

Roj: **STS 5050/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5050**Id Cendoj: **28079130072014100392**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **22/10/2014**Nº de Recurso: **3111/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el núm. 3111/2013 ante la misma pende de resolución, interpuesto por ALMERAYA S.A., representada por el Procurador don Jaime Briones Méndez, contra la sentencia de 15 de julio de 2013 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (en el recurso núm. 399/2011).

Habiéndose personado como partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y BUS MADRID ALMERÍA S.L., representada por el Procurador don Víctor García Montes.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

"FALLAMOS:

*Que **desestimando** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **Almeraya S.A.** (...) frente a la **Administración del Estado** (...), **Grupo Etnacar SA** (...) y **Bus Madrid Almería S.L.** sobre **Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 20 de julio de 2011**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, sin imposición de costas".*

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, por la representación de ALMERAYA S.A. se preparó recurso de casación, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y acordó se remitieran las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones, la representación procesal de la parte recurrente presentó escrito de interposición del recurso de casación, en el que, tras desarrollar los motivos en que se apoyaba, terminaba con este Suplico a la Sala:

*"(...) dicte Sentencia por el que estime el presente recurso de casación conforme a los motivos que se han esgrimido en este escrito y, en consecuencia estime también íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte conforme a las pretensiones planteadas en la instancia y que consistían se acordara lo siguiente:*

*" (i) la anulación de la Resolución dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales con fecha 20 de julio de 2011; (ii) la consecuente estimación del recurso especial formulado por mi representada contra la Resolución de la Dirección General de Transporte Terrestre de 15 de junio de 2011 y, por lo tanto, (iii) la revocación de esta última Resolución, acordando la retroacción de las actuaciones del procedimiento de licitación al momento en el que fue excluida la proposición de mi representada para que esta sea admitida y, a*



partir de ese momento, prosiga la tramitación del procedimiento de licitación por los correspondientes cauces legales".

**CUARTO.-** La ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO se opuso al recurso mediante un escrito en el que, después de alegar lo que convino a su derecho, pidió:

*"(...) en su día dicte sentencia desestimatoria de este recurso con los demás pronunciamientos legales".*

**QUINTO.-** La representación procesal BUS MADRID ALMERÍA S.L. también se opuso al recurso con un escrito que finalizó así:

*" SUPLICO A LA SALA que (...) acogiendo los motivos de oposición aducidos, acuerde desestimar el recurso de casación y declarar que no ha lugar a casar la sentencia recurrida, con expresa condena de las costas del proceso al recurrente y cuanto más en derecho fuere procedente, (...)".*

**SEXTO.-** Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 8 de octubre de 2.014.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El proceso de instancia versó sobre el expediente de contratación para la adjudicación de la concesión administrativa del servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Madrid y Almería (AC-CON-76/2010), cuya convocatoria fue aprobada, junto al Pliego de Condiciones, por la resolución de 22 de diciembre de 2010 de la Dirección General de Transporte Terrestre, y se publicó en el Boletín Oficial del Estado del día 30 inmediato siguiente.

Ese Pliego de Condiciones establecía:

### « 4.7. DOCUMENTOS QUE HAN DE PRESENTAR LOS LICITADORES

**4.7.1.** La **documentación** se presentara en tres sobres cerrados, debidamente identificados en su exterior, con los formatos y contenidos indicados en el **Anexo VI**.

**4.7.2.** Los errores insubsanables en alguno de los documentos reseñados anteriormente en la cláusula 4.7.1 (Anexo VI), al igual que la omisión o insuficiencia de contenido de alguno de ellos o la existencia de contradicciones entre lo expuesto en diferentes documentos de la oferta, serán causa de su exclusión, por considerarse defectuosa.

**La inclusión en los sobres nº 1 ó nº 2 de documentos correspondientes al sobre nº 3 será causa de exclusión del licitador, por vulnerar el carácter secreto de las ofertas a que se refiere el artículo 129.2 de la LCSP » .**

A su vez, el **Anexo VI** de ese mismo Pliego, referido a " DOCUMENTOS QUE HAN DE PRESENTAR LOS LICITADORES", establecía estos tres sobres:

**SOBRE Nº 1** de "DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA";

**SOBRE Nº 2** de " PROPOSICIÓN ECONÓMICA SOBRE CRITERIOS CUYA PONDERACIÓN DEPENDE DE UN JUICIO DE VALOR"; y

**SOBRE Nº 3** de " PROPOSICIÓN ECONÓMICA SOBRE CRITERIOS CUANTIFICABLES DE FORMA AUTOMÁTICA".

En ese expediente de contratación de que se viene hablando, **la resolución de 15 de junio de 2011** de la Dirección General de Transporte Terrestre adjudicó la mencionada concesión administrativa a la empresa BUS MADRID ALMERÍA S.L. (BAM).

En esta resolución se hace constar que la Mesa de Contratación acordó excluir de la licitación a ALMERAYA S.A y que razón considerada para esa exclusión fue que algunas de las ofertas incluidas en la "proposición económica sobre criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor", del sobre número 2, correspondían a la "proposición económica sobre criterios cuantificables de forma automática" del sobre número 3.

La posterior **resolución de 20 de julio de 2011**, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, desestimó el recurso que ante dicho Tribunal planteó ALMERAYA S.A. contra el acto de adjudicación antes mencionado.

El proceso de instancia fue iniciado por ALMERAYA S.A mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido contra las resoluciones administrativas que acaban de reseñarse, y fue desestimado por la sentencia que es combatida en la actual casación.



El actual recurso de casación lo ha interpuesto también ALMERAYA S.A.

**SEGUNDO.-** El debido estudio de la casación aconseja resaltar previamente lo siguiente: (i) el detalle de las razones ofrecidas por la Mesa de contratación para excluir de la licitación a ALMERAYA; (ii) las prescripciones o normas del Pliego, además de las ya reseñadas en el primer fundamento de esta sentencia, que son también relevantes para la controversia; (iii) cual fue el planteamiento de la impugnación que fue realizada en la demanda formalizada en el proceso de instancia; y (iv) cuáles las razones principales desarrolladas en la sentencia recurrida para justificar su pronunciamiento desestimatorio.

**TERCERO.-** Comenzando, siguiendo el esquema anterior, por la **decisión de la Mesa de Contratación de excluir a ALMERAYA**, tal decisión, como consta en la resolución de 15 de junio de 2011, se adoptó y justificó en los siguientes términos:

«Excluir de la licitación a la empresa Almeraya, S.A. porque

En la página 42 del Libro nº 8 proposición económica sobre criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor el licitador indica:

En los apartados siguientes se describen las actuaciones que proponemos para la línea, Madrid-Almería conforme a la siguiente estructura

\*Procesos de comunicación y venta

(y en relación con esto)

En la página 43 de la misma proposición indica: Las empresas que integramos el Grupo Avanza utilizamos la plataforma de comercialización desarrollada por Ivensys (denominada SVT) que permite..., así como para comprar y gestionar billetes de una manera centralizada, rápida fácil cómoda y flexible. La plataforma integra diferentes canales de comunicación y venta: Web, teléfono fijo, teléfono móvil...

-Página 44 se reitera la referencia a la posibilidad de reserva y compra de billetes, indicando que todos los canales a los que se ha hecho referencia (pag. 42) actúan de manera interconectada (ventaja del tipo taquilla única).

-Página 51, especifica que el usuario puede acceder en la Web, a través de la barra de acceso temático a la guía de compras.

Libro nº11

-Página 31, Dentro del apartado sistema de venta y tráfico se menciona el sistema de gestión integrada de reservas y ventas a través de distintos canales, entre ellos Web y teléfono:

Libro nº12

-Página 47, se menciona como una de las funciones generales de atención al cliente la venta telefónica.

-Página 48, reseña telefónica de billetes.

-Página 67, en el apartado de "Nuevas tecnologías", se establece la utilización de SMS para información a los usuarios.

Estas ofertas corresponden a la proposición económica sobre criterios cuantificables de forma automática (sobre nº 3) y es causa de exclusión según establece el párrafo 2 de la cláusula 4.7.2 del Pliego de condiciones al disponer: "La inclusión en los sobres nº 1 ó nº 2 de documentos correspondientes al sobre nº 3 será causa de exclusión del licitador, por vulnerar el carácter secreto de las ofertas a que se refiere el artículo 129.2 de la LCSP».

**CUARTO.-** En cuanto al **Pliego de Condiciones por el que se regía la adjudicación**, establecía, como ya se ha señalado, lo siguiente:

#### « 4.7.DOCUMENTOS QUE HAN DE PRESENTAR LOS LICITADORES

**4.7.1.** La documentación se presentara en tres sobres cerrados, debidamente identificados en su exterior, con los formatos y contenidos indicados en el Anexo VI.

**4.7.2.** Los errores insubsanables en alguno de los documentos reseñados anteriormente en la cláusula 4.7.1 (Anexo VI), al igual que la omisión o insuficiencia de contenido de alguno de ellos o la existencia de contradicciones entre lo expuesto en diferentes documentos de la oferta, serán causa de su exclusión, por considerarse defectuosa.

**La inclusión en los sobres nº 1 ó nº 2 de documentos correspondientes al sobre nº 3 será causa de exclusión del licitador, por vulnerar el carácter secreto de las ofertas a que se refiere el artículo 129.2 de la LCSP .**

Además de lo anterior disponía, entre otras cosas, lo que continúa:



« **4.10. VALORACIÓN DE OFERTAS**

**4.10.1. Desestimación de ofertas.**

**Serán desestimadas y, consecuentemente, no serán valoradas ni tenidas en cuenta, las proposiciones que no cumplan las condiciones indicadas o en los apartados 2.1. y 2.2. de este Pliego y las que de conformidad con lo indicado en el punto 4.7.2. sean consideradas defectuosas.**

**4.10.3. Criterios de valoración.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 73.2 del ROTT, los criterios de valoración serán los siguientes

**4.10.3.1.** Tarifas ..... 15 puntos (máximo)

**4.10.3.2.** Expediciones ..... 8 puntos (máximo)

**4.10.3.3.** Mejoras en las características de seguridad confort, eficiencia energética, respeto al medio ambiente, accesibilidad de personas de movilidad reducida y antigüedad, de los vehículos adscritos para la prestación de las expediciones ordinarias fijadas en la condición 2.2.1 de este Pliego . ..... 35 puntos (máximo)

**4.10.3.4** Medidas tendentes a mejorar las condiciones de trabajo del personal de conducción..... 4 puntos (máximo)

**4.10.3.5.** Medidas tendentes a facilitar la accesibilidad de personas con la movilidad reducida, distintas de las establecidas como obligatorias en la condición 3.2.15 y de las valoradas como mejoras en la condición 4.10.3.3.1 ..... 5 puntos (máximo)

**4.10.3.6** Instalaciones fijas ..... 4 puntos (máximo)

**4.10.3.7 .** Medidas especiales de atención al público y de comercialización .... 8 puntos (máximo)

- Reserva y venta de billetes por Internet o teléfono 24 horas..... 1,00 punto

- Información por SMS a los usuarios..... 1,00 punto

- Indemnización por retrasos imputables al transportista..... 1,00 punto (máximo)

- Sistemas para la facturación y control de equipajes ..... 1,00 punto (máximo)

- Seguro complementario de viajeros, gratuito ..... 2,00 puntos (máximo)

- Seguro complementario de equipajes, gratuito..... 2,00 puntos (máximo)

**4.10.3.8.** Calidad en el servicio: Compromiso de obtención de certificación de cumplimiento de la norma UNE EN 13816 Transporte Público de Pasajeros, en el plazo máximo de tres años a partir de la fecha del requerimiento que se efectúe al licitador seleccionado, y de su mantenimiento durante el plazo restante de la concesión ..... 4 puntos (máximo)

**4.10.3.9.** Compromiso de absorber o mantener, en su caso, en el momento del inicio de la explotación del servicio, al personal del antiguo concesionario, en idénticas condiciones a las de la concesión que sustituye..... 15 puntos

**4.10.3.10 .** Otras mejoras ..... 2 puntos (máximo)

**4.11. ADJUDICACIÓN**

La Dirección General de Transporte Terrestre clasificará, por orden decreciente de puntuación, las proposiciones presentadas y adjudicará el contrato en el plazo máximo de ocho meses, a contar desde la apertura de las proposiciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145.2. de la LCSP ».

El **Anexo VI del Pliego** , referido a " **DOCUMENTOS QUE HAN DE PRESENTAR LOS LICITADORES**", respecto del **sobre nº 3**, establecía lo siguiente:

«**MODELO DE PROPOSICIÓN ECONÓMICA SOBRE CRITERIOS CUANTIFICABLES DE FORMA AUTOMÁTICA PARA LA LICITACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO REGULAR PERMANENTE Y DE USO GENERAL DE VIAJEROS POR CARRETERA ENTRE MADRID Y ALMERÍA**

Don ..... con residencia en ..... provincia de .....  
calle ..... no ..... y DNI ..... enterado del anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado del día ..... por el que se convoca licitación para la adjudicación de la concesión del servicio público regular de transporte de viajeros por carretera entre Madrid y Almería, así como del Pliego de condiciones aprobado para su celebración:



Formula en nombre (propio, de la Empresa que represente o de la Agrupación de Empresas) la siguiente proposición económica para la adjudicación de la concesión del citado servicio, con expresa aceptación de las condiciones establecidas en el referido Pliego.

**1 Expediciones y calendarios :**

**2. Vehículos ofertados para la realización de todas las expediciones ordinarias propuestas :**

- Número de vehículos:

- Antigüedad máxima ofertada para todos los vehículos

(Indicar estos datos)

- Requisitos opcionales ofertados en los vehículos:

Indicar si son ofertados o no los requisitos siguiente, que se valoran como mejoras (artículo 4.10.3.3.1. del Pliego de Condiciones).

**3. Mejoras en las características de eficiencia energética y de defensa del medio ambiente, de los vehículos.**

- Impacto ambiental: Cumplimiento de la Directiva 88177 ó Reglamento R49, en niveles superiores a EURO 4..... SI NO

**4. Medidas tendentes a mejorar las condiciones de trabajo del personal de conducción**

- Porcentaje de personal con contratación estable .....SI (\*) NO

(\*) Indicar porcentaje ofertado

**5. Instalaciones fijas.**

Relacionar las instalaciones fijas ofertadas, adecuadas al servicio, incluidas las destinadas a aparcamiento de los vehículos y a su mantenimiento, distintas de las estaciones públicas de transporte de viajeros y de los intercambiadores modales públicos, sobre las que el licitador acredite su disponibilidad durante la vida conoesional, con indicación de las mejoras de las condiciones establecidas en el punto 2.2.3. del Pliego, que dichas instalaciones aportan. (artículo 4.10.3.6. del Pliego de condiciones).

**6. Medidas especiales de atención al público y de comercialización** . (artículo 4.10.3.7 del Pliego de condiciones)

- Reserva y venta de billetes por Internet o teléfono 24 horas SI NO

- Información por SMS a los usuarios SI NO

**7. Compromiso de absorber o mantener, en su caso, al personal del antiguo concesionario en idénticas condiciones a las de la concesión que sustituye** (artículo 4.10.3.9. del Pliego de condiciones) ..... SI NO

**8. Tarifa ofertada.**

- Tarifa sin IVA, por viajero km

- Importe del IVA, por viajero km que deba ser repercutido.

(indicar estos datos)

**9. Condiciones de explotación consideradas.**

9.1 Viajero. km /año previstos:

9.2 Ocupación media anual estimada en viajeros/vehículo:

9.3 Estructura de costes:

Personal .....

Amortización .....

Costes financieros .....

Seguros.....

Reparaciones y conservación ....

Combustibles y lubricantes .....





Neumáticos .....

Peajes de autopistas .....

Varios.....

Coste total ..... \_\_\_\_\_

100,00

(Indicar estos datos)

(Fecha y firma)».

**QUINTO.-** El planteamiento impugnatorio de la demanda formalizada en la instancia y la motivación de la sentencia recurrida consistieron en lo que continúa.

**I.- La demanda** reclamó la anulación de las resoluciones administrativas recurridas y la retroacción de las actuaciones del procedimiento de licitación al momento de exclusión de la proposición del recurrente, para que esta fuese admitida y, a partir de ese momento, prosiguiese la tramitación del procedimiento de licitación.

Y esgrimió en apoyo de esta pretensión estos motivos de impugnación:

(i) Improcedente exclusión de la proposición de ALMERAYA porque, en el sobre número 2, no se incluyeron documentos con información que, según las previsiones del Pliego correspondieran exclusivamente al sobre 3.

(ii) Adicionalmente, que la concreta información contenida en los documentos del sobre núm. 2 y aducida por la Administración de mandada no permite la anticipación de la oferta económica del sobre núm.3.

(iii) Subsidiariamente, que la información incluida en la documentación del sobre núm. 3 no contraviene la finalidad de la norma supuestamente infringida; y, consiguientemente, ha habido por parte de la resolución administrativa impugnada una indebida aplicación de los artículos 129.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [LCSP ]. Y 26 y 30 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo , por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

**II.-La motivación desarrollada por la sentencia recurrida** para justificar su fallo desestimatorio está en su fundamento segundo y fue la siguiente.

1.- Transcribió la siguiente prescripción de la cláusula 4.7.2 del Pliego

**« La inclusión en los sobres nº 1 ó nº 2 de documentos correspondientes al sobre nº 3 será causa de exclusión del licitador, por vulnerar el carácter secreto de las ofertas a que se refiere el artículo 129.2 de la LCSP » .**

2.- Reprodujo a continuación esta regla del artículo 134.2 de Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [LCSP ]:

*« La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada».*

3.- Se refirió luego a lo que se establecía en el Anexo VI del Pliego sobre los sobres núms. 2 y 3 y rechazó que existiera una contradicción en el Pliego sobre los contenidos de uno y otro sobre. Lo explicó así:

*«Según el Anexo VI, en el sobre 2 se incluirán las proposiciones económicas sobre criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, con el contenido señalado en el Anexo; y en el sobre 3, la proposición económica sobre criterios cuantificables de forma automática, con el contenido señalado.*

*Afirma la recurrente que existe una contradicción en el Pliego sobre los contenidos del sobre 2 y 3.*

*No podemos aceptar este planteamiento, en el Pliego expresamente se señala que se incluirá en el sobre 2, en cuanto a las medidas de atención al público y comercialización, se refiere expresamente a indemnización por retrasos imputables al transportistas, sistemas para la facturación y control de equipajes, seguro complementario de viajeros gratuito y seguro complementario de equipajes gratuito.*

*Mientras que, en el mismo Pliego, bajo el epígrafe incluir en el sobre 3, Modelo de proposición económica sobre criterios cuantificables de forma automática, en el punto 6, expresamente se señala:*

*Medidas especiales de atención al público y de comercialización (artículo 4.10.3.7 del Pliego de condiciones:*

*Reserva y venta de billetes por Internet o teléfono 24 horas*



*Información por SMS a los usuarios».*

4.- A continuación, expuso sus razones por las que había de considerarse que la recurrente había incurrido en la causa de exclusión que le fue aplicada, y lo hizo en estos términos:

*« No existe duda alguna por tanto de los datos que han de incluirse en el sobre 3 en la cuestión aquí discutida, precisamente porque la documentación incluida por la recurrente en el sobre 2 se refiere expresamente a los extremos contemplados en el punto 6 transcrito, y que se refiere al sobre 3».*

5.- Finalmente hizo estas declaraciones:

*« Por último hemos de señalar:*

*1.- por documentación hemos de entender cualquier soporte que incorpore una información relativa a los datos que han de incluirse en los distintos sobres.*

*2.- la legitimación de la actora está fuera de toda duda, ya que tiene interés en la adjudicación en cuanto participó en la licitación. Aún cuando es la exclusión lo que se discute, despliega sus efectos sobre la adjudicación. Por otra parte, la Administración entró en el fondo de la cuestión controvertida».*

**SEXTO.-** El recurso de casación de ALMERAYA S.A. invoca en su apoyo tres motivos.

**I.-** El primero, formalizado por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción (LJCA ), imputa al fallo recurrido la infracción de los artículos 24.1 y 120 de la Constitución , 33.1 y 67 de la LJCA y 202 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como de la jurisprudencia que ha declarado la necesidad de que los fallos se ajusten a las pretensiones que hayan sido deducidas por los litigantes y a la "*causa petendi*".

Lo aducido inicialmente para sostener este motivo es que la sentencia recurrida reduce los motivos impugnatorios que la parte recurrente esgrimió en la instancia a una única cuestión, la referida a la existencia de una contradicción en el Pliego en relación con el contenido de los sobres 2 y 3, que se formuló de manera accesoria en el escrito de demanda; y, sin embargo, no da respuesta los motivos sustanciales que fundamentaban la pretensión anulatoria y que eran estos: (i) la inexistencia de inclusión de documentación o información del sobre núm 3 en el sobre núm 2; (ii) que el contenido de la documentación del sobre núm 2 no permitía anticipar ni presumir el contenido de la proposición económica del sobre núm 3; y (iii), con carácter subsidiario la improcedente exclusión de la recurrente a partir de una interpretación ajustada a la finalidad de los artículos 129.2 , 144 y 134.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [LCSP]. y de los artículos 26 y 30 del Real Decreto 817/2009 .

En relación con esos motivos de impugnación, dice el recurso que la respuesta a los dos primeros puntos imponía a la sentencia recurrida haber realizado un examen de la documentación e información efectivamente obrante en el sobre núm. 2 y una subsunción de la información incluida en ese sobre núm 2 en los preceptos reguladores de la causa de exclusión aplicada a ALMERAYA; y añade que la sentencia se limita a afirmar que hay documentos del sobre 3 en el sobre 2 pero no explica por qué esto es así.

Y sobre el motivo tercero señala el tercero que la necesidad de abordar lo que en él se planteaba venía exigida tanto por el principio de congruencia, como por el criterio seguido en una anterior sentencia de la propia a Sala de La Audiencia Nacional que declaró la improcedencia de excluir a un licitador cuando materialmente no presenta en el sobre 2 información suficiente para condicional de modo determinante la puntuación de los criterios que dependen de un juicio de valor.

**II.-** El segundo motivo, formalizado por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA señala, en su inicial formulación, la infracción del artículo del artículo 129.2 de la Ley 30/2007 [LCSP], en relación con el artículo 1 del mismo texto legal en cuanto establece los principios de libertad de acceso de las licitaciones (concurrencia), la igualdad y no discriminación.

Y esgrime que tal vulneración se habría producido tomando en consideración esta circunstancia: que ALMERAYA no incluyó en el sobre núm.2 de su oferta documentos o información relativos a la oferta formulada en el sobre núm. 3.

El planteamiento principal con el que se pretende defender este reproche descansa en estas principales ideas que siguen.

Que la razón considerada por la Administración demandada para decidir la exclusión de ALMERAYA se basó en lo que establecía la cláusula 4.7.2 del Pliego, en desarrollo del artículo 129.2 de la LCSP , sobre la exclusión de aquellas ofertas que incluyeran en el sobre núm. 2 documentos correspondientes al sobre núm. 3.



Que si se considera que la sentencia no incurrió en falta de motivación e incongruencia, debe entenderse que desestimó el argumento desarrollado por la recurrente sobre la interpretación que había de darse a dicho artículo 129.2 de la Ley 30/2007 en relación con la cláusula 4.7.2 del Pliego de Cláusulas.

Que la recurrente consideraba que la aplicación de la cláusula 4.7.2 del Pliego, a la luz de los preceptos citados de la LCSP, sólo habría permitido la exclusión de ALMERAYA si en el sobre núm. 2 hubiese incluido documentos del sobre núm. 3 o, a lo sumo, información expresa e inequívoca sobre la oferta formulada en el sobre núm 3.

Y que para la estimación de este motivo procede, por el cauce del artículo 88.3 de la LJCA, integrar la relación de hechos de la sentencia recurrida con los textos del sobre núm 2 que la resolución de adjudicación consideró relevantes para acordar la exclusión de la recurrente.

Ese es el planteamiento principal que se completa con estos otros asertos:

1. La regulación de la legislación de contratos sobre el secreto de las ofertas y los requisitos que cabe extraer en el presente caso para su aplicación.

La afirmación anterior se desarrolla invocando lo que establece el artículo 129.2 de la LCSP sobre el secreto de las proposiciones y sobre la necesidad de arbitrar medios que lo garanticen hasta el momento de la licitación pública; y, con ese punto de partida, se razona a continuación que el debate sobre el sentido que haya de darse a dicho precepto se debe hacer no con criterios formalistas (que, según el recurso, son los que ha seguido la sentencia recurrida al fijarse sobre todo como debe ser el soporte o la forma en la que la documentación del sobre 3 aparezca en el sobre 2), sino destacando que el sentido de ese artículo 129.2 de la LCSP y de la cláusula 4.7.2 tiene un contenido material: que en el sobre 2, relativo a los criterios evaluables con un juicio de valor, no podrá incluirse ni anticiparse la oferta.

Se invoca también la jurisprudencia que ha insistido en la necesidad de aplicar un criterio antiformalista que atienda antes a la satisfacción del principio de concurrencia que al mero cumplimiento burocrático de unos trámites formales; y, avanzando en esta dirección, se subraya que la necesidad de equilibrar las formalidades del procedimiento de adjudicación determina que los principios de libre concurrencia tengan una especial proyección sobre la interpretación de las causas de exclusión de los licitadores.

Tras lo anterior, se aduce que la exclusión de una proposición por contener el sobre núm. 2 información del sobre 3 debe basarse en una inclusión expresa e inequívoca de los contenidos del sobre ulterior; y se subraya especialmente que la exclusión no debe ser posible si todo lo que existe es una mera conjetura o presunción.

2. En el presente caso ALMERAYA no incorporaba documentación ni referencias claras e inequívocas al contenido del sobre núm. 3 habiéndose formulado reserva expresa sobre el contenido de dicho sobre.

Esta otra afirmación se explica diciendo que, para el análisis de este segundo motivo de casación, ha de partirse de esta afirmación y conclusión de la sentencia recurrida:

*« porque la documentación incluida por la recurrente en el sobre 2 se refiere expresamente a los extremos contemplados en el punto 6 transcrito, y que se refiere al sobre 3».*

Se dice a continuación que no se plantea ya la cuestión fáctica de cual era el contenido del sobre núm. 2, sino la cuestión jurídica acerca de si la conclusión que cabe extraer a la vista de esa documentación es el incumplimiento de la cláusula 4.7.2 del Pliego.

Se añade seguidamente que la decisión de esta cuestión hace necesario integrar el relato fáctico de la sentencia recurrida con los contenidos literales de la páginas 42 a 52 del libro num. 8 del sobre núm. 2 de la oferta de Almeralla al amparo de lo previsto en el art. 88.3 de la LJCA .

Y desde el punto de vista así sostenido se sientan estas dos conclusiones:

(a) No es objeto de discusión que en el sobre núm 2 no estaba incluido el modelo de oferta económica correspondiente al sobre núm. 3, ni tampoco una referencia expresa a las variables "Reserva y venta de billetes por Internet o teléfono 24 horas" o "Información por SMS a los usuarios" con un "SÍ" o un " NO" que indicara si se ofertaran para la línea Madrid Almería.

Por lo que no concluía el segundo extremo donde con más claridad podría advertirse la infracción por parte del licitador del artículo 129.2 de la LCSP en su conexión con la Cláusula 4.7.2 del Pliego.

(b) Si se acude a las "páginas 42 a 52 del PCAP" (sic) y se ponen en relación con la exclusión adoptada, puede advertirse que todo lo que justifica esta decisión es una inferencia, deducción o presunción acerca del futuro contenido del sobre núm. 3.





**III.-** El tercer motivo de casación, amparado también en la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA, denuncia la infracción del artículo 129 de la Ley 30/2007 [LCSP] en relación con sus artículos 134.2 y 144.1; y los artículos 26 y 30 del Real Decreto 817/2009.

Para justificar este otro motivo se aduce principalmente que, si se considera que la sentencia no incurrió en falta de motivación e incongruencia, debe entenderse que su fallo contradice la finalidad del sistema implantado por esos artículos de la LCSP que se invocan en el enunciado inicial de motivo.

Lo que se viene a argüir, en esencia, para demostrar el reproche es que, de acuerdo con dicha finalidad, la inclusión de cualquier anticipación del contenido del sobre núm. 3 en el núm. 2 no puede conllevar el efecto excluyente que la sentencia recurrida ha aplicado, pues éste sólo se podrá producir cuando aquella información tenga la aptitud de frustrar la objetiva valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor.

Y se dice que, en el presente caso, la escasa relevancia de la información supuestamente anticipada y su naturaleza de información de acceso público conllevan que la finalidad de la norma no resultara vulnerada.

**SÉPTIMO.-** Entrando ya en el examen del primer motivo de casación, debe ya adelantarse que no es de compartir la falta de motivación y la incongruencia omisiva que se imputa a la sentencia de instancia para intentar sostener las infracciones que se denuncian.

La sentencia recurrida ciertamente es breve y sucinta, pero clara en delimitar los principales puntos polémicos del litigio y en expresar la respuesta que ofrece para tales cuestiones.

Es clara en esa delimitación porque, sin ningún género de dudas, su lectura pone de manifiesto que consideró que la cuestión básica a decidir era si la recurrente había o no incluido en el sobre núm. 2 información correspondiente al sobre núm. 3; y a esa cuestión le da una respuesta que es nítida, así mismo, tanto en su aspecto fáctico como en el jurídico.

Su apreciación fáctica es inequívoca como resulta de esta literal afirmación: *"la documentación incluida por la recurrente en el sobre 2 se refiere expresamente a los extremos contemplados en el punto 6 transcrito, y que se refiere al sobre 3"*.

Y la calificación jurídica que aplica a esa concreta circunstancia de hecho es también, sin sombra alguna de duda, la de encarnar un incumplimiento de estas reglas que inicialmente invoca o transcribe como presupuestos normativos relevantes para decidir la controversia: la cláusula 4.7.7 del Pliego, el artículo 134.2 de la Ley 30/2007 y lo que se establecía en el Anexo VI del Pliego la distinta clase de proposiciones que había de incluirse en los sobres núm. Dos y Tres.

Ha de añadirse a lo anterior que el canon motivación que establece el artículo 120.3 de la Constitución se cumple debidamente cuando, como aquí ha ocurrido, el fallo judicial expresa las premisas fácticas y jurídicas en que sustenta su pronunciamiento y estas son bastantes para poner de manifiesto las razones de su decisión (aunque no sean compartidas).

Que esa motivación no requiere una exacta correspondencia material con la totalidad de los desarrollos argumentales que hayan sido realizados por las partes litigantes, sino que la misma haga visible con total claridad, de manera explícita o implícita, la decisión que se adopta sobre los esenciales motivos que hayan sido invocados por los litigantes para defender sus respectivas pretensiones.

Y que, por lo que hace a la sentencia recurrida, su delimitación de la controversia y su respuesta en los términos que han quedado expuestos, significaron un claro rechazo a los básicos motivos de impugnación que fueron desarrollados en la demanda.

**OCTAVO.-** El estudio de lo planteado en los motivos de casación segundo y tercero exige, como reclama la parte recurrente, integrar los hechos de la sentencia recurrida con esos datos del sobre núm. dos que la resolución administrativa de adjudicación de 15 de junio de 2011 tomó en consideración para decidir la exclusión ALMERAYA; datos que aquí no se reiteran por haber sido ya transcritos en el anterior fundamento tercero de esta sentencia.

Pues bien, tales datos del sobre núm. dos, frente a lo que pretende sostener el recurso de casación, no se limitan a describir las características tecnológicas de la empresa, y sí resaltan específicamente que la tecnología de que dispone la empresa recurrente ofrece la posibilidad de gestionar, reservar y comprar billetes por la Web, por teléfono fijo o móvil, así como la utilización de SMS para información a usuarios; sin que se establezca excepción alguna para la línea Madrid-Almería cuyo servicio era el objeto de la licitación litigiosa.

Lo cual determina que, a la hora de calificar jurídicamente esos puros datos fácticos o materiales a la vista de lo establecido en el Pliego y en los artículos 129.2 y 134 de la Ley 30/2007, sea de compartir y confirmar la solución a que llega la sentencia recurrida, ratificando la actuación administrativa que fue objeto de la



impugnación jurisdiccional, de que dichos datos eran claramente constitutivos de una inclusión en el sobre núm. dos de una documentación o información correspondiente al sobre núm. tres. Y, por esto mismo, eran determinantes de la causa de exclusión regulada en la cláusula 4.7.2 del Pliego y, también, expresivos del incumplimiento de estos mandatos contenidos en esos dos preceptos legales que acaban de mencionarse: (i) la necesidad de que las proposiciones sean secretas y se arbitren medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública (artículo 129.2); y (ii) la obligación de realizar la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas con posterioridad a haberse efectuado previamente la de aquellos criterios en que no concorra tal circunstancia (artículo 134.2).

Debe añadirse a lo que antecede la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas objetividad, pues así lo demanda tanto el artículo 103.1 CE como el también postulado constitucional de igualdad ( artículo 14 CE ); y que a salvaguardar esa necesidad están dirigidos los mandatos de esos artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 que se vienen mencionando.

Tampoco pueden compartirse los criterios preconizados en el recurso de casación sobre que se frustró la finalidad de esos preceptos legales y sobre que el incumplimiento constatado tuvo una escasa entidad para influir en la adjudicación. Lo primero porque el rigor en la exigencia de la objetividad es precisamente el mejor instrumento sustantivo para garantizar el principio de igualdad a cuyo servicio está establecida la libre concurrencia; y lo segundo porque la mejor manera de salvaguardar esa igualdad es descartar en el mayor nivel posible cualquier circunstancia que pueda significar un perjuicio de la definitiva calificación, por mínimo que este sea.

La conclusión final, pues, de todo lo anterior, es que también deben fracasar los motivos de casación segundo y tercero.

**NOVENO.-** Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación; y, al ser desestimatorio el recurso, todas las costas deberá abonarlas la parte recurrente por no concurrir circunstancias que justifiquen apartarse de la regla general de la imposición del artículo 139.2 de la LJCA .

Pero la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA , señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos comprendidos en ellas la de seis mil euros, a distribuir por partes iguales entre las dos partes recurridas en la actual fase de casación; y para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en atención a las circunstancias del asunto y la dedicación requerida para formular la oposición.

## FALLAMOS

**1.-** Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por ALMERAYA S.A contra la sentencia de 15 de julio de 2013 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (en el recurso núm. 399/2011 ).

**2.-** Imponer a la parte recurrente las costas correspondientes a este recurso de casación, con la limitación que se expresa en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Nicolas Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo D. Jose Diaz Delgado D. Vicente Conde Martin de Hijas **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Secretario, certifico.-