

**Sentencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021
(rec.7844/2019)**

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 438/2021

Fecha de sentencia: 24/03/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7844/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Procedencia: T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD SEC.1

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

Transcrito por: RBA

Nota:

R. CASACION núm.: 7844/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 438/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D^a. 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 núm. 7844/2019, interpuesto por la entidad Quirón Prevención, S.L.U., representada por el procurador don Gonzalo Herráiz Aguirre y bajo la dirección letrada de doña Laura Robles Castro, contra la *sentencia núm. 1085/2019 de 24 de septiembre, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid y recaída en el procedimiento ordinario núm. 367/2018*. Han sido partes recurridas la Entidad Técnica de Prevención S.L., Gali Prevención S.L., G & M Prevención de Riesgos Laborales S.L., Prevenges Consultores S.L., Prevenlabor S.L., Prevenleón S.L., y Soria Prevención S.L., representadas por el procurador don Jorge Rodríguez-Monsalve Garrigós asistido por el letrado don Francisco Hernández Sahagún.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"[...] FALLAMOS.- Que estimamos el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la UTE integrada por ENTIDAD TÉCNICA DE PREVENCIÓN, S.L., GALI PREVENCIÓN, S.L., G & M PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES, S.L., PREVENGENS CONSULTORES, S.L., PREVENLABOR, S.L., PREVENLEÓN, S.L., SORIA PREVENCIÓN, S.L.; representada por el Procurador Sr. Rodríguez Monsalve Garrigós contra la Resolución 7/2018, de 1 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, declarando la nulidad de la misma por los motivos expuestos en esta resolución con las consecuencias inherentes a tal declaración que se deriven en el proceso de contratación.

Todo ello con imposición de las costas procesales a la parte demandada con el límite fijado en los fundamentos de esta resolución.[...]."

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Quirón Prevención, S.L.U., presentó escrito preparando el recurso de casación, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de

ordenación de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de fecha 29 de enero de 2020, se tuvo por personados a don Gonzalo Herráiz Aguirre en representación de Quirón Prevención, S.L.U., como parte recurrente, y al procurador don Jorge Rodríguez-Monsalve Garrigós, en nombre y representación de Entidad Técnica de Prevención S.L., Gali Prevención S.L., G & M Prevención de Riesgos Laborales S.L., Prevenges Consultores S.L., Prevenlabor S.L., Prevenleón S.L., y Soria Prevención S.L., como partes recurridas.

CUARTO.- Por *auto de 3 de junio de 2020, la Sección Primera de esta Sala* acordó:

"[...] 1º) Admitir el recurso de casación preparado por la empresa Quirón Prevención, S.L.U., contra la *sentencia de 24 de septiembre de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede Valladolid), en los autos del procedimiento ordinario nº 367/2018* .

2º) Precisar que la cuestión que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la posibilidad de que por parte de la empresa propuesta como adjudicataria, se impugnen indirectamente los pliegos en fase de adjudicación del contrato, en concreto, si se puede cuestionar en ese momento la solvencia técnica, por considerar que los criterios estipulados contravienen los principios inspiradores de la contratación pública, al ser considerados desproporcionados y sin relación con el objeto del contrato, generando discriminación, de suerte que el pliego incurriría en causa de nulidad de pleno derecho por tratarse de un vicio de orden público.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en el *artículo 44 en relación con el artículo 32, ambos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* , aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), y el *artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre* , de Procedimiento Administrativo Común.

Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otros, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de apelación la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas sobre reparto de asuntos.[...]"

QUINTO.- Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrente para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de interposición, lo que realizó, suplicando a la Sala:

"[...] que tenga por presentado este escrito y por interpuesto el Recurso de Casación contra la *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León dictada en fecha 24 de septiembre de 2019, en el marco del Procedimiento Ordinario 367/2018* y, previos los trámites legales que resulten oportunos, dicte sentencia por la que, con estimación del recurso interpuesto, revoque la Sentencia antes citada y confirme que la Resolución de 24 de noviembre de

2017, dictada por la Secretaría General de la Consejería de Presidencia de la Junta de Castilla y León, por la que se tiene por retirada la oferta presentada por la UTE en el expediente de contratación "A2017/003007" y así como la Resolución 7/2018, de fecha 1 de febrero de 2018, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en tanto son ajustadas a derecho en cuanto (i) los pliegos de una licitación solo pueden recurrirse en el plazo de 15 días desde que los mismos se pusieron a disposición de los posibles licitadores, tal y como establece la literalidad del artículo 44.2.a) del TRLCSP; (ii) los requisitos para acreditar la solvencia técnica ligados a la exigencia de acreditar trabajos de la misma naturaleza que los que se licitan y por una determinada facturación, a un único cliente, sea este público o privado, no son un criterio contrario al ordenamiento y nulo de pleno derecho conforme a los artículo 32 del TRLCSP y 47 de la LPACAP.[...]"

SEXO.- Por Providencia de fecha 22 de septiembre de 2020, se emplazó a las partes recurridas para que en el plazo de treinta días, formalizaran escrito de oposición, lo que realizaron oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala:

"[...] Tenga por presentado este escrito, lo admita, por presentada en tiempo y forma oposición al recurso de casación interpuesto por QUIRÓN PREVENCIÓN S.L.U. frente a la *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, dictada el 24 de septiembre de 2019 (Procedimiento Ordinario 367/2018)* y previos los trámites legales que resulten oportunos dicte Sentencia desestimando el recurso interpuesto y confirme la Sentencia antes reseñada, todo ello con expresa imposición de costas a la recurrente.[...]"

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el *artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción* , atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

OCTAVO.- Mediante providencia de fecha 19 de enero de 2021 se señaló para votación y fallo la audiencia el día 23 de marzo de 2021, en cuyo acto tuvieron lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de Quirón Prevención S.L.U. contra la *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 24 de septiembre de 2019* .

Los antecedentes del asunto, por lo que ahora específicamente importa, son como sigue. La Junta de Castilla y León convocó licitación para la adjudicación de contrato de servicios relativo a la prevención de riesgos laborales del personal de la Administración autonómica. Examinadas las ofertas, la propuesta de adjudicación recayó en una unión temporal de empresas encabezada por Prevenges Consultores S.L. El órgano de contratación requirió entonces a la mencionada unión temporal de empresas para que justificase su solvencia técnica, de conformidad con lo previsto en el Anexo 3 del Pliego de Cláusulas Administrativa Particulares. Ello incluía acreditar, entre otros extremos, haber prestados servicios análogos, a un solo destinatario y por un importe anual similar al de los lotes sometidos a licitación. La unión temporal de empresas consideró que tal requerimiento resultaba desproporcionado y no era

ajustado a Derecho, por lo que no aportó la información requerida. A la vista de ello, mediante resolución de la Consejería de Presidencia de 24 de noviembre de 2017 se la tuvo por retirada de la licitación. Contra esta decisión, la unión temporal de empresas interpuso recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León. Éste lo desestimó mediante resolución de 1 de febrero de 2018, en sustancia por entender que lo pretendido constituía una impugnación indirecta -con ocasión de su aplicación- de lo establecido en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares; impugnación indirecta que, según el citado órgano administrativo, no está permitida por la ley.

Acudió entonces la unión temporal de empresas encabezada por Prevenges Consultores S.L. a la vía jurisdiccional. En el recurso contencioso- administrativo se personó como codemandada Quirón Prevención S.L.U., que también había concurrido a la licitación. La sentencia ahora impugnada estima el recurso contencioso-administrativo. Hace una exposición de la jurisprudencia de esta Sala, con arreglo a la cual cabe la impugnación indirecta de los pliegos de la contratación pública sólo cuando están incursos en alguna causa de nulidad de pleno Derecho. Trae a colación, además, la *sentencia e Vigilo* (C-538/13) de 12 de marzo de 2015, en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que, con carácter excepcional, cabe la impugnación indirecta de los pliegos de la contratación pública cuando su contenido resulta absolutamente oscuro e incomprensible, incluso, para un licitador informado y diligente. Y cita, en fin, varias sentencias de otras Salas de instancia relativas a esta cuestión. Una vez hecho todo esto, la sentencia impugnada afirma que el modo de justificar la solvencia establecido en el Anexo 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, aplicable al presente caso, es desproporcionado, ya que impone exigencias que no guardan relación con el objeto del contrato sometido a licitación. Añade que las previsiones del mencionado Anexo 3 son discriminatorias, porque favorecen a los licitadores que ya han contratado con la Administración en el pasado.

SEGUNDO.- Quirón Prevención S.L.U. preparó recurso de casación, que fue admitido por la *Sección 1ª de esta Sala, mediante auto de 3 de junio de 2020. Éste, tras observar que el tema litigioso presenta similitud con el planteado en el recurso de casación nº 4883/2019*, establece que la cuestión con interés casacional objetivo es la siguiente:

"[...] La posibilidad de que por parte de la empresa propuesta como adjudicataria se impugnen indirectamente los pliegos en fase de adjudicación del contrato, en concreto si se puede cuestionar en ese momento la solvencia técnica, por considerar que los criterios estipulados contravienen los principios inspiradores de la contratación pública, al ser considerados desproporcionados y sin relación con el objeto del contrato, generando discriminación, de suerte que el pliego incurriría en causa de nulidad de pleno derecho por tratarse de un vicio de orden público." [...].

Las normas que, en principio, deben ser objeto de interpretación son los *arts. 32 y 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, y el *art. 47 de la Ley 39/2015*, sobre el procedimiento administrativo común.

TERCERO.- Sin necesidad de exponer detalladamente el contenido de los escritos de interposición de la recurrente (Quirón Prevención S.L.U.) y de oposición de la recurrida (la unión temporal de empresas encabezada por Prevenges Consultores S.L.), hay que destacar que ambas partes concuerdan en un punto fundamental, a

saber: que la llamada impugnación indirecta de los pliegos de cláusulas particulares de la contratación pública -es decir, combatirlos como ilegales en el momento de su aplicación- sólo es jurídicamente posible cuando adolecen de un vicio de nulidad de pleno Derecho, o cuando resultan oscuros e incomprensibles para un licitador informado y diligente en el sentido que a esta idea da el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Así, la discrepancia entre las partes no versa sobre las causas que permiten la impugnación indirecta de los pliegos de cláusulas particulares, sino sobre si alguna de dichas causas concurre en el presente caso. En concreto, mientras que la recurrente sostiene que no se da ninguna de ellas, la recurrida afirma que el arriba mencionado Anexo 3 del Pliego de Cláusulas Administrativa Particulares, aplicable al presente caso, era oscuro, desproporcionado y discriminatorio, tal como dice la sentencia impugnada.

CUARTO.- A la vista de lo que se acaba de exponer, esta Sala no puede por menos de confirmar la posición sustancialmente similar de ambas partes acerca de la cuestión que, con arreglo al auto de admisión de este recurso de casación, presenta interés casacional objetivo. Se trata de una visión correcta. Tal como *esta Sala ha expuesto en su reciente sentencia nº 398/2021 -que resuelve el recurso de casación nº 4883/2019*, citado en el auto de admisión-, la respuesta a la pregunta acerca de la posibilidad de impugnación indirecta de los pliegos de cláusulas particulares de la contratación pública es la siguiente:

"[...] Cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurrir en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva." [...].

A este criterio jurisprudencial debe ahora estarse. Y en cuanto a la pregunta adicional que también formula el auto de admisión -esto es, si la impugnación indirecta puede formularla incluso el adjudicatario en fase de adjudicación del contrato-, la respuesta ha de ser necesariamente afirmativa. En la medida en que el adjudicatario tenga algún interés legítimo que pueda verse afectado, es claro que puede impugnar indirectamente los pliegos de cláusulas particulares. Lo contrario conduciría a dejarlo indefenso y, por consiguiente, a conculcar el *art. 24 de la Constitución*. Ni que decir tiene que ello en nada relaja las estrictas condiciones, arriba expuestas, en que es legalmente posible la mencionada impugnación indirecta.

QUINTO.- Una vez que se ha dado respuesta a la cuestión con interés casacional objetivo, este recurso de casación queda limitado a dilucidar si la sentencia impugnada, al acoger la impugnación indirecta del Anexo 3 del Pliego de Cláusulas Administrativa Particulares, se ajustó a lo exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por la jurisprudencia de esta Sala.

Ciertamente, como quedó dicho más arriba, la sentencia impugnada conoce ambas líneas jurisprudenciales. Sin embargo, no puede decirse que su decisión de estimar la impugnación indirecta del referido Anexo 3 se base en ellas. Efectivamente, por lo que se refiere a la causa excepcional de impugnación indirecta admitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la sentencia impugnada ni siquiera explica por qué las exigencias impuestas en materia de justificación de la solvencia técnica por el Anexo 3 serían oscuras e incomprensibles para un licitador informado y diligente. No hay ningún atisbo de motivación al respecto. La razón que conduce a la sentencia

impugnada a un fallo estimatorio es, más bien, entender que las mencionadas exigencias son desproporcionadas y discriminatorias; no oscuras.

Y en cuanto a la causa de impugnación indirecta admitida por la jurisprudencia de esta Sala, tampoco aporta razones convincentes. Afirmar que el Anexo 3 contiene exigencias desproporcionadas por no guardar relación con el objeto del contrato no equivale a motivar debidamente que concurre una de las causas de nulidad de pleno Derecho enumeradas taxativamente en el *art. 47 de la Ley 39/2015*. Ello es particularmente claro, habida cuenta de que la sentencia impugnada no examina detalladamente las exigencias recogidas en el citado Anexo 3, ni explica por qué sostiene que demostrar una previa experiencia contractual sobre el servicio a prestar nada tiene que ver con el contrato licitado.

A ello hay que añadir que tampoco desarrolla una argumentación articulada tendente a justificar que el Anexo 3 es discriminatorio; es decir, no explica por qué favorecería, según ella misma afirma, a los licitadores que ya han contratado en el pasado con la Administración. Como recuerda la recurrente y resulta del propio Anexo 3, la experiencia previa requerida para justificar la solvencia técnica podía ser tanto en contratos con la Administración como en contratos con particulares.

Así las cosas, debe concluirse que la sentencia impugnada no se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ni a la de esta Sala. Ello implica que, tal como denuncia la recurrente, la sentencia impugnada vulnera el *art. 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, de conformidad con el cual los pliegos de cláusulas particulares -al igual que otros actos en la contratación pública- deben ser impugnados directamente. Dicho de otro modo, no hay más excepciones a dicha impugnación directa que las jurisprudencialmente contempladas, excepciones cuya concurrencia en el presente caso no han sido justificadas por la sentencia impugnada. Ésta debe, así, ser casada.

SEXTO.- Por idénticas razones a las hasta aquí desarrolladas, el recurso contencioso-administrativo promovido por la unión temporal de empresas propuesta como adjudicataria contra la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de 1 de febrero de 2018 debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Con arreglo al *art. 93 de la Ley Jurisdiccional*, cada parte soportará sus propias costas en el recurso de casación. En cuanto a las costas de la instancia, según el *art. 139 del mismo texto legal*, deben imponerse a la parte cuyas pretensiones sean íntegramente desestimadas, que en este caso es la demandante. Quedan las costas de la instancia fijadas, para cada una de las partes demandadas, en un máximo de 1.000 €; por todos los conceptos.

FALLO

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

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Quirón Prevención S.L.U. contra la *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 24 de septiembre de 2019*, que anulamos.

SEGUNDO.- Desestimamos el recurso contencioso-administrativo

interpuesto por la representación procesal de la unión temporal de empresas encabezada por Prevenges Consultores S.L. contra la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de 1 de febrero de 2018.

TERCERO.- No hacemos imposición de las costas del recurso de casación. Condenamos a la demandante al pago de las costas de la instancia, hasta un máximo de 1.000 €; por todos los conceptos para cada una de las partes demandadas.

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

Así se acuerda y firma.