



Roj: **STS 4369/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4369**

Id Cendoj: **28079130032021100194**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **29/11/2021**

Nº de Recurso: **8291/2019**

Nº de Resolución: **1392/2021**

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

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 4917/2019,**
ATS 2188/2021,
STS 4369/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.392/2021

Fecha de sentencia: 29/11/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 8291/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 8291/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1392/2021

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 29 de noviembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 8291/2019 interpuesto por URBASER, S.A., representada por la Procuradora D^a Susana Téllez Andrea, contra la sentencia nº 440, de 28 de junio de 2019, de la Sección 3^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 662/2016). Se ha personado en las actuaciones como partes recurridas el AYUNTAMIENTO DE SAN SEBASTIÁN DE LOS REYES, representado y asistido por el Letrado consistorial, y la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. (CESPA), representada por el Procurador D. Álvaro García de la Noceda de las Alas Pumariño.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A. (CESPA) interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución nº 78/2016, de fecha 4 de mayo de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, dictada en el recurso nº 78/2017, por la que, en primer lugar, se acordó la inadmisión del recurso interpuesto por Urbaser, S.A. contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes de 15 de marzo de 2016 por el que se adjudicó el contrato de "Servicio de limpieza, recogida de residuos, gestión del punto limpio y suministro y mantenimiento de contenedores en San Sebastián de los Reyes" (expediente CON:51/14) a la mercantil Cepsa, S.A., por falta de legitimación activa de la parte recurrente en cuanto a la pretensión de nulidad del procedimiento de licitación por la falta de publicación de ésta en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE); y, en segundo término se acordó la estimación del recurso en relación a la pretensión de exclusión de Cespa, S.A. de la licitación, declarando que procede anular la adjudicación del contrato a esta última mercantil, y adjudicarlo a la oferta económicamente más ventajosa, una vez cumplidos los requisitos establecidos por el artículo 151.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público del año 2011.

El recurso contencioso-administrativo fue estimado por sentencia nº 440, de 28 de junio de 2019, de la Sección 3^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 662/2016), en cuya parte dispositiva se acuerda:

<< Fallamos

Que estimando el recurso contencioso-administrativo promovido por la mercantil Cespa, Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A. contra la Resolución número 78/2016 de fecha 4 de mayo de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en el Recurso número 78/2017, la revocamos por no ser conforme a Derecho la exclusión de Cespa, S.A. del procedimiento de licitación, y como consecuencia de todo lo anterior, declaramos que es conforme a Derecho el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, de 15 de marzo de 2016, por el que se adjudicó el contrato de Servicio de limpieza, recogida de residuos, gestión del punto limpio y suministro y mantenimiento de contenedores en San Sebastián de los Reyes (expediente CON:51/14) a la mercantil Cespa, S.A, todo ello sin costas>>.

SEGUNDO.- En lo que interesa al presente recurso de casación, las razones para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo las expone la sentencia en sus fundamentos de derecho sexto y sexto (sic., debería ser séptimo), cuyo contenido es el que sigue:

<< (...) Sexto.- En un segundo motivo impugna la demandante su exclusión del procedimiento de licitación por incumplimiento de lo dispuesto en el Pliego de prescripciones técnicas particulares en relación a la cuestión de las frecuencias de recogida de la fracción resto, las frecuencias de barrido mecánico de las calzadas y la prestación del servicio de refuerzo de limpieza en Semana Santa.

Dice que existen determinadas Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que permiten la exclusión de la licitación de las ofertas que incumplan las prescripciones técnicas de los pliegos, pero siempre que los incumplimientos sean claros y expresos y se refieran a una obligación contractual esencial, de tal manera que los incumplimientos den lugar a la total incoherencia de la propuesta realizada con lo exigido por la Administración contratante (Resoluciones 327/2015 y 985/2015), de forma que no toda incongruencia debe determinar la exclusión de la oferta, sino que la exclusión debe interpretarse de



acuerdo con los principios de igualdad y concurrencia (sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Castilla-La Mancha 234/2016, de 7 de noviembre).

En este sentido afirma que las obligaciones que presuntamente ha incumplido en ningún caso se configuraban en los Pliegos como esenciales, no previéndose en ellos la exclusión de las ofertas que las contravinieran, añadiendo que la cláusula 8.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), establecía que la valoración de la calidad ofertada de los servicios era una cuestión técnica de apreciación discrecional para la Administración, que a lo que podía dar lugar era a no otorgar puntuación a alguno de los apartados de las ofertas en función de su calidad, previéndose en dicha cláusula la exclusión de las ofertas que no alcanzaran la puntuación técnica mínima.

Por otra parte, como la propia Resolución del Tribunal de Contratación reconoce en la Resolución recurrida, el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP) en su cláusula 4.2.1.1.1 no distingue entre aceras y calzadas, por lo que es aplicable la doctrina jurisprudencial relativa a que la oscuridad de las cláusulas del pliego no puede perjudicar a la parte que no las generó.

La cláusula 4.2.8 del PPTP no establecía la obligación de los licitadores de describir el servicio de refuerzo en Semana Santa, sino que configuraba la prestación de dicho servicio como una obligación del adjudicatario, por lo que la no descripción de aquel servicio en la oferta no supone que no se vaya a prestar.

Finalmente el no recoger un día a la semana 3 contenedores de la Urbanización Fresno Norte, que representan el 0,063% de los 4.757 contenedores contemplados en los pliegos, no pone en riesgo la prestación del servicio de recogida de basuras ni es generador de desbordes ni de malos olores, máxime cuando como razonó el órgano de contratación, la oferta de la demandante prevé la instalación de contenedores con mayor capacidad a los existentes, para garantizar que el servicio de llenado no supere el 80%.

Sexto.- [*debería ser séptimo*] El PCAP que rige el contrato regula en su cláusula 8 los criterios de valoración de las ofertas, estableciendo en su punto 1 (hasta 112 puntos) los criterios valorables en cifras o porcentajes, que son la oferta económica (hasta 102 puntos), y las mejoras (hasta 10 puntos), y en la cláusula 8.2 se dispone lo siguiente:

"8.2) Criterios no valorables en cifras o porcentajes (44%) (Hasta 88 puntos)

Se realizará un estudio comparativo entre las distintas ofertas, pudiendo el Ayuntamiento no otorgar puntuación en alguno o algunos de los apartados, en función de la calidad o alcance ofertado.

Las puntuaciones recogidas en la siguiente tabla determinan las máximas valoraciones de los distintos apartados, pudiendo ser otorgadas diferentes puntuaciones sin sobrepasar el tope máximo fijado.

8.2.1) PRESENTACIÓN DE LA OFERTA (hasta 3 puntos)

Calidad documentación presentada 2

Documento Memoria/resumen 1

8.2.2) PLAN ANUAL DE EXPLOTACIÓN (hasta 55 puntos)

LIMPIEZA VIARIA (hasta 30 puntos)

* Plan Anual de Limpieza 15

* Plan Anual de Limpieza de Pintadas 5

* Plan Anual de fiestas patronales 4

* Plan Anual de limpiezas por inclemencias meteorológicas 3

* Plan Anual de otras labores de limpieza 3

RECOGIDA DE RESIDUOS (hasta 25 puntos)

* Plan Anual de Recogida de Residuos 10

* Plan de explotación del Punto Limpio 5

* Plan Anual de recogida de papel cartón 4

* Plan Anual de lavado de contenedores 3

* Plan Anual de mantenimiento y reposición de contenedores 3

8.2.3) MAQUINARIA E INSTALACIONES FIJAS (hasta 10 puntos)



* Vehículos y Maquinaria:

Calidades, equipamientos y prestaciones 8

* Adecuación del índice de utilización de vehículos 1

* Instalaciones fijas del contrato:

Ubicaciones, descripción, obras mantenimiento 1

8.2.0 RECURSOS HUMANOS (hasta 10 puntos)

* Plan anual de Recursos Humanos 10

8.2.5) ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS (hasta 10 puntos)

* Organización General de los servicios 2

* Informatización de la gestión del contrato 8

PUNTUACIÓN TOTAL TÉCNICAMáximo 88 puntos

Puntuación técnica mínima exigida:

Quedarán excluidas del proceso de licitación, aquellas propuestas de los licitadores que no alcancen una puntuación mínima de 53 puntos en la valoración de estos criterios Sobre 2".

Como puede apreciarse, la cláusula transcrita solo permite excluir de la licitación aquellas propuestas de los licitadores relativas a criterios no valorables en cifras o porcentajes de la cláusula 8.2 del PCAP, cuando la puntuación conjunta de los diferentes criterios que la integran, sobre un máximo de 88 puntos, no alcancen una puntuación mínima de 53 puntos.

El PCAP es taxativo en esta cuestión, esto es, que no permite la exclusión de un licitador por el mero hecho de que su oferta en relación a alguno de los distintos criterios que integran la cláusula 8.2 del PCAP, no se ajuste a lo dispuesto en el PPTP en relación a tal criterio concreto, ya que para tal supuesto lo único que prevé la cláusula en cuestión es no otorgar puntuación en función de la calidad o alcance ofertado, significando esta última expresión a criterio de esta Sala que si la oferta de uno de los criterios concretos ofertados dentro de los comprendidos en la cláusula 8.2, bien no tiene calidad, bien no se ajusta a lo dispuesto en el PPTP sobre el criterio de que se trate, en tal caso no puede excluirse de la licitación al licitador sino que lo único que cabe es no otorgar puntuación (otorgar 0 puntos), no dejando la literalidad del último párrafo de la cláusula de la que hablamos margen para otro entendimiento, o si se quiere que la única causa por la que es posible excluir a un licitador en relación a su oferta sobre criterios no valorables en cifras o porcentajes, es que dicha oferta no alcance en su conjunto un mínimo de 53 puntos sobre 88.

Por otra parte, el PPTP que rige el contrato que enjuiciamos regula la forma en que han de prestarse o llevarse a cabo los diferentes trabajos o servicios que integran la cláusula 8.2 del PCAP, pero se limita a lo anterior esto es, regula materialmente como se llevan a cabo aquellos trabajos o servicios que integran el contrato, pero en ningún caso establece o fija consecuencias jurídicas ni de exclusión de los licitadores, ni tampoco de puntuación de las ofertas que presenten éstos, de manera que el cumplimiento y la valoración desde el punto de vista del Derecho, de las obligaciones materiales o de prestación que estable el PPTP, tiene que hacerse ateniéndose estrictamente a lo dispuesto en el PCAP.

En relación a las causas de exclusión de los licitadores, hay que estar por tanto a lo previsto por el PCAP que rige el contrato, que como es sobradamente conocido, desde el momento en que es aceptado por los licitadores por no impugnarlo directamente ante esta Jurisdicción o ante los Tribunales de Contratación, se convierte en la " ley del contrato que vincula a todos, incluida la Administración que lo aprobó.

Además, el PCAP es bien claro al regular los supuestos que permiten la exclusión de un determinado licitador, que en ningún caso se puede hacer por deficiencias en la oferta que presente éste relativa a criterios no valorables en cifras o porcentajes, como hemos explicado, sino que se limita a recoger los siguientes supuestos de exclusión:

- En la cláusula 7, en la página 14 del Pliego, con el título de "Sobre no 3, Proposición Económica" se establece que: si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, variase sustancialmente el modelo establecido, excediese cualquiera de las cuotas máximas de licitación, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que le hagan inviable, *será desechada por la Mesa de contratación*, sin que sea causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de algunas palabras del modelo si ello no altera su sentido.



- La cláusula 16 del PCAP, que con el título de "Calificación de la documentación presentada acreditativa de los requisitos y capacidad y solvencia de los licitadores" establece que la Mesa de contratación calificará la documentación relativa a estos extremos, y si observase defectos u omisiones subsanables, requerirá a los licitadores por un plazo de tres días a efectos de corrección o subsanación, o para que presenten documentos complementarios, y una vez calificada aquella documentación y las subsanaciones, la Mesa procederá a determinar las empresas que cumplen con los criterios de selección que se establecen en el clausulado del presente pliego, *con pronunciamiento expreso sobre los admitidos a licitación, los rechazados y sobre las causas de su rechazo.*

Tras la cláusula 16 reseñada, la cláusula 17 regula la apertura de las ofertas que contienen criterios de valoración dependientes de un juicio de valor respecto de las proposiciones admitidas, y la cláusula 18 regula con posterioridad en el tiempo al acto anterior, la apertura del sobre 2-B con las proposiciones de los licitadores relativas a criterios de adjudicación que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes, siendo así que en ninguna de estas dos cláusulas se prevé la exclusión de los licitadores que no hayan sido excluidos previamente por cuestiones relativas a su capacidad y solvencia, y lo único que permite el último párrafo de la cláusula 18, si no fuera posible la valoración y formulación de propuesta de adjudicación, y una vez recibidos los informes técnicos pertinentes, es proponer al órgano de contratación la no adjudicación del contrato por dicha causa, y en su caso y conforme a la cláusula 19, la renuncia a celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento de contratación, pero en ningún caso se prevé por el PCAP en esta fase de valoración de las proposiciones admitidas, la exclusión de la oferta de ningún licitador.

Así las cosas, es claro, patente y manifiesto que el Pliego de cláusulas administrativas particulares que regía este contrato, en ningún caso permitía al órgano de contratación la exclusión de las ofertas de los licitadores por no ajustarse a las previsiones del Pliego de prescripciones técnicas particulares, de manera que no pudiendo acordar esa exclusión la Administración contratante, tampoco podía hacerlo el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, ni desde luego tampoco podría acordarlo esta Sala de lo Contencioso-Administrativo en el supuesto de que alguien ejercitase esta pretensión, por lo que se está en el caso de la estimación del Recurso contencioso-administrativo por este motivo de la demanda, la revocación de la Resolución número 78/2016 de fecha 4 de mayo de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en el Recurso número 78/2017, por no ser conforme a Derecho la exclusión de Cespa, S.A. del procedimiento de licitación, y como consecuencia de todo lo anterior, la declaración de que es conforme a Derecho el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, de 15 de marzo de 2016, por el que se adjudicó el contrato de " Servicio de limpieza, recogida de residuos, gestión del punto limpio y suministro y mantenimiento de contenedores en San Sebastián de los Reyes (expediente CON:51/14) ", a la mercantil Cespa, S.A.>>.

TERCERO.- Notificada a las partes la sentencia, preparó recurso de casación la representación procesal de Urbaser, S.A., siendo admitido a trámite su recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 11 de febrero de 2021 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) Segundo.- Precisar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en aclarar si procede la exclusión de una oferta del procedimiento de licitación cuando no se ajusta a las condiciones recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 150 y 151 en relación con el artículo 117 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y el artículo 84 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso (artículo 90.4 LJCA)>>.

CUARTO.- La representación procesal de Urbaser, S.A. formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito de fecha 13 de abril de 2021 en el que, tras exponer los antecedentes del caso, formula alegaciones sobre la infracción de las normas del ordenamiento jurídico que regulan el régimen de admisión de ofertas en el procedimiento de contratación, en particular artículos 117, 150 y 151 de la Ley de Contratos del Sector Público aprobada por Real Decreto legislativo 3/2011 de 14 de noviembre y artículo 84 y concordantes del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Los motivos de impugnación que expone la recurrente en el desarrollo de su escrito responden a los siguientes enunciados:



1/ Sobre la inadmisibilidad, rechazo y exclusión de las ofertas que no se ajusten a las prescripciones técnicas, según lo dispuesto en el artículo 117 Real Decreto legislativo 3/2011. 2/ infracción del artículo 150 LCSP, en cuanto que las ofertas que no se ajusten a los criterios de valoración establecidos en las prescripciones técnicas podrán ser rechazadas y excluidas del procedimiento de contratación.

3/ infracción del artículo 151 LCSP, en cuanto que establece la clasificación de las proposiciones y determina la notificación, en la decisión de adjudicación, de los licitadores excluidos; en relación con la regulación contenida en los artículos 83 y 84 RGLC del rechazo y exclusión de proposiciones por la mesa de contratación.

Termina solicitando que se dicte <<(…) sentencia estimatoria del recurso de casación por la que, apreciando la existencia de pronunciamientos contrarios sobre la materia y la inexistencia de jurisprudencia sobre la misma declare que procede la exclusión de una oferta del procedimiento de licitación cuando la misma no se ajuste a las condiciones recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas; y case y anule la sentencia recurrida, confirmando la validez de la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que confirmó la exclusión de la oferta de CESPAS, S.A. en la licitación pública convocada por el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes para la adjudicación de los servicios de limpieza viaria, recogida de residuos sólidos y gestión de punto limpio, por incumplimiento de las prescripciones del Pliego de Prescripciones Técnicas, imponiéndole las costas del recurso a la parte o partes que se opusieran al mismo>>.

QUINTO.- Mediante providencia de la Sección Cuarta de 13 de abril de 2021 se acuerda, de conformidad con el acuerdo del Presidente de la Sala de fecha 6 de abril de 2021, que pasen las actuaciones a la Sección Tercera.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 28 de abril de 2021 se tuvo por interpuesto el recurso y se dio traslado a las partes recurridas para que pudiesen formular su oposición.

SÉPTIMO.- La representación procesal del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes formalizó su oposición mediante escrito presentado con fecha 11 de junio de 2021 en el que, tras exponer sus razones en contra de los argumentos aducidos por la recurrente, termina solicitando que se dicte sentencia que venga a confirmar la doctrina ya fijada por la Sección Cuarta de esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia de 24 de marzo de 2021 (casación 5570/2019) y se desestimen las pretensiones formuladas por la recurrente, debiendo confirmarse que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ajusta plenamente a derecho.

Subsidiariamente, para el hipotético caso de que se case y anule la sentencia recurrida, se pide que al valorar las circunstancias que concurren en las ofertas de todos los licitadores (que aun guardando silencio sobre algunos aspectos del PPT no lo vulneran ni lo incumplen), se considere ajustado a derecho el acuerdo de 15 de marzo de 2016 adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes respecto de la adjudicación a Cespa del contrato de servicio de limpieza, recogida de residuos, gestión del punto limpio y suministro y mantenimiento de contenedores (expediente CON 51/14), imponiéndose en cualquier caso las costas del recurso a la parte recurrente.

OCTAVO.- La representación procesal de la entidad Cespa presentó escrito con fecha 14 de junio de 2021 en el que, tras exponer las razones en las que se sustenta su oposición, termina solicitando que se dicte sentencia por la que desestime íntegramente el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida, y se declare que la exclusión de una oferta del procedimiento de licitación cuando no se ajusta a las condiciones recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa o en los pliegos e interpretarse con arreglo a los principios de proporcionalidad, igualdad y concurrencia, y ha de resultar siempre acreditado que el incumplimiento conlleva la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato, por lo que no todo error o incumplimiento por la oferta de las condiciones recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas es determinante de la exclusión. Todo ello con imposición de costas a la recurrente.

Subsidiariamente, para el supuesto de que se estimase que la sentencia de instancia se apoya en una interpretación de la normativa distinta a la defendida en el presente escrito, la representación de Cespa solicita que esta Sala, partiendo de la interpretación aquí sostenida sobre la cuestión que reviste interés casacional objetivo, resuelva el fondo del litigio y confirme la procedencia de revocar la resolución nº 78/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en la medida en la que no procedía la exclusión de la oferta de Cespa pues, no refiriéndose los errores contenidos en la oferta a requerimientos u obligaciones esenciales que se configurasen en los Pliegos como de obligado cumplimiento, ni previéndose que su incumplimiento llevase aparejada la exclusión, y siendo posible conforme a los pliegos no puntuar a las ofertas en función de la calidad o alcance ofertado, solo sería posible la exclusión en el caso de resultar acreditado que el error de la oferta conlleve la imposibilidad de la adecuada ejecución del contrato, lo que no ocurre en el presente caso, en el que el órgano de contratación consideró que se trataba de pequeñas incongruencias de la oferta que no eran incumplimientos esenciales de los pliegos y no la hacían inviable.



NOVENO.- Mediante providencia de 15 de junio de 2021 se declara no haber lugar a la celebración de vista, quedando el procedimiento pendiente de señalamiento para votación y fallo.

DÉCIMO.- Por último, mediante providencia de 20 de septiembre de 2021 se fijó para votación y fallo del presente recurso el día 23 de noviembre de 2021, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación nº 8291/2019 lo interpone la representación de Urbaser, S.A. contra la sentencia nº 440, de 28 de junio de 2019, de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 662/2016).

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia ahora recurrida en casación estima el recurso contencioso-administrativo que interpuso la Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A. (CESPA) contra la resolución nº 78/2016, de 4 de mayo de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la anula por no ser conforme a derecho la exclusión de Cespa, S.A. del procedimiento de licitación; y, declara la sentencia que es conforme a derecho el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes de 15 de marzo de 2016 por el que se adjudicó a Cespa, S.A. el contrato de servicio de limpieza, recogida de residuos, gestión del punto limpio y suministro y mantenimiento de contenedores en San Sebastián de los Reyes (expediente CON:51/14), todo ello sin hacer imposición de las costas.

En el antecedente segundo hemos reseñado las razones que expone la sentencia recurrida para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo.

Procede entonces que entremos ya a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular la señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 11 de febrero de 2021. Veamos.

SEGUNDO.- Cuestión que reviste interés casacional y marco normativo que debe tomarse en consideración.

Antes hemos dejado señalado (véase antecedente tercero de esta sentencia) que la cuestión en la que se centra el debate casacional consiste en aclarar si procede la exclusión de una oferta del procedimiento de licitación cuando no se ajusta a las condiciones recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

En cuanto al marco jurídico que debe tomarse en consideración, el propio auto de admisión del recurso deja señaladas como normas que, en principio, han de ser objeto de interpretación las contenidas en los artículos 150 y 151 en relación con el artículo 117 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y el artículo 84 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre). Todo ello -añade el auto-, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso (artículo 90.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Pues bien, los preceptos del texto refundido a los que acabamos de aludir regulan las siguientes materias: el artículo 117 establece las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas; y más adelante, dentro de la subsección dedicada a la "selección del adjudicatario", los artículos 150 y 151 se dedican, respectivamente, a los criterios de valoración de las ofertas (artículo 150) y a la clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación (artículo 151). Y en relación con estos preceptos cabe añadir -aunque el auto de admisión del recurso no lo cita- el artículo 145 del mismo texto refundido, que se ocupa de las "proposiciones de los interesados". En concreto, el apartado 1 de este artículo 145 establece: <<1. 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>>.

Por su parte, el artículo 84 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001, bajo la rúbrica de "rechazo de proposiciones", establece lo siguiente: <<Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición>>.

TERCERO.- Jurisprudencia de esta Sala.



El auto de la Sección Primera de esta Sala que acordó la admisión del presente recurso de casación deja señalado, en su fundamento jurídico primero, que <<(…) esta Sección ha admitido el recurso de casación núm. 5570/2019 mediante auto de 3 de febrero de 2020, en el que se plantea, en términos similares, si es motivo de exclusión de la oferta, la omisión de un aspecto técnico de la prestación exigido en los pliegos de prescripciones técnicas (…)>>. Pues bien, en el citado recurso de casación 5570/2019 la Sección Cuarta de esta Sala dictó sentencia 429/2021, de 24 de marzo, en cuyos fundamentos cuarto y quinto se expone lo siguiente:

<< (...) 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>>.

De lo declarado en estos párrafos que acabamos de transcribir de la sentencia 429/2021, de 24 de marzo (casación 5570/2019), en particular de su fundamento jurídico cuarto, destacamos ahora las siguientes consideraciones:

* El artículo 84 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001 enumera 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.

* Cabe entender también que procede ese rechazo si la oferta del licitador es contraria al PPT, que es de obligado cumplimiento, o si la propuesta es contradictoria consigo misma, sin que para apreciarlo haya que esperar a la ejecución del contrato (cfr. la sentencia de la misma Sección Cuarta 404/2021, de 22 de marzo (casación 4334/2019).

* Una propuesta es admisible para su valoración aun cuando en ella el licitador no haga expresa referencia a ciertos aspectos del contenido del PPT, pues 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 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

* En cada caso habrá que determinar que la 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.

Pues bien, no apreciamos la necesidad de completar, matizar ni aclarar las consideraciones que acabamos de reseñar.

Sí interesa en cambio señalar que esta jurisprudencia, referida al examen de la propuesta presentada por la empresa licitadora en su vertiente objetiva, guarda correspondencia y se complementa con otra línea jurisprudencial, en este caso relativa a la vertiente subjetiva del concurso, en la que, siguiendo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hemos destacado que <<(…) la normativa sobre contratación pública, tanto en el Derecho de la Unión Europea como en el plano de la legislación interna, tiene entre sus fines el de favorecer la libre competencia y el fácil acceso al procedimiento de contratación pública; y en consonancia con ello, a fin de favorecer el acceso a la licitación de los contratos, se contemplan mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa>>. [STS 886/2021, de 21 de junio (casación 7906/2018, F.J. 4º), en la que se citan, entre otras, las SsTJUE de 7 de abril de 2016 (asunto C-324/14, 2 de junio de 2016 (asunto C-27/15) y 4 de mayo de 2017 (asunto C-387/14) y 3 de junio de 2021 (asunto C-210/20)]. En definitiva, esa otra línea jurisprudencial, que discurre en paralelo con la que estamos siguiendo en el caso que ahora nos ocupa, viene a poner de manifiesto



que en el Derecho de la Unión Europea se advierte una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos (siendo manifestación de ello la existencia de mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa), dejando claro la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que en la interpretación de esos mecanismos por parte del poder adjudicador debe imperar el principio de proporcionalidad.

CUARTO.- Interpretación de esta Sala acerca de la cuestión controvertida.

La traslación de la doctrina contenida en la sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala a la que antes nos hemos referido (STS 429/2021, de 24 de marzo, casación 5570/2019) al caso que ahora nos ocupa debe hacerse partiendo de las apreciaciones que se recogen en la sentencia recurrida. Allí la Sala de instancia, después de examinar los términos en que venía formulada la propuesta controvertida y las cláusulas del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP) y del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), llega a la conclusión de que la propuesta Cespa, S.A. no presentaba deficiencias que permitiesen su exclusión o rechazo *ab initio*.

Así, el fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida destaca que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es bien claro al regular los supuestos que permiten la exclusión de un determinado licitador, que en ningún caso se puede hacer por deficiencias que presente una oferta en relación a criterios no valorables en cifras o porcentajes; y que la cláusula 7 del citado Pliego acota y concreta los supuestos de exclusión estableciendo que procede que la propuesta sea desechada por la Mesa de Contratación si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, variase sustancialmente el modelo establecido, excediese cualquiera de las cuotas máximas de licitación, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que le hagan inviable.

Poniendo en relación esa enumeración de causas de exclusión contenida en la cláusula 7 con lo dispuesto en otros apartados del mismo Pliego, la Sala sentenciadora concluye de manera indubitada ("...es claro, patente y manifiesto...") que el Pliego de cláusulas administrativas particulares que regía este contrato en ningún caso permitía al órgano de contratación la exclusión de las ofertas de los licitadores por no ajustarse a las previsiones del Pliego de prescripciones técnicas particulares.

Pues bien, esa conclusión a que llega la Sala de instancia, derivada del examen de los datos y circunstancias concurrentes en el caso y de lo establecido en las cláusulas por las que se rige el contrato al que se refiere la controversia, resulta enteramente conciliable y respetuosa con la jurisprudencia que antes hemos reseñado, en la que, como hemos visto, se interpretan de manera estricta, o, si se prefiere, restrictiva, los supuestos que permiten al órgano de contratación excluir una proposición; y también concuerda con esa otra línea jurisprudencial a la que antes hemos aludido, relativa a la vertiente subjetiva del concurso, en la que se pone de manifiesto que tanto en el Derecho de la Unión Europea como en el plano de la legislación interna se advierte una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos.

QUINTO.- Resolución del recurso de casación y costas procesales.

Por las razones expuestas en los apartados anteriores, procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Urbaser, S.A. contra la sentencia nº 440, de 28 de junio de 2019, de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 662/2016).

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes; y en cuando a las costas del proceso de instancia, debe mantenerse el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

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

1/ No ha lugar al recurso de casación nº 8291/2019 interpuesto por URBASER, S.A. contra la sentencia nº 440, de 28 de junio de 2019, de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 662/2016).

2/ No se imponen las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia recurrida en lo que se refiere a las costas del proceso de instancia.

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



Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ