSP.

El artículo 80.2 RPTT hace referencia a un concreto mecanismo al que pueden acudir las empresas que participan en un procedimiento de licitación para completar la solvencia exigida por la entidad adjudicadora, el de la proposición conjunta de varias empresas, que habrán de comprometerse expresamente a la constitución de una persona jurídica. En este supuesto, el citado precepto reglamentario exige que se acredite que "cada una de las condiciones de solvencia técnica y profesional exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del contrato se cumple al menos por una de las empresas que participan en la proposición conjunta".

Pero el mecanismo de proposición conjunta regulado en el artículo 80.2 ROTT no agota todas las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico aplicable a la licitación que nos ocupa para completar los requisitos de solvencia técnica.

El propio artículo 80.2 del ROTT hace alusión a las uniones temporales de empresa ("...sin necesidad de acudir a una unión temporal..."), que es otro mecanismo, distinto a la proposición conjunta, que permite a las empresas completar los requisitos de solvencia técnica y económico exigidos en la licitación, y que no aparece regulado en la ROTT, sino en los artículos 69 y 75 de la LCSP, de aplicación supletoria de acuerdo con el Pliego de Condiciones antes examinado.

Formula de participación en el concurso que, por cierto, ha utilizado la UTE recurrente.

De igual modo, debe considerarse una fórmula o mecanismo de acreditación de la solvencia técnica o económica requerida para la adjudicación del contrato la integración de la solvencia con medios externos, regulada en el artículo 75 LCSP. Como antes se ha visto, el precepto, con la rúbrica de "Integración de la solvencia con medios externos", prevé que un empresario podrá acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato basándose en la solvencia o medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.

La integración de la solvencia por medios externos, en la forma descrita por el artículo 75 LCSP constituye, por tanto, una forma más de completar la solvencia técnica o económica requerida para celebrar el contrato, distinta de la unión temporal de empresas (artículo 69 LCSP) y de la proposición conjunta (artículo 80.2 ROTT), sin que la Sala considere que su respectivo contenido o su regulación en normas distintas, la LCSP y la ROTT, constituyan una razón válida para no considerar compatibles todas estas formas de participación en el concurso, de la misma manera que no son incompatibles la unión temporal de empresas y la proposición conjunta reguladas en la LCSP y la ROTT respectivamente.

7.- Por las anteriores razones, la Sala considera que no puede acogerse el motivo de impugnación examinado.

TERCERO.- Sobre los efectos de la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia, de 27 de noviembre de 2019.

1.- La parte recurrente alega, como primera cuestión, que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia, en su resolución 270/2019, anuló la exclusión de la oferta de Autos Carballo S.L. e interpuesto recurso contra la adjudicación en el que planteó de nuevo la cuestión de la exclusión de la oferta de Autos Carballo, la sentencia impugnada rechazó que pudiera oponerse contra la adjudicación motivos impugnatorios que ya fueron decididos por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia en su resolución 279/2019.

2.- Esta cuestión no tiene reconocido interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de acuerdo con el auto de admisión a trámite del presente recurso.

No obstante, examinamos la cuestión que suscita la parte recurrente, de conformidad con el artículo 90.4 LJCA que permite a la Sala extender su pronunciamiento a otras cuestiones distintas de las que presentan interés casacional según el auto de admisión a trámite del recurso.

Se trata entonces de examinar el alcance de la resolución firme del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia sobre el acuerdo de exclusión de una oferta, cuando en el mismo procedimiento de licitación se impugna posteriormente el acuerdo de adjudicación.

3.- En resumen, en la resolución 270/2019, sobre la exclusión de la oferta de Autos Carballo, en el que intervino y formuló alegaciones la UTE Autos Morán- Autocares Rodríguez Domínguez, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia resolvió que la aportación de la documentación justificativa no fue extemporánea y no se podía considerar que los parámetros cuestionados en el recurso relativos a la anormalidad de la oferta no estuvieran justificados.

Como se ha indicado, la citada resolución ganó firmeza al no haber sido impugnada.

Con posterioridad, en el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE Autos Morán-Autocares Rodríguez Domínguez contra el acuerdo de adjudicación del contrato, este recurrente volvió a plantear cuestiones relativas a la exclusión de la oferta de Autos Carballo, ya resueltas por la resolución 270/2019, junto con otras cuestiones nuevas relativas a dicha exclusión y cuestiones sobre la adjudicación del contrato.

4.- La resolución 26/2020, de 30 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia desestimó el recurso especial en materia de contratación formulado por la UTE Autos Morán-Autocares Rodríguez Domínguez contra el acuerdo de adjudicación del contrato e hizo especial referencia a su previa resolución 270/2019, recaída sobre el acto de exclusión de la oferta de Autos Carballo en el mismo procedimiento de licitación.

Es importante poner de relieve que la resolución 26/2020 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia en ningún momento declaró la inadmisibilidad del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE Autos Morán-Autocares Rodríguez Domínguez contra el acuerdo de adjudicación del contrato, ni de ninguna de sus alegaciones. Si advirtió que la cuestión relativa a la presentación fuera de plazo por Autos Carballo de la justificación de su oferta declarada anormal, había sido examinada y resuelta en la resolución 270/2019, por lo que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia reiteró en su resolución 26/2020 los razonamientos que había efectuado sobre tal cuestión en su resolución anterior, reproduciendo los mismos en sus fundamentos de derecho.

Además de lo anterior sobre la presentación en plazo de la documentación justificativa de la viabilidad de la oferta, también indicó el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia, en su resolución 26/2020 sobre la adjudicación del contrato, que la UTE recurrente se centra en aspectos del informe de evaluación de la justificación de la viabilidad de la oferta que no resultaron objeto del

pronunciamiento 270/2019 sobre la exclusión de la oferta, pues no habían sido traídos por el anterior recurrente (Autos Carballo).

En consecuencia con lo anterior, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia indicó que, como la UTE recurrente en su recurso contra la adjudicación consideró inviable la oferta del adjudicatario con fundamento en aspectos diferentes de los que sirvieron de base a la resolución 270/2019, debía proceder a su resolución, a fin de no ocasionar indefensión a la UTE recurrente, y entró efectivamente a resolver las alegaciones de la UTE recurrente sobre la inviabilidad de la oferta por razón de los gastos e ingresos previstos por el adjudicatario (FD 7.º), con el resultado de la desestimación del recurso especial en materia de contratación.

5.- En su recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución 26/2020 del Tribunal Administrativo de Contratación de Galicia ante la Sala de este orden jurisdiccional del TSJ de Galicia, la UTE Autos Morán-Autocares Rodríguez Domínguez alegó, entre otras cuestiones, que la admisión y la reincorporación de Autos Carballo en la licitación fue irregular y ha viciado todos los actos posteriores del proceso de licitación, incluida la adjudicación.

La sentencia impugnada da la siguiente respuesta a las alegaciones relativas a la exclusión de la oferta de Autos Carballo S.L.U, formuladas por la UTE Autos Morán-Autocares Rodríguez Domínguez en su recurso contra la adjudicación del contrato, en la forma siguiente:

"No impugnó la ahora demandante la resolución del tribunal administrativo de contratación de 27.11.19, por lo que se discute si ese acto firme y consentido vincula al presente recurso. Como ya se había planteado lo mismo en el recurso especial, se pronunció sobre tal extremo aquel tribunal en su resolución de 30.01.20, que se remitió a lo ya razonado en la anterior, si bien luego analizó los argumentos nuevos sobre los que no se había llegado antes a pronunciar.

[...]

La posibilidad de que al resolver cuestiones, se reproduzcan otras ya decididas en resoluciones firmes, es factible en procedimientos complejos, como el de contratación, pues, como ha indicado la STS de 28.02.17, *cuenta con diversas fases, como las de preparación y adjudicación y la de ejecución, donde se pueden producir actuaciones impugnables; con todo, ello no es óbice para tener en cuenta que los actos y planteamientos que ganaron firmeza, no pueden revisarse con ocasión de los recursos dirigidos contra actos posteriores...*

[...]

Pasando al caso que aquí se analiza, no cabe duda que la resolución del tribunal administrativo de contratación que confirmó la adjudicación del contrato puede ser impugnable en esta vía jurisdiccional, pero ello no significa que no se deba respetar el pronunciamiento de la resolución firme anterior de 27.11.19 que perjudicaba a la otra licitadora (aquí la actora), en la medida en que la retroacción de la actuación invalidada conducía necesariamente a otorgar el contrato a su oponente. No obstante, había una parte que sí era revisable, que era aquella sobre la que no se llegó a pronunciar tal resolución, como bien indicó la resolución de 30.01.20 que aquí se impugna. Y es que, al igual que sucede con la cosa juzgada, en el proceso contencioso-administrativo existen peculiaridades innegables, pues basta con que el acto administrativo posterior sea distinto en el tiempo o en la forma al anterior para que la virtualidad de esas excepciones se ensombrezcan (SsTS de 28.10.85, 30.10.85 y 25.11.00), *de modo que nada impide que ahora se puedan revisar los pronunciamientos de la resolución de 30.01.20 que se añadieron a los ya recogidos en la firme de 27.11.19.*

En consecuencia con dichos razonamientos, la sentencia impugnada distinguió entre los argumentos de la resolución 26/2020 del Tribunal Administrativo relativos a las cuestiones decididas en la resolución firme 271/2019, que como hemos visto hacían referencia a la presentación en plazo de la

documentación justificativa de la viabilidad de la oferta de Autos Carballo y los nuevos argumentos, bien sobre la exclusión de la oferta, bien sobre la adjudicación, que no había sido resueltos en la previa resolución 271/2019, procediendo a examinar y resolver estos últimos.

6.- La Sala considera que debe desestimar el motivo de impugnación sobre la falta de pronunciamiento de la sentencia impugnada respecto de las cuestiones relativas a la presentación en plazo de la oferta de Autos Carballo, pues coincide con la sentencia impugnada en la consideración de que las cuestiones resueltas en resoluciones administrativas que ganaron firmeza no pueden volver a revisarse con ocasión de los recursos dirigidos contra actos posteriores.

La UTE Autos Morán-Autocares Rodríguez Domínguez pudo recurrir la resolución 270/2019 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia, que se pronunció sobre la presentación dentro de plazo por Autos Carballo de la documentación justificativa de la viabilidad de su oferta, pero no lo hizo, por lo que debe asumir las consecuencias de la firmeza de la resolución.

Así resulta del artículo 113 de la LJCA, que establece que "Contra los actos firmes en vía administrativa, sólo procederá el recurso extraordinario de revisión cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 125.1" y es claro que, en el presente caso, no se ha interpuesto dicho recurso, sino un recurso especial en materia de contratación, que no permite la revisión de resoluciones firmes en vía administrativa.

CUARTO.- La respuesta a la cuestión de interés casacional.

De los razonamientos anteriores resulta que la respuesta que debe dar la Sala a la cuestión de interés casacional formulada en el auto de admisión a trámite del recurso, es que en un procedimiento de licitación para la contratación del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera, la acreditación del requisito de la solvencia técnica sobre el número de autobuses exigido para la adjudicación, y sin perjuicio de las concretas especificaciones que pueda efectuar al respecto el pliego de condiciones, puede lograrse mediante el mecanismo de integración de la solvencia por medios externos, en la forma descrita por el artículo 75 LCSP que constituye, por tanto, una forma más de completar la solvencia técnica requerida para celebrar el contrato, distinta de la proposición conjunta (artículo 80.2 ROTT), sin que la Sala considere que su respectivo contenido o su regulación en normas distintas constituyan una razón válida para no considerar admisibles y conformes a derecho ambas formas de acreditación de la solvencia técnica.

QUINTO.- Conclusión y costas.

1.- De lo hasta aquí expuesto resulta la desestimación del recurso de casación interpuesto por la representación Autos Moran S.L. y Autocares Rodríguez Domínguez S.L., Unión Temporal de Empresas, contra la sentencia de 16 de abril de 2021, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso 7199/2020.

2.- Por disposición del artículo 93.4 de la LJCA, cada parte abonará las costas del recurso de casación causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- Declarar no haber lugar y, por tanto, desestimar el presente recurso de casación número 5376/2021 interpuesto por Autos Moran S.L. y Autocares Rodríguez Domínguez S.L., Unión Temporal de Empresas, contra la sentencia de 16 de abril de 2021, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso 7199/2020.

2.- No imponer las cosas de casación a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.