

SENTENCIA Nº 529/2008

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. Francisco J. Gómez Cáceres

ILMOS. . SRES. MAGISTRADOS

D. Jaime Borrás Moya

D. Javier Varona Gómez-Acedo (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 5 de diciembre de 2008.

Visto por esta Sección TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS. SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO. Sección Primera., integrada por los Sres. Magistrados, anotados al margen, el recurso Contencioso - Administrativo nº 0000866/2007, **interpuesto por la entidad La Opinión de Tenerife S.L.**, representado el Procuradora de los Tribunales Dña. Rita Rodríguez Guerra y dirigido por el abogado D. Angel Montesdeoca Garcia , **contra El Gobierno de Canarias** , habiendo comparecido, en su representación y defensa el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, **constando como codemandados, la entidad Macae Mantenimiento S.L.**, representada por el Procurador Don Octavio Esteva Navarro y dirigida por el Letrado Don Pedro Durantez Ramírez, Grupo de Medios S.S., representada por el Procurador Sr. Francisco Neyra Cruz, y dirigida por el Letrado Don Juan Carlos García Melian, El Cabildo Insular de Tenerife, representado por el Letrado de los Servicios Jurídicos del Cabildo, Apymevo Comercial S.S., representada por la Procuradora Doña Juana Agustina García Santana y dirigida por el Letrado Don Gregorio Díaz Méndez, y la entidad U. T. E. Canal 7, Gran Canaria TV, representada por el Procurador Don Tomas Ramírez Hernández y dirigida por el Letrado Don Luis Javier Fernández Álvarez,, que tiene por objeto la impugnación del Acuerdo del Gobierno de Canarias Decreto 377/2007 de 16 de octubre, por el que se adjudican las concesiones para la explotación canales digitales del servicio de televisión digital terrestre de ámbito local con cobertura municipal o insular en régimen de gestión indirecta en la Comunidad Autónoma de Canarias.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto asunto: Acuerdo del Gobierno de Canarias, por el que se aprueba el Decreto 377/2007, de 16 de octubre, por el que se adjudican las concesiones para la explotación de canales digitales del servicio de televisión digital terrestre de ámbito local con cobertura municipal o insular en régimen de gestión indirecta en la Comunidad Autónoma de Canarias

SEGUNDO.- La representación de la demandante interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicho acto, formalizando demanda con la súplica de que se dicte sentencia por la que” declare la anulación del acto administrativo impugnado en los extremos que son objeto de debate en este proceso y declare el reconocimiento de una situación jurídica individualizada ,cual sería la declaración judicial de ser adjudicatario en el procedimiento de concurrencia competitiva y por ende reconocer el derecho de mi mandante a la gestión indirecta del servicio público y a la formalización del debido contrato administrativo, que es objeto de licitación y a la tenencia del título administrativo habilitante para dicha gestión así como condene a todas aquellas actuaciones jurídicas o materiales que fueran precisas para garantizar el derecho que nace a favor de mi mandante. “

TERCERO.- La Administración demandada y codemandados contestaron la demanda, oponiéndose a ella e interesando la inadmisibilidad del recurso o su desestimación.

CUARTO.- No se recibió el proceso a prueba por las razones expuestas en auto de 26 de septiembre de 2008. Se formularon conclusiones escritas y se señaló día para votación y fallo del presente recurso en cuyo acto tuvo lugar su realización.

Se han observado las prescripciones legales que regulan la tramitación del recurso cuya cuantía es indeterminada.

Es ponente el Ilmo. Sr. Don Javier Varona Gómez-Acedo, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Si bien el recurso se dirige como se ha dicho contra el Decreto de Gobierno de Canarias 377/2007 de 16 de octubre, aclara la demanda que la pretensión impugnatoria se concreta en los siguientes:

-Lotes 11^a, 11B Y 11C denominado TL06TF -Local S/C de Tenerife- en el que resultaron adjudicatarios CANAL ATLÁNTICO DE TELEVISIÓN Y RADIO S.L., TELE CANAL 4 TENERIFE S.A. y MACAC ANTENIMIENTO S.L.

-Lotes 13A y 13B denominado TI04TF -Insular Tenerife- en el que resultaron adjudicatarias APYMEVO COMERCIAL S.L. y GRUPO DE MEDIOS DE TENERIFE, S.L.U.

Quiere ello decir que el recurso se constriñe a las adjudicaciones de los mencionados lotes que realiza el Decreto mencionado, aun cuando naturalmente algunos aspectos de la revisión que realizamos necesariamente se refieren a la totalidad del acto de adjudicación que el decreto impugnado contiene.

SEGUNDO.- El Cabildo Insular de Tenerife, se ha personado en el recurso como codemandado sin que se alcance a entender ni haya explicado su representante en que le afecta el Acto impugnado ni cual es el interés que defiende, habida cuenta que no ha participado en el concurso impugnado. No obstante como por la entidad demandante no se ha impugnado su posible falta de legitimación pasiva, en virtud del principio de rogación, no entraremos a valorar la misma.

La representación de aquella Corporación insular opone en primer lugar la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 69.b), en relación con los artículos 19.1.a) y 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al no haberse aportado certificación del acuerdo expreso y concreto del órgano estatutariamente competente de la entidad recurrente para la impugnación de la resolución objeto de este recurso, ni estatutos de la sociedad, con el fin de determinar cual es el órgano competente para ejercitar la acción sustanciada en estas actuaciones. Dicha causa debe ser prioritariamente resuelta, si bien es rechazada por idénticos razonamientos que hemos puesto de relieve en la reciente S de 7 de noviembre de 2008 .

Veamos: Con relación a la Ley jurisdiccional de 1956 es nutrida la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara innecesario el requisito en cuestión cuando de entidades mercantiles se trata, tal como resulta de sentencias como las de 12 de julio de 1.986, 17 de junio de 1.987, 18 de noviembre de 1.988 y 24 de enero de 1.991, y

21 de julio de 1.992, algunas de las cuales se remiten a otras anteriores en igual sentido. Se dice en tales sentencias que “se desprende con claridad que, después de la entrada en vigor de la Constitución, no puede exigirse a las personas jurídicas, para que puedan ejercer el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, más requisitos que los que la Ley exige, añadiéndose en esas sentencias que ni en la legislación sobre Sociedades Anónimas y sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada, ni en la Ley de esta Jurisdicción, se requiere ese previo acuerdo de la Sociedad para poder interponer recursos contencioso administrativos, no pudiéndose subsumir aquellas Sociedades dentro de las Corporaciones o Instituciones que menciona el art. 57.2.d) de la Ley Jurisdiccional de 1956, bastando con que el representante de la sociedad frente a terceros exprese su voluntad de ejercitar la acción para que ésta se entienda debidamente entablada, al deber interpretarse tal presupuesto procesal con flexibilidad a fin de lograr una completa o plena garantía jurisdiccional, con cita de los artículos 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 de la Constitución, y con referencia a que la representación procesal -tratándose de sociedades mercantiles - queda acreditada con el poder notarial aportado cuando la generalidad de la representación conferida entraña delegar incluso la procedencia del ejercicio de acciones y derechos y no figura en forma alguna que se supedite la efectividad del poder a acuerdos especiales.”.

Ahora bien, podía afirmarse que esa doctrina, en buena técnica, no puede trasvasarse en su integridad a los recursos interpuestos bajo el imperio de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, puesto que, a diferencia de lo que decía el artículo 57.2.d) de la Ley de 1956 (cuyo texto aludía a las Instituciones y Corporaciones, exclusivamente), el artículo 45.2.d) de la vigente Ley expresamente establece que al escrito interponiendo el recurso contencioso-administrativo se acompañará: “El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado”, de donde resulta que si en el régimen de la LJCA de 1956 era muy simple afirmar que el requisito que analizamos no era exigible a las entidades mercantiles (tal como declaramos en, precisamente, nuestra Sentencia de 21 de mayo de 1996, que resolvió definitivamente el primero de los litigios suscitados entre las mismas partes de este proceso), sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la LJCA de 1998 no es

faena sencilla proclamar sin más que las sociedades mercantiles estén excluidas del cumplimiento del mencionado requisito, ya que, insistimos, el artículo 57.2.d) de la Ley Jurisdiccional de 1956 exigía que el escrito de interposición del recurso fuera acompañado “del documento que acredite el cumplimiento de las formalidades que para entablar demandas exijan a las Corporaciones o Instituciones sus leyes respectivas”, pero el artículo correlativo -el 45.2.d)- de la actual Ley 29/1998 ha extendido este deber al resto de “personas jurídicas, con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación”, notable mudanza ésta en la redacción de la norma cuyo significado no puede ser sino el de reflejar la voluntad inequívoca del legislador de incluir a las personas jurídico privadas entre las entidades obligadas a cumplir la condición objeto de estudio.

Sucede, no obstante, que como efecto del principio de aplicación directa de la Constitución (cuya recepción en el aspecto que analizamos, en el ámbito de la legislación ordinaria, está en el instituto de la subsanación) la realidad es que el criterio que en la materia aún hoy sostiene el Tribunal Supremo es exactamente el mismo que recoge la doctrina a que hemos hecho antes referencia. En este sentido, es sumamente ilustrativa la STS, Sala 3ª, sec. 4ª, de 10 de noviembre del 2006, en la que puede leerse esto:

“..el artículo 45 de la Ley de la Jurisdicción en su apartado 3º expresamente obliga al órgano jurisdiccional a que examine de oficio la validez de la comparecencia y si observa que no se acompañan los documentos exigidos en los apartados a), b), c) y d), de apartado 2º requerirá inmediatamente la subsanación de los mismos señalando un plazo de diez días para que el recurrente pueda llevarla a efecto, y en el caso de autos, el órgano jurisdiccional admitió a tramite el recurso estimando por tanto, al menos en principio, la validez de la comparecencia y no obstante ello en sentencia, sin haber requerido con anterioridad expresamente a la recurrente declaró la inadmisión del recurso por los defectos advertidos en la comparecencia.

Y no obsta en nada a lo anterior, el que la parte recurrida hubiese, hasta por dos veces, denunciado los defectos advertidos en la comparecencia y el que el recurrente también hubiera tratado de subsanarlos, pues es el Sala la que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 45 tenía la obligación legal de requerir la subsanación al recurrente si estimaba que la comparecencia no fue válida y no se habían subsanado los defectos habidos en la comparecencia.”.

Tenemos, pues, que la decisión de rechazar la causa de inadmisibilidad del recurso nos viene impuesta por imperativo constitucional. Y, en efecto, cabe agregar a la anterior jurisprudencia del TS que el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente, desde la temprana STC 19/1981, de 8 de junio, que el derecho a la tutela judicial efectiva, que se reconoce en el art. 24.1 CE, comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial, por lo que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Ciertamente que también se satisface el derecho a la tutela judicial con la obtención de una resolución de inadmisión, que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique, aplicada razonablemente por el órgano judicial. Pero a la hora de determinar si es o no razonable la aplicación de una causa de inadmisibilidad es fundamental tener presente que el principio hermenéutico *pro actione*, que opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, si bien no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles, sí proscribire aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican. En este sentido se pronuncia, entre otras, la STC 45/2002, de 25 de febrero, en la que, además, se declara que “los Jueces y Tribunales deben llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, a fin de procurar, siempre que sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad, favoreciendo de este modo la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial. Y en dicha ponderación es preciso que se tomen en consideración, tanto la entidad del defecto y su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, como su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso y la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte, en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado”. Asimismo, en la STC 149/1996, de 30 de septiembre, FJ 2, dijo el TC que si el órgano judicial no hace lo posible para la subsanación del defecto procesal que pudiera

considerarse como subsanable, o impone un rigor en las exigencias más allá de la finalidad a que las mismas responden, la resolución judicial que cerrase la vía del proceso o del recurso sería incompatible con la efectividad del derecho a la tutela judicial, ya que, como se señaló en la STC 213/1990, de 20 de diciembre, FJ 2, los presupuestos y requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima, con la consecuencia de que, si aquella finalidad puede ser lograda sin detrimento de otros bienes o derechos dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto.”.

Es evidente, pues, teniendo en cuenta los antecedentes del caso, que un eventual pronunciamiento de inadmisión comportaría una interpretación excesivamente rigurosa de las normas procesales ante una omisión de escasa relevancia y perfectamente subsanable.

A ello se añade que en trámite de conclusiones, primera oportunidad que tuvo luego de plantearse la mencionada causa de inadmisibilidad, la actora aportó copia de poder otorgado por el Consejero-delegado de la entidad demandante e inscrito en el Registro mercantil en el que expresamente consta la facultad de interponer recursos por lo que el artículo 45.3 de la Ley jurisdiccional permite la subsanación de los defectos cometidos en relación con los documentos que han de aportarse junto con el escrito de interposición del recurso.

Incluso en el caso de que no existiera esa previsión legal expresa, tendríamos que haber concedido a la actora la posibilidad de subsanación, pues también ha señalado el Tribunal Constitucional que la necesidad de dar ocasión a la subsanación del defecto advertido, cuando éste, atendida la ratio de su exigencia procesal, sea susceptible de reparación sin menoscabo de la regularidad del procedimiento y sin daño de la posición de la parte adversa, y siempre que, en definitiva, no sea de apreciar una posición negligente o contumaz en el recurrente, depende, no de la existencia de previsiones legislativas específicas en cada procedimiento, sino del contenido normativo del mismo art. 24.1 CE.

La excepción analizada queda, pues, rechazada.

TERCERO.- La parte fundamental de la impugnación articulada en la demanda gira sobre la motivación y la interdicción de la arbitrariedad de las Administraciones Públicas ex arto 9.3 de la C.E.

La ausencia de motivación o si se prefiere su falta de objetividad se hace descansar en las alegaciones que seguidamente sintetizamos extraídas de la demanda:

A) Es sabido que la Administración Pública al adjudicar el contrato goza de la denominada discrecionalidad técnica que le permite concluir cuál de los distintos licitadores presenta la proposición más ventajosa -concepto jurídico indeterminado-; pero dicho lo anterior no es menos cierto que dicha discrecionalidad técnica no está exenta del necesario control jurisdiccional.

Lo que no cabe en ningún caso es confundir dicha discrecionalidad técnica con arbitrariedad, pues dicha discrecionalidad técnica debe gozar de razonabilidad y debe satisfacer motivadamente el interés general, que por mandato constitucional - art. 103.1 de la CE.- debe justificar toda actividad administrativa. Así, la actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que motivan la declaración de voluntad administrativa.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa el acto de adjudicación del contrato administrativo no satisface el requisito de la necesaria motivación de todo acto administrativo. Así pues, en el presente supuesto, la motivación del acto administrativo no permite conocer de un modo razonable porqué es más ventajosa la oferta presentada por la adjudicataria, estando teñida la misma de un importante e indebido matiz de subjetividad que la convierte en arbitraria y por ende contraria a la prohibición de la arbitrariedad administrativa art. 9.3 CE.- amén de constituir una auténtica desviación de poder que determinará la anulabilidad del acto (art. 63.2 de la LRJPAC) ..

B) La motivación del acto administrativo descansa en el informe técnico evacuado en el seno del procedimiento administrativo de contratación por DOXA CONSULTING GROUP. de fecha 27 de septiembre de 2007.

Respecto de los Lotes 11".118 Y 11C denominado TLD6TF -Local SIC de Tenerife- En la página 2268 del expediente administrativa se establece una tabla resumen, que en lo que a este proceso atañe hemos reproducido la puntuación de las tres adjudicatarias y la de mi mandante-

| | P.TECNOLOG (100) | P.ECONOMIC (150) | PROGRAMAC (300) | TOTAL (550) |
|-------------|---------------------|---------------------|--------------------|----------------|
| C.ATLANTICO | 81 | 128 | 230 | 439 |
| CANAL 4 TFE | 78 | 90 | 260 | 428 |
| MACAE MAN | 77 | 107 | 215 | 399 |
| LAOPINION | 86 | 130 | 179 | 395 |

En una primera aproximación a la cuestión y con una simple llamada al sentido común ya la lógica -alejado de cualquier razonamiento jurídico- resulta lo siguiente:

-La puntuación final obtenida entre las distintas licitadoras presentan poca diferencia cuantitativa y singularmente entre MACAE MANTENIMIENTO y LA OPINIÓN DE TENERIFE S.L. dista únicamente 4 puntos de un total de 550 puntos. Ello evidencia una igualdad en las ofertas presentadas por estas cuatro licitadoras y que considerando dicha igualdad sólo puede colegirse que la adjudicación -en tanto dirime la igualdad entre los licitadores- está teñida de un acentuado subjetivismo que exigirá para desterrar la idea de arbitrariedad aún de un mayor esfuerzo por motivar el acto administrativo.

-y es este acentuado subjetivismo en la decisión administrativa el que no logra desterrar la motivación del acto administrativo. La lectura detenida del informe -una vez concluida- permite colegir la existencia de una importante nota de subjetividad distante de la objetividad necesaria, especialmente en el criterio o módulo 3 "Programación", como se verá.

En efecto, los criterios como se ha dicho anteriormente son tres; los dos primeros de mayor objetividad -referidos a la propuesta tecnológica y económica-, en tanto valoran aspectos técnicos y económicos donde el ámbito de la libre decisión de la Administración no puede desplegarse con tanta intensidad, pues esta constreñido. Así en este primer criterio de valoración "PROPUESTA TECNOLÓGICA" mi mandante es puntuada con un baremo de 86 y en el segundo "PROPUESTA ECONÓMICA" con un baremo de 130. Llegado este lter del procedimiento contractual y de la baremación LA OPINIÓN DE TENERIFE S.L. estaba valorada como la oferta más ventajosa.

C) El grado de subjetivismo y de total ausencia de imparcialidad o neutralidad alcanza su mayor intensidad como se ha dicho- en el tercer baremo denominado "Programación".Dicho baremo resulta decisivo para adjudicar el contrato. De la simple lectura del informe, acudiendo únicamente al sentido común y a la lógica, puede colegirse la ausencia de razonabilidad en la ponderación de las distintas ofertas que realiza el órgano de contratación.

El resultado obtenido en dicho criterio es como se expuso arriba el siguiente:

PROGRAMAC

(300)

| | |
|-------------|-----|
| C.ATLANTICO | 230 |
| CANAL 4 TFE | 260 |
| MACAE MAN | 215 |
| LA OPINION | 179 |

Es este criterio, pues, el que ha sido determinante en la adjudicación y sobre las valoraciones contenidas en el informe de la entidad DOXA CONSULTING GROUP razonaremos nuestra pretensión.

Aún cuando nos separemos de la sistemática del informe es necesario significar primeramente que el quinto de los criterios a valorar es la Experiencia del licitador con una puntuación máxima de 30 puntos. En este criterio las puntuaciones han sido las siguientes:

1. CANAL ATLANTICO. 30 puntos.
2. CANAL 4 TENERIFE. 20 puntos.
3. MACAE MANTENIMIENTO. 20 puntos.
4. LA OPINIÓ. 0 puntos.

No es ocioso recordar que la diferencia en baremación de MACAE y LA OPINIÓ DE TENERIFE S.L. es de 4 puntos, a lo cual habrá que añadir que este baremo ha de ser rechazado, pues una reiterada jurisprudencia y dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación han prohibido que la experiencia pueda ser considerada como criterio de adjudicación.

D) En el primer criterio del señalado tercer baremo titulado "Fomento de la cultura y valores propios de la Comunidad Autónoma de Canarias" se establece una puntuación máxima de 70 puntos y se valorará la "... relación descriptiva de las actuaciones de fomento de la cultura y valores propios de la Comunidad Canaria" Criterio 3.1.

El informe señala "En este sentido hay que señalar que la mayoría de ofertas se hallan en un nivel bastante similar, enumerando a continuación las tres que mayor valoración han recibido por la descripción detallada de su oferta cultural y por la amplia y consistente demostración de su experiencia en la producción de eventos vinculados a la cultura canaria, además de los compromisos de tiempo de emisión dedicados a contenidos de estas características".

Entre las tres que se enumeran a continuación se encuentran CANAL ATLANTICO, LA OPINIÓ DE TENERIFE S.L. y CANAL 4 TENERIFE - se silencia cualquier razonamiento respecto de MACAE MANTENIMIENTO a la cual se dice en el párrafo siguiente que se encuentra en un segundo nivel. La descripción de las tres ofertas es

la siguiente: "Canal Atlántico --que compromete un 50% del prime time y 57% de la emisión total a contenidos culturales-, La Opinión de Tenerife --de cuya oferta se desprende un porcentaje cercano al 74% a singularidades de la cultura canaria-, y Canal 4 Tenerife- que incluye una parrilla con el 29% de los contenidos orientados a temas culturales y vinculados al turismo y costumbres canarias ... "

Pues bien dicho esto, no obstante la puntuación ha sido la siguiente:

1. CANAL 4 TENERIFE. 65 puntos
2. CANAL ATLANTICO. 35 puntos.
3. MACAE MANTENIMIENTO. 35 puntos
4. LA OPINIÓ. 30 puntos

Esto es quien ofrece un mayor porcentaje de programación dirigida a singularidades canarias (hasta un 74 %, señala el informe) no alcanza ni la mitad de puntuación a otorgar.

Luego el informe señala "Por su parte, los licitadores Canal 8 Medios Audiovisuales ... y Canal 4 Tenerife ... han recibido puntuación adicional al haber aportado compromisos via acuerdos con terceras televisiones locales para el intercambio y uso compartido de contenidos sociales ...

El informe introduce ex novo un criterio de baremación-separándose de la literalidad de los criterios de adjudicación-, de los que una recta lectura en ningún caso permite adicionar puntuación por la existencia de esos acuerdos, amén de no justificarse debidamente la razonabilidad o conveniencia de dichos acuerdos y de la puntuación que se otorga a los mismos .

E) El segundo criterio del tercer baremo es el denominado "Programación" con una puntuación máxima de 100 puntos. Se valora principalmente la oferta que incluya un mayor tiempo de espacios informativos y de actualidad relacionados con el ámbito territorial de las diferente demarcaciones" ANEXO IV -3.2- del Pliego de Cláusulas Particulares

Pues bien dicho esto del contraste de las distintas ofertas resulta lo siguiente:

| | MINUTOS INFORMAT. | DE PUNTOS |
|------------------|----------------------|-----------|
| CANAL ATLANTICO | 1890 | 85 |
| LAOPINION | 1523 | 77 |
| MACAE | 450 | 70 |
| CANAL 4 TENERIFE | Sin expresión | 75 |

La lectura del informe permite colegir que en esencia la valoración de las ofertas de las distintas licitadoras son iguales con la salvedad introducida respecto de la existencia de acuerdos y como ya expusimos ello supone bien que se adiciona indebidamente un criterio de ponderación, bien que se valoran aspectos silenciado o no contenidos en los criterios de adjudicación.

F) En el tercer criterio bajo el título "Producción de programas" con una puntuación máxima de 80 puntos se valora especialmente los proyectos que impliquen producción de programas en la Comunidad Autónoma de Canarias, según el criterio de valoración 3.3 .

Los datos objetivos que corresponden a las distintas ofertas son las siguientes:

| | PORCENTAJE | PUNTUACION -MAXIMO |
|------------------|--------------|--------------------|
| | PRODUCCIÓN | 80 |
| | PROGR. | PU |
| | | NT |
| | | OS |
| LAOPINION | 82% | 60 |
| CANAL ATLANTICO | 71% | 60 |
| CANAL 4 TENERIFE | 66% | 80 |
| MACAE | SIN | EX DE 70 |
| | | PR |
| | | ESI |
| | | ON |
| MANTENIMIENTO | PORCENT AJ - | |
| | aprox 60%- | |

Nuevamente la baremación carece de razonabilidad y peca de un indebido subjetivismo. Sin mayor esfuerzo intelectual, es posible colegir, en primer lugar, qué no se otorga la puntuación máxima a la licitadora que más porcentaje de producción presenta y en segundo lugar, que es notorio que se ha inobservado la razonabilidad y proporcionalidad en la baremación del simple contraste de los porcentajes y la puntuación correspondiente a los mismos.

G) El cuarto criterio responde a la denominación "Plan de servicios digitales adicionales" con una puntuación máxima de 20 puntos. Pues bien LA OPINIÓN DE TENERIFE S.L. obtiene 12 puntos. (las tres restantes la puntuación máxima 20 puntos)

El informe señala -página 160-: "Los licitadores han obtenido la totalidad de los puntos al expresar su intención de proporcionar servicios relativos al desarrollo de la sociedad de la información ...En segundo nivel se encuentran los licitadores ... e incluso La Opinión de Tenerife ... pese a también expresar su intención de proporcionar servicios digitales adicionales, lo hacen con una descripción más acotada y menos específica de cómo alcanzar sus respectivas iniciativas, por lo que ha obtenido una puntuación algo inferior y en algún caso por, a pesar de incluir servicios como telebanca (La Opinión de Tenerife) no aportar pre-acuerdos con proveedores de dichos servicios, que aporten mayor consistencia a su oferta y plan de desarrollo de los mismos."

El razonamiento no deja de sorprender -sea dicho con respeto-, por los siguientes motivos:

-en primer lugar, porque es reproducción literal e idéntica de la motivación que permitió la adjudicación mediante Decreto 369/07 de la gestión indirecta de la T.D.T. de ámbito autonómico. Ello abunda en lo voluntarista, arbitrario y falta de razonabilidad de la motivación. Una y otra motivación sirven para sendas adjudicaciones.

-en segundo lugar, pues si bien se manifiesta en el informe que todas las licitadoras expresan su intención de proporcionar servicios relativos a la sociedad de la información reconoce que la menor puntuación que LA OPINIÓN DE TENERIFE S.L .. obtiene está motivada por una" ... descripción más acotada y menos específica de cómo alcanzar sus respectivas iniciativas ";tal afirmación evidencia un acentuado e indebido subjetivismo. Igualmente, resulta paradójico que el informe minore "algo" la puntuación y esa minoración signifique UN POCO MENOS DE LA MITAD de la puntuación, ello vulnera la proporcionalidad necesaria en la baremación.

En cuanto a los lotes 13A y 13 B TI04TF el contenido del reproche que formula la demanda es de similar contenido.

CUARTO.- Ciertamente, -en ello no hay discrepancia entre las partes-, la propuesta de adjudicación elevada por la Mesa de contratación designada al efecto y el propio acto recurrido remiten su motivación al informe elaborado por la entidad Doxa Consulting . La entidad demandante entiende que la Mesa de contratación al hacer dejación de sus facultades de valoración y aceptar sin mas la realizada por una entidad privada ajena a la Administración, se ha desprovisto de la presunción de acierto, objetividad y neutralidad que revisten los actos de la Administración realizados por los funcionarios públicos.

Para responder a este motivo de impugnación debe subrayarse inicialmente cual es el alcance que corresponde a los Informes Técnicos en los concursos donde la adjudicación debe ser decidida mediante una valoración de esa naturaleza técnica, y cuya elaboración en el caso enjuiciado fue encomendado a la empresa citada.

Esos Informes Técnicos cumplen, pues, una función de asesoramiento que está destinada a contribuir a formar la voluntad que ha de plasmarse en el acto de adjudicación, ofreciendo a los órganos administrativos que intervienen en la adopción de esa decisión unos conocimientos especializados que no poseen y les son imprescindibles.

Como expone la defensa de la Administración, el artº 81 del RDL 2/2000 de la norma aplicable temporalmente previene que la Mesa de contratación podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos y se relacionen con el objeto del contrato. Ahora bien esta posibilidad no puede considerarse sin límites ni los informes técnicos que se emitan por este procedimiento pueden considerarse en todos los casos revestidos de las presunciones que gozan los actos de la Administración. La Ley configura la Mesa de contratación como un órgano de carácter técnico que auxilia o asiste al de contratación para la adjudicación correspondiente. Su carácter técnico resulta tanto de las funciones que se le encomiendan como de su composición, en cuanto se establece en dicho precepto la exigencia de que entre los vocales figure un funcionario que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor. Quiere ello decir que es un órgano administrativo, no permanente, compuesto esencialmente por miembros especializados técnicamente, pero que en principio deben proceder del personal de la propia Administración. Ello deriva de la propia configuración legal de la función pública en el Ordenamiento jurídico administrativo, que le dota de un especial régimen estatutario cuya justificación teleológica es precisamente garantizar su independencia y objetividad.

Así el artº 82 y 83 de la Ley 30/92 de PAC incluye la petición y evacuación de informes dentro de las disposiciones que regulan el procedimiento administrativo, procedimiento que está ordenado a la formación de la voluntad de la Administración y que en consecuencia se realiza por la concurrencia de los distintos órganos llamados a conformar dicha voluntad que se terminará expresando en el acto Administrativo final. Solo la observación de tales reglas permitirá proclamar la final validez del acto administrativo .

Por idéntica razón debe asimismo afirmarse que los informes técnicos que recabe la Mesas de contratación deben ser realizados por los propios servicios técnicos con que cuenta la Administración y solo en los casos en que quede acreditado que tales servicios no existen o son insuficientes, podría acudir a asesoramientos externos. Entenderlo de otra forma sería desnaturalizar la propia existencia de la Administración constitucionalmente concebida para servir con objetividad los intereses generales en la forma que se contiene en el artº 103 CE. . No existe la posibilidad de que los titulares de las potestades administrativas acudan a su libre albedrío a los órganos de la Administración o a otros externos según pueda en cada caso convenirles. Ello implicaría por sí mismo un ejercicio arbitrario de tales potestades.

En el caso de que efectivamente se justifique la necesidad de acudir empresas o profesionales de consultoría y asistencia técnica externa a la Administración deberá realizarse su selección a través de procedimientos que garanticen al menos los principios de publicidad y concurrencia mediante el oportuno expediente de contratación.

En cualquier caso la Mesa de Contratación no puede hacer dejación total de sus funciones remitiéndose sin más al contenido de tales informes. Deberá realizar al menos una mínima valoración crítica que exteriorice las razones que le llevan a aceptar el informe y trasformarlo en su propia propuesta.

Los anteriores criterios han sido puestos de relieve, en supuestos que guardan gran paralelismo con el presente respecto del objeto del contrato, por las sentencias del TS de 18 febrero 2003 y 27 octubre 2003, en las que justamente se rechazan a sensu contrario la posible existencia de vicio invalidante en el proceso selectivo del concesionario por cuanto se habrían cumplido con tales principios.

Pues bien del expediente administrativo resultan los siguientes datos:

- a) No existe justificación alguna de la necesidad de acudir a asesoramientos externos para auxiliar a la Mesa de contratación en su tarea de valorar las propuestas de los distintos licitadores. Ni siquiera consta que la propia Mesa considerase y solicitase tal auxilio externo, de hecho luego de la fase de examen de la documentación presentada que finaliza en el acta VII de 23 de febrero de 2007, en la siguiente sesión que no tiene lugar hasta el día 27 de septiembre de 2007 y con la Presidencia de la Mesa modificada, se da cuenta de la existencia del informe elaborado por Doxa, sin que se pueda determinar en consecuencia que la mesa lo solicitara.
- b) La elección y designación de la entidad Doxa Consulting se realiza directamente por la Viceconsejería de Comunicación y Relaciones con los Medios a quien directamente se dirige el informe (folio 2.107 del expte) sin que conste que para su

contratación se haya seguido procedimiento de selección con publicidad y concurrencia alguno. La mencionada Viceconsejería es el órgano de contratación

c) La Mesa de contratación limita su función, luego de solicitar sendas aclaraciones, a hacer suyo íntegramente el informe de Doxa Consulting, sin ninguna aportación propia ni otra aportación que considere que contiene una valoración ajustada al pliego de condiciones, remiéndose el mencionado informe como anexo al acta. (folio 2101 expte.)

d) El hecho de que el informe externo se solicite y dirija a la Viceconsejería de Comunicación y Relaciones con los Medios que es justamente el órgano de contratación que debía ser destinatario del informe de la Mesa de Contratación y realizar la propuesta de adjudicación, supone de hecho una distorsión del procedimiento de evaluación que minimiza sino vacía de contenido el cometido de la Mesa de contratación.

Tales circunstancias priva al informe de la presunción de objetividad e imparcialidad de que la Administración quiere revestirlo. La defensora de la Administración trata de compensar tales evidencias apelando a la experiencia y solvencia profesional de la entidad informante, reafirmada en similares procesos selectivos de otras Comunidades Autónomas. No se trata de negar tales cualidades. Su solvencia profesional no enerva la duda de dependencia que sugiere la forma de designación: por muy profesional que sea el informante, en el ámbito de las relaciones privadas, existe una tendencia a acomodar el contenido del informe a los deseos de quien lo encarga y paga.

El art. 54.1.f) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece serán motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derechos: «...Los (actos) que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa...» disponiendo el art. 54.2 que «...La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y 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...»,

Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial la motivación de una resolución puede hacerse, bien directamente, bien por referencia a informes o dictámenes obrantes en las actuaciones. Pero para que ello sea admisible, es necesario que tales informes provengan y sean emitidos por los órganos y en la forma que señalen las normas, lo que no ocurre en el acto recurrido.

Por este motivo sería suficiente para estimar el recuso sin mas. Ahora bien como el demandante lo ha constreñido a determinados lotes, vamos a realizar un examen somero de la valoración que respecto de ellos contiene el acto recurrido.

QUINTO.- El artículo 87.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo , de Contratos de las Administraciones Públicas, en concordancia con lo establecido en el artículo 27 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 , sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras según contempla la citada Sentencia de fecha 3 de mayo de 2001 en su ámbito de aplicación, establece que «en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base a la adjudicación».

En tal sentido la jurisprudencia ha sentado que la adjudicación de los contratos administrativos, como todo acto discrecional, está sujeta al control jurisdiccional, y que éste debe atender a la adecuación de esta actuación administrativa a los principios generales del Derecho.

Así, la STS de 11 de junio de 1991 considera que «el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en el art. 9.º3 de la Constitución, principio éste que aspira a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales (art: 103.1 de la Constitución) y más específicamente, en lo que ahora importa, a que esa actuación venga inspirada por las exigencias de los "principios de buena administración" (art 3.º de la Ley de Contratos del Estado)

De lo expuesto deriva ya claramente que la justificación del concreto contenido de un acto discrecional no puede basarse en el dato de su discrecionalidad aceptada por los participantes en un concurso. La actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad y, en lo que ahora importa, de buena administración.

La demanda ha denunciado dos bloques de irregularidades en el contenido del informe tantas veces aludido y que sirve de motivación a la adjudicación:

A) Se dice por un lado que la puntuación otorgada en distintos capítulos que hemos recogido en el fundamento tercero, no se corresponde utilizando reglas de elemental lógica con los particulares de las ofertas valoradas. Así en el primer criterio del señalado tercer baremo titulado "Fomento de la cultura y valores propios de la Comunidad Autónoma de Canarias" se establece una puntuación máxima de 70 puntos y la descripción de las tres ofertas es la siguiente: "Canal Atlántico --que compromete un 50% del prime time y 57% de la emisión total a contenidos culturales-, La Opinión de Tenerife --de cuya oferta se desprende un porcentaje cercano al 74% a singularidades de la cultura canaria-, y Canal 4 Tenerife- que incluye una parrilla con el 29% de los contenidos orientados a temas culturales y vinculados al turismo y costumbres canarias ... " Pues bien dicho esto, no obstante la

puntuación ha sido la siguiente: 1. CANAL 4 TENERIFE. 65 puntos 2. CANAL ATLANTICO. 35 puntos. 3. MACAE MANTENIMIENTO. 35 puntos 4. LA OPINIÓN. 30 puntos

No hace falta un mayor esfuerzo para constatar la irracionalidad de la puntuación: quien ofrece un mayor porcentaje de programación dirigida a singularidades canarias es el peor puntuado.

Algo similar ocurre respecto del apartado “programación”, “ producción de programas ” y “Plan de servicios digitales adicionales” . En todos ellos puede observarse que la puntuación otorgada no se corresponde con la proporcionalidad del criterio que se evalúa. Lo normal y exigible es que si la mejor oferta se puntuó con la máxima atribuida, las restantes guarden una proporción obtenida de una simple regla de tres con la primera. De no realizarse así, al menos debe explicarse la razón .

Resulta en consecuencia ilógico y arbitraria la puntuación realizada.

B) Ciertamente el informe tantas veces citado introduce criterios de baremación no recogidos en el pliego y así en el apartado fomento de la Cultura y valores propio de la Comunidad Autónoma, el informe señala "Por su parte, los licitadoresCanal 8 Medios Audiovisuales ... y Canal 4 Tenerife ... han recibido puntuación adicional al haber aportado compromisos via acuerdos con terceras televisiones locales para el intercambio y uso compartido de contenidos sociales” .

Como afirma la demanda, obviamente el informe no puede introducir nuevos factores de valoración que no consten en el pliego de condiciones.

No es necesario abundar mas en detalles del informe para concluir que el mismo carece de la rigurosidad y objetividad que le es exigible. También por este motivo debe estimarse el recurso.

SEXTO.- Lo hasta ahora expuesto implica la estimación del recurso en el particular de la nulidad del Decreto recurrido y por ello de la adjudicación del concurso en los particulares que se recogen en la demanda, sin que por el contrario deba accederse a la pretensión de los demandantes de que se declare su derecho a resultar adjudicatario del concurso que implicaría ejercitar la discrecionalidad técnica que le resulta vedado a la Sala, por no poderse sustituir la discrecionalidad de la Administración por la suya propia, sin perjuicio de que el derecho a la tutela judicial efectiva permita un control externo de la decisión administrativa impugnada que no afecte el núcleo esencial de la misma.

En este sentido y dado que la citada decisión se apoya en un informe que no proporciona las garantías suficientes de objetividad conforme a lo dispuesto en el art.9.3 de la CE que consagra el principio de interdicción de la arbitrariedad,

procederá que con retroacción de las actuaciones se emita un nuevo informe ajustado al pliego de condiciones y con el grado de motivación exigible por los técnicos que se estimen convenientes pero distintos al que emitieron el anterior y siempre que su elección respete los criterios expuestos antes y se eleve de nuevo a la mesa de contratación que sustituya a la anterior para que a su vez formule la propuesta correspondiente al Órgano de contratación.

No se aprecian motivos para hacer especial pronunciamiento sobre las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Por ello, vistos los artículos citados y demás de general aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución decidimos

FALLO

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la representación procesal de LA OPINIÓN DE TENERIFE S.L. frente al Decreto y en los particulares que asimismo hemos identificado, que anulamos con retroacción de las actuaciones administrativas en la forma establecida en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia, sin imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

