

R. CASACION núm.: 321/2023
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo
Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 426/2026

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.
D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente
D.^a María del Pilar Teso Gamella
D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo
D. Francisco José Sospedra Navas
D.^a María Alicia Millán Herrandis
D. Manuel Delgado-Iribarren García-Campero
D. Antonio Narváez Rodríguez

En Madrid, a 9 de abril de 2026.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº. 321/2023, interpuesto por el procurador de los Tribunales don Ramón Soria Torres, en nombre y representación del Ayuntamiento de Sant Mateu, asistido del letrado don José Cano Larrotcha y por la procuradora doña Carmen Linares Beltrán, en nombre y representación de Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense S.A. (FACSA) contra la sentencia 790/2022, de 21 de octubre, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de apelación



n.º 264/2022, interpuesto, a su vez, contra la sentencia 147/2022, de 11 de abril, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Castellón, en el recurso contencioso-administrativo n.º 508/2019, recurso éste interpuesto (i) contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de 13 de marzo de 2019 que proponía la clasificación de las proposiciones presentadas por los licitadores con la exclusión de la propuesta de TECVASA al considerar su oferta en baja temeraria; (ii) contra la resolución de 29 de marzo de 2019 dictada por el Pleno del Ayuntamiento de Sant Mateu, por el que se procedió a clasificar las proposiciones presentadas en la licitación del contrato de "Concesión del servicio público de abastecimiento de agua potable en el municipio de Sant Mateu", acordando la exclusión de la oferta de TECVASA y que la oferta de la mercantil FACSA era la económicamente más ventajosa, requiriéndole para la aportación de documentación justificativa para su adjudicación; (iii) y contra el acuerdo plenario de 5 de junio de 2019 en el que se acuerda adjudicar el contrato de "Concesión del servicio público de abastecimiento de agua potable en el municipio de Sant Mateu" a la mercantil FACSA.

Se ha personado, como parte recurrida, la procuradora de los Tribunales doña Ana Llorens Pardo, en nombre y representación de AQLARA Ciclo Integral del Agua S.A. (antigua TECVASA), asistida del letrado don Josep Ortiz Ballester.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Castellón dictó sentencia 147/2022, el 11 de abril en el recurso contencioso-administrativo n.º 508/2019, interpuesto por la representación procesal de



Técnicas Valenciana del Agua SA (TECVASA), en la actualidad Aqlara Ciclo Integral del Agua S.A., debido a un cambio de denominación social, contra la Diputación de Sevilla.

En concreto, el Juzgado citado dispuso: «DEBO ESTIMAR Y ESTIMO el recurso Contencioso-Administrativo presentado por TÉCNICAS VALENCIANAS DEL AGUA, S.A. (TECVASA) contra la Resolución de 29 de MARZO de 2019, dictada por el AYUNTAMIENTO DE SAN MATEU, por el que se procedió a clasificar las proposiciones presentadas en la licitación del contrato de "Concesión del servicio público de abastecimiento de agua potable en el municipio de Sant Mateu", determinándose la oferta de la mercantil FACSA como la económicamente más ventajosa y requiriéndole para la aportación de documentación justificativa para su adjudicación, así como el Acuerdo de 13 de marzo de 2019 donde se excluye la propuesta de TECVASA por temeraria, y ACUERDO de 5 de JUNIO de 2019 en el que se acuerda adjudicar el contrato de "Concesión del servicio público de abastecimiento de agua potable en el municipio de Sant Mateu" a la mercantil FACSA, declarando que las citadas resoluciones son disconformes a derecho por lo que procede declarar su nulidad, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento anterior de la exclusión de la oferta de TECVASA y Reconocer como situación jurídica individualizada el derecho a resultar adjudicataria del Contrato, al haber obtenido la mayor puntuación en el cuadro de calificación de ofertas.

Procede condena en costas a la administración demandada con el límite por todos los conceptos de 800 euros.»

SEGUNDO.- Ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana se siguió el recurso de apelación nº. 264/2022, interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Sant Mateu y de Fomento Agrícola Castellonense S.A. contra la citada sentencia de 11 de abril de 2022.

En el citado recurso de apelación, se dictó sentencia 790/2022, de 21 de octubre, cuyo fallo es el siguiente:

«1.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Sant Mateu y Fomento Agrícola Castellonense S.A. frente a la sentencia 147/2022, de 11 de abril,



que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Castellón ha dictado en el procedimiento ordinario 508/2019.

La decisión judicial estima las pretensiones de invalidez jurídica y de reconocimiento de una situación personal individualizada que Técnicas Valencianas del Agua S.A. formuló contra un acuerdo, de 29 marzo 2019, del pleno del Ayuntamiento de Sant Mateu.

Este acuerdo resuelve adjudicar el contrato de concesión del servicio de abastecimiento de agua potable a Fomento Agrícola Castellonense S.A.:

"..ordenando la retroacción de las actuaciones al momento anterior de la exclusión de la oferta de TECVASA y reconocer como situación jurídica individualizada el derecho a resultar adjudicataria del contrato, al haber obtenido la mayor puntuación en el cuadro de calificación de ofertas" (sentencia 147/2022, parte dispositiva).

Además, se había planteado también el contencioso-administrativo frente a decisiones de 13 marzo (exclusión de TECVASA) y 29 de marzo de 2020 (clasificación de las ofertas).

2.- CONFIRMAR esta resolución judicial.

3.- IMPONER la totalidad de costas procesales causadas en esta segunda instancia a la parte *llegan a una cuantía, por todos los conceptos, de 4.000 €. Es decir, el Ayuntamiento de Sant Mateu deberá pagar 2.000 € a Aqlara Ciclo Integral del Agua S.A. Y Foment Agrícola Castellonense S.A. otra cantidad igual (2.000 €).»

TERCERO.- Contra esta sentencia fue preparado recurso de casación por el Ayuntamiento de Sant Mateu y por Fomento Agrícola Castellonense S.A. y la Sala territorial lo tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y el expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte recurrente interpuso el citado recurso de casación.

CUARTO.- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de 22 de noviembre de 2024, se acordó admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Ayuntamiento de Sant Mateu y por Fomento Agrícola Castellonense S.A en los siguientes términos:



«1.º) Admitir el recurso de casación n.º 321/2023, preparado por escritos de la representación procesal de la Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense, S. A., así como el preparado por representación procesal del Ayuntamiento de Sant Mateu, contra la Sentencia n.º 790/22, de 21 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, que ha desestimado el recurso de apelación n.º 264/2022, interpuesto contra la Sentencia n.º 147/2022, de 11 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Castellón (procedimiento ordinario 508/2019), en materia de contratación administrativa.

2.º) Declarar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar, si existe vulneración de la discrecionalidad técnica de la Administración para adjudicar un contrato administrativo, si quedando acreditado que existió puntuación por parte de la mesa de contratación a cada uno de los licitadores, el órgano judicial declara adjudicado el contrato al licitador que dispone de un mayor número de puntos, sin que la Administración haya tenido la oportunidad de ejercer las facultades relativas a:

(i) la calificación de la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente (art. 151.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP), ahora art. 150.2 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del Sector Público).

(ii) la renuncia y el desistimiento, previstas en el art. 155.2 TRLCSP (ahora en el art. 152.2 de la de la vigente Ley 9/2017).

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación: los artículos 151.2 y 155.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.»

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso, presentado el 18 de enero de 2024, el Ayuntamiento de Sant Mateu solicitó:«dicte Sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida, ordene la retroacción de las actuaciones al momento inmediato anterior a la exclusión de la oferta de AQLARA, con el fin de que por parte del órgano de contratación pueda darse cumplimiento a la previsión contenida en los artículos 151.2 y 155 del TRLCSP. »



En el escrito de interposición del recurso, presentado el 22 de enero de 2024, Aqlara Ciclo Integral del Agua, S.A. solicitó: «dicte sentencia por la que, con estimación del recurso interpuesto revoque la Sentencia impugnada en tanto en cuanto reconoce como situación jurídica individualizada el derecho de AQLARA (TECVASA) a resultar adjudicatario del contrato, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento anterior de la exclusión de la oferta de TECVASA.»

SEXTO.- Conferido trámite de oposición mediante providencia de 23 de enero de 2024, la representación procesal de Aqlara Ciclo Integral del Agua, S.A. presentó escritos de oposición al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Sant Mateu y Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense S.A. el 11 de marzo de 2024, solicitando en ambos se dicte sentencia por la que:«desestimando el recurso de casación con base en los motivos formulados en el cuerpo de este escrito en virtud del artículo 92 LJCA, con expresa condena en costas a la recurrente.»

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 27 de noviembre de 2025, se acordó por la Sala de Gobierno en su reunión de 27 de octubre, transferir el presente procedimiento a la Sección Cuarta de esta Sala a fin de proceder a su señalamiento para votación y fallo; aceptándose la competencia para su conocimiento y resolución por esta Sección 4ª por providencia de 5 de diciembre, señalándose para la deliberación y fallo del presente recurso el 20 de enero de 2026, señalamiento que se dejó sin efecto por providencia de 19 de enero de 2026 por permiso oficial del Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, señalándose nuevamente para el 7 de abril. Entregada la sentencia por el magistrado ponente el 8 de abril de 2026.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las representaciones procesales del Ayuntamiento de Sant Mateu y de la mercantil Fomento Agrícola Castellonense, S.A. (FACSA) recurren en



casación la sentencia 790/2022, de 21 de octubre, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de apelación n.º 264/2022.

1.- Mediante acuerdo de Pleno de fecha 7 de marzo de 2018, el Excmo. Ayuntamiento de Sant Mateu aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) para la concesión del servicio de abastecimiento de agua potable en el término municipal de Sant Mateu, efectuándose su publicación en el BOP de Castellón de fecha 8 de marzo. La duración de la concesión sería de cinco años prorrogables por cinco años adicionales, desde el inicio de la explotación del servicio. En la cláusula 15ª se disponía: «El carácter desproporcionado o anormal de las ofertas, que llevará aparejada la exclusión de las mismas en el procedimiento de contratación, se apreciará en función de los siguientes parámetros: Las ofertas se considerarán incursas en baja temeraria como consecuencia de ofertas anormales o desproporcionadas cuando la suma de los cánones o importes ofertados bajo el epígrafe "Criterios evaluables económicamente" sean superiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. [...]»

2.- Tras la presentación de las ofertas y la apertura de la documentación presentada por los distintos licitadores, fue emitido el informe técnico solicitado por el órgano de contratación a la consultora IDEUS INGENIERIA SOSTENIBLE (IDEUS) que se resume en los cuadros incorporados a los documentos 65 (puntuación de criterios técnicos sometidos a juicios de valor) y 68 (proposición económica y documentación cuantificable de forma automática):

A) Criterios sometidos a juicios de valor (oferta técnica):

Licitador	P1	P2	P3	M1	Total
FACSA	17,40	7,00	4,63	3,55	32,58
HIDRAQUA	14,00	7,00	3,38	2,95	27,33
GOMSA	14,10	6,40	3,13	2,10	25,73
PÀVAGUA	14,45	8,80	4,88	4,55	32,68
TECVASA	11,00	9,40	4,13	3,70	28,23

Esta propuesta fue acogida por la Mesa de contratación (documento 67):

B) Proposición económica y documentación cuantificable de forma automática

	FACSA	HIDRAQUA	GOMSA	PAVAGUA	TECVASA
Canon unitario (€/m3)	0,3500	0,2400	0,2100	0,1590	0,3550
Importe mejoras (€)	20.000 0,00	20.000,00	23.910,00	18.897,64	32.5000,00
Rendimiento red (%)	85%	86%	81,5%	83%	90%

En este caso, habiendo sido admitidas y valoradas hasta ese momento todas las ofertas por cumplir con el PCAP, se proponía la calificación como temerarias de las mercantiles FACSA Y TECVASA (actualmente, AQLARA), lo que fue admitido por la Mesa de contratación (documento 71).

La síntesis de todo ello se contiene en la resolución adoptada por el pleno del Ayuntamiento de Sant Mateu de 5 de junio de 2019 de adjudicación del contrato de concesión, cuando dice:

«Visto que con fecha 29 de marzo de 2019, el órgano de contratación declaró como oferta económicamente más favorable la emitida por la empresa Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense, con base en la siguiente propuesta de adjudicación:

	FACSA	HIDRAQUA	PAVAGUA	GOMSA	TECVASA
Criterio					



Oferta técnica					
P1	17,4000	14,0000	14,4500	14,1000	11,0000
P2	7,0000	7,0000	8,8000	6,4000	9,4000
P3	4,6300	3,3800	4,8800	3,1300	4,1300
M1	3,5500	2,9500	4,5500	2,1000	3,7000
Total Oferta técnica	32,5800	27,3300	32,6800	25,7300	28,2300
Propuesta económica					
Canon concesional	20,0000	14,2857	9,0857	12,0000	20,2857
Gasto anual en mejora técnica del servicio	8,3647	8,3647	7,9037	10,0000	13,5926
Plan de gestión y mejora de los servicios	19,7674	20,0000	19,3023	18,9535	20,9302
Total Oferta Económica	48,1321	42,6504	36,2917	40,9535	TEMERARIA
TOTAL	80,7121	69,9804	68,9717	66,6835	TEMERARIA

3.- La Mesa de contratación determinó la existencia de dos ofertas con valores presumiblemente temerarios, requiriendo a las mercantiles FACSA y TECVASA (actualmente AQLARA) para que procedieran a su justificación, en los términos previstos en el artículo 152.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). La temeridad afectaba a los criterios de clasificación referidos al “canon unitario” y al “importe destinado a mejoras técnicas del servicio”.

4.- Tramitado el incidente sobre determinación de la existencia de ofertas con valores anormales y a la vista de las justificaciones técnicas aportadas por ambas mercantiles (documento 77 de FACSA y 78 de TECVASA) y el nuevo informe que sobre ello elaboró IDEUS (documento 79), la Mesa 13 de marzo de 2019 propuso la clasificación de las proposiciones



presentadas por los licitadores con la exclusión de la oferta de TECVASA al considerar su oferta en baja temeraria.

5.- Mediante resolución del Pleno del Ayuntamiento de Sant Mateu de 29 de marzo de 2019, se procedió a clasificar las proposiciones presentadas en la licitación del contrato de "Concesión del servicio público de abastecimiento de agua potable en el municipio de Sant Mateu", acordando la exclusión de la oferta de TECVASA y que la oferta de la mercantil FACSA era la económicamente más ventajosa, requiriéndole para la aportación de documentación justificativa prevista en el artículo 151.2 del TRLCSP y a los efectos de la adjudicación.

6.- Presentada la citada documentación, el acuerdo plenario de 5 de junio de 2019 resolvió adjudicar el contrato de concesión del servicio público de abastecimiento de agua potable a la mercantil FACSA.

7.- La mercantil TECVASA (hoy, AQLARA) interpuso recurso contencioso administrativo que fue resuelto por la sentencia 147/2022, de 11 de abril, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Castellón, en el recurso contencioso-administrativo n.º 508/2019. Sus pretensiones se apoyaban en que los informes técnicos que sirvieron de base a las decisiones administrativas eran manifiestamente erróneos e incurrían en arbitrariedad, con discriminación directa de su oferta.

La citada sentencia estimó las pretensiones ejercitadas, declarando no conformes a derecho las resoluciones administrativas impugnadas, ordenando la retroacción de actuaciones al momento anterior a la exclusión de la oferta de TECVASA (hoy AQLARA) y reconociendo como situación jurídica individualizada de la recurrente el derecho a resultar adjudicataria del contrato al haber obtenido la mayor puntuación en la clasificación de ofertas.

Para llegar a esa decisión confrontó y valoró los informes de valoración técnica de ofertas elaborados por IDEUS, los informes presentados por los



licitadores requeridos (FACSA y TECVASA) en el incidente de determinación de la existencia de ofertas con valores anormales, y el informe pericial practicado en sede judicial. Concluyó (i) que la exclusión de TECVASA fue arbitraria y no justificada al haber efectuado una justificación adecuada de su oferta; y, (ii) que la oferta de TECVASA era la económicamente más ventajosa.

La parte final de su fundamento de Derecho tercero es la siguiente:

«Con estas conclusiones se debe alcanzar un pronunciamiento que pese a las limitaciones de que un órgano jurisdiccional revise y revoque la decisión de un órgano calificador es este supuesto, y a la vista de la prueba desplegada procede sin género de dudas revocar y dejar sin efecto las decisiones adoptadas por la mesa de contratación el 13 de marzo de 2019 y consecuencia de dejar sin efecto la exclusión por temeraria, de la oferta de TECVASA anular y dejar sin efecto los acuerdos de 29 de marzo y 5 de junio de 2019, siendo este último el que resuelve la licitación en favor de FACSA.

En cuanto al último aspecto de **la adjudicación**, la exclusión de TECVASA rompió las reglas del juego en la contratación, al infringirse los principios de igualdad y libre concurrencia, por mor de los informes emitidos por la auditoria contratada para asesorar a la mesa de contratación que contenían errores relevantes y manifiestos que implicaron la exclusión de la oferta por temeraria, cuando no lo era, y que además de haber sido puntuada de igual modo que se puntuó a las restantes tenía la mejor puntuación.

La recurrente en su carga probatoria ha demostrado que el informe en el que se apoyan los actos administrativos impugnados es erróneo, subjetivo y arbitrario, y por tanto dichos acuerdos incurren en el mismo defecto, en la adjudicación del concurso concurren criterios técnicos y de conveniencia pero en este supuesto se ha demostrado que los criterios técnicos se justifican en unos informes que deben recibir en calificativo de arbitrarios.

Lo anterior implica que el recurso formulado debe ser estimado íntegramente y por tanto debe resolverse en favor de reconocer como situación jurídica individualizada el derecho de la recurrente a resultar adjudicataria del Contrato, al haber obtenido la mayor puntuación en el cuadro de calificación de ofertas, ordenando para ello la retroacción de actuaciones al momento anterior de la exclusión de la oferta de TECVASA.»

6.- Tanto el Ayuntamiento de Sant Mateu como la adjudicataria inicial FACSA interpusieron recurso de apelación por considerar que la sentencia de



instancia vulneraba los artículos 71.2 de la Ley jurisdiccional 29/1998 (LJCA) y 151.2 y 155.2 del TRLCSP, por sustituir al órgano de contratación en la función de adjudicación. Además, consideraban que el informe pericial judicial había seguido una metodología incorrecta.

Ambos recursos fueron desestimados por la sentencia 790/2022, de 21 de octubre, ahora recurrida en casación. La Sala Territorial de Valencia analiza las críticas al informe pericial judicial y concluye que no se aportan razones suficientes para advertir errores de valoración frente a la amplitud, precisión y taxatividad del informe. Niega también que la sentencia de instancia hubiera sustituido al órgano de contratación en la función de valoración de las ofertas y, con ello, toda posibilidad de vulneración de la discrecionalidad técnica que tiene atribuida. En este sentido, afirma que el órgano judicial comprobó si el Ayuntamiento de Sant Mateu había aplicado en debida forma el artículo 152.4 del TRLCSP, constatando (no valorando) que los puntos asignados ya por la Mesa de contratación a los litigantes determinaban que el adjudicatario del servicio de gestión del agua potable sea el peticionario de la tutela judicial, “por lo que el órgano judicial se ha limitado a declarar que el contrato de gestión y explotación del abastecimiento de agua potable en el municipio de Sant Mateu ha de prestarse por Técnicas Valenciana del Agua S.A, al ser éste el licitador que dispone de un mayor número de puntos. Tras las valoraciones efectuadas tanto en lo que hace a la documentación presentada por los postores atendidas al despliegue de un juicio de valor (sobre B) como a la proposición económica realizada por ellos y documentación cuantificable de forma automática (sobre C)”.

SEGUNDO.- Por auto de 22 de noviembre de 2024 dictado por la Sección Primera de esta Sala, se acordó admitir a trámite los recursos de casación preparado por el Ayuntamiento de Sant Mateu y por FACSA, fijando como cuestión de interés casacional objetivo determinar:

«si existe vulneración de la discrecionalidad técnica de la Administración para adjudicar un contrato administrativo, si quedando acreditado que existió puntuación por parte de la mesa de contratación a cada uno de los licitadores, el órgano judicial declara adjudicado



el contrato al licitador que dispone de un mayor número de puntos, sin que la Administración haya tenido la oportunidad de ejercer las facultades relativas a:

(i) la calificación de la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente (art. 151.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP), ahora art. 150.2 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del Sector Público).

(ii) la renuncia y el desistimiento, previstas en el art. 155.2 TRLCSP (ahora en el art. 152.2 de la de la vigente Ley 9/2017).»

El auto identificó como preceptos que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, los artículos 151.2 y 155.2 TRLCSP, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado.

TERCERO.- En su escrito de interposición del recurso de casación el Ayuntamiento de Sant Mateu denuncia la infracción de los artículos 151.2 y 155.2 del TRLCSP (de idéntico contenido a los artículos 150 y 152 de la actual Ley de contratos del sector público 30/2017).

El artículo 151.2 resulta vulnerado porque la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta que la declaración de la oferta económicamente más ventajosa conlleva necesariamente una actividad posterior a tal declaración y siempre previa a la adjudicación del contrato, que compete en exclusiva al órgano de contratación --requerimiento de documentación--. Por ello, en los casos en que el órgano jurisdiccional considera que deba producirse una alteración de las puntuaciones de los licitadores clasificados, únicamente podrá retrotraer las actuaciones al momento anterior al citado precepto legal y para que el órgano de contratación requiera y valore la documentación, máxime cuando la falta de justificación representaría una retirada de la oferta realizada. La sentencia, en cambio, además de modificar las puntuaciones



finales de los licitadores, viene a reconocer a TECVASA (AQLARA) un derecho incondicionado a resultar adjudicataria del contrato sin haber aportado las justificaciones que exige el artículo 151.2

También considera infringido el artículo 155.2 ya que la sentencia vulnera la potestad de renuncia al contrato e, incluso, de desistimiento del procedimiento de licitación en forma previa a la adjudicación. Esta facultad de renuncia ha sido reconocida por sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (STS) de 6 de julio de 2005 (recurso de casación 2822/2003), n.º 1116/2016, de 18 de mayo (recurso de casación 1763/2015); 180/2020, de 12 de febrero (recurso de casación 3226/2016), y n.º 714/2022, de 9 de julio (recurso de casación 5347/2020), e incluso por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 11 de diciembre de 2014 (c-440/13).

CUARTO.- En su escrito de interposición del recurso de casación la adjudicataria inicial FACSA denuncia que la sentencia dictada en apelación confunde la condición de licitador que ha obtenido la mayor puntuación y la condición de adjudicatario, vulnerando tanto el artículo 71.2 de la ley jurisdiccional 29/1998 (los órganos jurisdiccionales no pueden determinar el contenido discrecional de los actos administrativos anulados) como los artículos 151.2 y 155.2 del TRLCSP (que reconocen el derecho que asiste a la administración para hacer uso de las facultades discrecionales de renuncia y desistimiento del contrato). Alega que la declaración de nulidad de la exclusión de un licitador, con reconocimiento de una mayor puntuación que el resto de los participantes, nunca puede determinar que el órgano jurisdiccional acuerde la adjudicación en su favor del contrato de concesión.

QUINTO.- La representación de la mercantil AQLARA (antes TECVASA) se opone a ambos recursos de casación y solicita su desestimación, alegando:

1º) El recurso de casación del Ayuntamiento de Sant Mateu se construye sobre una interpretación completamente desviada e irracional de la sentencia. Afirma que la sentencia impugnada no resuelve que TECVASA



(hoy, AQLARA) tenga la condición de adjudicataria del contrato, sino simplemente que tiene derecho a ser adjudicataria. Argumenta que interpretar como expresiones sinónimas “tener derecho a ser adjudicataria” con que se le reconozca “la condición de adjudicataria” es una interpretación contraria a la literalidad de la Sentencia y manifiestamente contradictoria con el resto del fallo. Así, se pregunta el sentido que tendría la retroacción de actuaciones a una fase previa a la adjudicación si, como se alega en el recurso, ya hubiese declarado el derecho incondicionado a la adjudicación.

Resalta que la consideración de su oferta como la económicamente más ventajosa, como declaró la sentencia, ni tan siquiera fue discutida en el recurso de apelación.

2º) El recurso de casación de FACSA es cuestionado con una argumentación similar, añadiendo únicamente su expresa oposición a lo que califica de intento de partir de una interpretación de los hechos, por parte de la recurrente, totalmente contraria a lo consignado en la sentencia.

SEXTO.- La decisión sobre este recurso de casación debe partir de una serie de premisas que están ya al margen del debate casacional tras haber quedado fijadas en las sentencias previas:

1ª) Que el órgano de contratación, con base en los informes técnicos de IDEUS, tomó en consideración las valoraciones de las ofertas presentadas y clasificadas, declarando oferta económica más favorable la presentada por la mercantil FACSA, si bien excluyó definitivamente la propuesta de TECVASA (hoy, AQLARA) por considerarla temeraria en aplicación de la cláusula 15ª del PCAP anteriormente transcrito.

Por tanto, el órgano de contratación resolvió la adjudicación siguiendo los trámites previstos en el artículo 152. 3 y 4 del TRLCSP, acordando la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa y en aplicación del criterio de la mejor clasificación del artículo 151.1 de esa norma



legal. Así, como nos dice el auto de admisión al fijar la cuestión de interés casacional, quedó acreditado que existió puntuación por parte de la mesa de contratación a cada uno de los licitadores, aunque luego uno de ellos (TECVASA, hoy AQLARA) fue excluido por baja temeraria.

2ª) Que la declaración de oferta económica más ventajosa en favor de FACSA fue judicialmente anulada por estar apoyada en un informe técnico elaborado por IDEUS tras la documentación aportada por las mercantiles para justificar su oferta y rechazar la duda de temeridad apreciada, informe que fue calificado como arbitrario por aplicar diferentes criterios para valorar las ofertas de FACSA y TECVASA. Es evidente que la sentencia de instancia determinó, aunque sin decirlo literalmente, que la valoración de las ofertas no respetó los principios de igualdad y libre concurrencia que regían la convocatoria litigiosa.

3ª) Que rechazada la temeridad de la oferta de TECVASA, la sentencia de instancia, luego confirmada en apelación, consideró que la oferta de TECVASA era la económicamente más ventajosa, tomando como referencia para ello los valores asignados a cada partícipe por el informe inicial de valoración y clasificación de IDEUS, nunca cuestionado en relación con las puntuaciones otorgadas a TECVASA (hoy, AQLARA). Esta declaración no ha sido cuestionada en los recursos de apelación que, salvo ciertas cuestiones de hecho en materia de valoración de prueba ajenos a este recurso de acuerdo con el artículo 87.bis.1 de la LJCA, se han limitado a cuestionar el pronunciamiento judicial por una supuesta extralimitación al invadir competencias administrativas referidas a la discrecionalidad técnica de la decisión.

SÉPTIMO. 1.- Efectuada esta delimitación del recurso, la decisión sobre los vicios denunciados debe partir de situar el debate en la instancia y confrontarlo con el pronunciamiento efectuado.

La demanda rectora del proceso seguido ante el juzgado de lo contencioso administrativo n.º 1 de Castellón cuestionó la decisión



administrativa sobre la adjudicación del contrato de concesión del servicio público de abastecimiento de agua de Sant Mateu y ejercitó una pretensión de plena jurisdicción pues junto a la nulidad de las resoluciones dictadas, ordenando la retroacción de actuaciones al momento anterior a la exclusión de la oferta de TECVASA, solicitó “reconocer como situación jurídica individualizada el derecho de mi representada a resultar adjudicataria del contrato, al haber obtenido la mayor puntuación en el cuadro de clasificación de ofertas reflejado en el acuerdo de la Mesa de contratación en su acta de 13 de marzo de 2019 (documento 85 del EA)”.

Estas pretensiones fueron las acogidas en la sentencia de instancia “declarando que las citadas resoluciones son disconformes a derecho por lo que procede declarar su nulidad, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento anterior de la exclusión de la oferta de TECVASA y Reconocer como situación jurídica individualizada el derecho a resultar adjudicataria del Contrato, al haber obtenido la mayor puntuación en el cuadro de calificación de ofertas”.

Este pronunciamiento fue luego confirmado en la sentencia de apelación afirmando que el órgano judicial comprobó si el Ayuntamiento de Sant Mateu había aplicado en debida forma el artículo 152.4 del TRLCSP, constatando (no valorando) que los puntos asignados ya por la Mesa de contratación a los litigantes determinaban que el adjudicatario del servicio de gestión del agua potable sea el peticionario de la tutela judicial, “por lo que el órgano judicial se ha limitado se ha limitado a declarar que el contrato de gestión y explotación del abastecimiento de agua potable en el municipio de Sant Mateu ha de prestarse por Técnicas Valenciana del Agua S.A, al ser éste el licitador que dispone de un mayor número de puntos. Tras las valoraciones efectuadas tanto en lo que hace a la documentación presentada por los postores atendida al despliegue de un juicio de valor (sobre B) como a la proposición económica realizada por ellos y documentación cuantificable de forma automática (sobre C)”.

2.- La claridad de lo que acabamos de transcribir impone afirmar que la decisión judicial impugnada incurrió en la extralimitación denunciada pues, lejos de declarar el derecho a poder ser adjudicataria y, por tanto, a que su propuesta fuese tomada en consideración por el órgano de contratación para decidir con toda plenitud sobre la adjudicación, lo que hizo fue considerar



directamente a TECVASA (hoy, AQLARA) como adjudicataria del servicio público de gestión de agua potable: le otorgó, no solo el derecho a poder resultar adjudicataria, sino directamente la condición misma de adjudicataria del contrato.

Las posibles dudas que pudieran surgir sobre el verdadero alcance del pronunciamiento de la sentencia de instancia, por la aparente contradicción entre la retroacción del trámite administrativo al momento previo a la exclusión de la oferta de TECVASA y el reconocimiento del derecho a resultar adjudicataria del contrato por haber obtenido la mayor puntuación en el cuadro de la clasificación de ofertas, deben quedar disipadas cuando la sentencia de apelación que se recurre, pese a negar la existencia de sustitución en la función de valoración del órgano de contratación, afirma que aquella --la sentencia de instancia-- se limitó a constatar, que no valorar, que los puntos ya asignados por la mesa de contratación determinan que el adjudicatario del servicio sea el peticionario de la tutela judicial (la parte actora, recurrida en apelación).

3.- Es decir, la sentencia impugnada ratificó la decisión de la de instancia y adjudicó el contrato a quien presentó la oferta más ventajosa y en función del orden de clasificación de ofertas, en lugar de anular la adjudicación y devolver las actuaciones administrativas al momento de la decisión de adjudicación del contrato para que el órgano de contratación, con la inclusión ya de la oferta de TECVASA (AQLARA), decidiese con plenitud de facultades sobre la resolución del proceso contractual con el abanico de posibilidades que le otorgaban los artículos 152 y 155 del TRLCSP (adjudicación, renuncia a la celebración del contrato, y desistimiento del procedimiento de adjudicación).

Es más, situados ya en el caso de que la opción fuese la adjudicación, privó al órgano de contratación de la facultad de requerimiento de documentación regulado en el artículo 151.2 del TRLCSP al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa y a efectos de que ésta aportase la triple documentación justificativa (i) de hallarse al corriente en el



cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, (ii) de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y (iii) de haber constituido la garantía definitiva. Esto último, obviando el relevante efecto que a esa falta de justificación otorga el último párrafo del propio artículo 151.2 cuando dispone “De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”.

Con esta forma de actuar se contrarió el régimen legal aplicable y se privó al órgano de contratación del ejercicio de sus potestades pues sólo a él compete, las facultades que le otorgan los artículos 151.2 y 155.2 del TRLCSP y, por supuesto, la decisión sobre la adjudicación del contrato. En resumen, la retroacción de las actuaciones administrativas al momento anterior a la exclusión tras declarar que la propuesta de TECVASA era la más ventajosa económicamente debió acordarse para que la Administración pudiera decidir de nuevo en ejercicio de las facultades que la ley otorga al órgano de contratación, lo cual es incompatible con el hecho de que se reconozca judicialmente una situación jurídica que representa otorgar judicialmente la condición de adjudicataria a otro postor. En otras palabras, anular la decisión de adjudicación, retrotrayendo los efectos de esa nulidad a un momento anterior a la resolución del procedimiento de licitación, implica que la Administración ha de volver a pronunciarse sobre la posible adjudicación.

4.- Del mismo modo, la sentencia recurrida vulnera el artículo 72.1 de la LJCA a cuyo tenor "...los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados...".

Y que lo efectuado por la Sala Territorial, confirmando el criterio del órgano de instancia, es contrario a nuestra doctrina resulta patente solo con



tomar en consideración lo dicho en sentencia 1116/2016 (recurso de casación 1763/2015):

«La razón de ser de la limitación que impone a la labor jurisdiccional el citado artículo 71.2 de la LJCA -de ahí que el cauce empleado en casación para dar curso a tal reproche acostumbra ser el de la letra a) del artículo 88.1, como aquí acontece, en tanto su transgresión puede suponer un verdadero exceso de jurisdicción- reside en el hecho de que, por mandato constitucional - art. 106.1 CE - "...1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican..." , función institucional que debe ser plena e íntegra a la hora de llevar a término la fiscalización de los actos y disposiciones de la Administración, confrontándola con el ordenamiento jurídico, incluido el control sobre su sometimiento a los fines propios y específicos que la ley le encomienda. Tal potestad judicial exclusiva (art. 117 CE), no obstante, debe detenerse ante el núcleo mismo de la discrecionalidad, como este Tribunal Supremo ha declarado constante y reiteradamente, de suerte que no es admisible, con ocasión del control judicial de los actos de la Administración, sustituir finalmente a ésta en la toma de decisiones que le corresponden legítimamente, en el ejercicio de las potestades discrecionales que la ley le otorga. En otras palabras, el artículo 71.2 de la LJCA establece dos límites extrínsecos a la función de enjuiciamiento, pues rebasarían la potestad judicial para adentrarse ilícitamente en el campo de las potestades administrativas: así, los órganos jurisdiccionales no podrán: 1) determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen; 2) tampoco podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados. Ambas son manifestaciones de una misma prohibición de sustraer a la Administración sus potestades propias, siendo la primera una norma especial sobre la más genéricamente enunciada en segundo lugar.»

5.- A todo lo anterior hay que añadir que es conocida también la jurisprudencia sobre el alcance de la discrecionalidad técnica en supuestos de actividad administrativas consistente en emisión de juicios de valor, y que puede ser trasladada a la contratación administrativa.

Así, hay recordar que, según refiere el mismo Tribunal Constitucional, el único control que pueden ejercer los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es el jurídico, "salvo que el recurrente acredite desviación de poder, carencia de cualquier justificación, arbitrariedad o error patente" por parte de los órganos técnicos administrativos (Sentencias 353/1993, de 29 de noviembre, o



40/1999, de 22 de marzo, citadas). Y es que, como ya había manifestado el Tribunal Supremo, los órganos jurisdiccionales no pueden convertirse en segundos tribunales calificadores que sustituyan por sus propios criterios los que, en virtud de la discrecionalidad técnica, corresponden a los órganos administrativos, "lo que no impide la revisión jurisdiccional en los supuestos en que concurran defectos formales sustanciales o se haya producido indefensión, arbitrariedad o desviación de poder" (entre otras, Sentencias de 18 de enero y de 27 de abril de 1990 , de 13 de marzo de 1991, de 20 y de 25 de octubre de 1992 o de 10 de marzo de 1995).

OCTAVO.- Con base en lo anteriormente razonado daremos respuesta la cuestión de interés casacional declarando que existe vulneración de la discrecionalidad técnica de la Administración para adjudicar un contrato administrativo, si quedando acreditado que existió puntuación por parte de la mesa de contratación a cada uno de los licitadores, el órgano judicial declara adjudicado el contrato al licitador que dispone de un mayor número de puntos, sin que la Administración haya tenido la oportunidad de ejercer las facultades que le atribuye el ordenamiento jurídico, entre ellas las reguladas en el artículo 151.2 y 155.2 del texto TRLCSP.

NOVENO.- La aplicación de esta doctrina al caso de autos debe llevarnos a la estimación del recurso de casación, con anulación de las sentencias dictadas en grado de apelación e instancia.

El efecto de todo ello será la estimación parcial del recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil TECVASA (hoy AQLARA) contra las resoluciones administrativas impugnadas, que se anulan por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, acordando la retroacción del procedimiento administrativo de contratación al momento anterior a la exclusión de la propuesta presentada por la citada entidad mercantil, que queda admitida como oferta económicamente más ventajosa en aplicación del artículo 152.4 del TRLCSP, tal y como acertadamente declaró la sentencia de instancia, y para que el órgano de contratación resuelva definitivamente sobre



la adjudicación en los términos expuestos: aplicar artículo 151.2 y resolver adjudicación en aplicación de 151.3 y 4, sin perjuicio de las facultades de desistimiento y renuncia que le otorga el artículo 155, todos ellos del TRLCSP.

DÉCIMO.- En materia de costas procesales, en el recurso de casación se impondrán las costas de conformidad con lo previsto en el artículo 93.4 de la LJCA y, por ello cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad. En aplicación del artículo 139.1 y 2 de la LJCA no se imponen las costas del recurso contencioso administrativo y de apelación por las dudas que suscita la controversia.

FALLO

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

1º) ESTIMAR los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales del Ayuntamiento de Sant Mateu y de la mercantil Fomento Agrícola Castellonense, S.A. (FACSA) contra la sentencia 790/2022, de 21 de octubre, dictada por la por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de apelación n.º 264/2022, sentencia que se casa y anula

2º) ESTIMAR los recursos de apelación interpuestos por las citadas representaciones procesales contra la sentencia 147/2022, de 11 de abril, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Castellón en el recurso contencioso-administrativo n.º 508/2019, que se anula sólo en cuanto acuerda la adjudicación del contrato de concesión del servicio de abastecimiento de agua potable en el término municipal de Sant Mateu a la



entidad Técnicas Valenciana del Agua SA (TECVASA), en la actualidad AQLARA Ciclo Integral del Agua S.A.

3º) Ordenar la retroacción del procedimiento administrativo de contratación al momento anterior a la exclusión de la propuesta presentada por la citada entidad mercantil TECVASA (hoy, AQLARA), que queda admitida, y para que el órgano de contratación resuelva definitivamente sobre la adjudicación en los términos expuestos en esta sentencia.

4º) En cuanto a las costas estese a lo dicho en el último fundamento de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.

