



Roj: **STS 6289/2013 - ECLI:ES:TS:2013:6289**

Id Cendoj: **28079130072013100480**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **04/12/2013**

Nº de Recurso: **1649/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ NA 1019/2009,**  
**STS 6289/2013**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Diciembre de dos mil trece.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, los recursos de casación que con el número 1649/2010 ante la misma penden de resolución, interpuestos por la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA, representada por el Procurador don José Manuel Dorremoechea Torremocha, y por la UNIVERSIDAD DE NAVARRA, representada por la Procuradora doña Iciar de la Peña Argacha, contra la sentencia de 30 de diciembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (dictada en el recurso núm. 221/2007).

Siendo parte recurrida IRUÑEKO KOMUNKABIDEAK, SA, representada por el Procurador don Isacio Calleja García.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

**" FALLAMOS:**

*Que desestimando el recurso interpuesto por la representación procesal de IRUÑEKO KOMUNIKABIDEAK S.A. En el presente recurso se contenían los recursos acumulados interpuestos por parte de d. Conrado , D. Edmundo , D. Esteban , D. Fausto , D. Geronimo , D. Hipolito , D. Iván , D. Joaquín y D. Lázaro , contra las resoluciones expresadas en el encabezamiento de la presente Sentencia, que debemos confirmar por ser ajustadas a Derecho; sin imposición de costas".*

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia intentaron recurso de casación las representaciones de la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA y de la UNIVERSIDAD DE NAVARRA, y Sala de instancia lo tuvo por preparado y acordó emplazar a las partes y remitir las actuaciones a este Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** La COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA, en el escrito de interposición de su recurso de casación, después de exponer los motivos en que se apoyaba dicho recurso de casación suplicó a la Sala:

*"(...) dicte sentencia por la que estimando el presente recurso de casación, revoque la sentencia impugnada y desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto, declarando conforme al ordenamiento jurídico el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 12 de febrero de 2007 y la Orden Foral 278/2006".*

**CUARTO.-** El recurso de casación de la UNIVERSIDAD DE NAVARRA desarrolló así mismo sus motivos y terminó así:



"(...) dicte sentencia por la que case y anule la sentencia recurrida y en consecuencia sea desestimado íntegramente el recurso nº 221/2007 interpuesto por Iruñeko Komunkabideak, SA, en su defecto y subsidiariamente se dicte sentencia por la que acogiendo el motivo segundo del recurso se inadmita el recurso interpuesto por Iruñeko Komunkabideak, SA todo ello con expresa imposición de costas al demandante".

**QUINTO.-** IRUÑEKO KOMUNKABIDEAK, SA se opuso a los recursos de casación, pidiendo su inadmisibilidad o, subsidiariamente, su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de las costas a las partes recurrentes.

**SEXTO.-** Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 20 de noviembre de 2013.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Son datos relevantes para decidir la actual casación, deducibles de las actuaciones, los siguientes:

1.- La Orden Foral 2343/1998, de 15 de julio, del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones, adjudicó en Pamplona dos emisoras de radiodifusión sonora.

2.- La sentencia de 22 de noviembre de 2005 de la Sala de Navarra de esta jurisdicción estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por IRUÑEKO KOMUNKABIDEAK, SA contra la Orden Foral antes mencionada y la anuló, ordenando también:

*"la retroacción del expediente administrativo para que por la Mesa de contratación se formule la oportuna propuesta valorando de manera completa y detallada, dando la oportuna y concreta puntuación a todos los criterios establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y verificado continúe el procedimiento".*

Lo que principalmente razonó para ello fue lo siguiente:

*"(...) debemos recordar que los principios jurídicos que deben informar todo tipo de licitación y en concreto al concurso, son la publicidad, la competencia, la contradicción y la igualdad de oportunidades para los licitadores, como ha recogido reiterada jurisprudencia ( STS 17-2- 1971 , 29-1-1974 y 22-9-1988 ..... ) y tales principios tienen un contenido normativo inferido del análisis de los artículos 1.1 , 14 de la Constitución , 1º del Código , 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 3º del Título Preliminar del Código Civil, y de la Ley de contratos, de forma que la Administración no puede adjudicar el concurso a cualquiera que arbitrariamente estime pertinente, sino que ha de atenerse a la oferta más ventajosa, no siendo solo determinante el valor económico, y tal apreciación (cualquiera que esta sea) debe motivarse y fundarse (en un sentido o en otro) en una adecuada formación de la voluntad del órgano sustentada en el debido asesoramiento técnico por el órgano técnico correspondiente.*

*9.- En el caso que nos ocupa debemos concluir que a pesar de la regulación literal de la normativa aplicable, tal normativa no excluye pues no puede hacerlo (pues iría en contra de los principios básicos que informan la normativa de contratos, también la Foral aquí aplicable) que en la adjudicación correspondiente el órgano administrativo de contratación deba auxiliarse, como base a una motivación que deviene ineludible por los antedichos principios informadores de la contratación administrativa, con un órgano técnico.*

*En el presente caso es evidente que tal asesoramiento técnico se sustanció y concentró en la Mesa de contratación (ningún otro órgano técnico-asesor intervino), por lo tanto la exigencia de una propuesta valorativa técnica de la Mesa (que es el órgano técnico asesor que intervino en el procedimiento) deviene ineludible como presupuesto para conformar la voluntad del órgano decisor base, repetimos, de la necesaria motivación.*

*Como hemos señalado la Mesa de Contratación valoró, dando la oportuna puntuación conforme a las bases del pliego, solo a determinados aspectos dejando sin puntuar otros aspectos importantes en la concesión. Pues bien tal propuesta incompleta de la Mesa privó sustancialmente al órgano de contratación de la adecuada formación de su voluntad para adjudicar deviniendo la adjudicación falta de motivación pues no existe razonamiento alguno que permita entender mínimamente motivado la concreta puntuación que por los citados aspectos se otorgan.*

*10.-Mención aparte merece la intervención del Director General de Transportes y Telecomunicaciones (a la sazón Presidente de la Mesa) que emitió un informe en el que procedió a valorar dando la oportuna puntuación aquellos aspectos no puntuados por la Mesa. El propio Gobierno de Navarra la califica de inusual.*

*Pues bien, siendo benévolo, además de inusual debemos calificarla de inapropiada, contradictoria e inocua.*

*Inapropiada por cuanto que además de no estar prevista ni en la normativa ni en las bases dicha intervención se produce aislada, desgajada y desconectada del órgano (Mesa) que preside (dice el Gobierno de Navarra que*



lo hizo en su calidad de Director General y no como Presidente de la Mesa) y que actúa, la Mesa, como órgano técnico-asesor en el procedimiento. El Director General se integra en este procedimiento como presidente de la Mesa y no puede "concretar o complementar" (como señala el Gobierno de Navarra en contestación) los acuerdos de la Mesa actuando a modo de delegado de la misma, pero al margen de ella. Todas sus valoraciones u opiniones debieron verterse en el órgano apropiado: la Mesa.

Contradictoria pues dicho Director General como presidente de la Mesa, y por ende integrante de la misma, dejó de valorar sin llegar a puntuarse distintos aspectos (ya citados) por entender que "no resultan susceptibles de ser objeto de una apreciación cuantitativa exacta" (así lo manifestó la Mesa que presidía dicho Director General).

Es inocua pues carece de relevancia su informe desde el momento en que el Director General no puede calificarse aisladamente de órgano técnico per se, sin perjuicio de que pueda asesorar en otros ámbitos que sí le son propios o valorar competentemente determinados informes técnicos.

Por estas circunstancias es por lo que ningún valor hemos dado al informe que a modo de informe técnico emitió el Director General. Y ello pues su intervención en el procedimiento que nos ocupa no puede aparecer desconectado del verdadero órgano técnico asesor, dando su opinión personal al margen del órgano que preside; su intervención es contradictoria pues en unas fechas considera imposible la cuantificación de determinados aspectos y luego los cuantifica sin aparentes problemas y con su sola opinión personal; y por último aisladamente considerado y per se no merece la cualificación de valoración técnica con la importancia conformadora de la voluntad del órgano decisor reseñada ut supra.

11.- Acogido este motivo no procede entrar en el examen del resto de los motivos articulados, por lo que no procede tampoco la estimación total de la demanda que pretende la adjudicación de la concesión al demandante (...).

12.- En conclusión lo procedente, dados los razonamientos que se han expuesto, es estimar parcialmente anular el acto aquí impugnado y ordenar la retroacción de las actuaciones para que por la Mesa de contratación se valoren, dando la oportuna y concreta puntuación a los licitadores, todos los criterios establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (pudiendo recabar, si ello fuere preciso, como ya se ha señalado cuantos informes técnicos requieran) a fin de formular la oportuna propuesta de manera completa y detallada, para que el órgano de contratación acuerde, de manera motivada, la decisión que estime pertinente".

3.- La Mesa de Contratación solicitó el 27 de enero de 2006 la contratación de un estudio de valoración de ofertas; y así lo hizo la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, que adjudicó la realización de ese estudio a la empresa DOXA Consulting.

4.- La Mesa, una vez recibido ese estudio de DOXA Consulting, y de acuerdo con su contenido, acordó en su reunión de 6 marzo de 2006 la puntuación de las ofertas, determinando que las dos ofertas que obtenían la más alta puntuación eran la de la Universidad de Navarra y la Medios de Comunicación S.L.

También acordó solicitar del Servicio de Patrimonio que informara sobre la necesidad de que las empresas licitadoras que fuesen a ser propuestas actualizaran la documentación; y aplazar la formulación de la propuesta hasta que se emitiera ese informe y se cumplieran sus recomendaciones.

5.- Una vez cumplimentada la documentación que fue requerida por el Servicio de Patrimonio, la Mesa acordó el 29 de marzo de 2006 formular su propuesta de adjudicación a favor de los dos licitadores mejor puntuados.

6.- La Orden Foral 276/2006, de 8 de septiembre, de nuevo adjudicó provisionalmente las dos concesiones de radiodifusión a MEDIOS DE COMUNICACIÓN 21 SL y a la UNIVERSIDAD DE NAVARRA.

Frente a ella planteó recurso de alzada IRUÑEKO KOMUNKABIDEAK, SA, y fue desestimado por el Acuerdo de 12 de febrero de 2007 del Gobierno de Navarra.

7.- El proceso de instancia fue promovido por IRUÑEKO KOMUNKABIDEAK, SA, mediante un recurso contencioso administrativo dirigido contra ese Acuerdo de 12 de noviembre de 2007 que acaba de mencionarse, y fue estimado por la sentencia recurrida en la actual casación con este pronunciamiento

"se anulan y dejan sin efecto citadas actuaciones administrativas por ser contrarias a Derecho, con los efectos contemplados en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente Sentencia; sin imposición de costas".

Dicha sentencia, dictada el 30 de diciembre de 2009, razonó para justificar su pronunciamiento, lo que continúa:

"(...) Partiendo de este momento en la tramitación del procedimiento administrativo, la Mesa de Contratación solicitó al Departamento de Economía y Hacienda que, dada la complejidad técnica, se procediera a la contratación de un estudio de valoración de las ofertas presentadas, en los términos establecidos en la citada



sentencia. Mediante Orden Foral 39/2006, de 9 de febrero, se adjudicó a la empresa consultora DOXA Consulting, la realización de un estudio de valoración parcial de las ofertas presentadas dentro de la licitación para obtención de concesiones administrativas citadas. En esta misma Orden Foral se aprobó el pliego de prescripciones técnica que regirán la elaboración de los trabajos. Mediante Orden Foral 278/2006 de 8 de septiembre, del Consejero de Economía y Hacienda, se alcanzó el acuerdo propuesto por la Mesa de Contratación, que a su vez había adoptado la propuesta contenida en el estudio elaborado por DOXA, de modo que se otorgaron las dos concesiones ofertadas sobre las emisoras de frecuencia modulada a las otras dos entidades finalistas, distintas a la recurrente.

(...) La mercantil Iruñeko Komunikabideak impugna la adjudicación en virtud de diversos argumentos. El primero de ellos, que tomamos en consideración como presupuesto lógico de los demás, interesa la anulación del acto administrativo impugnado al entender que la Administración actuó de forma irregular en la tramitación del procedimiento de adjudicación.

Sin necesidad de llevar a cabo un análisis prolijo y exhaustivo de todos y cada uno de los argumentos planteados, es necesario señalar que la actividad desarrollada por la Mesa de Contratación, al plantear al órgano administrativo resolutorio del concurso el nombramiento de un tercer órgano de carácter consultivo, ha sido llevado a cabo careciendo de potestad para ello. En efecto, ni en la normativa reguladora de todo el procedimiento, ni en la convocatoria existe habilitación de potestad a favor de la Mesa de Contratación para eximirse de la obligación de resolver que sobre ella imponía la normativa aplicable, in genere, y la Sentencia firme de 22 de diciembre de 2005 dictada por esta Sala, en concreto.

Así pues, cuando correspondía resolver la adjudicación de las concesiones, la Mesa de Contratación, careciendo de competencias para ello y con incumplimiento de los mandatos señalados, dirige comunicación al órgano resolutorio planteando que la solución es difícil técnicamente y necesita asesoramiento técnico, interesando que se instrumente un asesoramiento ad hoc y al margen tanto de la previsión normativa como de la resolución que dio inicio al procedimiento de adjudicación.

Sin que pueda la Sala entrar a conocer de los extremos referidos al procedimiento de contratación con DOXA, por parte de la Administración Foral, al tratarse de una cuestión que no ha sido planteada en el recurso, sí debe concluirse que la innovación operada en el procedimiento de adjudicación, a partir del momento en el cual la Mesa de Contratación no cumplió su cometido, vicia de nulidad la resolución impugnada, por haberse infringido las normas esenciales de procedimiento, art. 62.e. Ley 30/1992.

(...) No puede accederse a la petición principal planteada por la sociedad recurrente puesto que ello equivaldría suplantarse la decisión discrecional de la Administración, efectuándose al margen del procedimiento legalmente establecido. No obstante, con estimación de la pretensión subsidiaria de la demanda, deberá retrotraerse el procedimiento de adjudicación de las referidas concesiones administrativas hasta el momento que ya se determinó en nuestra Sentencia de fecha 22 de diciembre de 2005, anulándose la resolución impugnada, y con retroacción del expediente administrativo, la Mesa de contratación formulará la oportuna propuesta valorando de manera completa y detallada, dando la oportuna y concreta puntuación a todos los criterios establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y que, una vez verificado, continuase el procedimiento.

La estimación de la demanda por el primero de los motivos hace innecesario, por criterios de economía procesal, entrar a conocer de los demás planteados".

**SEGUNDO.-** Los dos recursos de casación que aquí han de examinarse han sido interpuestos por la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA y por la UNIVERSIDAD DE NAVARRA.

**(A)** El recurso de casación de la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA invoca en su apoyo los siguientes tres motivos.

El primero, amparado en la letra d) del artículo d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, aduce que la sentencia recurrida infringe los artículos 120.3 y 24 de la Constitución (CE); 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ); 67.1 de la LJCA; y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El desarrollo argumental de este motivo se diversifica en cuatro apartados [a, b, c y d] cuyas ideas o contenido es el que sigue.

(a) Se recuerda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la motivación, en lo que ha declarado sobre que la obligación referida a ella es una garantía del derecho a la tutela judicial efectiva ( artículo 24 CE ), entendida como el derecho a una resolución razonablemente fundada en Derecho, que entronca con directamente con el principio de Estado democrático de derecho ( artículo 1 CE ) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada en el carácter vinculante que para todo órgano jurisdiccional reviste la ley ( artículo 117, 1 y 3, CE ).



Y se subraya también lo que la jurisprudencia ha declarado sobre que la motivación no exige una determinada extensión ni un razonamiento pormenorizado, aunque sí que las resoluciones den a conocer los criterios jurídicos esenciales de fundamentadores de la decisión (su "*ratio decidendi*"); y sobre que no cabe hablar de motivación cuando la decisión descansa en un error patente.

(b) Se sostiene que la sentencia de instancia incurre en error patente y manifiesto en lo que razona sobre que la Mesa de Contratación carecía de potestad para el requerimiento que hizo al órgano de contratación de que se le nombrara un órgano consultivo, pues desconoció lo que había sido dispuesto en la sentencia firme dictada por la sala de Navarra el 22 de diciembre de 2005 y que la Mesa, al proceder así, se limitó a cumplir lo ordenado por dicha sentencia.

(c) Se aduce que la sentencia recurrida no apoya sus afirmaciones en precepto alguno.

(d) Se resume todo lo anterior diciendo que la sentencia de instancia incurre en falta de motivación porque su "*ratio decidendi*" se basa en un error manifiesto y patente y porque su decisión no se apoya en la cita de precepto alguno.

El segundo motivo, también amparado en la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA, imputa a la sentencia la infracción del principio de cosa juzgada, con vulneración de los artículos 24 CE y 222 de la LEC; así como la infracción también de los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal, con vulneración de los artículos 9.3 y 117.3 CE.

Su desarrollo es, en esencia, el que continúa:

(a) se recuerda que el principio de cosa juzgada impide a los tribunales volver a examinar y pronunciarse sobre un asunto ya fallado definitivamente;

(b) se invoca el efecto de cosa juzgada material, y la vinculación que comportan las sentencias firmes para los procesos posteriores cuando lo resuelto en aquéllas sea un antecedente lógico para lo que sea objeto de éstos últimos;

(c) se sostiene que la sentencia recurrida, en lo que razonó sobre que la Mesa carecía de potestad para plantear el nombramiento de un órgano consultivo, vulneró el principio de cosa juzgada porque prescindió de lo resuelto en la sentencia firme dictada el 22 de diciembre de 2005 por la Sala de Navarra;

(d) se dice que al desconocer lo resuelto en esa sentencia anterior firme vulneró también los principios de igualdad jurídica y legalidad en materia procesal; y

(e) se destaca que la resolución administrativa anulada por la sentencia recurrida se limitó a cumplir el fallo de la tan repetida sentencia de 22 de diciembre de 2005 de la Sala de Navarra.

El tercer motivo, deducido a través de la letra c) del repetido artículo 88.1 LJCA, señala la infracción del artículo 24.1 CE por vulneración de la tutela judicial efectiva.

El desarrollo de este motivo comienza indicando que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta como contenido esencial y primario el de obtener de los órganos jurisdiccionales a una resolución razonada y fundada en Derecho; y que se produce su vulneración, según la doctrina de esta Sala, cuando se dictan resoluciones judiciales no razonadas y fundadas en Derecho.

Con ese punto de partida se reprocha a la sentencia recurrida haber desconocido el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, al ser arbitraria o irrazonable por olvidar que la Mesa de Contratación se ha limitado a cumplir esa sentencia firme de la Sala de Navarra que se viene mencionando de 22 de diciembre de 2005.

Y añade que la sentencia impugnada también vulnera el principio general de vinculación de la Administración a las resoluciones judiciales firmes.

**(B)** El recurso de casación de la UNIVERSIDAD DE NAVARRA, pretende fundarse en los tres motivos que continúan, los dos primeros formalizados por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción -LJCA- y el tercero amparado en la letra c) de ese mismo precepto procesal.

El primero denuncia la infracción de los artículos 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común [LRJ/PAC]; 24 de la Constitución [CE] y 222 y concordantes (400 y 407.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El argumento central esgrimido en este motivo es que la sentencia recurrida ha apreciado indebidamente los presupuestos para la aplicación de la causa de nulidad absoluta del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 y,



como consecuencia de ello, su motivación es errónea e incurre en las infracciones que son denunciada; y este argumento pretende sustentarse en las razones siguientes.

(1) La sentencia de Navarra incumple el mandato de que las sentencias deben ser ejecutadas en sus propios términos y vinculan al tribunal que las dictó. Así lo hace desde el momento en que su anterior sentencia núm. 1140/2005, de 22 de diciembre, ciertamente manda a la Mesa de Contratación valorar todos los criterios del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, pero señala también lo siguiente: *"pudiendo recabar si ello fuera preciso (...) cuantos informes técnicos requieran"*. Y con esta manera de proceder ignora la eficacia de la cosa juzgada en su aspecto positivo o prejudicial, garantizado en el artículo 24 CE y en esos preceptos de la LEC que se denuncian infringidos, y la doctrina de las SsTC 156/2002, de 23 de junio, y 15/2002, y de la **STS** de 7 de abril de 2008.

(2) La petición de informes técnicos por la Mesa está prevista en la legislación Navarra aplicable, por lo que el haberlo hecho en el actual caso no significa ninguna innovación del procedimiento con virtualidad invalidante.

(3) La Mesa de Contratación no decidió por sí misma ni se inhibió a favor de ningún órgano, pues se preocupó de dejar expresa constancia de que la puntuación era suya y no de la consultora contratada.

(4) En ningún caso puede hablarse de que se haya prescindido absolutamente del procedimiento establecido, por lo que es de aplicar la doctrina jurisprudencial que, además de proclamar el carácter excepcional de la nulidad absoluta, viene exigiendo esa ausencia total de trámites para que proceda ese superior nivel de invalidez (se citan las SsTs de 13 de octubre de 1998, 5 de mayo de 2008 y 26 de noviembre de 2008).

El segundo señala la infracción y errónea aplicación del artículo 69.d), en relación con los artículos 222, 207 y 400.2 LEC.

Lo aducido para sostener estas infracciones es que la demanda que dio origen al proceso de instancia hubo de ser inadmitida, al ser sus pretensiones, principal y subsidiaria, contrarias a lo que había sido resuelto por esa anterior sentencia núm. 1140/2005, de 22 de diciembre, dictada por la Sala de Navarra en el procedimiento de contratación aquí litigioso. La principal porque en ella se pedía la directa adjudicación del contrato a la recurrente, a pesar de que esa anterior sentencia rechazó que esa decisión pudiera adoptarla el órgano jurisdiccional; y la secundaria porque se pidió la retroacción a un momento anterior de la constitución de la Mesa, cuando esa primera sentencia tan solo la acordó *"para que por la Mesa (...) se formule la oportuna propuesta"*.

El tercer motivo invoca la infracción y errónea aplicación del artículo 60.4 LJCA, en relación con los artículos 335 a 347 LEC "y legislación complementaria en materia probatoria".

Se imputan estas vulneraciones a la actuación de la Sala de instancia que acordó un trámite de aclaración, para que fuese realizado con la condición de peritos, respecto de unas personas en las que no cabía reconocer ese carácter, en el actual proceso jurisdiccional y en relación con un informe (de DOXA) al que tampoco correspondía la consideración prueba procesal (al obrarem la actuaciones como documento de la Mesa de Contratación).

**TERCERO.-** El problema principal suscitado en los dos recursos de casación es determinar si la nulidad de la adjudicación decidida por la sentencia aquí directamente recurrida (la dictada por la Sala de Navarra el 30 de diciembre de 2009) apreció indebidamente para ello un incumplimiento de sus funciones por parte de la Mesa de Contratación; y esto por haber rechazado que dicha Mesa, para formular su propuesta de adjudicación, pudiera asumir, como hizo, el informe que fue elaborado por la empresa consultora DOXA Consulting.

La tesis principal de ambos recursos de casación es que fue correcta la propuesta de adjudicación formulada por la Mesa con base en ese informe de DOXA Consulting, porque la posibilidad de recabar ese informe técnico fue expresamente admitida o reconocida por esa anterior sentencia de 22 de diciembre de 2005 de la Sala de Navarra; y sostiene por ello que la sentencia recurrida en la actual casación, al no permitir a la Mesa ese asesoramiento técnico, ha incurrido en estas vulneraciones o incumplimientos: (1) no está debidamente motivada porque la Sala de Navarra ha fundado su decisión en el patente error de negar a la Mesa algo que esa anterior sentencia de 2005 expresamente admitió; (2) no respeta el efecto vinculante que corresponde a la cosa juzgada; y (3) aplica de forma incorrecta una causa de nulidad, cuando atribuye esta significación al proceder seguido por la Mesa de recabar el asesoramiento técnico de DOXA Consulting y asumir en su propuesta de adjudicación el informe de esta consultora.

**CUARTO.-** La decisión a ese problema principal que ha sido apuntado pasa por examinar cuales son los cometidos que corresponden a las Mesas de Contratación y, más particularmente, qué finalidad o alcance ha de reconocerse a los asesoramientos técnicos que tales Mesas pueden recabar para el mejor desempeño de sus cometidos.



La doctrina de esta Sala, reflejada en la sentencia de 13 de marzo de 2013, Casación núm. 100/2011 (que cita varias anteriores, entre ellas dos de 28 de diciembre de 2012, Casaciones 573/2011 y 4506/2011, y la de 11 de enero de 2013, casación 4506/2011), ha desarrollado, respecto de los cometidos y exigencias de las Mesas de Contratación, las siguientes ideas básicas:

1.- La obligación de partir de lo que establece el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común [LRJ/PAC], que claramente exige que en el procedimiento conste la concreta fundamentación que ha determinado la adjudicación del contrato:

*"La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte".*

2.- La conveniencia también de señalar que los procedimientos de selección del contratista y adjudicación de los contratos del sector público hacen necesaria la realización de constataciones y calificaciones que, por requerir saberes especializados, son encuadrables en la denominada discrecionalidad técnica; que esto es lo que justifica que sea la Mesa de Contratación el órgano a quien se asigna la valoración de las ofertas, de conformidad con la Ley y lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a fin de seleccionar la más idónea; y que todo ello determina, así mismo, que esa valoración de la Mesa será la que constituirá el principal elemento de fundamentación de la adjudicación que finalmente se decida.

Así lo fue en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 89 [que pasó, con el mismo contenido, a ser el artículo 88 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio -TR/LCAP-]. Dicho precepto establecía:

*"1. La Mesa de contratación calificará previamente los documentos presentados en tiempo y forma, procederá, en acto público, a la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores y las elevará, con el acta y la propuesta que estime pertinente, que incluirá en todo caso la ponderación de los criterios indicados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, al órgano de contratación que haya de efectuar la adjudicación del contrato.*

*2. La Administración tendrá alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, mediante la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 87, sin atender necesariamente al valor económico de la misma, o declarar desierto el concurso, motivando en todo caso su resolución con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego".*

Y esa misma Mesa de Contratación, con funciones de asistencia a los órganos de contratación, ha sido regulada posteriormente en el artículo 295 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [que ha pasado a ser el artículo 320 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre].

3.- La pertinencia de resaltar que la Mesa de Contratación es un órgano compuesto por personas que, al formar parte de la Administración, ofrecen unas garantías de objetividad e imparcialidad que no concurren en una entidad privada; unas garantías, además, que se ven reforzada por la posibilidad que tiene cualquier interesado de recusar a los miembros de ese órgano técnico en caso de apreciar dudas sobre su objetividad e imparcialidad.

4.- La precisión de destacar que el recurso por la Mesa de Contratación a un asesoramiento externo es posible cuando la especificidad de la materia a valorar así lo requiera; pero subrayando, simultáneamente, que la valoración realizada directamente por una entidad privada, cuya competencia técnica puede ser indiscutible, no tiene las notas de objetividad e imparcialidad que son propias de los órganos técnicos de la Administración y carece, por tal razón, de esos fundamentos sobre los que se asienta la presunción de acierto que se viene reconociendo a los órganos administrativos de calificación técnica.

5.- La necesidad de subrayar, como una obligada consecuencia de lo que acaba de afirmarse, y con especial énfasis, que cuando la Mesa se haya servido de ese asesoramiento externo no puede asumir sin más la valoración hecha por la consultoría externa, pues si así aconteciera sería de apreciar un incumplimiento, por la Mesa de Contratación, de la función de valorar las ofertas que le corresponde como propia e indelegable; y que tiene atribuida precisamente con la finalidad de que quede salvaguardada y justificada la objetividad e imparcialidad que deben presidir estas adjudicaciones.

La Mesa puede ciertamente servirse de un asesoramiento técnico, pero debe consignar su propio juicio sobre cada uno de los criterios que según la ley o la convocatoria deban determinar la adjudicación y,



más particularmente, debe expresar, las concretas razones que le llevan a considerar que tales criterios se individualizan o concurren en mayor medida en las ofertas que finalmente incluya en la propuesta de adjudicación que eleve al órgano de contratación.

Esto último lo que conlleva es lo siguiente: (a) que la Mesa no puede limitarse a reproducir literal y acríticamente el informe que haya sido emitido por ese asesoramiento externo que haya recabado, pues, si lo asume, habrá de expresar sus propias razones de por qué lo asume; y (b) que si en el expediente alguno de los interesados ha formulado reparos al contenido de ese informe externo, la Mesa habrá de consignar su concreta posición o respuesta a tales reparos.

**QUINTO.-** La aplicación de la doctrina anterior al actual caso enjuiciado hace que deba considerarse correcta la nulidad de la adjudicación declarada por la sentencia recurrida.

Tal nulidad resulta efectivamente obligada cuando se confronta el informe emitido por la empresa consultora DOXA Consulting con el acta de la reunión de la Mesa de Contratación, de 6 de marzo de 2006 (que determinó las dos ofertas a las que debía otorgarse la más alta puntuación y luego fueron incluidas en la propuesta de adjudicación).

El contenido del acta que acaba de mencionarse pone de manifiesto que la Mesa sigue a la letra, sin adicionar ninguna razón o valoración propia, el informe de Doxa; pues lo único que se hace por la Mesa es alterar el orden de exposición de las partes de ese Informe, pero sin modificar ni mínimamente su contenido. Así, mientras que Doxa expone en un Capítulo I cuáles son los criterios de valoración, y en un capítulo 2 el resultado de la valoración de las distintas ofertas en cada uno de esos criterios y las razones de las puntuaciones otorgadas; el acta de la Mesa de 6 de marzo de 2006 lo que hace es exponer cada criterio y consignar a continuación del mismo la valoración que en él merecen las distintas ofertas y las razones de las puntuaciones aplicadas, pero reproduciendo en su literalidad, sin adición alguna, lo dicho por DOXA sobre esas puntuaciones y sus razones.

Esa asunción literal y acrítica del informe de DOXA por la Mesa no sólo contradice la doctrina de esta Sala que ha sido expuesta en el anterior fundamento, representa también un incumplimiento del principal mandato de la sentencia de 22 de noviembre de 2005 sobre la retroacción que dispuso, pues esta fue acordada con la finalidad principal de que fuese la propia Mesa la que, para formular su propuesta, valorara, dando la oportuna y concreta puntuación, todos criterios establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares; y si bien es cierto que le permite recabar informes técnicos, esa autorización lo es con carácter de mero auxilio técnico para facilitar su labor, pero no para abdicar de la responsabilidad que le corresponde de expresar su propio juicio valorativo y las concretas razones del mismo.

**SEXTO.-** Lo anterior es suficiente, sin necesidad de otros análisis, para rechazar todos los motivos de ambos recursos de casación, porque revela, como acaba de explicarse, que la sentencia aquí directamente recurrida se ajustó a la anterior de 2005 de la Sala de Navarra en lo que era el mandato principal contenido en su fallo.

Es cierto que la sentencia de instancia no es coincidente con la anterior de 2005 en lo relativo a la posibilidad de que la Mesa, con carácter previo a su propuesta, recabe los informes técnicos que considere convenientes. Pero ello no es razón que permita estimar el recurso de casación, pues es reiterada doctrina de esta Sala que la finalidad útil que la ley asigna a este recurso sólo permite acogerlo cuando sean de apreciar infracciones sustantivas que impongan necesariamente alterar el contenido del fallo de la sentencia de instancia.

**SÉPTIMO.-** Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación y, en aplicación de lo establecido por el artículo 139.2 LJCA, son de apreciar circunstancias que justifican no hacer imposición a las recurrentes de las costas causadas en esta casación.

Estas circunstancias están básicamente constituidas por la razonabilidad que cabe reconocer en la posición procesal de dichas recurrentes a pesar de que su pretensión no haya alcanzado éxito, según resulta de lo que antes se ha razonado al analizar los motivos de casación.

## FALLAMOS

1.- No haber lugar a los recursos de casación interpuestos por la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA y por la UNIVERSIDAD DE NAVARRA contra la sentencia de 30 de diciembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (dictada en el recurso núm. 221/2007).

2.- No hacer imposición de las costas correspondientes a este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.