



Roj: **STS 3944/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:3944**

Id Cendoj: **28079130072014100303**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **24/09/2014**

Nº de Recurso: **1375/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Septiembre de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 1375/13 interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén nombre y representación de la entidad mercantil TRAPSAYATES, SL, contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, Sección 1ª, en el recurso núm. 795/08, seguido a instancias del Club Marítimo de Mahón, al que se acumuló el 169/2009 seguido a instancia de la Asociación de Clubes Náuticos de Baleares, contra la Resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares de 2 de octubre de 2008 y la Resolución de 22 de diciembre de 2008 del Presidente de la Autoridad Portuaria adjudicando el concurso EM 565 a la empresa TRAPSAYATES, SL de la gestión de los puestos de amarre en el Muelle de Levante entre Punta de Cala Figuera y Punta del Rellotge del Puerto de Mahón publicada en el BOE de 8 de enero de 2009. Ha sido parte recurrida el Club Marítimo de Mahón representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Valentina Gómez Valero y la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso administrativo 795/08 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, Sección 1ª, se dictó sentencia con fecha 19 de marzo de 2013, que acuerda: "PRIMERO: DESESTIMAMOS LAS INADMISIBILIDADES alegadas por la defensa de la Administración General contra los recursos contenciosos administrativos interpuestos de adverso. SEGUNDO: ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO seguido a instancias del CLUB MARÍTIMO DE MAHÓN y de la ASOCIACIÓN DE CLUBES NÁUTICOS DE BALEARES contra la Resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares de 2 de octubre de 2008 y la Resolución de 22 de diciembre de 2008 del Presidente de la Autoridad Portuaria adjudicando el concurso EM 565 a la empresa TRAPSAYATES, S.L. de la gestión de los puestos de amarre en el Muelle de Levante entre Punta de Cala Figuera y Punta del Rellotge del Puerto de Mahón publicada en el BOE de 8 de enero de 2009. TERCERO: ANULAMOS los actos administrativos impugnados por no ser acordes a la legalidad del ordenamiento jurídico. CUARTO: ACORDAMOS LA RETROACCIÓN del procedimiento al momento en que la Comisión Técnica efectúe una nueva valoración de la oferta más ventajosa que deberá estar perfectamente motivada. QUINTO: DESESTIMAMOS el resto de pretensiones ejercidas en el debate. SEXTO: Todo ello sin costas".

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de TRAPSAYATES, SL se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

**TERCERO.-** Dicha representación procesal, por escrito presentado el 28 de mayo de 2013 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.



**CUARTO.-** La representación procesal del Club Marítimo de Mahón por escrito de 10 de enero de 2014 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

El Abogado del Estado mediante escrito de fecha 4 de febrero de 2013 manifiesta que se abstiene de formular oposición.

**QUINTO.-** Por providencia de 19 de mayo de 2014 se señaló para votación y fallo para el 17 de septiembre de 2014, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal de la entidad mercantil TRAPSAYATES, SL, interpone recurso de casación 1375/2013 contra la sentencia estimatoria parcial de fecha 19 de marzo de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, Sección 1<sup>a</sup>, en el recurso núm. 795/08, deducido por del Club Marítimo de Mahón, al que se acumuló el 169/2009 seguido a instancia de la Asociación de Clubes Náuticos de Baleares, contra la Resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares de 2 de octubre de 2008 y la Resolución de 22 de diciembre de 2008 del Presidente de la Autoridad Portuaria adjudicando el concurso EM 565 a la empresa TRAPSAYATES, SL, gestión de los puestos de amarre en el Muelle de Levante entre Punta de Cala Figuera y Punta del Rellotge del Puerto de Mahón.

Resolvió la Sala anular los actos administrativos impugnados acordando la retroacción del procedimiento al momento en que la Comisión Técnica efectúe una nueva valoración de la oferta más ventajosa que deberá estar perfectamente motivada.

En el fundamento PRIMERO (completa en CENDOJ Roj : STSJ BAL 158/2013) se remite a los antecedentes respecto al acto objeto de impugnación.

Reseña los hechos de que parte detallando minuciosamente las puntuaciones de cada licitador en los distintos apartados considerados en el Pliego de Bases del Concurso.

Ya en el TERCERO subraya los alegatos de las partes recurrentes. Rechaza tanto las causas de inadmisibilidad opuestas por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda (ausencia acuerdo para impugnar del órgano societario) como que de forma extemporánea e impropia formuló en trámite de conclusiones (impugnación de actos que son mera reproducción y confirmación de un acto anterior al no haber impugnado la admisión de ofertas) la cual refuta. Sentencia la Sala que las partes han impugnado el Acuerdo del Consejo de Administración de 2 de octubre de 2008 y la Resolución publicada en el BOE el 8 de enero de 2009 (es decir la de 22 de diciembre de 2008) de forma que ello permite la revisión de todo el concurso sin que tuvieran necesidad de tener que impugnar individual y aisladamente la admisión de ofertas, porque lo que cuestionan es el resultado obtenido y la decisión de adjudicación efectuada por la Administración a favor de TRAPSAYATES, SL.

Finalmente en el CUARTO enjuicia la denunciada falta de motivación, art. 54 LRJAPAC y jurisprudencia de aplicación.

Señala que en el supuesto de autos *"la Base novena establece unos criterios para la calificación de las ofertas presentadas que se valoran aritméticamente en relación a la cuantía del canon anual, la cuantía de las tarifas propuestas y el periodo de duración del contrato. Y esa valoración resulta objetiva aplicando la fórmula establecida en tales criterios. Sin embargo, otros elementos tienen una faceta mucho más subjetiva y no existe aplicación o fórmula matemática para su valoración de forma que requieren una valoración subjetiva. Ese es el caso de la viabilidad, oportunidad y bondad del proyecto presentado, debiendo tenerse en cuenta la inversión a realizar, la cantidad de las actuaciones previstas, la calidad de las actuaciones propuestas, la adecuación del proyecto al entorno y al medioambiente, las inversiones dedicadas a la promoción de la actividad náutico-deportiva y el rigor del estudio económico-financiero y adecuación de la capacidad financiera a la inversión prevista. Necesariamente en la valoración de esos criterios debe hacerse un juicio razonado respecto a cada uno de esos criterios para poder conocer el razonamiento de la administración para llegar al resultado final de la valoración.*

La Sala considera que *"la Comisión Técnica en su informe de 6 de octubre de 2004 en su valoración de la viabilidad, oportunidad y bondad del proyecto de obras e instalaciones y servicios complementarios propuestos en la base 9<sup>a</sup>, debía valorar separadamente todos esos criterios, analizando separadamente la cantidad y calidad de las actuaciones propuestas, la inversión a realizar, la adecuación del proyecto al entorno, las inversiones dedicadas a la promoción náutico-deportivas y el rigor del estudio económico financiero. Pero en su actuación*

*ni desglosa su puntuación entre esos diversos parámetros, ni expone otros criterios utilizados de valoración, de forma que no es posible conocer cómo llega la Administración a la puntuación final obtenida por cada licitador respecto a esos concretos elementos, a qué le han dado más preponderancia, en definitiva cuál es el criterio seguido que finalmente cristaliza en la puntuación obtenida. Y lo mismo ocurre respecto a la valoración del rigor del estudio económico financiero y adecuación de la capacidad financiera a la inversión prevista. Todo ello exige una motivación que no se circunscribe a la mera puntuación, sino que es preciso exponer los razonamientos o explicaciones que conducen al resultado obtenido y es la razonabilidad de esas explicaciones lo que permite concluir si se ha respetado o no los parámetros establecidos en las Bases del concurso".*

Subraya la importancia de la motivación con reproducción del artículo 93-5 del RD Legislativo .

*Afirma que "con el proceder que se deduce del expediente es imposible conocer cuál ha sido el razonamiento administrativo que ha producido el resultado obtenido y cuál ha sido la valoración administrativa respecto a cada criterio fijado en las Bases. No es posible conocer en definitiva por qué se llega a la puntuación dada y esa falta de conocimiento impide poder efectuar un juicio revisor de esa decisión que permita conocer si ha existido arbitrariedad en esa decisión".*

*Recalca que "tampoco la propuesta de adjudicación del concurso público, ni posteriormente la resolución del Presidente de la APB motivan la decisión administrativa de considerar la propuesta presentada por TRAPSAYATES, S.L. como la oferta más ventajosa. A tal efecto en la Propuesta de Adjudicación firmada por el Director de la APB el 25 de septiembre de 2008 se indica: "Las ofertas se analizan teniendo en cuenta los elementos señalados en la base 9ª del concurso, así como el objetivo fundamental de prestación de unos servicios públicos de calidad, según se recoge en el informe de la Comisión Técnica que se adjunta. Los licitadores cumplen los requisitos y exigencias de los citados Pliegos. Los proyectos y las ofertas presentadas son acordes con los servicios propuestos y las obras e instalaciones, que propone que se realicen, se ajustan a los señalado en el Pliego de Bases.*

*A la vista del informe de la Comisión Técnica que se adjunta, la oferta de TRAPSAYATES S.L. puede ser considerada la solución más ventajosa, conforme a la valoración realizada de acuerdo con lo establecido en la base 9ª de los Pliegos que rigen el concurso."*

Concluye que, no hay explicación que justifique la elección de la proposición más ventajosa. Por ello no comparte la defensa de la motivación que hace la Abogacía del Estado en su escrito de conclusiones.

*Declara que "las Bases no exigieran una puntuación por subapartados no excluye que no pueda llegar a conocerse cuál es el razonamiento de la Administración para llegar a la puntuación obtenida, después de valorar prioritariamente los elementos determinantes reconocidos en la Base 9ª. Y esa explicación ha de venir dada en el seno del expediente administrativo y en el acto que justifica esas puntuaciones, y no a posteriori como se quiso justificar en el momento de la testifical de los miembros de la Comisión Técnica, de forma que desde el principio ha de conocerse cuál es el razonamiento de la Administración para llegar a su decisión".*

*En definitiva en la decisión administrativa que sirve de base para la adjudicación se conoce únicamente la puntuación obtenida por cada licitador de forma que TRAPSAYATES S.L. es la sociedad que más puntuación ha obtenido pero no se sabe el porqué de esas puntuaciones, ni a qué se deben. Y ese proceder es constitutivo de un incumplimiento no solamente de carácter formal, sino constitutivo de incumplimiento en cuanto al procedimiento de selección, lo cual convierte la decisión administrativa en arbitraria porque no hay forma de conocer por qué la hoy concesionaria constituye la propuesta más ventajosa en relación a las restantes que también concurrieron al procedimiento selectivo. La aceptación de ese argumento comporta la anulación conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , del Acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares de 2 de octubre de 2008 que seleccionó como oferta más ventajosa la presentada por TRAPSAYATES S.L. así como el Informe de la Comisión Técnica de 6 de octubre de 2004 e igualmente procede anular la adjudicación de la autorización para la gestión de los amarres en el Muelle de Levante entre Punta de Cala Figuera y la Punta del Rellotge en el Puerto de Mahón y el otorgamiento de la correspondiente concesión a TRAPSAYATES S.L.*

Añade que el efecto que ha de comportar la estimación del precedente ese argumento derivado de la anulación de la selección de la oferta más ventajosa, se decidirá una vez resueltos todos y cada uno del resto de argumentos impugnatorios esgrimidos en el debate.

En el QUINTO refuta las alegaciones presentadas por el Club Marítimo de Mahón al entender procede su examen en el resto de fundamentos.

En el SEXTO no reputa desacertada la no exigencia de estudio de impacto ambiental en el proyecto presentado.



En el SÉPTIMO concluye queda acreditado que el proyecto de TRAPSAYATES, SL no incumple las Bases del concurso.

Finalmente en el OCTAVO rechaza existiera modificación sustancial del proyecto básico denunciado por las recurrentes, tras lo cual en el NOVENO acuerda la estimación por la falta de motivación antes expresada que lleva aparejada la retroacción para nueva valoración y propuesta de selección de la oferta más ventajosa.

**SEGUNDO.-** 1. Un primer motivo al amparo del art. 88.1.c) LJCA imputa infracción de los arts 45.1 y 65.2 en relación con el art. 33.2 de la LJCA , al no haber entrado a resolver las cuestiones planteadas sobre la desviación procesal y su efecto inmediato de acto consentido por el recurrente y, por ende, la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo.

Defiende que el recurso de la ACNB sólo pudo dirigirse contra la resolución del Presidente otorgando la concesión, pero no contra el acuerdo del Consejo de Administración que seleccionó la oferta más ventajosa de las presentadas al concurso, porque es extemporáneo, y la resolución de la APB de 2 de octubre de 2008 consentida por la ACNB por lo que reputa inadmisibile a tenor del art. 69 de la LJCA .

Sostiene que, el recurso del Club Marítimo de Mahón no fue ampliado a los actos posteriores al original recurrido, pues ni hay solicitud alguna en los autos ni Auto por el que se tenga por ampliado el recurso a los posteriores actos administrativos.

A su entender la extensión de la impugnación por parte del Club Marítimo de Mahón a los actos posteriores al original recurrido (en especial, al otorgamiento de la concesión [22 de diciembre de 2008] y a la aprobación del Proyecto de ejecución, 25 de marzo de 2009), constituye "desviación procesal" Sostiene que, estos acuerdos del Presidente de la APBA por los que, respectivamente, se otorga la concesión de dominio público portuario a la entidad TRAPSAYATES S.L y se aprueba el Proyecto de ejecución que le permitirá al concesionario iniciar las obras previstas, no han sido objeto de recurso contencioso-administrativo ni tampoco se ha solicitado la ampliación de su recurso (recuérdese, el PO 795/2008, contra el acuerdo del Consejo de Administración de la APB de 2 de octubre, por el que se seleccionaba la oferta más ventajosa entre todas las presentadas para la obtención de la concesión), pues no se ha seguido el trámite exigido en la LJCA de ampliar el recurso, tal y como establece el art. 36 de la LJCA .

Entiende hubo desviación procesal de la Sala al resolver cuestiones que no fueron objeto de impugnación en el escrito de interposición del recurso así como que debió apreciar extemporaneidad del recurso.

1.1. El Abogado del Estado se abstiene de formular oposición previa autorización.

1.2. El Club Marítimo de Mahón muestra su oposición al primer motivo.

Objeta, en primer lugar que, la inadmisibilidad que TRAPSAYATES, S.L. defiende no fue alegada por ella en ninguna fase de la instancia sino que lo fue por la Abogacía del Estado y, además, en el escrito de conclusiones presentado en defensa de la Autoridad Portuaria de Baleares (APB en adelante) Autoridad que, recalca, no ha recurrido la sentencia.

Respecto de la extemporaneidad de la ACNB la rechaza por cuanto si bien es alegada no se encuentra explicada.

Tampoco acepta la otra causa de inadmisibilidad por cuanto acertadamente la Sala entendió no había extemporaneidad en el otro recurso.

Insiste en que no conviene olvidar que hay una acumulación de autos:

a) El 795/2008, interpuesto por el CMM contra el acuerdo del consejo de administración de la APB de 2 de octubre de 2008 que propone al Presidente de la APB seleccionar como oferta más ventajosa la de TRAPSAYATES, SL aceptando el informe de la Comisión Técnica de 6 de octubre de 2004.

b) El 169/2009, interpuesto por la ACNB contra el acuerdo del Presidente de la APB de 22 de diciembre de 2008 de adjudicar el concurso a TRAPSAYATES, SL.

Defiende que, la vinculación entre el informe de la Comisión Técnica, la propuesta del Consejo de Administración y la resolución del Presidente de la APB tienen una íntima vinculación, hasta el punto de que la anulación de cualquiera de ellos comporta la de los demás.

Concluye que el recurso presentado por la ACNB contra la adjudicación del concurso fue presentado dentro de plazo.

Recalca que el recurso presentado por el CMM contra la selección de la oferta de TRAPSAYATES, S.L. se extendió expresamente ya en la pieza de medidas cautelares, es decir, en el propio escrito de interposición en



que se solicitaron, y en la demanda, al acto posterior de adjudicación del concurso que formaba parte de los actos posteriores que tenían causa en el recurrido.

Objeta que TRAPSAYATES, S.L. alega ahora, por primera vez, la inadmisibilidad a pesar de haber consentido con sus propios actos procesales la íntegra tramitación de los dos contenciosos sin alegarlas haciendo suyas unas causas de inadmisibilidad presentadas -y extemporáneamente- por otra parte procesal, que no ha recurrido la sentencia.

Argumenta que una eventual estimación de la casación que dejara fuera de la litis las actuaciones procesales del CMM (y/o, en su caso las de la ACNB) se traduciría en una clara indefensión para cualquiera de dichas recurrentes porque no se les habría dado en la instancia la posibilidad de contrarrestar las alegaciones de inadmisibilidad.

Expone que de prosperar la inadmisibilidad del recurso del CMM por lo que se refiere a la ampliación del contencioso al acuerdo de 22 de diciembre de 2008: (i) el objeto de la litis no variaría porque ese acuerdo fue recurrido por la ACNB, de manera no extemporánea y por tanto constituyó el objeto del contencioso-administrativo y (ii) el análisis que sobre el fondo contiene la sentencia en la parte estimatoria de los recursos mantendría su validez porque la demanda de la ACNB fundamentó su pretensión anulatoria en los mismos argumentos sobre falta de motivación que utilizó el CMM y para ello basta con comparar el contenido de dichas demandas.

2. Un segundo motivo al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA esgrime infracción del art. 54 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAPPAC y de la jurisprudencia aplicable al existir una motivación suficiente del acuerdo de adjudicación dada la discrecionalidad técnica que asiste a la autoridad portuaria en la adjudicación de los puestos de amarre.

Tras explayarse sobre el control de la discrecionalidad técnica, SSTS de 21 de julio de 2009, rec. Casación 2351/2006, 6 de mayo de 2009, rec. Casación 2677/2007, insiste en que queda fuera del control las pretensiones que solo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador.

Rechaza el planteamiento de la Sala. Destaca que la cláusula 9ª del Pliego de Bases para el concurso público de gestión de puestos de amarre en el muelle de Levante, entre Punta Cala Figuera y Punta del Rellotge del Puerto de Mahón, que regula la adjudicación del concurso, desglosa en 8 apartados la calificación de las ofertas, siendo éstos los siguientes:

1. Cuantía del canon (coeficiente de ponderación 4)
2. Viabilidad, oportunidad y bondad del proyecto de obras, instalaciones y servicios propuestos (coeficiente 3)
3. Promoción de la actividad náutico-deportiva (coeficiente 3)
4. Rigor del estudio económico-financiero y adecuación de la capacidad financiera a la inversión prevista (coef. 3)
5. Cuantía de las tarifas propuestas para el público (coef. 2)
6. Periodo de duración del contrato (ponderación 2)
7. Medios y servicios ofertados y compromisos de certificación de calidad y de gestión medioambiental (coef. 1)
8. Circunstancias particulares relativas a cada licitador (coef. 1)

Defiende que de la redacción de las Bases que rigen el concurso no se deriva la necesidad de desglosar los subapartados.

Aduce que, ni el Pliego de Bases ni la Base no fueron impugnadas por el Club Marítimo de Mahón, sino que aceptándolo expresamente se sometió a su régimen jurídico y sistema de valoración. Del otro recurrente, la ACNB, ya ha dicho que su impugnación del resultado del concurso (resolución del Consejo de Administración de la APBA de 2 de octubre de 2008, por la que se seleccionaba la oferta más ventajosa) incurre en una clara causa de inadmisibilidad, por ser extemporáneo el recurso contencioso-administrativo y haber devenido para ella firme y consentida la resolución impugnada.

Recuerda que todas las ofertas fueron admitidas por la Mesa de contratación y que, en el momento de la admisión, no se hizo constar reserva u observación alguna al sistema de valoración previsto en el Pliego. Tampoco se ha solicitado en ningún momento explicación a la APB por parte de ninguno de los ofertantes y, desde luego, por parte del actor el Club Marítimo de Mahón, sobre las razones del juicio técnico o de valoración efectuado por la Comisión Técnica.



Esgrime que la decisión administrativa no impide su control por el órgano jurisdiccional, al incorporar una puntuación desglosada para cada uno de los elementos a valorar fijados por las Bases del Concurso tal y como exige, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2009 (Recurso de Casación núm. 1346/2008).

Defiende que, la obligación de motivar los actos administrativos que ponen fin a un procedimiento de concurrencia competitiva, de conformidad con la concreta previsión del artículo 54, apartado 2º, de la LRJAPPAC se cumple cuando se respeta lo que al respecto dispongan las bases de la convocatoria que regule tales procedimientos. En efecto, en la interpretación del artículo 54.2 de la Ley 30/1992, la jurisprudencia, tal y como reconoce, invoca la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009 (Recurso de Casación núm. 2351/2006).

Afirma que, cuando la discrecionalidad técnica se ejerce en el marco de un procedimiento de concurrencia competitiva, "no siempre es exigida una motivación concreta y detallada de las razones que amparan la adopción de una determinada puntuación", Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2009 (Recurso de Casación núm. 2677/2007).

2.1. También es refutada por la parte recurrida remitiendo a los argumentos de la sentencia impugnada.

Insiste en que el error grave de la AP fue el de no razonar ni explicar -ni en el informe de la Comisión Técnica, ni en la propuesta del Consejo de Administración, ni en la propia resolución de adjudicación del concurso- la comparativa de puntuación que en cada caso se atribuía a una y a otra concursante.

**TERCERO.-** Antes de resolver los motivos procede despejar el recurso de revisión formulado por Autotrade Selección, SL contra el Decreto de 22 de julio de 2014 confirmatorio de la diligencia de ordenación de 1 de julio por la que se declaraba no haber lugar a lo solicitado por escrito e 27 de junio de 2014 al no haber sido emplazada la mercantil por la Administración como parte interesada.

Tiene razón el Decreto cuestionado en cuanto que del expediente administrativo no se desprende que la mercantil Autotrade Selección SL sea parte interesada en el mismo en el sentido del art. 21.1. b) LJCA, único aspecto que aquí debemos atender, razón por la que no fue emplazada en la instancia.

Alega la recurrente que ostenta diversos derechos sobre el uso y explotación de la concesión entre los cuales se encuentra un derecho de prenda sobre los ingresos totales que se obtengan en un futuro, por lo que parece pretende defender los derechos de la recurrente TRAPSAYATES, SL y no la anulación de la concesión, como argumenta el Abogado del Estado para no oponerse a la personación.

Así se colige de su exposición sobre que si se extingue la concesión en cuestión la consecuencia inmediata sería la extinción automática de los derechos de Autotrade Selección SL sobre los atraques en cuestión.

Lo anterior constituye una pura cuestión civil que no afecta al ámbito de la contratación pública en la que no existe la acción pública en defensa de la legalidad ni el interés legítimo en el ámbito de la contratación puede expandirse a sujetos que no comparecieron en la licitación.

No se trata de un supuesto de los introducidos por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, en los arts. 40.1, 40.2 y 41 Texto Refundido Ley Contratos Sector Público.

Y es patente que no cabe una personación en el recurso de casación como coadyuvante del recurrente.

**CUARTO.-** La importancia de juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición se encuentra plasmado en el art. 33 LJCA 1998 en relación con el art. 65.2 de la misma norma.

Lo anterior obliga a someter a las partes los nuevos motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición en que pretenda fundar su resolución. Disposiciones una y otra encaminadas a preservar el principio de contradicción como eje esencial del proceso y evitar, por ende, la incongruencia por exceso.

No puede prosperar el alegato de quebranto del apartado segundo del art. 33 LJCA.

A la anterior conclusión se llega en razón de que la Sala de instancia rechazó la invocación, planteada por el Abogado del Estado en tiempo y forma extemporánea, dado el tenor del art. 65.1 LJCA, de existencia de acto consentido y firme.

No se está en el supuesto examinado en la Sentencia de 30 de setiembre de 2013, recurso de casación 4995/2010 en que este Sala, Sección Tercera, afirmó que la de instancia debió examinar el cumplimiento del requisito formal denunciado en el trámite del art. 65 LJCA. En aquel caso se trataba de la correcta constitución de la relación jurídico procesal, que incluso puede apreciarse de oficio y respecto de la que el Tribunal debía responder al condicionar la viabilidad del recurso contencioso administrativo.



La no aceptación de la pretensión del Abogado del Estado (que, por otro lado, se ha aquietado con el pronunciamiento de la Sala de instancia) no puede calificarse de infracción de las normas reguladoras de la sentencia. La Sala de instancia se pronunció expresamente sobre la excepción planteada.

Y no se vislumbra quebranto del apartado segundo del art. 65 de la LJCA en cuanto concede facultad al órgano judicial para plantear a las partes la presentación de alegaciones en el trámite de conclusiones. La Sala resolvió dentro del ámbito circunscrito por las partes.

Tampoco lesión del art. 45.1 LJCA.

La existencia de dos recursos acumulados, como bien subraya la recurrida Club Marítimo de Mahón en su oposición al motivo, contra la proposición de la oferta más ventajosa y contra el ulterior acuerdo de adjudicación del concurso, abrió la posibilidad de examinar ambos actos.

Por ello era innecesario que la primera impugnación ampliara el recurso al acto posterior al citado en el escrito de interposición del recurso que ya había sido objeto de recurso por otro litigante.

**QUINTO.-** Para resolver el segundo motivo en que se engarza "discrecionalidad técnica" y "motivación" resulta oportuno reproducir el FJ 4º de la Sentencia de esta Sala y Sección de 4 de junio de 2014, recurso de casación 376/2013, pronunciada también en un marco de concurrencia competitiva, no como aquí de gestión de servicios públicos, sino de acceso a la función pública, mas que ilustra la evolución de la doctrina al respecto. "El debido análisis de lo suscitado en los motivos de impugnación suscitados en la demanda formalizada en la instancia aconseja recordar, con carácter previo, la jurisprudencia sobre el significado y ámbito que ha de reconocerse a la llamada doctrina de la discrecionalidad técnica, y sobre las posibilidades que ofrece el control jurisdiccional frente a los actos de calificación especializada en los que se proyecta dicha doctrina, en especial en lo referente al nivel de motivación que les es exigible.

Esa jurisprudencia, procedente de este Tribunal Supremo (TS) y del Tribunal Constitucional (TC), está caracterizada por el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa ( artículo 106.1 CE ), y sus líneas maestras e hitos evolutivos se pueden resumir en lo que sigue.

1.- La legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica fue objeto de reconocimiento por la STC 39/1983, de 16 de mayo, que justificó y explicó su alcance respecto al control jurisdiccional con esta declaración:

*"Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, (...)"*.

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989, que se expresa así:

*"Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la **competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho**, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE".*

3.- La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños".

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.



Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

La anterior distinción está presente en la STC 215/1991, de 14 de noviembre, como también en numerosas sentencias de esta Sala (entre otras, en las SSTs de 28 de enero de 1992, recurso 172671990; de 11 de diciembre de 1995, recurso 13272/1991; 15 de enero de 1996, recurso 7895/1991; y 1 de julio de 1996, recurso 7904/1990).

**4.-** Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico.

Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los *aledaños* de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional ( artículo 9.3 CE ) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.

Así se expresa STS de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002 :

*"(...) Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución que con ese argumento se denuncia.*

*La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( artículo 9.3 CE ).*

*Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.*

*Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate".*

**5.-** La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cual debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Son exponente de este último criterio jurisprudencial los pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006), sobre concursos de personal docente universitario ( STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004 ), sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos ( STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004 ); o sobre procesos selectivos en las distintas Administraciones Públicas ( STS de 18 de diciembre de 2013, casación 3760/2012 )".

**SEXTO.-** En línea con la doctrina precitada resulta conforme a nuestra jurisprudencia la conclusión de la Sala de instancia acerca de que, independientemente de que las Bases no especifiquen la necesidad de desglosar los distintos apartados si lo exige el principio general de la motivación, art. 54.2 LRJAPAC, y los principios generales de la propia normativa sobre contratos públicos reflejada en la sentencia cuya .





Debemos resaltar que, además de los tradicionales principios de transparencia, concurrencia y publicidad insitos a nuestro sistema de contratación pública, la sucesivas modificaciones legislativas (al amparo de diversas Directivas) hacen también hincapié en la necesaria motivación en la adjudicación de los contratos.

No resulta, pues aplicable lo vertido en la Sentencia de 21 de julio de 2009, recurso de casación 2351/2006 , Sección cuarta, con cita de la Sentencia de 4 de abril de 2007, recurso de casación 9513/2004, en cuanto que la puntuación en un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva constituye la motivación del acto final de calificación y evaluación en razón a la evolución de nuestra jurisprudencia expresada en el fundamento precedente. Ni tampoco lo vertido en la Sentencia de 6 de mayo de 2009, recurso de casación 2677/2007 , con cita de la de 14 de julio de 2000 , por idéntica razón de progresión jurisprudencial.

Si resulta aplicable, mas en sentido contrario al esgrimido por el recurrente, lo manifestado en la Sentencia de 16 de setiembre de 2009, recurso de casación 1346/2008 en línea con la jurisprudencia reflejada en el fundamento anterior. Justamente en su FJ 5º se estima el recurso de casación deducido en razón de que " *no figura en las actuaciones cual había sido la concreta puntuación concedida a la respuesta que se había dado por el recurrente a cada una de las preguntas y subpreguntas del segundo ejercicio, ni, por tanto, cual hubiera sido la razón de esa puntuación global*"... "*omisión que podía afectar a los elementos susceptibles de control judicial incluso en los casos de utilización de la discrecionalidad técnica*" por lo que en el FJ 6º se acuerda la retroacción del procedimiento para que se practique otra valoración indicando cual es la concreta y específica puntuación que se atribuye a cada una de las preguntas y repreguntas y la razón de ser de cada una de las puntuaciones asignadas.

**SÉPTIMO.-** En consonancia con todo lo acabado de exponer en el fundamento precedente resulta evidente que cualquier licitador afectado por el concurso tiene derecho a conocer la motivación de las puntuaciones que hayan sido aplicadas por la Comisión Técnica.

Lo anterior es obligatorio para la Administración cuando le haya sido solicitada por un licitador excluido, conforme al art. 93.5 RDL 2/2000, de 16 de junio . Mas cuando, como en el caso de autos se desconoce su contenido al tener sólo como fuente unos dígitos carentes de explicación, procede la retroacción tal como acordó la Sala de instancia.

Recordemos que, en el ámbito de la contratación, la Sentencia de 16 de diciembre de 2004, recurso de casación 5766/2000, Sección Cuarta , en su FJ Sexto había recalcado que la discrecionalidad juega con anterioridad a la adjudicación al decidir cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando eso sí las reglas que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación pública: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa. Y se subrayó que no cabe confundir la discrecionalidad de que pueda gozar la administración en la fijación de la baremación de los distintos criterios que constituyen las normas del concurso frente a la ausencia de discrecionalidad en la asignación de la puntuación con arregla a los distintos criterios prefijados en el pliego.

Discrecionalidad que para ser controlada jurisdiccionalmente y respetar la interdicción de la arbitrariedad exige la oportuna motivación siendo insuficiente la mera asignación de puntuaciones sin fundamentación alguna.

Como refleja el FJ 5º de la Sentencia de 4 de junio de 2014 "*Es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya estos dos elementos inexcusables: (a) los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y (b) las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen, en el ejercicio realizado por cada aspirante, a la concreta puntuación y calificación aplicada.*"

No prospera el segundo motivo.

**OCTAVO.-** Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción , a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente, a tenor del apartado tercero del art. 139 LJCA , la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte éstas o hasta una cifra máxima". Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil , la cantidad de 6000 euros a abonar a la recurrida.

Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

**FALLAMOS**



No ha lugar al recurso de casación deducido por la entidad mercantil TRAPSAYATES, SL, contra la sentencia estimatoria parcial de fecha 19 de marzo de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, Sección 1ª, en el recurso núm. 795/08, seguido a instancias del Club Marítimo de Mahón, al que se acumuló el 169/2009 seguido a instancia de la Asociación de Clubes Náuticos de Baleares. Respecto a las costas estése al último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Nicolás Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva Dª Celsa Pico Lorenzo D. José Díaz Delgado D. Vicente Conde Martín de Hijas **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ