



Roj: **STS 1200/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1200**

Id Cendoj: **28079130042021100110**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **24/03/2021**

Nº de Recurso: **5570/2019**

Nº de Resolución: **429/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 2204/2019,**
ATS 760/2020,
STS 1200/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. **429/2021**

Fecha de sentencia: 24/03/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **5570/2019**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: rsg

Nota:

R. CASACION núm.: **5570/2019**

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. **429/2021**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

Dª. Celsa Pico Lorenzo



D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 24 de marzo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **5570/2019** interpuesto por la mercantil **DISA RED DE SERVICIOS PETROLÍFEROS, SAU** representada por la procuradora doña Begoña Pintado González y bajo la dirección letrada de don Francisco Javier Artilles Camacho, contra la sentencia de 6 de junio de 2019 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación 88/2019 interpuesto frente a la sentencia de 28 de diciembre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife en el procedimiento ordinario 197/2017. Ha comparecido como parte recurrida el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife representado y asistido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la mercantil DISA RED DE SERVICIOS PETROLÍFEROS, SAU (en adelante, DISA, SAU) interpuso el recurso contencioso-administrativo 197/2017 ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife contra la resolución de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, de 10 de abril de 2017, que acuerda la desestimación del recurso especial de contratación interpuesto por dicha mercantil contra el acuerdo de la mencionada Junta de 30 de enero de 2017, que adjudica a la entidad BP OIL España, SAU el contrato de suministro del combustible para el parque móvil municipal del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

SEGUNDO.- Desestimado dicho recurso por sentencia de 28 de diciembre de 2018, la representación procesal de DISA, SAU interpuso recurso de apelación 88/2019 ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, que se tramitó y en el que se dictó sentencia desestimatoria el 6 de junio de 2019.

TERCERO.- Notificada dicha sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de DISA, SAU ante dicha Sección informando de su intención de interponer recurso de casación y tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 2 de septiembre de 2019, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personadas la mercantil DISA, SAU como recurrente y el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife como recurrido, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 3 de febrero de 2020 lo siguiente:

" *Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la mercantil Disa Red de servicios petrolíferos SAU, contra la sentencia de 6 de junio de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Canarias (sede Santa Cruz de Tenerife), (recurso de apelación núm. 88/2019).*

" *Segundo. Precisamos que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es aclarar si es motivo de exclusión de la oferta, la omisión de un aspecto técnico de la prestación exigido en los pliegos de prescripciones técnicas.*

" *Tercero. Identificamos como norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación, la contenida en el artículo 145.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), de similar redacción al artículo 139.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.*

" *Ello sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.*"

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 6 de febrero de 2020 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirmó a la recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.



SEXTO.- La representación procesal de DISA, SAU evacuó dicho trámite mediante escrito de 14 de julio de 2020 en el que precisó las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas y a los efectos del artículo 92.3.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), formuló como pretensión el dictado de una sentencia que case y anule la recurrida, estime el motivo esgrimido y, en consecuencia, estime el recurso de casación interpuesto y contenga los siguientes pronunciamientos:

" 1) *Fijar como interpretación de la cuestión en la que se entendió que existía interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que conforme a lo establecido en el citado artículo 145.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), de similar redacción al artículo 139.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, constituye motivo de exclusión de la oferta la omisión de un aspecto técnico de la prestación exigido en los pliegos de prescripciones técnicas.*

" 2) *Que se estime el recurso contencioso administrativo interpuesto en los términos interesados en la súplica del escrito de demanda evacuado en el procedimiento de origen*".

SÉPTIMO.- Por providencia de 2 de septiembre de 2020 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA dar traslado a la parte recurrida y personada para que presentase escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que realizó el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife mediante escrito de su Letrado, solicitando la desestimación del recurso de casación planteado por las razones contenidas en su escrito de 30 de septiembre de 2020.

OCTAVO.- Concluidas las actuaciones, considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 19 de enero de 2021 se señaló este recurso para votación y fallo el 23 de marzo de 2021, fecha en que tuvo lugar tal acto, y al día siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES QUE ES PRECISO TENER EN CUENTA.

1. Conforme al Acuerdo Marco aprobado por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, el 26 de octubre de 2016 se convocó el procedimiento abierto para la contratación del suministro de combustible con destino a los vehículos municipales.

2. En lo que ahora interesa, en la cláusula 4 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) y bajo la rúbrica de "Gestión del suministro", se preveía que el licitador " *está obligado a ofertar un sistema de facturación electrónica del suministro de combustible en las diferentes estaciones, por ejemplo tarjeta electrónica, sin coste alguno para la Administración*" por vehículo; además debía emitir una factura mensual total por cada Servicio o Departamento y un listado con los suministros por vehículos y mes expresando de forma detallada los repostajes para que de una forma "sencilla y completa" se pueda " *verificar la fecha, lugar, litros, tipo de combustible e importe suministrado, las citadas tarjetas tendrán (sic)*".

3. En esa misma cláusula se preveía que " *las estaciones de servicio entregarán obligatoriamente un ticket de repostado al conductor del vehículo en el que consten los datos identificativos de cada suministro y que, como mínimo, serán los siguientes:... Descuento aplicado...Precio del surtidor...*". Un ejemplar del ticket se entregaría al conductor y otro quedaría en poder de la suministradora.

4. En el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) consta como criterio de adjudicación que depende de un juicio de valor (9.6) que los licitadores debían aportar una memoria con las mejoras que propusiesen. De esta manera el Ayuntamiento valoraría aspectos como la mejora sobre los criterios del PPT respecto del seguimiento y control del suministro o la tramitación de las facturas.

5. A la convocatoria concurren como licitadores BP OIL ESPAÑA, SAU -que fue la adjudicataria-, SOLRED, SA y la ahora recurrente, DISA, SAU. El caso es que en el acuerdo de adjudicación consta lo siguiente respecto de las ofertas de las dos primeras: " *ni SOLRED, S.A. ni BP OIL ESPAÑA, SAU pone(sic) de manifiesto que en los tickets de abono quede justificado el precio del surtidor así como el porcentaje de descuento a aplicar (obligación recogida en el Pliego de Prescripciones Técnicas)*".

6. Adjudicado el contrato a BP OIL ESPAÑA, DISA, SL interpuso un recurso contencioso-administrativo sosteniendo, en resumen, lo que ahora reitera en casación: que la oferta de las otras dos licitadoras no se ajustaba a las exigencias del PPT en lo que se refiere a los tickets. De esta manera fue pretensión suya que se declarase que BP OIL ESPAÑA y SOLRED, SA " *debieron ser excluidos de la licitación; y, en consecuencia, el derecho de mi mandante a ser adjudicataria de la concesión objeto de este procedimiento*". Y subsidiariamente, que se la indemnizase.



SEGUNDO.- SENTENCIA DE INSTANCIA.

1. Impugnado tal acuerdo mediante recurso especial del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, LCSP), se desestimó por resolución de 10 de abril de 2017, lo que fue confirmado por sentencia de 28 de diciembre de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife y esta por la ahora impugnada, dictada en apelación.

2. La sentencia objeto de este recurso, tras reproducir lo alegado por las partes en el recurso de apelación, citar la normativa aplicable más diversas resoluciones de tribunales administrativos dictadas en sede de recursos especiales de la LCSP de 2011, desestima el recurso de apelación de DISA, SAU con este razonamiento que por su brevedad se reproduce en su integridad:

" Una vez fijado que la exclusión es un resultado especialmente gravoso, y que la idea que preside el análisis de esta cuestión debe estar referido a la imposibilidad manifiesta de la idónea ejecución del objeto del contrato, lo que apreciamos en esta contratación es que el presunto incumplimiento cometido por las dos licitadoras hace referencia a una obligación que incumbe al cumplimiento del contrato, emisión de modo obligatorio de tiket con los requisitos e información contenidos en la cláusula 4º del PPT, sin que se deduzca de las ofertas presentadas que se va a incumplir dicha obligación en el caso de que fuera adjudicada a cualquiera de ellas.

" Competerá a la administración contratante velar por que el adjudicatario del contrato cumpla el mismo conforme a los pliegos y en su caso imponer las penalidades o resolver el contrato en caso de incumplimiento.

" Pero sin que proceda su exclusión del procedimiento de licitación tal como pretende la apelante."

TERCERO.- PLANTEAMIENTO DE LAS PARTES.

1. La cuestión que presenta interés casacional objetivo es la expuesta en el Antecedente de Hecho Tercero de esta sentencia: si es motivo de exclusión de una oferta, la omisión de un aspecto técnico de la prestación exigido en los pliegos de prescripciones técnicas.

2. DISA, SAU como parte recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

1º Se ha infringido el artículo 145.1 de la LCSP de 2011 pues las propuestas de los otros licitadores pueden ser contrapuestas al PPT cuando el incumplimiento de un contenido mínimo exigido en las ofertas se considera salvado por la sentencia con el compromiso de aceptarlo, incumplimiento cuyos eventuales efectos se difieren a la fase de ejecución.

2º Tal artículo 145.1 no permite eximir de obligaciones que deben estar en la oferta por tratarse de aspectos referidos a la ejecución del contrato, luego las dos premisas del artículo 145.1 no se excluyen sino que suman: la presentación de ofertas implica aceptar los pliegos y las ofertas deben ser coherentes con los pliegos.

3º Lo que es un requisito de la oferta no pierde tal condición por el hecho de que sea un aspecto de la ejecución, por lo que debería haberse excluido a las otras dos licitadoras máxime si el mismo Ayuntamiento reconoce que ninguno de los licitadores cumplen la cláusula Cuarta del PPT.

3. Por su parte el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife se ha opuesto al recurso de casación alegando, en síntesis también, que no hay contradicción en el artículo 145.1 del LCSP 2011 pues dice que la presentación de la oferta por un licitador "supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna", y en el caso de autos las ofertas no hacían salvedad o reserva alguna que pueda interpretarse como aceptación condicionada.

CUARTO.- JUICIO DE LA SALA.

1. Ante todo debe advertirse ya que si bien en este recurso se ventila la interpretación del artículo 145.1 de la LCSP 2011, norma ya derogada, lo que se diga es aplicable al vigente artículo 139.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. El artículo 145.1 de la LCSP de 2011 prevé lo siguiente: "*Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna*".

2. Lo litigioso se centra en si debió excluirse a dos licitadores -uno de los cuales resultó adjudicatario- porque sus ofertas no justificaban o reflejaban que respecto de los tickets se incluyese el precio de surtidor ni el porcentaje de descuento, tal y como preveía el PPT en la cláusula Cuarta (cfr. Fundamento de Derecho Primero.3 y 5).

3. Es jurisprudencia que los pliegos constituyen la ley del contrato: rigen la vida de la relación contractual y, antes, son el referente sobre el que los licitadores deben hacer sus ofertas de mejora. El artículo 145.1 de la



LCSP 2011 se refiere al PCAP cuya función es fijar los pactos y condiciones que definen las prestaciones a que se obligan las partes según el contrato y la normativa aplicable.

4. Atendiendo a las necesidades llamadas a ser satisfechas por el contrato el PPT enlaza con el PCAP y su función es determinar las exigencias técnicas a que está sujeta la prestación a la que se obliga el contratista y definir sus calidades según el tipo de contrato (artículos 115.2 y 116.1 de la LCSP 2011).

5. El contenido del PPT se relaciona en el artículo 68.1 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, precepto dirigido a la Administración, de forma que las ofertas o mejoras de los licitadores se hacen a partir de las exigencias técnicas del bien o servicio objeto del contrato y que se concretan en el PPT.

6. Pues bien, abordando la cuestión que presenta interés casacional objetivo (cfr. artículo 93.1 de la LJCA) referida a la eventual exclusión de una proposición respecto de lo previsto en el PPT, se concluye lo siguiente:

1º Que el artículo 84 del Reglamento general relaciona los supuestos que permiten al órgano de contratación excluir una proposición: si la propuesta no concuerda con la documentación examinada y admitida, si excede del presupuesto base de licitación, si varía sustancialmente el modelo establecido, o si incurre en un error manifiesto en el importe de la proposición o el licitador reconoce que su propuesta adolece de error o inconsistencia que la hacen inviable.

2º Cabe entender también que procede ese rechazo si la oferta del licitador es contraria al PPT en cuanto que, como se ha dicho, es de obligado cumplimiento al integrarse en el contenido prestacional al que se obligará el eventual adjudicatario y sobre el que debe hacer su propuesta; o como recientemente hemos declarado, si la propuesta es contradictoria consigo misma, sin que para apreciarlo haya que esperar a la ejecución del contrato (cfr. la sentencia de esta Sala y Sección 404/2021, de 22 de marzo, recurso de casación 4334/2019).

3º Distinto es que el licitador centre su oferta con la que concurre a la licitación en las mejoras que propone y lo haga a partir de las exigencias indisponibles a que le obliga el PPT como base no sólo de la ejecución del contrato, sino como base sobre la que plantea su propuesta de mejoras.

4º Es admisible así una propuesta para su valoración aun cuando en ella el licitador no haga expresa referencia a ciertos aspectos del contenido del PPT: se parte de la presunción legal de que ha aceptado incondicionalmente los pliegos por el hecho de presentar la oferta tal y como prevé el artículo 145.1 de la LCSP 2011, hoy artículo 139.1 de la LCSP 2017, luego desde esa presunción a lo que se está es a las mejoras que proponga.

5º Por tanto, habrá que apreciar ya en cada caso que ese silencio o no reiteración de lo previsto en el PPT como conjunto de exigencias técnicas de obligado cumplimiento, no implica una propuesta que las desconozca o que las incumpla.

QUINTO.- APLICACIÓN AL CASO Y DESESTIMACIÓN DEL RECURSO.

1. Tal y como se ha expuesto ya, era pretensión de la mercantil ahora recurrente que se excluyese a las otras dos licitadoras porque en sus ofertas no hacían referencia a la obligación de entregar un ticket que mencionase, en concreto, el precio de surtidor y el porcentaje de descuento. Y que no lo hicieron no se cuestiona pues en el informe técnico de valoración -que asume el acto impugnado- recoge lo expuesto en el anterior Fundamento de Derecho Primero.5 en relación con el punto 3.

2. Del acto de adjudicación se deduce que lo omitido por ambas licitadoras no sólo es ajeno a las causas previstas en el artículo 84 del Reglamento general, sino que no contradicen las exigencias técnicas previstas en el PPT. La consecuencia es que por no hacer en sus ofertas una referencia expresa al contenido del ticket, aunque fuese simplemente reproduciendo lo que consta en el PPT, tal silencio no implica incumplimiento alguno: lo determinante es si ofertaron alguna mejora a partir de lo exigido en el PPT en cuanto al seguimiento y control del suministro, lo que incluía el ticket de obligada entrega. Y resultó que en ese punto fue la oferta de DISA, SAU la más valorada de las tres.

3. Conforme a lo expuesto, se desestima el recurso y se confirma la sentencia de instancia, pues se ajusta al juicio de esta Sala. Ante todo, porque es errado que la recurrente atribuya a la sentencia de instancia la afirmación de que los PPT, en relación con el PCAP, poco menos que carezcan de fuerza vinculante: ni lo dice ni se deduce de la misma. Lo que la Sala de instancia sostiene es que es obvio que las licitadoras -y ahora ya la adjudicataria- al presentar sus ofertas asumieron la obligación de que deberían emitir tickets con el contenido -mínimo, pues así lo precisa la cláusula 4- que prevé el PPT, luego no necesitaban reiterarlo al hacer su oferta, y bastaba estar a la presunción deducible del segundo inciso del artículo 145.1 de la LCSP 2011.



4. En definitiva, cosa distinta es que, a partir de ese contenido mínimo de los tickets que se obligarían a entregar en cada repostaje, sus ofertas mejorasen o no las exigencias técnicas mínimas previstas en el PPT respecto de tal obligación, o que su mejora sea inferior a la de la recurrente o que no propongan mejora alguna. Pero, repetimos, por no hacer referencia al contenido del ticket al ofertar su mejora no puede deducirse, poco menos, que las otras dos licitadoras no se obligasen a emitirlos o que fuesen a emitirlos prescindiendo de su contenido mínimo.

SEXTO.- COSTAS.

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LJCA en relación con el artículo 93.4 de la LJCA, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

2. En cuanto a las de la instancia nada se resuelve al haberse confirmado la sentencia de instancia (artículo 93.4 de la LJCA).

FALLO

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

PRIMERO.- Conforme a la jurisprudencia declarada en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta sentencia, se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **DISA RED DE SERVICIOS PETROLÍFEROS, SAU** contra la sentencia de 28 de diciembre de 2018, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, en el recurso contencioso-administrativo 197/2017, sentencia que se confirma.

SEGUNDO.- En cuanto a las costas, estése a lo declarado en el último Fundamento de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.