



Roj: **STS 1196/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1196**

Id Cendoj: **28079130042021100106**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **22/03/2021**

Nº de Recurso: **4883/2019**

Nº de Resolución: **398/2021**

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

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 1674/2019,**
ATS 3162/2020,
STS 1196/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 398/2021

Fecha de sentencia: 22/03/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4883/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/03/2021

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

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.1

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

Transcrito por: rsg

Nota:

R. CASACION núm.: 4883/2019

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. 398/2021

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 22 de marzo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **4883/2019** interpuesto por el procurador don Juan José Gómez Velasco en nombre y representación de la mercantil **CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L.** y asistido del letrado don Pablo Olivera Massó, contra la sentencia de 15 de mayo de 2019 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso contencioso- administrativo 106/2018. Ha comparecido como parte recurrida el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, representado por la procuradora doña Paloma Solera Lama y asistido por la letrada doña Cristina Núñez Saseta.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la mercantil Contenedores Escor Vitoria, SL (en adelante, ESCOR, SL), interpuso el recurso contencioso- administrativo 106/2018 ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco frente a la resolución 139/2017, de 28 de diciembre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (en adelante, OARC) por el que se desestimó el recurso especial interpuesto contra el acuerdo de 16 de octubre de 2017 de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Vitoria, que adjudicó el contrato de "recogida selectiva de papel y cartón municipal y recepción del total del papel y cartón retirado" a SAICA NATUR NORTE, SL (en adelante, SAICA, SL).

SEGUNDO.- Desestimado el recurso contencioso-administrativo por sentencia 137/2019, de 15 de mayo, se presentó escrito por la representación procesal de ESCOR, SL 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 5 de julio de 2019, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados en debida forma ESCOR, SL como recurrente y el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz como recurrido, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 11 de mayo de 2020 lo siguiente:

" *Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la entidad mercantil Contenedores Escor Vitoria SL contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha de 15 de mayo de 2019, en los autos del procedimiento ordinario núm. 106/2018 .*

" *Segundo.- Precisar que, en principio, la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la relativa a si constatada la infracción de los principios de igualdad, publicidad y transparencia en la licitación por omisión de los criterios de valoración y puntuación de las ofertas, dicha infracción, por impugnación indirecta de los pliegos que rigen la contratación, determina la nulidad del pliego, o si, por el contrario, debe admitirse la anulabilidad del mismo por no suponer un trato discriminatorio, impidiendo con ello la impugnación indirecta de los pliegos; y, en esos casos, si ello es conforme con la jurisprudencia comunitaria invocada.*

"*Tercero.- Identificar como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los artículos 18.1 y 67.4 de la Directiva 2014/24, en relación con los artículos 150.2 y 4 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, así como los artículos 1 y 132 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, 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.*"



CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 1 de junio de 2020 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

QUINTO.- La representación procesal de ESCOR, SL evacuó dicho trámite mediante escrito de 13 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 casacional que se dicte sentencia en la que:

" a. *Estime el Punto Primero del Suplico de nuestra Demanda, es decir Anule y deje sin efecto los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del expediente de contratación nº 2017/CONASP/130 del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz sobre recogida selectiva de papel y cartón, ordenando la retroacción de todas las actuaciones de este procedimiento de contratación hasta el momento previo a la aprobación de tales Pliegos.*

" b. *Estime el Punto Tercero del Suplico de nuestra Demanda, es decir Anule y deje sin efecto la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales Vasco (OARC/KEAO), de 20 de diciembre 2017, Resolución 139/2017, por la que se desestimó el Recurso Especial de Contratación que ha dado lugar a este procedimiento.*

" c. *Estime el Punto Cuarto del Suplico de nuestra Demanda, es decir Condene al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz a indemnizar a ESCOR por los daños y perjuicios sufridos.*"

SEXTO.- Por providencia de 4 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 la representación procesal del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, solicitando la desestimación del recurso de casación planteado, con imposición de costas al recurrente, por las razones expuestas en su escrito de 28 de octubre de 2020.

SÉPTIMO.- 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 16 de marzo de 2021, fecha en que tuvo lugar tal acto, y el 22 de marzo siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- LA CUESTIÓN LITIGIOSA EN LA INSTANCIA.

1. Por resolución de 19 de mayo de 2017 el Ayuntamiento de Vitoria convocó un concurso para la adjudicación del contrato administrativo de recogida selectiva de papel, concurso que estaba sujeto a la legislación europea armonizada de contratos. Concurrieron la ahora recurrente ESCOR, SL y SAICA SL, que resultó adjudicataria.

2. Disconforme con tal adjudicación, ESCOR, SL promovió ante el OARC recurso especial del artículo 40 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 2011).

3. En su recurso impugnaba el acto de adjudicación por una serie de razones que ahora no son del caso y, además e indirectamente, impugnaba la cláusula 5.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) que había consentido. En concreto alegaba que el punto 5.1.1 (Memoria técnica servicios de recogida) y el 5.1.2 (Memoria de trazabilidad), preveían que debían proponer los licitadores y que información debían facilitar, pero omitía las reglas de valoración de las ofertas.

4. Según ESCOR, SL tal omisión otorgaba a la Administración una libertad total de valoración, infringiendo el principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución) en relación con el artículo 150. 4 y 5 de la LCSP 2011 y los artículos 18 y 67.4 de la Directiva 2004/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, Directiva 2004/24). Entendía que por ello el PCAP era nulo de pleno Derecho conforme al artículo 32.a) de la LCSP 2011 en relación con el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015).

5. Se planteó de esta manera la impugnabilidad indirecta del PCAP; si la eventual causa de ilegalidad invocada debe tener relevancia constitucional y si lo tiene la infracción de los principios de igualdad de oportunidades entre licitadores, transparencia y objetividad que rigen la contratación pública. Y, en fin, ya en el caso de autos, si esa eventual irregularidad tiene relevancia constitucional y es apreciable como causa de nulidad radical o bien de anulabilidad.

SEGUNDO.- PLANTEAMIENTO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.



1. La Sala de instancia parte de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06 (en adelante, sentencia Alexandroupolis). Según esa sentencia los principios de igualdad, no discriminación y transparencia en la contratación pública exigen que los pliegos fijen los requisitos de valoración de las ofertas para evitar la invalidez de la licitación, si bien es cuestión ya de Derecho interno determinar el grado de invalidez de la infracción y los medios de impugnación de los pliegos.
2. Señala la sentencia impugnada que, en lo procedimental, la demanda invoca la acción de nulidad ex artículo 39 de la LCSP 2011 como fundamento legal de lo que llama "impugnación indirecta", lo que rechaza: una cosa son los presupuestos y procedimiento de dicha acción de nulidad y otra el recurso especial del artículo 40 y siguientes, sin que sea posible acumular en un recurso especial la impugnación directa del acto del adjudicación y la acción de nulidad contra los pliegos; esto no impide instar la revisión de oficio conforme a las reglas generales del artículo 106.1 de la Ley 39/2015.
3. Añade que unos pliegos consentidos devienen inatacables mediante el recurso especial, según se deduce de la sentencia de la Sala Quinta del TJUE de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 (en adelante, sentencia eVigilo), de forma que rigen unos plazos preclusivos de impugnación por razones de seguridad jurídica y para evitar que se dilaten los procedimientos de adjudicación. Ahora bien -añade, tal sentencia introdujo un matiz: los plazos de impugnación se iniciarán cuando el demandante tenga conocimiento de la infracción o debiera haberlo tenido y si la irregularidad se manifiesta al adjudicar.
4. También añade que cabe recurso indirecto si se vulneran derechos fundamentales, ahora el artículo 14 de la Constitución, en cuyo caso la impugnación indirecta no depende sólo de esos posibles vicios de nulidad radical sino que habrá que apreciar si hay efecto discriminatorio.
5. A partir de tal premisa, admite que en el PCAP se omitían criterios de valoración de las ofertas, con vulneración del principio de igualdad en la licitación y transparencia (artículos 18.1 y 67.4 de la Directiva 2014/24 y artículos 150.2 y 4 de la LCSP 2011), pero sin llegar a integrar la causa de nulidad del artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015: no toda desigualdad es discriminatoria, sólo lo es si concurre alguna de las relacionadas en el artículo 14 de la Constitución.
6. Admite así que esa indeterminación implica un riesgo de valoración arbitraria, proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución, vulnera los principios de publicidad y transparencia pero no incide en las causas de discriminación del artículo 14 de la Constitución. Para llegar a esta conclusión se adentra en las circunstancias del caso: la recurrente ya fue adjudicataria del anterior servicio regido por un PCAP similar y obtuvo mejores puntuaciones en la oferta sujeta a juicios de valor que la adjudicataria, a lo que se añade que no se interesó la aclaración del PCAP y que ambos licitadores las han interpretado igual, sin incurrir en apreciaciones dispares.
7. En conclusión, no cabe impugnación indirecta con base en un motivo que sería de anulabilidad y no de nulidad de pleno Derecho por infracción de un derecho fundamental.

TERCERO.- PLANTEAMIENTO DE LAS PARTES.

1. ESCOR, SL sostiene la impugnabilidad indirecta de los PCAP e interesa que se case y anule la sentencia impugnada con base en estos razonamientos expuestos en síntesis:

1º La sentencia infringe los artículos 18.1 y 67.4 de la Directiva 2014/24 de los que se deducen dos mandatos: que los poderes adjudicadores deben tratar a los licitantes en plano de igualdad y que los criterios de adjudicación no pueden atribuir una libertad ilimitada de decisión al poder adjudicador.

2º Se infringe la sentencia del TJUE, Tribunal General (Sala Primera), de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, que declara que unos pliegos carentes de criterios de valoración de las ofertas o con criterios oscuros y ambiguos, infringen el principio de igualdad de trato, luego tal infracción no supone un mero "riesgo" de arbitrariedad como erróneamente dice la sentencia impugnada.

3º Se infringen además la sentencia del TJUE, Sala Sexta, de 4 de diciembre de 2003, C-448/01 (en adelante, sentencia Wienstrom) y la ya citada sentencia Alexandroupolis, que declaran que es contrario al principio de igualdad que se apruebe un pliego que implique una libertad de decisión incontrolada por carecer de criterios de valoración y añade que la sentencia Alexandroupolis no cuestiona la impugnación de adjudicación por razón de los vicios de los pliegos.

4º En el caso de autos los PCAP son nulos de pleno Derecho porque el principio de igualdad debe observarse durante todo el procedimiento de contratación y no es una irregularidad convalidable tal y como declara la sentencia Wienstrom, razón por la que cabe la impugnación indirecta, lo que se confirma con el artículo 50.1 *in fine* de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP 2017).



5º La sentencia impugnada es incoherente pues admite que hubo infracción pero concluye que no se infringe el artículo 14 de la Constitución al no incurrirse en ninguna de las razones de discriminación que prevé. Por tanto, para declarar la nulidad de los pliegos exige que carezcan de criterios de valoración y se infrinjan derechos fundamentales, cuando la jurisprudencia del TJUE sólo exige que el Pliego carezca en todo o en parte de criterios de valoración de las ofertas.

2. El Ayuntamiento de Vitoria, como parte recurrida, se opone al recurso de ESCOR, SL con estos razonamientos expuestos en síntesis:

1º La sentencia no dice que los PCAP careciesen de criterios preestablecidos de valoración, dice que no hubo efecto discriminatorio alguno y alega que ESCOR, SL sólo reaccionó cuando no fue adjudicataria.

2º En cuanto a la impugnación indirecta de los PCAP recuerda que la sentencia impugnada declara que la impugnación conforme al artículo 39 de la LCSP 2011 está reservada a los supuestos del artículo 37.1 de dicha ley, pero no para las causas de nulidad del artículo 32.a), luego de haber una causa de nulidad debe hacerse valer a través de los recursos o procedimientos legalmente previstos y dentro de los plazos preclusivos previstos.

3º Insiste en la doctrina de los tribunales y órganos administrativos de recursos contractuales que cita así como de los Tribunales Superiores de Justicia que también cita y destaca que la sentencia eVigilo declara el carácter vinculante de los pliegos una vez firmes y no recurridos, salvo que incurran en nulidad de pleno Derecho, esto es, por los motivos del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, lo que no es el caso, luego no cabe utilizar el recurso especial contra cualquier acuerdo adoptado en el procedimiento de adjudicación para reprochar vicios del pliego.

4º En este caso no cabe esa impugnación indirecta pues ESCOR, SL sólo dice que los criterios impugnados son nulos pero no lo demuestra, como tampoco que le hayan deparado un trato desigual o discriminatorio.

CUARTO.- JUICIO DE LA SALA.

1. La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la que consta en el Antecedente de Hecho Tercero de esta sentencia y puede ahora concretarse aún más en estos términos: si consentidos los PCAP, cabe atacarlos indirectamente al impugnarse el acto de adjudicación; o bien sólo será eso posible si incurren en un motivo de nulidad de pleno Derecho por infringir los principios de igualdad, publicidad y transparencia, pero no cuando la infracción sea de mera anulabilidad.

2. Antes de efectuar ese juicio casacional debemos delimitar su alcance y precisar lo siguiente:

1º Que la sentencia impugnada aborda en primer lugar una cuestión estrictamente procedimental que para esta casación es secundaria: rechaza que la LCSP 2011 permitiese acumular en un recurso especial contra el acto de adjudicación la cuestión de nulidad que regulaba el artículo 39, y lo rechaza porque tal cuestión regía para los supuestos especiales de nulidad del artículo 37.1.

2º Eso es secundario y, en todo caso, carente de interés casacional no tanto porque la figura de la llamada cuestión de nulidad haya desaparecido en la LCSP 2017, sino porque lo que la sentencia impugnada resuelve al respecto no es en puridad su *ratio decidendi*, que es otra.

3º En efecto, lo que la sentencia aborda es la impugnación indirecta de los pliegos consentidos y resuelve que sí cabe tal impugnación conforme a la sentencia eVigilo, y añade que al enjuiciarse el acto de adjudicación debe advertirse si los pliegos incurren en alguna causa de nulidad de pleno Derecho.

4º Así, tras admitir tal impugnabilidad, lo que es ya realmente esa *ratio decidendi* se ventila en las circunstancias del caso concreto: advierte que, en efecto, el PCAP era defectuoso en cuanto a la fijación de criterios de valoración de las ofertas, que ello implicaba la infracción de los principios deducibles del artículo 18 de la Directiva 2014/24, pero que en este caso no se había incurrido en un trato discriminatorio con relevancia constitucional.

5º Por tanto, lo relevante para esta casación se ventila en dos planos: la posibilidad de impugnar los pliegos al atacarse directamente un acto de aplicación y por qué causas o motivos.

3. Delimitado así lo relevante para esta casación cabe decir lo siguiente respecto de la posibilidad de impugnación indirecta:

1º Es jurisprudencia constante de esta Sala que los pliegos son la ley del contrato y una vez aceptados, al no impugnarse en plazo, no pueden ser impugnados extemporáneamente: se tienen por firmes y consentidos, sin perjuicio de acudir al procedimiento de revisión de oficio, todo ello conforme al artículo 34 de la LCSP 2011,



hoy artículo 41 de la LCSP 2017 (cfr. la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 4 noviembre 1997, apelación 1298/1992).

2º Tal regla general se basa en obvias razones de seguridad jurídica, por lo demás comunes a la preclusión de todo plazo impugnatorio, tanto si se trata de recursos administrativos ordinarios o el especial como el jurisdiccional; además en el ámbito contractual hay que añadir las razones de buena fe que presiden la vida del contrato: no la habrá si se aceptan y no se impugnan los pliegos, y se reacciona sólo cuando su aplicación resulta adversa.

3º En consecuencia, de no impugnarse los pliegos quedan convalidados, salvo que se inste su declaración de nulidad de pleno Derecho por el cauce ordinario de la revisión de actos firmes; y aun así la jurisprudencia siempre ha declarado que esa posibilidad debe administrarse con prudencia, debe ser una posibilidad apreciada excepcional y restrictivamente (cfr. sentencia 1615/2018, de 14 de noviembre, de esta Sección, recurso de casación 4753/2017).

4º A esta jurisprudencia se añade la ya citada sentencia eVigilo, que matiza la regla general de inatacabilidad de los pliegos consentidos. Así en lo procedimental el plazo preclusivo para impugnarlos se inicia cuando el licitador "tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción", y en lo sustantivo esa infracción se concreta en qué pliegos le sean "incomprensibles o [carezcan] de claridad". En otras palabras, es posible la impugnación indirecta cuando un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión". Obviamente tales circunstancias deben estar probadas.

4. Aparte de las causas de impugnación indirecta deducibles de tal sentencia eVigilo, a estos efectos se plantea cuál es el alcance de las irregularidades que afectan a los principios de la contratación pública del artículo 18 de la Directiva 2014/24, si la causa de la ilicitud de los pliegos -la ausencia de criterios de valoración de las ofertas- debe integrarse en los motivos de nulidad del artículo 47.1 o si cabe su extensión a cualquier otra infracción conforme al artículo 48 de la Ley 39/2015. Esta Sala entiende que debe integrarse con los motivos de nulidad de pleno Derecho por las siguientes razones:

1º Se trata de compaginar una excepción a la regla general de que los pliegos firmes y consentidos son inatacables por las razones expuestas en el anterior punto 3 de este Fundamento de Derecho. Por tanto, tal posibilidad de impugnación indirecta debe apreciarse restrictiva y excepcionalmente.

2º Ese criterio restrictivo no es novedoso y no deja de ser ilustrativo -como referencia-, la jurisprudencia de esta Sala para los casos en los que las bases de las convocatorias en el ámbito del Empleo Público devienen firmes y vinculantes: el dogma de su inatacabilidad se ha exceptuado sólo si incurren en una causa de nulidad de pleno Derecho por infracción de un derecho fundamental (cfr. la sentencia 1040/2019, de 10 de julio, de esta Sala y Sección, recurso de casación 5010/2017).

3º Esa referencia a los casos de nulidad de pleno Derecho se confirma con el criterio que inspira el artículo 50.1.b) párrafo cuarto de la LCSP 2017 que prevé lo siguiente: " *Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho*".

5. Por razón de lo expuesto y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, a la cuestión que presenta interés casacional objetivo se responde que 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 incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva.

QUINTO.- DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

1. Aplicado lo expuesto al caso de autos lleva a desestimar el recurso. La sentencia impugnada coincide con lo declarado en esta sentencia: sostiene la impugnabilidad indirecta de los pliegos y que sea una causa de nulidad de pleno Derecho la que abra esa posibilidad impugnatoria, en este caso por infracción del principio de igualdad de trato del artículo 18 de la Directiva 2014/24 en relación con el artículo 14 de la Constitución y el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015.

2. Pese a tal declaración la sentencia desestima la demanda, pero no por ello es incoherente. Enjuicia el PCAP indirectamente desde la infracción del principio contractual de igualdad respecto de una causa de nulidad de pleno Derecho y admite que la cláusula 5.1 omite criterios de valoración; ahora bien, concluye que tal infracción



no tiene la intensidad capaz de infringir el artículo 14 de la Constitución, que es la causa de nulidad en la que ESCOR, SL fundamentó su pretensión anulatoria.

3. La razón de esa -sólo- aparente incoherencia radica en que la sentencia atiende a las circunstancias de hecho del caso y las valora, lo que escapa a esta revisión casacional. Tales circunstancias son las que expuso ya el OARC y acepta la Sala de instancia y que alejan la idea de que para ESCOR, SL los puntos 5.1.1 y 2 del pliego le resultasen de difícil comprensión, aparte de que no suponían tanto un problema -subjetivo- de falta de comprensión como de objetiva ausencia de criterios de valoración, lo que le lleva a plantearse que se esté ante una irregularidad que implicaba el "riesgo" de arbitrariedad, pero no un trato discriminatorio.

4. Pues bien, frente a la literalidad de los términos que emplea la sentencia impugnada, en algún caso oscuros, se deduce que para la Sala de instancia ESCOR, SL no resultó discriminada respecto de SAICA, SL, que es, obviamente, su único término de comparación. Así y desde un juicio centrado en la capacidad de comprensión del pliego, tanto el OARC como la sentencia advierten lo siguiente:

1º Que ESCOR, SL no interesó la aclaración del pliego y que ambos licitadores basaron sus ofertas en una interpretación semejante del pliego, de lo que deduce que era comprensible para un licitador diligente y experimentado.

2º Que respecto de los puntos 5.1.1 y 2 del pliego integrantes del sobre C y que son los controvertidos, se da la circunstancia de que resultó más valorada la oferta de ESCOR, SL (20,25 puntos frente a los 17.5 de la adjudicataria), luego no fue perjudicada y si no resultó adjudicataria fue por otros aspectos.

3º En fin, que en un concurso anterior regido con un pliego semejante, ESCOR, SL resultó adjudicataria.

SEXTO.- Por razón de todo lo expuesto se desestima el recurso y se confirma la sentencia. Y en cuanto a las costas, 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.

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 **CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L.** contra la sentencia 137/2019, de 15 de mayo, dictada por la Sección Primera de la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso contencioso-administrativo 106/2018, sentencia que 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.