

Recurso 558/2023
Resolución 632/2023
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 7 de diciembre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VENTURA MAQUINARIA DE HOSTELERIA, S.L.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 2 de noviembre de 2023, por el que se excluye su oferta con relación al contrato denominado «Suministro de material específico para CC.FF. de la familia de hostelería y turismo en centros docentes públicos no universitarios dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, con origen de financiación en fondos europeos» (Expte. CONTR 2023 0000205021), lotes 5 y 6, convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación (en adelante APAE), entidad adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de mayo de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministros indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 701.861,88 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

La mesa de contratación en sesión celebrada el pasado 2 de noviembre de 2023, acordó la exclusión de la oferta de la entidad recurrente, respecto de los lotes 5 y 6. El citado acuerdo de la mesa de contratación le fue remitido y notificado a la recurrente el mismo 2 de noviembre de 2023.

SEGUNDO. El 22 de noviembre de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad VENTURA MAQUINARIA DE HOSTELERIA, S.L. (en adelante la recurrente) contra el citado acuerdo de exclusión de su oferta del procedimiento de licitación indicado en el encabezamiento de esta resolución.

La Secretaría del Tribunal requirió al órgano de contratación la documentación necesaria para la resolución del recurso, la misma tuvo entrada en el Tribunal el 28 de noviembre de 2023.

El mismo día 28 de noviembre de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras que habían presentado oferta, para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerase oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido para ello.

Por último, mediante Resolución MC. 145/2023, de 1 de diciembre, este Tribunal acuerda la suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto de los lotes 5 y 6 de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de un licitador en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 apartado c) de la LCSP.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el anexo 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que *“se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos”*.



SEXTO. Actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación.

Procede reproducir aquellas actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación necesarias para centrar el objeto del debate. En primer lugar, se ha de manifestar que la oferta de la recurrente fue propuesta como adjudicataria a los mencionados lotes 5 y 6, según consta en el acta de la sesión celebrada el 3 de julio de 2023.

Con esa misma fecha se procede a solicitar a la mencionada entidad la documentación previa a la adjudicación.

En lo que aquí interesa, con relación a los suministros se le requiere lo siguiente: «o) *Documentación para la verificación del cumplimiento por los bienes ofertados de las especificaciones técnicas establecidas en el pliego de prescripciones técnicas: VER ANEXO I apartado 6*». Por otro lado, se le solicita lo siguiente, «h. *Impuesto sobre Actividades Económicas*.

Si la persona licitadora se hubiera dado de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas en el ejercicio corriente, deberá presentar justificante de estar dada de alta en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato, del citado impuesto. En caso de que se hubiera dado de alta en otro ejercicio, deberá presentar el justificante de pago del último recibo.

En ambos supuestos, se acompañará una declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado impuesto.

En caso de estar exenta de este impuesto presentarán declaración justificativa al respecto».

Tras la recepción de la documentación presentada por el licitador se emite un informe técnico, de 12 de septiembre de 2023, en el que se detectan diversos defectos en la documentación presentada por la recurrente previa a la adjudicación por lo que se le solicita que subsane la misma.

En el requerimiento, se solicita en lo que aquí interesa lo siguiente: en lo relativo al cumplimiento del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT), la subsanación de determinados aspectos de diversos artículos que componen el suministro de los lotes 5 y 6. En este sentido, atendiendo a las fichas técnicas presentadas por la recurrente se le solicita que corrobore que cumple con las especificaciones exigidas.

Respecto al impuesto sobre actividades económicas, se indica lo siguiente: «*Si la persona licitadora se hubiera dado de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas en el ejercicio corriente, deberá presentar justificante de estar dada de alta en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato, del citado impuesto. En caso de que se hubiera dado de alta en otro ejercicio, deberá presentar el justificante de pago del último recibo.*

En ambos supuestos, se acompañará una declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado impuesto.

En caso de estar exenta de este impuesto presentarán declaración justificativa al respecto».

Tras la recepción de la documentación, se emite nuevo informe técnico el 20 de octubre de 2023, en el que se concluye que existen diversos incumplimientos en la oferta de la recurrente. El día 30 de octubre de 2023, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación, en la que a la vista del citado informe y tras su análisis acuerda que la recurrente no subsana en el sentido requerido. El acuerdo de exclusión fue notificado a la recurrente el 30 de octubre de 2023.

Al día siguiente, la recurrente remite un correo electrónico al órgano de contratación en el que manifiesta su oposición al acuerdo de exclusión por diversos errores que dice haber detectado en el análisis de la documentación que había presentado en sede de subsanación.



Según consta en el expediente administrativo se emite nuevo informe técnico, el 2 de noviembre de 2023. Ese mismo día se reúne la mesa de contratación en la que se modifican las causas de exclusión. Asimismo, con esa misma fecha se notifica el acuerdo, con la siguiente motivación:

«CUMPLIMIENTO PPT:

1..1 LOTE 5

Los requerimientos respecto de las prescripciones técnicas de los artículos incluidos en este lote no han sido subsanados en su totalidad, tal y como se recoge a continuación:

1.2 LOTE 6

Los requerimientos respecto de las prescripciones técnicas de los artículos incluidos en este lote no han sido subsanados en su totalidad, tal y como se recoge a continuación:

| Lot e | Cód. artículo | Artículo | Elemento a subsanar/corroborar en la ficha técnica |
|-------|---------------|----------------------------|--|
| 5 | 0037/0 | ESTANTERÍA METÁLICA | Aunque el licitador ha indicado en la ficha técnica que los estantes se fijarán con tornillos, que las patas son regulables y que el entrepaño inferior y superior dispondrán de 4 escuadras o cartelas, nada de eso se refleja en el modelo ofertado. Así, en la ficha técnica del producto se puede ver claramente que el montaje se realiza sin ningún tipo de tornillos, que no dispone de las cartelas indicadas y que las patas no son regulables. |
| 5 | 2772/1 | ARMARIO REFRIGERADOR VINOS | La ficha técnica no cumple con los siguientes requerimientos del PPT: - Medidas aprox. 876 x 654 x 689 (el armario tiene una altura de 1.840 mm, prácticamente el doble de la requerida). |
| 6 | 0028/2 | CONGELADOR VERTICAL | El equipo no cumple el requisito Volumen útil: 500 litros ($\pm 10\%$). Así, en la ficha técnica entregada se indica que el volumen neto es de 864 l, superior al requerido. |

IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS: No aporta declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del Impuesto sobre Actividades Económicas».

Pues bien, es este acuerdo de exclusión el que combate la recurrente.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Como hemos indicado la recurrente cuestiona las distintas causas de exclusión.

a) En lo relativo al artículo 0037/0, estantería metálica, en el lote 5, manifiesta lo siguiente: «Al respecto, la estantería metálica (valor aproximado: 80 euros) según la ficha técnica (se adjunta como Anexo VII) que nosotros aportamos indica que: “El entrepaño superior y el inferior dispondrán, cada uno, de cuatro escuadras o cartelas para atornillarlos a los postes y asegurar la estabilidad y robustez del conjunto. Los estantes son regulables en altura y se fijarán con tornillos (para conseguir una estabilidad mayor)”. Nuestra empresa se comprometió a incluir tornillería para una mayor estabilidad, por lo que, cumple con lo señalado en lo dispuesto en el PPT».



Además, manifiesta que el pliego no señala nada acerca de que las «patas deban ser regulables» tal y como justifica la mesa de contratación como causa de exclusión. Argumenta que no se pueden añadir requisitos *ex novo* no recogidos en el pliego.

b) Con relación al lote 5, artículo 2772/1 armario de vinos, manifiesta que: «*El armario refrigerador de vinos que se detalla en el pliego se ha dejado de fabricar según nos indican de fábrica, adjuntamos copia del email con el comercial (se adjunta como Anexo VIII). El equipo que hemos ofertado mejora, en todo caso, las características que se detallan en el pliego*». Sobre esta cuestión viene a argumentar que las características técnicas exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se establecen como mínimas y que el producto que oferta como se ha indicado las mejora.

c) Finalmente, respecto del lote 6, producto 0028/2 congelador vertical, viene a reiterar la misma argumentación. Que se requiere un congelador con un volumen útil mínimo de 500 litros y que oferta uno de 864 litros que mejora las características mínimas exigidas y que el producto que cumple con las condiciones solicitadas en el pliego no estaba disponible en el momento de la licitación.

Entiende la recurrente que si no se podían mejorar las condiciones mínimas establecidas en el PPT que se debió de indicar. Asimismo, considera que se le debió solicitar aclaraciones a su oferta antes de proceder a excluirla de la licitación. Añade diversos pronunciamientos de los órganos administrativos de resolución de recursos contractuales que ampararían el uso de dicha opción.

d) Con relación a la causa de exclusión por no haber presentado la declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del impuesto sobre actividades económicas, argumenta que presentó el certificado de exención del impuesto de actividades económicas debido a su volumen de facturación.

Además de lo anterior, considera que la exclusión de su oferta ha supuesto una actuación desproporcionada por parte del órgano de contratación. Sobre esta cuestión argumenta: «*nos han excluido del contrato por consideraciones de tres productos, de un total de cincuenta y cinco artículos, que suponen, en valor, el 0.007% del total de los equipos (2.000€ aproximadamente) sobre los 279.000 euros ofertados por nuestra empresa para los lotes 5 y 6 (315.602 euros presupuesto base de licitación del PCAP para lotes 5 y 6)*». Sobre esta cuestión invoca la Resolución 1513/2021, de 4 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) que a su vez alude a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021 (Rec. 5570/2019), para argumentar que sí es posible que los licitadores presenten mejoras a partir de las exigencias indisponibles que establezca el PPT y que «*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*».

Alude asimismo a la doctrina del TACRC, para argumentar que no cualquier incumplimiento debe ser merecedor de la exclusión y que los pliegos deben interpretarse de forma que sus exigencias no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa. La recurrente sobre esta cuestión argumenta que: «*nuestra empresa, en todo caso se separa tan solo de lo señalado concretamente en el PPT en tres de ellas, que quedan justificadas en nuestra subsanación y que son irrelevantes en comparativa con el sumatorio de productos de los lotes ofertados (lotes 5 y 6)*».

Finalmente, alude al perjuicio al interés público que ha supuesto la declaración de desierto del lote 6. En este sentido argumenta: «*La exclusión de nuestra empresa provocaría un perjuicio al interés público, toda vez que, siendo la mejor oferta, se privaría al interés público de contar con los mejores suministros para material específico para CC.FF de la familia de hostelería y turismo en centros docentes públicos no universitarios dependientes de la*



consejería de desarrollo educativo y formación profesional, además de adjudicarlo a un mayor coste a otra empresa.

En el caso del lote 6, además, la declaración de desierto determinaría la vuelta a producir y convocar una licitación nueva en idénticos términos, con el desgaste de medios y coste que supone para la administración. Además, provocaría un perjuicio grave a los Centros Educativos que comenzarían el segundo trimestre sin material para ofrecer sus Formación Profesional».

Motivos por los que solicita que se anule el acuerdo de exclusión de su oferta respecto de los lotes 5 y 6 y se proceda a la adjudicación a su favor. De forma subsidiaria, solicita que se retrotraigan las actuaciones al momento del análisis por parte de la mesa de contratación de la documentación presentada en sede de subsanación de forma que se admita la misma por entenderse cumplidas las prescripciones técnicas.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En el informe al recurso, el órgano de contratación se opone al recurso interpuesto manifestando lo siguiente:

a) Con relación al incumplimiento del artículo 0037/0 estantería metálica, respecto del lote 5, argumenta lo siguiente:

«En lo referente a este artículo, la recurrente expone que, en cuanto a uno de los incumplimientos consistente en que las «patas deban ser regulables», ésta se trata de una condición ex novo y que, por ende, no puede ser motivo de exclusión. Conviene el órgano de contratación con la empresa recurrente en que ésta no es una característica exigida en el pliego de prescripciones técnicas, sino que se trata de un simple error material en la redacción de los motivos de exclusión y que si hubiera sido éste el único, dicha exclusión no habría estado justificada.

(...)

Hace referencia la recurrente a dos motivos de exclusión correspondientes a dos requisitos del pliego de prescripciones técnicas establecidos por el órgano proponente con el fin de que la estantería tuviera la rigidez, robustez, durabilidad y seguridad material y para las personas suficiente y que determinan un tipo de estanterías del mercado. En este sentido, se requiere por un lado que la estantería disponga de estantes que sean regulables en altura y que se fijen a la estantería mediante tornillos. Por otro lado, se requiere que el entrepaño superior y el inferior dispongan de cuatro escuadras o cartelas para atornillarlos a los postes y asegurar la estabilidad y robustez del conjunto.

La Comisión Técnica debía verificar y verificó si la estantería propuesta por la ahora recurrente respondía a las características exigidas, para lo que recurrió a los medios previstos en el pliego y analizó, entre otras, la ficha completa del modelo y marca propuesto por el licitador, Seven House, de la que se extraen algunas imágenes, así como otras del manual de instrucciones de montaje que fue igualmente aportado, por resultar éstas absolutamente

ilustrativas del incumplimiento del producto ofertado:

(Se reproducen en el informe al recurso parcialmente las imágenes, contenidas en la oferta de la recurrente).

*Así, el hecho de que la estantería no respondiera a las características exigidas en el PPT originó que la Mesa de Contratación requiriese de la correspondiente subsanación al licitador, ahora recurrente, sustanciándola en las motivaciones que se le trasladan en la notificación de fecha de 19 de septiembre de 2023. Como respuesta, la recurrente presentó su documentación de subsanación ofertando de nuevo exactamente el mismo producto (marca y modelo), así como con la misma ficha técnica entregada inicialmente y cuyo incumplimiento ocasionó el requerimiento de subsanación, con la única salvedad de que en su parte inferior introdujeron la siguiente leyenda sin más explicación: “*los estantes son regulables en altura y se fijarán con tornillos (para conseguir una estabilidad*



mayor)*El entrepaño superior y el inferior dispondrán cada uno, de cuatro escuadras para atornillarlos a los postes y asegurar la estabilidad y robustez del conjunto”.

En este sentido, la nueva propuesta con el mismo producto y una leyenda a modo de “declaración de intenciones”, es irrazonable per se, puesto que para que el modelo propuesto tuviese estantes regulables en altura fijados mediante tornillos la empresa tendría que taladrar manualmente todos los perfiles que constituyen la estructura vertical a distintas alturas, habida cuenta de que los perfiles que forman esa estructura vertical no vienen preparados por el fabricante para la fijación de tornillos. Esto implica una obvia disminución de la robustez y de la rigidez del conjunto, afectando en consecuencia a la seguridad material y para las personas. La otra alternativa, que es la que ya definitivamente se identifica por lo expuesto por la empresa en su recurso, “...Nuestra empresa se comprometió a incluir tornillería para una mayor estabilidad, por lo que, cumple con lo señalado en lo dispuesto en el PPT...», resulta aún más descabellada, pues consiste en la simple entrega de la tornillería y las cartelas en el centro educativo para que fuera personal de éste el que quizás taladrase los perfiles, no sólo afectando igualmente a la rigidez y robustez del conjunto con el consiguiente riesgo para la seguridad material y de las personas, sino que de facto entregaría un bien inacabado, eventual motivo adicional de incumplimiento. En consecuencia, queda acreditado sobradamente el incumplimiento de las prescripciones técnicas del producto ofertado, ya que por más tornillos que se le incluyeran o taladros que se le realizaran, dicho bien ni está constituido por cuatro postes ni estos están ranurados.

Por otro lado, independientemente de la inviabilidad de la disparatada solución de la propuesta ante el requerimiento de subsanación, no es cuestión baladí la pretensión de la recurrente de que la Mesa de Contratación valorara y admitiera una oferta técnica de forma no completa, siendo preceptiva para ésta hacerlo conforme a los documentos que se requieren en el PPT, la ficha o documento oficial del fabricante del producto (además de la ficha realizada y firmada por el licitador), a efectos de poder comprobar la admisión de una oferta que cumple con los requisitos mínimos del PPT».

b) En lo relativo al producto 2772/1, armario refrigerador de vinos, del lote 5, argumenta lo siguiente: «Conviene aclarar a la recurrente en primer lugar el concepto “mejora” al que hace referencia en cuanto a las características del armario refrigerador que propone, pues éste se trata de un concepto que únicamente tiene cabida en una licitación pública conforme a lo establecido en el artículo 145.7 de la LCSP» de lo que concluye que en tanto la mejora no está prevista en el PCAP la misma no cabría.

En lo relativo a las especificaciones técnicas mínimas establecidas en el PPT argumenta que: «las prescripciones de los bienes objeto de la licitación están establecidas siempre con una misma estructura, conforme a la cual se establece por cada bien una lista de requisitos que deben cumplirse, refiriéndose algunos a un valor determinado y otros a un rango de valores posibles. Considérese que cualquier elemento tiene o puede tener más características además de las requeridas, pero no cabe cambios o modulación en los elementos o valores que se requieren por parte de la empresa recurrente, simplemente con el objetivo de encajar los requerimientos de su propuesta, que lógicamente responde a que es la más ventajosa o de mayor valor competitivo para ésta. De hecho, cuando el órgano de contratación estima necesario modular dichos elementos o valores lo refleja en las prescripciones técnicas de manera explícita y acota, cuando es necesario, como puede comprobarse en las especificaciones técnicas que se recogen en el PPT».

En este sentido manifiesta que la especificación técnica incumplida es la referida al tamaño sobre el que el PPT exige: «Medidas aprox. 876 x 654 x 689» dado que la recurrente oferta un armario con una altura de 1.840 mm, prácticamente, según indica el órgano de contratación, el doble del tamaño exigido. Sobre esta cuestión manifiesta que teniendo en cuenta el significado de la palabra aproximado, resulta patente el incumplimiento del suministro ofertado por la recurrente.



Sobre esta cuestión argumenta: *«cualquier relajación de la exigencia de este requisito por el Órgano de Contratación en favor de la entidad ahora recurrente supondría una flagrante vulneración del principio de igualdad de trato frente a otras entidades potencialmente licitadoras, que pudieron no haber formulado oferta al entender que los productos para los que tenían unas condiciones más competitivas no cumplían con los requisitos exigidos. Así, si la ahora recurrente, a la vista de que el producto que tenía intención de ofertar y para el que presumiblemente disfruta de mejores condiciones de competitividad frente a terceros no cumplía, además por tan amplio margen en alguna de sus características, pudo haber impugnado los mismos, si así lo consideraba necesario o conveniente, o bien, al menos haber hecho uso de la posibilidad contemplada en el anuncio de licitación de realizar cuantas consultas estimase conveniente. En este sentido, una aclaración sobre el requisito en el momento procedimental oportuno hubiese servido para informar a todos los posibles licitadores que hubiesen querido presentar una proposición económico-técnica al lote de referencia; sin embargo, nada de eso realizó, sino que por contra formuló oferta aquietándose a los pliegos».*

c) En lo relativo al artículo 0028/2, congelador vertical, incluido en el lote 6, afirma que no cabe considerar el suministro ofertado por la recurrente como una mejora dado que las mismas no quedan establecidas en el PCAP. Sobre la cuestión relativa al carácter de mínimas de las especificaciones exigidas afirma que: *«cualquier elemento tiene o puede tener más características además de las requeridas, pero no caben cambios o modulación en los elementos o valores que se requieren por parte de la empresa recurrente, simplemente con el objetivo de encajar los requerimientos de su propuesta, que lógicamente responde a que es la más ventajosa o de mayor valor competitivo para ésta».* Afirma que en el PPT estaba explícitamente indicado el volumen útil admisible para el congelador que se encuentra dentro del rango de 450 y 550 litros, valores muy alejados del ofertado y reconocido en su recurso por esta empresa, 864 litros (0,864 m³), por lo que a su juicio queda acreditado de manera inequívoca e incontrovertible el incumplimiento.

El órgano de contratación concluye argumentando que la recurrente no impugnó los pliegos, ni realizó consultas al órgano de contratación por lo que ahora no puede cuestionar su contenido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP. Alude a la doctrina *lex contractus* que también se aplica al propio órgano de contratación en el sentido de que una vez definidas las condiciones de la licitación vinculan a todas las partes y al principio de igualdad de trato entre los licitadores que podría verse conculcado si se estimase las pretensiones de la recurrente. Asimismo, afirma que no caben aclaraciones en este supuesto dado que sería una subsanación de la subsanación supuesto no permitido.

En lo relativo a la desproporcionalidad alegada por la recurrente al ser los artículos cuyos incumplimientos motivan la exclusión de escasa cuantía, en comparación con la totalidad de los lotes, el órgano de contratación argumenta que los requisitos establecidos en el PPT deben ser cumplidos en su totalidad. Asimismo, afirma que la explicación de los incumplimientos no puede considerarse en ningún caso una valoración subjetiva que no se puede dar en el presente expediente, al no existir criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.

Con relación a la mencionada *«relativización de los incumplimientos de la oferta de la recurrente»* el órgano de contratación concluye: *«los mencionados incumplimientos de las prescripciones técnicas de los bienes ofertados implican por ejemplo la afcción de la seguridad material o de las personas, duplicar el tamaño o exceder ampliamente los requisitos de capacidad. En consecuencia, otorga la recurrente a todas luces un carácter meramente orientativo a un documento que está llamado a tener carácter contractual, junto con su proposición económica y técnica. Respecto de esta cuestión, es imprescindible mencionar que los lotes recurridos forman parte de un contrato de suministros con criterios de adjudicación exclusivamente evaluables mediante aplicación de fórmulas, por lo que no cabe interpretación y el papel del Órgano de Contratación queda autolimitado por los*



propios pliegos a la verificación del cumplimiento de las condiciones que estos establecen, entre las que están las características técnicas».

Por los anteriores motivos, como se ha indicado, solicita la desestimación del recurso.

OCTAVO. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes procede entrar ahora a analizar los distintos motivos por los que la oferta de la recurrente resultó excluida. En primer lugar, se debe señalar que la oferta de la recurrente es excluida tanto porque no presenta la documentación previa a la adjudicación requerida respecto del Impuesto de Actividades Económicas (IAE) cuestión que afecta a los lotes 5 y 6 y además por diversos incumplimientos de algunos de los artículos que se ofertan en cada uno de los lotes. En este sentido se va a comenzar a analizar los incumplimientos que afectan de forma específica a cada lote, teniendo en cuenta que en el supuesto de que fueran desestimados, la exclusión sería correcta por esos motivos, por lo que en nada afectaría la estimación del recurso respecto del otro incumplimiento, el relativo al IAE, en tanto que la oferta estaría ya, como decimos, correctamente excluida.

Sobre esta cuestión, procede señalar que el incumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos no admite graduación en cuanto al número de ellos; el hecho de que una empresa licitadora no observe una exigencia del pliego es, en principio, motivo suficiente para la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación, no siendo por tanto ni tan siquiera necesario que se produzcan dos, tres o más incumplimientos. En este sentido se ha expresado este Tribunal, entre otras muchas, en sus Resoluciones 200/2016, de 9 de septiembre, 36/2017, de 15 de febrero, 35/2018, de 8 de febrero, 23/2020, de 30 de enero, 424/2021, de 28 de octubre, 577/2021, de 23 de diciembre y 411/2022 de 4 de agosto.

Dicho lo anterior, procede ahora analizar las alegaciones de la recurrente respecto de su exclusión con relación a los lotes 5 y 6 por no cumplir alguno de los artículos ofertados las especificaciones técnicas requeridas. Por razones metodológicas se seguirá el orden seguido en las alegaciones de la recurrente y del órgano de contratación.

a) Con relación al incumplimiento del artículo 0037/0 estantería metálica, relativo al lote 5. Los motivos de exclusión son que las baldas de la estantería no se fijan con tornillos como se requiere el PPT, porque las baldas superior e inferior no tienen escuadras ni se fijan igualmente con tornillos y porque las patas no son regulables.

Con relación a esta última cuestión, si las patas son o no regulables, la recurrente argumenta que es una especificación no prevista por el PPT por lo que no se podría exigir. Por otra parte, el órgano de contratación reconoce que dicha cuestión es un error material, por lo que efectivamente no puede considerarse este un incumplimiento determinante de la exclusión, dando así razón a lo solicitado por la recurrente.

Con relación a los otros dos motivos de exclusión, efectivamente, la recurrente indicó en el procedimiento de licitación que aportaría los tornillos y las escuadras, pero este Tribunal ha podido comprobar, como indica el órgano de contratación, que en la documentación gráfica que incluye en su oferta respecto de la estantería se puede apreciar claramente que el sistema de montaje es sin tornillos, por lo que como razona el órgano de contratación en sus argumentos -que han sido anteriormente reproducidos- no resulta razonable entender que la mera aportación de los tornillos y las escuadras haga que la estantería cumpla las especificaciones requeridas cuando resulta claro que la misma no permite su uso en el montaje de las baldas que es lo que específicamente se exige, parece que la recurrente aporta los tornillos para su anclaje a la pared, pero no es esto lo que se exige en el PPT: «Los estantes deberán ser regulables en altura y se fijarán con tornillos», «El entrepaño superior y el inferior dispondrán, cada uno, de cuatro escuadras o cartelas para atornillarlos a los postes y asegurar la estabilidad y



robustez del conjunto». En este sentido, procede dar la razón al órgano de contratación en el sentido de que la estantería no cumple con lo requerido en el PPT.

b) En lo relativo al producto 2772/1, armario refrigerador de vinos, del lote 5, en el PPT se exige que tenga las siguientes medidas «*aprox. 876 x 654 x 689*». La recurrente argumenta que esas medidas se corresponden con un refrigerador que se ha dejado de fabricar y presenta uno que tiene una altura de 1.840 milímetros. En este caso afirma que como las especificaciones se establecen como mínimas, lo que la recurrente presenta en su oferta es una mejora. Sobre esta cuestión, este Tribunal considera acertado lo argumentado por el órgano de contratación. El PPT es claro al exigir unas medidas que se definen de forma aproximada, es decir, se permiten pequeñas variaciones, pero la recurrente presenta un armario que supera con mucho las medidas exigidas. Este Tribunal no considera correctas las alegaciones de la recurrente, en tanto que trata de reconducir que el aumento de las medidas supone una mejora de las especificaciones -dado que ello no tiene que ser así-, por ejemplo, el aumento de las medidas puede conllevar que el aparato no se pueda instalar en el lugar que el órgano de contratación tenga previsto para ello, por lo que en definitiva este Órgano no aprecia infracción en la actuación de la mesa de contratación en la apreciación del incumplimiento del PPT.

c) En lo relativo al artículo 0028/2, congelador vertical, incluido en el lote 6, en el PPT se establece como característica técnica mínima: «*Volumen útil: 500 litros (±10%)*», la recurrente presenta un suministro que tiene una capacidad de 864 litros, superior al margen contemplado en el pliego. La recurrente reitera los argumentos anteriores, entiende que las especificaciones son mínimas y que las características ofertadas suponen una mejora sobre lo exigido. Afirma, que las características exigidas solo eran cumplidas por un suministro y que en el momento de la licitación no se encontraba disponible.

En este caso, la recurrente parece de alguna forma cuestionar las especificaciones técnicas exigidas al argumentar que solo podían ser cumplidas por un suministro concreto. Sobre esta cuestión procede invocar la doctrina sobre la *lex contractus*, siendo la regla general que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de *“pacta sunt servanda”* y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estar ahora al contenido de los mismos, en este supuesto, al contenido de las especificaciones técnicas establecidas (v. gr. Resoluciones de este Tribunal 103/2017, de 19 de mayo y 121/2017, de 9 de junio, entre otras muchas, así como la Resolución 460/2017, de 26 de mayo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Procede recordar que el artículo 139.1 de la LCSP prevé que la presentación de la proposición supone la aceptación incondicionada de todas las cláusulas de los pliegos. Así pues, la recurrente, al presentar su oferta y no constar que impugnase el contenido del PCAP, aceptó esta exigencia de este que ahora impugna, siendo el pliego un acto firme y consentido y habiéndose limitado la mesa a exigir lo estipulado en su cláusula 10.7., habida cuenta que el citado pliego es *lex contractus* entre las partes.

Sentado lo anterior, procede también concluir en este supuesto que se ha producido un incumplimiento de las especificaciones técnicas establecidas en el PPT. A fin de clarificar la cuestión controvertida, debemos recordar nuestra doctrina sobre el incumplimiento del PPT como causa de exclusión, expuesta en varias Resoluciones, entre otras, en la Resolución 214/2020, de 18 de junio:

«Como señalamos en nuestra Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, “(...) hemos de distinguir entre aquellas características técnicas del objeto contractual que son requisitos mínimos necesarios para poder participar en la licitación (v.g. unas determinadas medidas, peso o altura del producto que se desea adquirir, cuyo incumplimiento determinarán que la oferta no sea apta para responder a las necesidades descritas por la Administración) y otro tipo de exigencias del PPT como la aquí analizada, referidas a obligaciones que



asume el adjudicatario, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio. (...) En tal sentido, también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado. Así, la Resolución 898/2015, de 5 de octubre, de dicho Tribunal, recogiendo la doctrina ya sentada por el mismo, viene a afirmar que en muchos casos el cumplimiento de las prescripciones técnicas debe verificarse en fase de ejecución del contrato, sin que pueda presuponerse ab initio (...). En este punto, sigue señalando la Resolución citada, una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato solo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución y otra bien distinta es que sean admisibles ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador”.

Asimismo, en la reciente Resolución 35/2020, de 6 de febrero, señalamos que << (...) El PPT no prevé en ninguno de sus apartados que dichas especificaciones, en cuanto a la cantidad de cada uno de los componentes, deban ser solo aproximadas, y tampoco admite margen o porcentaje concreto de variación (en más o en menos) para ninguno de los componentes.

(...) Ello revela que la oferta de la adjudicataria al lote 22 ha incumplido las especificaciones del PPT, pliego que no admite modulación o variación en su cumplimiento.

(...) Como ya tuvo ocasión de declarar este Tribunal en su Resolución 307/2018, de 2 de noviembre, ante un supuesto similar en el que se planteaba, en sede de valoración de las ofertas, la flexibilización de las características técnicas del PPT para los productos licitados, “(...) los términos del PPT no admiten modulación ni funcionalidad equivalente respecto de los distintos elementos que componen los lotes de la agrupación, por lo que una oferta que no se ajuste a sus requerimientos técnicos supondría una alternativa a las exigencias del pliego que no puede admitirse so pena de vulnerar el principio lex contractus -también predicable del PPT conforme a reiterada doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de recursos contractuales- el de igualdad de trato, en perjuicio de aquellas ofertas que sí pudieran adecuarse a tales exigencias y el de seguridad jurídica (...).

En el sentido expuesto, es también abundante y constante la doctrina de los Tribunales de justicia (v.g. Sentencia de Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de febrero de 2017 -Roj: SAN 655/2017-) y de otros Órganos de recursos contractuales (v.g. Resoluciones 149/2017, de 10 de mayo, y 228/2018, de 25 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Acuerdo 33/2017, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra y Resolución 8/2016, de 11 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León) relativa a que las prescripciones técnicas son requisitos que las ofertas de los licitadores deben cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, hallándose vinculados a las mismas tanto los licitadores como la propia Administración, quien no puede establecer unas condiciones para luego incumplirlas o relativizar su observancia”».

La recurrente argumenta que se le debió de solicitar aclaraciones sobre su oferta. Respecto de esta cuestión, si bien los defectos en la oferta no son óbice a que la mesa o el órgano de contratación puedan solicitar puntualmente aclaraciones suplementarias cuando consideren que existe en las mismas error material susceptible de rectificación, tal posibilidad excepcional no se planteará cuando, como en el caso examinado, los términos de la oferta no arrojen datos que permitan evidenciar la existencia de error material, aritmético o de transcripción susceptible de aclaración.

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que «*excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta.*».



Por tanto, el límite a la aclaración está en el respeto al contenido de la oferta inicial como garantía y salvaguarda del principio de igualdad de trato entre los licitadores, de modo que ese contenido originario no podrá nunca modificarse y/o ampliarse por vía de aclaración.

En el presente supuesto, cualquier posible aclaración supondría una modificación de la oferta, por lo que como indicamos, no cabe.

Por otro lado, respecto a la relativización de los incumplimientos alegados por la recurrente, procede manifestar que no cabe que el órgano de contratación se pueda apartar de las condiciones establecidas en los pliegos, por lo que no se aprecia infracción en esta actuación. Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *«Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)»*. Por lo que como indicamos tampoco cabe atender a esta alegación del recurso.

En definitiva, como anteriormente se indicó la desestimación de los motivos analizados determina que, la eventual estimación del último motivo con relación a la declaración sobre el IAE no otorgaría a la recurrente de manera inmediata ningún beneficio cierto en orden a una posterior adjudicación del contrato, pues se encuentra excluida por los motivos expuestos con anterioridad.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que la legitimación en el recurso especial exige un interés legítimo, sin que resulte suficiente el ejercicio de un mero interés en defensa de la legalidad. Prueba de ello es la redacción del vigente artículo 48 de la LCSP, precepto que si bien amplía la legitimación para el recurso especial respecto a la redacción anterior del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sigue refiriéndose a los derechos e intereses legítimos que se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. En este orden de cosas, la doctrina del Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos acogen la del Supremo. Así, nuestra Resolución 71/2021, de 4 de marzo, señalaba lo siguiente:

«Sobre la legitimación para la interposición del recurso especial existe una amplia y consolidada doctrina en este Tribunal basada, a su vez, en la del Tribunal Supremo sobre la exigencia de un interés legítimo. Así, en numerosas resoluciones (entre otras muchas, las 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 226/2019, de 9 de julio, 17/2020, de 28 de enero y 172/2020, de 1 de junio) hemos analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señala, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En su aplicación a supuestos concretos de impugnación de los pliegos de licitaciones públicas, la doctrina del interés legítimo ha sido analizada especialmente por este Tribunal. Así, en nuestra Resolución 314/2020, de 17 de septiembre, indicábamos:



“Sobre esta base jurisprudencial, lo que procede determinar es si la recurrente con motivo del recurso interpuesto puede obtener un beneficio o evitar un perjuicio, resultando evidente que la evitación del perjuicio o la obtención del beneficio no puede perseguir otra finalidad, en el caso del recurso especial, que la de permitir la participación en la licitación en condiciones de igualdad con el resto de licitadores -en el caso de recurso contra los pliegos- o la de eliminar el obstáculo que impida continuar en el proceso selectivo y/o alcanzar la adjudicación del contrato; sin perder de vista que en cualquiera de dichos casos el interés que legitima para acudir a esta vía especial de impugnación es, en última instancia, el interés en conseguir la adjudicación del contrato”.».

A la luz de lo expuesto, la desestimación de los tres motivos anteriores deja inalterables la exclusión de la entidad recurrente, lo que provoca la pérdida sobrevenida de la legitimación de la recurrente para esgrimir cualquier motivo relacionado con la exclusión de su oferta.

Procede, pues, desestimar el recurso tanto en su pretensión principal como subsidiaria en tanto que este Órgano no ha detectado infracción en la actuación de la mesa de contratación con relación a la exclusión de la oferta de la recurrente por los motivos manifestados.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VENTURA MAQUINARIA DE HOSTELERIA, S.L.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 2 de noviembre de 2023, por el que se excluye su oferta con relación al contrato denominado «Suministro de material específico para CC.FF. de la familia de hostelería y turismo en centros docentes públicos no universitarios dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, con origen de financiación en fondos europeos» (Expte. CONTR 2023 0000205021), lotes 5 y 6, convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación (en adelante APAE), entidad adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución MC. 145/2023, de 1 de diciembre.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

