Recurso 184/2022
Resolución 301/2022

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

Sevilla, 3 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SURTRUCK, S.L.**, contra la resolución, de 5 de mayo de 2022, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado "Suministro de vehículos todo terreno para el dispositivo de prevención y extinción de incendios forestales de la Comunidad Autónoma de Andalucía" (Expte. NET177502), promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de agosto de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y el 16 de agosto de 2021 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 21.074.380, 17 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Con fecha 15 de octubre de 2021 la mesa de contratación acordó como oferta económicamente más ventajosa la presentada por la que finalmente fue propuesta como adjudicataria. El 27 de octubre de 2021, calificada favorablemente la documentación previa a la adjudicación por la mesa, se propone al órgano de contratación la adjudicación del contrato resolviéndose el 29 de octubre.

El 29 de octubre de 2021 tuvo lugar una primera adjudicación la cual fue recurrida ante este Tribunal. El recurso se tramitó con el número 532/2021, siendo resuelta por la resolución 20/2022, estimándose parcialmente el recurso interpuesto por la entidad mercantil SURTRUCK, S.L., lo que suponía que debía anularse la adjudicación debiéndose retrotraer al momento de otorgamiento de puntos. En la sesión de la mesa de contratación de 9 de febrero de 2022, se acuerda dar cumplimiento a la resolución dictada por este Tribunal sobre los dos criterios controvertidos, respecto de las ofertas de SURTRUCK, S.L. y Tecnove, S.L.

De este modo, habiendo sido resuelta la adjudicación mediante resolución de 8 de marzo de 2022, por la que se acordaba anular la adjudicación realizada a la empresa Iturri, S.A. de fecha 29 de octubre de 2021, así como adjudicar el expediente a SURTRUCK, S.L.

El 9 de marzo de 2022 se notifica y publica en el perfil de contratante la resolución de adjudicación citada. Posteriormente el 18 de marzo de 2022 tuvo lugar la interposición ante este Tribunal de un nuevo recurso especial en materia de contratación por parte de la entidad Iturri S.A. que dio origen al recurso 95/2022 el cual fue resuelto mediante resolución 229/2022, de 8 de abril por la que se estimó parcialmente.

El Fundamento de Derecho Séptimo de dicha resolución 229/2022 establecía:

"Por ello debe anularse la adjudicación por este motivo, debiéndose retrotraer al momento de otorgamiento de puntos, debiendo otorgar esos puntos a la entidad licitadora recurrente que ha invocado la infracción en cuanto al otorgamiento de los puntos por este concreto criterio de adjudicación, pues presentó en su oferta barra antivuelco, pues el PPT junto con el proceder del órgano de contratación, es evidente que le ha podido provocar confusión. De este modo, debe estimarse, a fin de evitar incoherencia y desigualdad de trato, y dado que no se justificaría porque resultaron entidades valoradas en este aspecto a pesar de ofrecer la barra antivuelco sin dicho compromiso de homologación. Por ello la retroacción debe realizarse en los términos de que deba solicitarse aclaración por ese motivo concreto, dado el reconocimiento que hace el órgano de contratación, pues se desconoce si pudiera haber señalado la casilla de haber conocido el criterio, de tal modo que se le hubieran otorgado los puntos correspondientes.

La aclaración, debe realizarse en los términos de que cumplirá la barra ya ofertada con los requerimientos de la ISO exigida para la barra antivuelco".

SEGUNDO. Consta que posteriormente a la notificación de esta resolución, el 19 de abril de 2022, se reunió la mesa de contratación, a efectos de dar cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal, proponiendo al órgano de contratación que se anulase la resolución de fecha 8 de marzo de 2022 por la que se adjudicaba el contrato a la licitadora SURTRUCK, S.L y retrotraer el expediente. Figura en el informe al recurso que los términos de la aclaración fue solicitar a la entidad Iturri, S.A. sobre si la barra de seguridad antivuelco o sistema equivalente incorporado en el vehículo ofertado cumpliría con los requerimientos de la ISO exigida para la barra antivuelco en el pliego de prescripciones técnicas, observándose que en la resolución 229/2022 nada se le advertía sobre la posibilidad de presentar "*equivalente*".

Más tarde, el 2 de abril de 2022, la mesa de contratación, tras recibir en plazo la aclaración de Iturri, S.A., modifica la puntuación, siendo ésta la mejor puntuada. Asimismo, le solicita la documentación previa a la adjudicación.

El 22 de abril de 2022 se recibe escrito procedente de SURTRUCK, S.L. poniendo en conocimiento de la mesa de contratación su opinión sobre el sistema de protección antivuelco recogido en la oferta de Iturri, S.A..

Consta que el 27 de abril de 2022, la entidad SURTRUCK, S.L. solicita la vista del expediente con carácter previo a la interposición del recurso especial. El 5 de mayo de 2022 se le otorga vista del expediente a dicha entidad, realizándose aquella el 9 de mayo de 2022.

El 5 de mayo de 2022 el órgano de contratación acuerda adjudicar el contrato a Iturri, S.A.

TERCERO. El 13 de mayo de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ahora recurrente.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la adjudicataria, que se opone al recurso, y por AUTOS OLSAN, S. L. que fundamentalmente se adhiere al recurso interpuesto si bien realiza un suplico con pretensiones independientes.

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.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la 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.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) 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 I del PCAP (y el informe del órgano de contratación), de tal modo que de acuerdo con 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, la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues éste 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. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

A. Parte de la memoria contenida en el expediente de contratación expresando que en ésta respecto de la seguridad, se indica que: *"Los elementos de seguridad adquieren enorme relevancia en un vehículo cuyo uso tiene como fin acudir a situaciones de emergencias. El uso al que está destinado confiere a sus ocupantes asumir situaciones de riesgo que en ocasiones están fuera de los estándares de uso normalizado, por ello las mejoras de las características del vehículo en materia de seguridad resulta ser un aspecto crucial para disminuir tales factores de riesgo. La seguridad de sus ocupantes resulta una prioridad sobre el resto de los aspectos valorables por lo que se estima justificado otorgar una puntuación significativa a este apartado.".*

Pone de relieve que en el PCAP se otorgan hasta 3 puntos sobre 100 a las ofertas que incorporasen, no un simple sistema antivuelco, sino una barra de seguridad antivuelco que cumpla con los requisitos de norma ISO 3471:2018.

Sin embargo, con relación a la aclaración solicitada a Iturri S.A. el 21 de abril de 2022, a efectos de dar cumplimiento a la anterior resolución de este Tribunal, entiende que resulta insuficiente dado los términos en los que se planteó: *"Que a la solicitud de aclaración en la documentación aportada para el expediente de referencia en fecha 19 de abril de 2022, sobre "si la barra de seguridad antivuelco o sistema equivalente incorporado en el vehículo cumplirá con los requerimientos de la ISO exigida para la barra antivuelco en el Pliego de Prescripciones Técnicas que ha servido de base a la licitación del expediente de referencia", Iturri declara que SI los cumplirá".*

Señala que es obligación del órgano de contratación realizar todos los estudios técnicos necesarios (10.2 del PPT) y, en su caso, comprobar, motivar y justificar suficientemente su decisión antes de dar por válida una aclaración contradictoria con sus propias manifestaciones y que a su juicio resulta a todas luces insuficiente e impropia ante la importancia del asunto que trata.

B. Modificación de la oferta:

Indica a su vez que, en la contestación al requerimiento, y dado como se ha hecho el mismo a efectos de cumplir la resolución 229/2022, expresamente, no se ha pedido una aclaración en los términos de que cumplirá la barra ya ofertada con los requerimientos de la ISO exigida para la barra antivuelco.

Aclaración que se solicita al objeto de velar por el cumplimiento de todas las normas que garanticen el procedimiento, con especial consideración a los pliegos que lo rigen.

Señala que, en la memoria técnica de Iturri, S.A. no aparece referencia de ningún tipo a la barra antivuelco. El PPT establece en la página 10 el siguiente literal: *"En la fase de concurso se valorará el equipamiento de barras de protección antivuelco siempre que esté en conformidad con los requerimientos de la norma para maquinaria de obra pública UNE-EN ISO 3471:2009.*

Maquinaria para movimiento de tierras. Estructuras de protección contra el vuelco.".

Iturri, S.A. señalaba textualmente en su recurso anterior, y como señalan los interesados, con respecto a su vehículo, lo siguiente: "*El cumplimiento de la norma ISO 3471:2008 en esta tipología de vehículos es técnicamente y materialmente imposible por falta de espacio material y volumetría en cabina para instalar dicha estructura (la estructura tiene que soportar seis veces el peso del vehículo apoyado sobre ellas). Además, la instalación de una barra conforme a la norma ISO 3471:2008 causaría un sobrepeso en eje delantero del vehículo, que invalidaría su homologación".*

Concluyendo que ello supone, con respecto a lo que ahora se afirma ir contra sus propios actos.

Hace alusión a que *"la resolución del TARCJA hace mención expresa a lo ya ofertado".*

Asimismo, pone de relieve doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que expresa que es posible solicitar: *"aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad".*

Señala que: *"debería aplicarse este examen minucioso y esa diligencia mínima ahora para comprobar que es la barra ya ofertada y no otra la que cumplirá los requerimientos de la ISO exigida, ya que de lo contrario, se estaría abriendo la puerta a que, sin una simple comprobación, pudiesen basar dicha aclaración en referencia a otra barra que no es la ofertada, lo que produce una modificación evidente de la oferta o simplemente contestando un sí, sobre algo que resulta materialmente imposible, en base a que nadie lo va a comprobar, ya que a tenor de lo literal aparentemente no se le exige".*

C. Respecto el error en la puntuación de los criterios de adjudicación.

Señala que existe un incumplimiento de la aplicación del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), por el cual, debió de acordarse la exclusión de la entidad adjudicataria. Además, critica que se hayan vulnerado los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad de la oferta.

Defiende que la resolución de este Tribunal 229/2022, condicionaba la posibilidad de otorgar la puntuación correspondiente a la instalación de una barra antivuelco, a que el órgano de contratación comprobase que la oferta de la entidad Iturri "*aportaba la barra antivuelco y en base a la contradicción aparente, podía haber pedido aclaraciones"*.

Alude que la resolución señalaba: *"Por ello la retroacción debe realizarse en los términos de que deba solicitarse aclaración por ese motivo concreto, dado el reconocimiento que hace el órgano de contratación, pues se desconoce si pudiera haber señalado la casilla de haber conocido el criterio, de tal modo que se le hubieran otorgado los puntos correspondientes. La aclaración, debe realizarse en los términos de que cumplirá la barra ya ofertada con los requerimientos de la ISO exigida para la barra antivuelco.".*

Así señala la entidad recurrente que: *"…el Tribunal ofrece al órgano de contratación la oportunidad de realizar las comprobaciones que debería haber hecho. Algo que resulta del todo sorpresivo que no hiciera y que no obedece a la actuación normal de un órgano administrativo, máxime cuando se refiere a la comprobación de aspectos que inciden directamente en la seguridad y viabilidad de los elementos ya incorporados en la oferta. Es más,*

observando los actos propios del Órgano, el 15 de octubre de 2021, la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía emitió informe sobre propuestas presentadas al Expediente, en el que se analiza la documentación aportada en el sobre 3 de la licitación por las diferentes empresas que presentaron oferta en la licitación. Incluso incidiendo aun, a nuestro parecer, de manera desproporcionada, en las bondades de la oferta de Iturri S.A., sin embargo, en esta ocasión y, pese a la importancia otorgada por el órgano a que se lleve a cabo una aclaración de cumplimiento con los requerimientos de la ISO para la barra antivuelco, el Órgano simplemente se da por aclarado tras la escueta comunicación de Iturri S.A.".

Prosigue señalando que: *"… sin informe de la comisión técnica que lo justifique y sin informe motivado de su propia decisión de aceptar la referida aclaración, el órgano de contratación incurre en una falta de diligencia palmaria, aún más inconsciente dado el asunto sobre el que trata, ni más ni menos que el riesgo para la vida de las personas."*.

Manifiesta la importancia de la diferencia entre las ofertas de Iturri S.A. y de SURTRUCK, S.L., pues no señala la primera en ningún caso en su oferta una barra que cumpliere con los parámetros de la ISO, y más aún, cuando incluso consta en el expediente que el cumplimiento de la norma ISO 3471:2008 en esta tipología de vehículos es, técnicamente y materialmente imposible, por falta de espacio material y volumetría en cabina para instalar dicha estructura, porque tiene que soportar seis veces el peso del vehículo apoyado sobre ellas, así como que la instalación de una barra conforme a la norma ISO 3471:2008 causaría un sobrepeso en eje delantero del vehículo, que invalidaría su homologación.

Señala que admitir esa justificación sería tanto como incurrir en una clara desigualdad de trato y desproporcionalidad.

D. Solicita igualmente que se revise la puntuación dado que existiría un error en la puntuación de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas en la oferta presentada por SURTRUCK, S.L.

Alega ahora, que en el PCAP se establece en su Anexo X apartado 1, sobre los criterios de valoración mediante la aplicación de fórmulas, que se otorgarán 3 puntos a los licitadores que se comprometan a incorporar en su vehículo airbags para plazas distintas de las de conductor y ocupantes, y que la recurrente no lo señaló en su oferta en el apartado correspondiente, por desconocimiento de la justificación que correspondía para ello, pues no aparecía señalado en el Anexo VIII relativo a la documentación a presentar. Dice que en virtud de los razonamientos de la resolución 229/2022, reclama su derecho a recibir los 3 puntos correspondientes a la incorporación de airbags para plazas distintas a las de conductor y ocupantes, a pesar de no haberlo señalado.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Las alegaciones de fondo que realizan el órgano de contratación no se centran en determinar de qué forma han procedido a aplicar en sus justos términos la resolución 229/2022 dictada por este Tribunal, ni explican por qué han reinterpretado la claridad del fallo de la resolución 229/2022. Sin embargo, sí procede realizar una intensa justificación, y como decimos, más que explicar, se justifica la reinterpretación de cómo han procedido a resolver el cumplimiento de la resolución, en concreto del contenido del fundamento de derecho séptimo de la citada resolución.

Posteriormente realiza un esfuerzo argumentativo para despejar cualquier posibilidad para que la barra antivuelco ofertada por la entidad recurrente no pueda ser considerada como airbags estimando para ello que no

son "*equivalentes en ningún caso. Por otro lado, el texto recogido en el PPT y en el PCAP no deja lugar a dudas y no prevé la posibilidad de ofertar ningún otro sistema equivalente a los airbags".*

Alega además la "lex contractus de los pliegos", además de la discrecionalidad técnica, así como doctrina conocida por este Tribunal, la cual se da por reproducida.

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria y de la otra entidad interesada.

Se presentan los escritos de alegaciones en fecha de 31 de mayo de 2022.

A. La adjudicataria, en su escrito de alegaciones, se pronuncia en términos parecidos al órgano de contratación, si bien interesa señalar una cuestión que no resulta en la aclaración presentada ante el órgano de contratación.

Afirma que respecto a que en la memoria técnica de Iturri supuestamente *"no aparece referencia de ningún tipo a la barra antivuelco"* y mientras Iturri supuestamente afirmó que el cumplimiento de la norma ISO 3471:2008 sería técnicamente imposible, mediante la aclaración se ha permitido Iturri ofertar un sistema de protección antivuelco que sí que cumplirá con la ISO exigida, dos cuestiones:

- Que *"Iturri incluyó en el apartado "3.1.2 Carrocería de composite" de la Memoria técnica presentada a la Licitación, la definición del sistema antivuelco ofertado, junto a los diseños del mismo [hecho que incluso es reconocido por la recurrente en la página 12 de su recurso]. Por lo tanto, carece de todo fundamento la afirmación de SURTRUCK referente a que "no aparece referencia de ningún tipo a la barra antivuelco" en la Memoria Técnica de Iturri".*

- Que *"Iturri nunca ha afirmado que el sistema antivuelco ofertado no cumpliría con los requerimientos de la norma ISO exigida -tal y como se señalará con mayor detenimiento en la alegación cuarta.- Las citas que sobre este extremo se incluyen en el recurso actual de SURTRUCK no se refieren al vehículo ofertado por Iturri, sino al vehículo ofertado por SUTRUCK, el cual, por los motivos que ahí exponíamos, no puede albergar una barra antivuelco conforme a la norma ISO exigida".*

El sistema antivuelco equivalente ofertado por Iturri sí que podrá ser homologado conforme a la norma ISO 3471:2008, ya que el mismo será instalado en el chasis ofertado por Iturri y no en el vehículo base de la oferta de SURTRUCK -que es el que imposibilita la obtención de la homologación-.

Este extremo es confirmado por Iturri en respuesta a la solicitud de aclaración del órgano de contratación, en la que confirma que su sistema antivuelco equivalente ofertado en el apartado "3.1.2 Carrocería de composite" de la memoria técnica presentada a la licitación cumple con los pliegos de licitación y por lo tanto, SÍ CUMPLIRÁ con la norma ISO 3471:2008.

De hecho, Iturri en la memoria de su oferta ha aportado el diseño de su sistema antivuelco, mientras que SURTRUCK no ha aportado diseño alguno de las barras que supuestamente implementará, ni tampoco se ha comprometido específicamente en su oferta a que dichas barras cumplirán con la norma ISO 3471:2008.".

B. La entidad Auto Olsan, S. L. formula alegaciones donde alega el reconocimiento por parte de Iturri, en uno de los recursos tramitados como recurso especial, que no cumplía ni puede cumplir ahora con la ISO exigida. Señala expresamente en la alegación primera que:

"Iturri, SA, no cumplía con las exigencias de seguridad recogidas en el PPT, al tiempo que también aseveraba que la oferta de SURTRUCK, SL, tampoco cumplía con las exigencias de la norma ISO antes mencionada, razones por las que venía a solicitar en su recurso que:
"o bien deberían de retirarse estos puntos a los demás licitadores, al haberse acreditado la falta de cumplimento de la norma ISO citada (y de PPT), o bien, debería de interpretarse que no se exige en la presente licitación referida norma ISO, en cuyo caso, le correspondería a Iturri obtener los tres puntos correspondientes a esta categoría" (pag. 23 de su recurso).

En suma, Iturri en su recurso confirmaba abiertamente que su oferta no cumplía con las exigencias de la norma ISO 741:2008".

En la alegación tercera manifiesta que:

"Como es de ver en la oferta presentada por Iturri, SA, y como él mismo reconoce en el recurso que en su día formuló contra la adjudicación a SURTRUCK, SL.

<<Sin embargo, Iturri no marcó dicha casilla, a pesar de ofrecer un sistema de protección antivuelco equivalente, debido a que el mismo no se encuentra homologado según la norma ISO 3471:2008, como tampoco lo está el de SURTRUCK. El sistema propuesto por Iturri se referencia en el apartado 3.1.2 carrocería de composite de la memoria técnica presentada a la Licitación>>.

En conclusión el sistema ofertado por Iturri, SA no cumple con las exigencias de seguridad que se requieren en el PPT.

Pero es que además, aún en el supuesto de que quisiera cumplir, tampoco podría, y así lo reconoce de forma expresa Iturri, quien asevera que tal cumplimiento es materialmente imposible por falta de espacio material y volumetría en cabina para instalar dicha estructura, y además, la instalación de una barra conforme a la norma ISO 3471:2008 causaría un sobrepeso en eje delantero del vehículo, que invalidaría su homologación.

Y así dice en el recurso que promovió frente a SURTRUCK, SL:

<<"El cumplimento de la norma ISO 3471:2009 en esta tipología de vehículos es técnica y materialmente imposible por falta de espacio material y volumetría en cabina para instalar dicha estructura… Además, la instalación de una barra conforme a la norma ISO 3471:2008 causaría un sobrepeso en eje delantero del vehículo, que invalidaría su homologación.>>

En suma, parece un error absoluto reconocer al licitador la puntuación de 3 puntos por la presencia de barra antivuelco, cuando, por más que el licitador haya afirmado en aclaración que se le ha requerido, que su vehículo cumplirá con la norma ISO 3471:2008, antes ha asegurado que tal característica es IMPOSIBLE implementarla en su vehículo, pareciendo así que la Mesa de Contratación, sin informe técnico adicional, acoge como acto de fe, la palabra dada por Iturri SA."

Termina solicitando:

"- La nulidad de la adjudicación en favor de Iturri SA por venir sustentada en una modificación de las características del vehículo en su día ofrecido, realizada sobre la base de un trato de favor con respecto a otros licitadores.

- La no adjudicación de puntuación alguna por la barra antivuelco, a Iturri, SA ni a SURTRUCK, SL.
- La no admisión de la pretensión de asignación de puntos a SURTRUCK, SL, por la presencia de airbag para plazas distintas de las de conductor y acompañante".

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

1. Respecto al cumplimiento de las resoluciones anteriores de este Tribunal con relación al presente expediente de contratación.

Debe comenzarse aclarando dentro de la azarosa tramitación del presente expediente de contratación, la determinación de la causa que motivó la estimación del primer recurso en su día presentado, por quien de nuevo es aquí en este recurso recurrente.

Fue la falta de motivación técnica y la incongruencia de la resolución de adjudicación, con respecto a la evaluación del criterio de adjudicación consistente en ofertar una tercera fila de asientos (teniendo en cuenta la omisión o deficiente configuración del PCAP, del PPT y la justificación de éstos criterios en la memoria), lo que motivó la estimación, a efectos de dar un trato igualitario en las licitadoras que se encontrasen en una situación análoga.

En aquel supuesto se observaba por este Tribunal, ya, una deficiente motivación achacable al órgano de contratación, en donde había admitido las ofertas sin tercera fila otorgándole los puntos por el simple hecho de rellenar la casilla. De esta forma, la causa por la que se estimó en la resolución 20/2022 (recurso 532/2021) de este Tribunal, fue porque en aquel supuesto, el criterio, tal y como resultaba configurado, permitía entender la posibilidad de ser admitido una oferta que incluyera únicamente dos filas siempre que se cumpliera con el número de 7 plazas de ocupación. Ello era posible, dada la indeterminación de la memoria y del PPT, donde no se establecía de forma inequívoca la necesidad de la tercera fila con relación a las especificaciones técnicas necesarias para cumplir con las exigencias de seguridad del PPT. Esta fue la interpretación sostenida y plausible de este Tribunal, a efectos de ser consecuente y poder seguir manteniendo los puntos ya otorgados a aquellas otras entidades licitadoras que habían rellenado la casilla de la tercera fila, a pesar de que, ostensiblemente y de forma patente se comprobó que el modelo de vehículo ofertado tenía únicamente dos.

Dado que el expediente estaba huérfano de motivación en cuanto a los requerimientos técnicos, respecto a ese requisito, y dada la actuación tan incongruente del órgano a la hora de admitir ofertas, fue lo que dio lugar a que se tuviera que dar un trato igualitario a todas las entidades licitadoras que se encontrasen en idéntica situación. Es decir, para aplicar los criterios de adjudicación debía hacerse sobre lo que el órgano entendía que eran requisitos mínimos, de tal modo que lo que el propio órgano hizo con una de las empresas que ofertó únicamente segunda fila, debía extenderse a todas las que ofrecieron un vehículo con segunda fila, por más que no hubieran señalado esa casilla. No obstante, también, es evidente que esa solución no pueda extrapolarse a todos los requisitos del pliego por igual, con la misma amplitud, dado que se circunscribía a un aspecto y problema concreto, originado por el propio órgano de contratación al aplicar los criterios de adjudicación.

Es cierto que por parte de este Tribunal se ha admitido que dada la deficiente configuración del pliego basta ofertar un vehículo base con el compromiso de un resultado final, al momento de la entrega, que sea conforme a la oferta realizada, sin que haya de adverarse con certificaciones a la fecha de la presentación de ofertas, sino que bastarían con una declaración de cumplimiento.

Residía en aquel caso de la resolución 20/2022, en una obviedad la solución que había que darse, todo ello amparado en una incongruencia patente en el criterio del órgano de contratación. Esta interpretación solucionaba una situación material de desigualdad creada por el propio órgano de contratación, y supuso con la interpretación del requisito para que fueran admitidas las ofertas a pesar de que no señalaran las casillas, pero había evidencias en la documentación aportada, de que tenían solo esa segunda fila, por el simple motivo de que era patente al mencionar la marca y el modelo a suministrar, y a pesar de ello se le puntuó.

No obstante, no puede aprovecharse una solución singular dada por este Tribunal, sobre la base de salvar la igualdad de trato para todas las licitadoras respecto de un aspecto concreto, para convertirlo en una regla general. Debe en cada situación ponderarse el cumplimiento del pliego que rige la licitación.

Decíamos entonces que la potestad, discrecional, "*se halla condicionada por una serie de elementos reglados y por los principios generales del Derecho administrativo, entre los que figura la salvaguarda de la libre competencia, la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y, sobre todo, el principio de proporcionalidad (Art. 4 de la Ley 40/2015) conforme al cual, en las exigencias para la mejor decisión conforme a las pautas ya dichas, la Administración debe elegir la medida menos restrictiva, motivando su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persigan, sin que en ningún caso deban producirse diferencias de trato discriminatorio, de manera que la necesidad de motivación del acto discrecional resulta esencial para su posterior control, significándose que entre los elementos reglados que limitan la potestad discrecional figuran los contemplados en el art. 45 de la Ley 14/2013 y en el art. 40.b) de la LCSP.*"

Por ello, sosteníamos que:

"el requisito mínimo estima este Tribunal que resulta claro, se establece en el apartado 3.1 que era para segunda y tercera fila, de tal modo que admite la segunda fila solo sin tercera hasta en tres entidades, de tal modo que proceden a su clasificación sin excluirlas por este motivo, por lo que no parece ajustado que siendo admitidas sin ofertar tercera fila proceda a realizar distinciones en los criterios de adjudicación por no ofertar la tercera fila, la cual en sí mismo, no es criterio de adjudicación por sí solo.

Es decir, los criterios son aportar las puertas a ambos lados y las ventanas practicables por motivos de seguridad, por un lado, para que puedan salir, y las ventanas por motivos de confortabilidad. La memoria ni el PPT establecen que aportar puertas y ventanas en tercera fila sea criterio por sí mismo.

De tal modo que no siendo excluidas estas entidades y no habiéndose impugnado su admisión, sería ahora ir contra los propios actos del órgano de contratación por dos motivos. En primer lugar, porque ha admitido ofertas sin tercera fila, por lo que los criterios de adjudicación son predicables en su interpretación respecto a las filas admitidas, si se admite una furgoneta con dos filas es obvio que no puede ofertarse una puerta de tercera fila ni ventana de la misma.".

A estos motivos y no a otros hay que circunscribir la solución que se dio en la primera de las resoluciones, la 20/2022.

Al respecto, cabe recordar que la solución dada partía de que existía la posibilidad, dado que el error parecía recaer en la señalización de la casilla, en ese caso.

En la anterior resolución 229/2022 (recurso 95/2022), cuyo cumplimiento se pone en duda por la recurrente, señalábamos que las resoluciones de este Tribunal 94/2012, de 15 de octubre, 123/2013, de 16 de octubre y 131/2013, de 28 octubre y más recientemente la 152/2021, de 22 de abril venían a recoger conforme a jurisprudencia comunitaria (que en la misma se cita) la posibilidad de solicitar aclaraciones de las ofertas, del modo siguiente:

"• Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.

• Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con la licitadora cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.

• El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones a las licitadoras afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta pueda garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

• El principio de igualdad de trato entre las licitadoras no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todas las licitadoras y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada. "

Asimismo, decíamos que 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."* Y concluye la sentencia citada que *"(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron."*

Sirva pues esta primera consideración para centrar el alcance de las resoluciones anteriores, no extrapolables de forma exhaustiva a cada anomalía surgida como consecuencia de la configuración de los pliegos y de la actuación del órgano de contratación. Asimismo, y dada la resolución 229/2022 cuyo cumplimiento se pone en duda, y que la misma ordenaba la solicitud de aclaración, se vuelve a reproducir los términos en los que la posibilidad de aclaración podría ser pedida.

2. Respecto al fallo contenido en la resolución 229/2022. Sobre los términos de la aclaración requerida por el órgano de contratación: motivación de la resolución de adjudicación de 5 de mayo de 2022.

Teniendo constancia de la anterior consideración efectuada, y, sin perjuicio de las cuestiones alegadas por las partes, el debate debe centrarse, dado los términos en los que se plantea el recurso, principalmente en lo que parece que puede estar permitiéndose por el órgano de contratación a la vista del requerimiento formulado a dicha entidad de aclaración de su oferta, de tal modo que parece que está pretendiendo cumplir a través de dar la

opción de admitir una variación de la oferta de la entidad Iturri. Es decir, los términos del requerimiento ya reproducido, en cuanto a la admisión de un sistema antivuelco equivalente, debe ser entendido en el sentido de que no se refiere a la oferta ya presentada, (tal y como señalaba la resolución 229/2022), es decir, no sería la barra ya ofertada.

La primera cuestión supone determinar, si la ejecución de la resolución, que anulaba la adjudicación a los efectos de dar la posibilidad (por igualdad de trato) de pedir aclaración, primero, se ha hecho en unos términos plausibles con la claridad de la resolución de este Tribunal, y segundo, consecuencia de lo anterior si el resultado de la aclaración está dentro de los límites que hemos abordado.

Es necesario reproducir la resolución 229/2022 al respecto de la cuestión controvertida, la puntuación de las barras antivuelco:

*"**Respecto a la nulidad de la adjudicación por el error en la puntuación de los criterios de adjudicación valorados mediante aplicación de fórmulas.***

a) La redacción del pliego en este punto no es clara con relación a los requisitos mínimos. Debe resaltarse que en la memoria no se menciona nada acerca de las barras de seguridad antivuelco. Por otro lado, en el Anexo IX y X del PCAP se establecen las plantillas de los criterios de adjudicación mediante fórmulas y baremos de dichos criterios. Sobre la barra de seguridad antivuelco o sistema equivalente, la cláusula 3.1 del PPT expone que, en caso de que se ofertara un vehículo con una barra de seguridad antivuelco, dicha barra sería valorada siempre que la misma fuera homologada de conformidad con la norma ISO 3471:2008:

"En la fase de concurso se valorará el equipamiento de barras de protección antivuelco siempre que esté en conformidad con los requerimientos de la norma para maquinaria de obra pública UNE-EN ISO 3471:2009 Maquinaria para movimiento de tierras. Estructuras de protección contra el vuelco. Ensayos de laboratorio y requisitos de comportamiento. (ISO 3471:2008)."

Por lo tanto, el recurrente concluye que se exigió que la barra de seguridad antivuelco cumpliera con la norma ISO 3471:2008, de este modo estima que se le ha concedido tres puntos de forma incorrecta pues este elemento en la oferta así se valoraba, de conformidad con la cláusula 1.2 del Anexo X.

La cuestión estriba en determinar si, como dice la recurrente, para que cada criterio pudiera ser valorado, se debía acompañar dicho Anexo de la documentación justificativa que podía ser la inclusión de esta característica en las propias especificaciones técnicas del vehículo o mediante un documento de características técnicas individualizado, o en ningún caso se exigía la presentación de un certificado que acreditara el cumplimiento de la norma exigida en el PPT para la barra de seguridad antivuelco.

En este sentido, insistimos sin embargo en que las prescripciones del PPT se aplican a un vehículo terminado al que se le someterá a todas las pruebas y ensayos que se requieren como se indica en el apartado 10 del PPT, es decir, se estima adecuado el razonamiento del órgano de contratación, esto es, la barra antivuelco se puntuó a la empresa adjudicataria porque así lo señaló en el Anexo IX-B y lo recogía en su memoria en las páginas 17 y 18.

Al respecto, sin embargo, debemos considerar lo que el órgano de contratación considera como motivo para no otorgar la puntuación, estimando que el motivo de no puntuar a la entidad recurrente se produjo porque no marcó la casilla, a pesar de ofrecer un sistema de protección antivuelco equivalente debido a que éste no se encuentra

homologado según la norma exigida en el PPT, es decir, en ningún caso le corresponde puntuación alguna en este criterio. Dicho de otro modo, reconoce que el sistema antivuelco presentado por la entidad recurrente sí cumpliría.

El PCAP y el PPT, dada su configuración, debe interpretarse en el mismo sentido y con las mismas consecuencias para todos los licitadores. Esta cuestión ya se reprodujo en el recurso 532/2021, y fue resuelta en la resolución 20/2022. Al respecto, cabe recordar que existía la posibilidad de poder marcarla o no marcarla, en aquel caso respecto de la segunda o tercera fila. En este caso ocurre algo similar.

La deficiente configuración del pliego, no exhaustivo, provoca estas situaciones que deben resolverse en favor de una actuación plausible con el principio de concurrencia. Así como ocurrió en aquél recurso, y como ocurre en el presente recurso respecto a la desestimación de los distintos motivos de exclusión alegados en el presente recurso por la recurrente, ahora, dado que se pone de manifiesto y se reconoce por el órgano de contratación que si hubiera señalado la casilla la recurrente se le habría valorado, una diligencia mínima del órgano de contratación, que minuciosamente hubiera examinado las ofertas (más aún si cabe dada la configuración tan abierta del pliego), debería haber comprobado que la oferta de la recurrente aportaba esa barra antivuelco, y en base a la contradicción aparente, podía haber pedido aclaración. Bien a ella, o bien a todas las que hubieran incurrido en esta aparente contradicción, de acuerdo con el tenor de la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) la cual vino a establecer una serie de razonamientos que han sido reproducidos por los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales, en sus resoluciones, entre ellas, las Resoluciones de este Tribunal 94/2012, de 15 de octubre, 123/2013, de 16 de octubre y 131/2013, de 28 octubre y más recientemente la 152/2021, de 22 de abril.

Así las cosas, y como señalábamos en la anterior resolución, este Tribunal considera que la mesa de contratación debió pedir aclaraciones, y no haciéndolo incurre en contradicciones, esa contradicción en discriminación, una vez aplicados los principios de la jurisprudencia recogida. Las aclaraciones debieron solicitarse sobre el cumplimiento del criterio de adjudicación, de tal modo que el otorgamiento de los puntos debiera haberse realizado en este caso para quien sí presentare la barra antivuelco y se comprometa a que el vehículo ofertado dicha barra será homologada de conformidad con la norma ISO 3471:2008. Cualquier otra solución, supondría, a la vista de lo actuado por el órgano de contratación en este supuesto concreto, y dado el contenido de los pliegos, y más ahora, con la manifestación aportada en fase del informe al recurso, que en coherencia con los recursos interpuestos y resueltos, se produciría una vulneración de la doctrina de los actos propios, plasmada en el aforismo latino "Venire contra factum proprium non valet" y a la que se refiere la Sentencia 73/1998, de 21 de abril, del Tribunal Constitucional cuando señala que "(…) la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de venire contra factum proprium, surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos".

La reciente Sentencia núm. 20/2020 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de enero de 2020 [Roj: STS 54/2020] señala que «En la STS de 19 de marzo de 2007 (RC 6169/2001) hemos recordado que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideran que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta

que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "venire contra factum propium"».

Por ello debe anularse la adjudicación por este motivo, debiéndose retrotraer al momento de otorgamiento de puntos, debiendo otorgar esos puntos a la entidad licitadora recurrente que ha invocado la infracción en cuanto al otorgamiento de los puntos por este concreto criterio de adjudicación, pues presentó en su oferta barra antivuelco, pues el PPT junto con el proceder del órgano de contratación, es evidente que le ha podido provocar confusión. De este modo, debe estimarse, a fin de evitar incoherencia y desigualdad de trato, y dado que no se justificaría porque resultaron entidades valoradas en este aspecto a pesar de ofrecer la barra antivuelco sin dicho compromiso de homologación. ***Por ello la retroacción debe realizarse en los términos de que deba solicitarse aclaración por ese motivo concreto, dado el reconocimiento que hace el órgano de contratación, pues se desconoce si pudiera haber señalado la casilla de haber conocido el criterio, de tal modo que se le hubieran otorgado los puntos correspondientes.***

La aclaración, debe realizarse en los términos de que cumplirá la barra ya ofertada con los requerimientos de la ISO exigida para la barra antivuelco".[1]

La resolución acordaba expresamente lo siguiente:

"Estimar parcialmente (…) anulándose la adjudicación y procediéndose a valorar los criterios de adjudicación controvertidos en el fundamento de Derecho séptimo en la forma que en el mismo se expone, previa solicitud de aclaración de la oferta a la vista de las concretas circunstancias expuestas.".

Pues bien, observando el expediente remitido con este nuevo recurso por parte del órgano de contratación si bien aparece el requerimiento de aclaración solicitado por el Área de contratación de la Agencia el 19 de mayo de 2022, se constata que no se realiza como indicaba la resolución en sus estrictos términos, es decir, "*a la vista de las concretas circunstancias expuestas*". Así solicitaba:

"Debe aclarar si la barra de seguridad antivuelco o sistema equivalente incorporado en el vehículo ofertado cumplirá con los requerimientos de la ISO exigida para la barra antivuelco en el Pliego de Prescripciones Técnicas que ha servido de base a la licitación del expediente de referencia".

El requerimiento realizado sigue sin cumplir con lo ordenado por este Tribunal. Por un lado, no se refiere el requerimiento a la barra ya ofertada por Iturri, es decir, debe partirse de que lo que ésta manifestaba en su recurso anterior que ya cumplía con su oferta, y que si hubiera sabido que podría interpretarse el sistema oferta como solución posible al requerimiento técnico valorable de la barra antivuelco o sistema equivalente habría rellenado la casilla.

Esta era la única posibilidad. Obviamente la posibilidad de marcar la casilla era para que, como en el caso de la segunda y tercera fila, la valoración, si se marca, debe realizarse únicamente sobre lo ya ofertado. No se trata de incluir nuevos elementos que no estaban en la oferta. Así lo reconoce Iturri además en su escrito de alegaciones.

La aclaración que solicita el órgano de contratación no se ajusta a lo determinado por este Tribunal, debe realizarse sobre lo ya ofertado. La aclaración nunca puede suponer la modificación de una oferta. La opción de señalar la casilla se refiere únicamente a esa posibilidad, y de que aclare como cumplirá con lo que ya estaba

1 La negrita es nuestra.

presentado por parte de Iturri con la ISO exigida. No puede modificar la oferta como bien señala la entidad recurrente.

Téngase en cuenta de nuevo lo que señalaba el PPT en su cláusula 3.1 (página 10) de que en caso de que se ofertara un vehículo con una barra de seguridad antivuelco, dicha barra sería valorada siempre que la misma fuera homologada de conformidad con la norma ISO 3471:2008: "*En la fase de concurso se valorará el equipamiento de barras de protección antivuelco siempre que esté en conformidad con los requerimientos de la norma para maquinaria de obra pública UNE-EN ISO 3471:2009 Maquinaria para movimiento de tierras. Estructuras de protección contra el vuelco. Ensayos de laboratorio y requisitos de comportamiento. (ISO 3471:2008)".*

En este sentido este Tribunal ha examinado de nuevo la oferta de Iturri que se encuentra en el recurso tramitado ante este Tribunal con el número 532/2022. En el Anexo IX-B relativo a los criterios de adjudicación valorados mediante fórmulas en el apartado relativo a la seguridad se ofertaba:

"__ Barra de seguridad antivuelco o sistema equivalente.
X Equipamiento de indicadores antivuelco.
X Puertas de acceso a 2ª y 3ª fila a ambos lados de la carrocería.
X Air-bags para plazas distintas de las de conductor y acompañante.
X Aislamiento térmico o acústico del habitáculo."

Es decir, se señalaban todos los apartados relativos a la seguridad excepto la barra antivuelco o sistema equivalente. Al ver la oferta técnica del modelo ofertado, configurable, en la página 1752 del expediente remitido se omite cualquier referencia a la barra antivuelco o sistema equivalente conforme a la ISO, sin embargo, y a efectos de dar un trato igualitario, en el sentido expuesto se daba dicha posibilidad. En este sentido, no le falta razón a la entidad recurrente, pues si bien debía darse la posibilidad de señalar la casilla, no puede olvidar el órgano de contratación la congruencia de lo ofertado y lo manifestado ya por Iturri, debiendo el órgano de contratación además salvar esa contradicción en una nueva adjudicación, es decir, debe obviamente tenerse en cuenta lo ya manifestado por la actual adjudicataria respecto de la imposibilidad de cumplir la ISO con lo ofertado y dar la respuesta pertinente al efecto a fin de la debida motivación.

Los términos de la aclaración (que han resultado omitidos en un primer momento, pues no se encontraba en el expediente remitido) consistían en transcribir el fallo de la resolución 229/2022, algo que observamos que no se ha realizado. En este sentido, debemos señalar que ello supondría que a la entidad Iturri, no se le ha requerido en los términos señalados por este Tribunal en esa resolución. Es decir, no puede pesar sobre la misma, la carga de no haber atendido correctamente en los términos precisos que imponía la resolución 229/2022.

Por último, respecto a esta cuestión, y en lo que se refiere al acto de adjudicación, se concluye que, desde el punto de vista de la motivación, el acta de la mesa es deficiente a efectos de poder considerar cumplido el requerimiento pues omite también el contenido de los términos del resultado de la aclaración requerido. Tal y como exigía la resolución 229/2022.

Así señala:

"FONDO DEL ASUNTO:
Los miembros de la Mesa de Contratación tienen a la vista la aclaración aportada el 21 de abril de 2022 en la plataforma de licitación SIREC, por la empresa Iturri, S.A. concluyendo que la aclaración es correcta. En base a lo

establecido en el fundamento Séptimo de la Resolución 229/2022 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, cuyo tenor literal se recoge a continuación, se procede al otorgamiento de puntos que se recoge en el Anexo de la presente acta".

Como decimos, se ha omitido en la decisión de la mesa un contenido esencial, los términos de la aclaración del requerimiento efectuado en la motivación del órgano de contratación para otorgar la puntuación en la propuesta de adjudicación, sustrayendo de esta la motivación determinante a efectos de que se le otorguen los puntos, y con ellos se le adjudique.

A requerimiento expreso de este Tribunal se ha remitido por el órgano de contratación, con posterioridad a la remisión del informe, los términos de la aclaración que realiza Iturri, con fecha de 21 de abril de 2022, indicándose lo siguiente por parte de ésta:

"Que a la solicitud de aclaración en la documentación aportada para el expediente de referencia en fecha 19 de Abril de 2022, sobre si "la barra de seguridad antivuelco o sistema equivalente incorporado en el vehículo ofertado cumplirá con los requerimientos de la ISO exigida para la barra antivuelco en el Pliego de Prescripciones Técnicas que ha servido de base a la licitación del expediente de referencia", Iturri declara que SÍ los cumplirá".

Los términos laxos de la aclaración solicitada, no permiten comprobar si finalmente cumplirá en los términos de la resolución 229/2022. Está carente del rigor necesario la petición de aclaración por parte del órgano de contratación. El órgano de contratación obvia el tenor de la resolución 229/2022, esto es la expresión "*ya ofertada*", y es ahí donde reside la causa de que no puedan darse por válidos los términos de la aclaración solicitada, dado que permitiría que pueda presentarse una nueva solución técnica por parte de Iturri. Es una cuestión ya resuelta por este Tribunal que, dada la configuración de los documentos que rigen la contratación, se pudiere permitir que sobre el modelo base de vehículo se permitiere configurar en la oferta ya presentada, un resultado final de vehículo, cuyo cumplimiento efectivo se debe adverar con ocasión de la ejecución del contrato, y otra cuestión es obviar que la propuesta técnica ya está realizada, y no puede permitirse una modificación de lo ya ofertado, sólo hay que justificar donde se encuentra en su oferta, la que ya se presentó, esa barra antivuelco o sistema equivalente a fin de poder marcar la casilla, pues no es evidente, como ocurría en el caso de la segunda y tercera fila de asientos.

El órgano al ofrecer la posibilidad de que oferte barra antivuelco o sistema equivalente, y dada, también, la deficiente solicitud de aclaración, no puede admitirse que Iturri ahora ofrezca algo indeterminado sin definirlo, además teniendo en cuenta lo que se manifestaba en nuestra resolución, y cuyo cumplimiento se ordenaba, es decir, que se defina sobre la barra "ya ofertada". No puede ofrecerse una cosa o la otra en este momento al margen de lo ofertado. Debe definirse que es lo que se ofertó, y deberá justificar que cumplirá en términos obvios y comprensibles. Recapitulando, permitir poner la casilla ahora se debe circunscribir a la solución de igualdad de trato de la que proviene este criterio, dada la deficiente configuración de los pliegos, pero nada más. El otorgamiento de puntos, debiera ser una cuestión deducible por los técnicos que valoren la oferta, a la vista del señalamiento de la casilla con relación a lo incluido en la oferta técnica.

Permitir la cumplimentación de la casilla, es porque la licitadora, Iturri, responsablemente debe manifestar de forma tajante que cumplía los términos del PPT con su oferta, es decir, que la propuesta técnica, lo contenga, y además en esa documentación lo que conste esté de conformidad con los requerimientos de la norma ISO 3471:2008 en el momento de la ejecución, pues eso fue lo que planteó Iturri. Eso es lo único que se permitía aclarar.

A su vez el órgano de contratación, estimamos que no debe quedarse en una mera aclaración en los términos imprecisos y laxos que la ha realizado. Debía determinar si puede Iturri conforme a la cláusula 3.1 del PPT, y conforme a su oferta, ya presentada y que consta, (conforme a los términos en los que se ha ido resolviendo, con la obligación de dar un trato igualitario), dar junto al señalamiento de la casilla una justificación suficiente a que el modelo de vehículo ofertado cumplirá una barra antivuelco o un sistema equivalente con dicha norma ISO, sin modificar su oferta. El sentido de cumplirla es el sentido indicado en las anteriores resoluciones. El vehículo no debe tener en el momento de la oferta la configuración final, sino que deberá tenerlo en la ejecución solo la adjudicataria pero siempre sobre la oferta ya presentada, es decir, la que ya está en poder del órgano de contratación tras la apertura del sobre 3.

Ello, debe tener en cuenta otras dificultades que ha introducido la propia adjudicataria, además de forma voluntaria y consciente durante los distintos recursos, que este Tribunal no puede ignorar. Debe tenerse en cuenta, más aún, que el órgano de contratación es quien debe velar por la correcta ejecución del contrato, de tal forma que lo manifestado durante el procedimiento de contratación, por Iturri, no puede obviarse. Consta en el expediente del recurso 95/2022, a la luz de la irregular tramitación del expediente de contratación, la aclaración que presentó Iturri, con lo ya manifestado respecto de su sistema antivuelco ya ofertado en la resolución 229/2022, el 18 de marzo de 2022 (recurso 95/2022):

"Pues bien, después de la revisión de las ofertas técnicas presentadas durante el trámite de puesta de manifiesto, se ha constatado que la oferta de SURTRUCK, S.L. no ha aportado dato alguno sobre la resistencia, pesos, medidas de la estructura, ni de la homologación exigida en el PPT, y por lo tanto, no consta que la barra de seguridad antivuelco esté en conformidad con los requerimientos de la norma ISO 3471:2008, cuya acreditación exige el PPT para la valoración de este equipamiento (ni que la solución sea técnicamente viable).

A pesar de lo anterior, en el informe de valoración de 15 de octubre de 2021 se otorgó a todas las licitadoras (a excepción de Iturri) la puntuación máxima a obtener por dicho elemento (3 puntos), mientras que a Iturri se otorgó 0 puntos, como consecuencia de que no marcó la casilla.

Sin embargo, Iturri no marcó dicha casilla, a pesar de ofrecer un sistema de protección antivuelco equivalente, debido a que el mismo no se encuentra homologado según la norma ISO 3471:2008, como tampoco lo está el de SURTRUCK."

Parece, a simple vista complicado salvar el obstáculo que supone esta declaración, pues si observamos la alegación en dicho recurso que realizó Iturri respecto de la carrocería de composites, como sistema equivalente señaló que:

"El sistema propuesto por Iturri se referencia en el apartado "3.1.2 Carrocería de composite" de la Memoria técnica presentada a la Licitación. Ilustramos el diseño allí descrito con una imagen realizada para una adecuada comprensión de este Tribunal: (imagen).

El cumplimiento de la norma ISO 3471:2008 en esta tipología de vehículos es técnica y materialmente imposible por falta de espacio material y volumetría en cabina para instalar dicha estructura (la estructura tiene que soportar seis veces el peso del vehículo apoyado sobre ellas). Además, la instalación de una barra

conforme a la norma ISO 3471:2008 causaría un sobrepeso en eje delantero del vehículo, que invalidaría su homologación". [2]

El órgano de contratación no explicaría en su resolución como puede estimar que cumplirá con la ISO tras esta manifestación, pues no se refiere a la oferta de la entidad SURTRUCK, sino que claramente se refiere a la tipología de los vehículos ofertados.

Sin embargo, en el recurso señalaba incluso que "*Remarcar que el Sistema Equivalente al que hace referencia el PPT se aceptaría siempre con el límite del cumplimiento del PPT, que es la norma ISO 3471:2008 tal como recoge el PPT.*

Por lo tanto, o bien debería de retirarse estos puntos a las demás licitadores, al haberse acreditado la falta de cumplimiento de la norma ISO citada (y de PTT), o bien, debería de interpretarse que no se exige en la presente licitación referida norma ISO, en cuyo caso, le correspondería a Iturri obtener los tres puntos correspondientes a esta categoría".

La oferta de la entidad SURTRUCK, a diferencia de la de Iturri, en este criterio concreto, nunca supuso un reconocimiento de que no cumpliera. La puesta en duda de Iturri, de la oferta de SURTRUCK, supuso el reconocimiento de que su oferta no cumplía con la ISO. En esos términos debe entenderse la solución otorgada por el Tribunal.

La anulación únicamente debía servir para darle el trato igualitario que Iturri reclamaba respecto a los demás licitadores, al aclararse que podía haber sido merecedor de la puntuación del criterio, pues al parecer su oferta cumpliría. Sin embargo, no podrá adjudicarse, dadas las circunstancias, obviamente, si no se aclaran convenientemente los términos de su oferta, debiendo el órgano de contratación adoptar todas las cautelas ante una esperada ejecución deficiente.

Así es como debía haberse resuelto la adjudicación, la entidad Iturri debe referirse a la barra antivuelco o equivalente ya ofertada, y el órgano de contratación, deberá incluir una motivación precisa que haga comprensible el otorgamiento de la puntuación por ese criterio, sobre la oferta que ya consta en el expediente, además de lo manifestado por Iturri, que no puede obviar. Esa labor debe corresponder al órgano de contratación, dadas las funciones exclusivamente revisoras de este Tribunal, obviamente teniendo en cuenta lo ya manifestado por Iturri sobre la imposibilidad de cumplir lo que ya ofertó de acuerdo con la norma ISO.

El órgano de contratación de forma incongruente se da por satisfecho con la aclaración respecto de la oferta ya presentada, obviando todo lo acaecido. Debe tener en cuenta que la única posibilidad de dar un trato igualitario era la posibilidad de marcar la casilla, pero únicamente lo motivó el hecho de que Iturri argumentaba que la habría cumplimentado, pero no puede obviarse que, a simple vista en su oferta, lo que consta en el expediente, no se permite vislumbrar ninguna barra ni el sistema equivalente que cumplirá con la ISO, al haberse ya manifestado que es imposible cumplir, con el sistema equivalente.

Téngase en cuenta también que, respecto de la oferta técnica y/o económica, no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar la licitadora las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta. Esta conclusión se desprende de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, en sentencia de 29

2 La negrita es nuestra.

de marzo de 2012 (asunto C-599/2010), en la que se afirma que "*una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato*", dado que *"en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato*".

Por otro lado, destacaba la misma sentencia, que "*no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados",* pues *"la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos*".

Lo que sí es posible es solicitar aclaraciones que en modo alguno supongan alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos pues ello podría suponer dar la opción a la licitadora afectada de modificar su oferta lo que traería como consecuencia una notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal en numerosas resoluciones, pudiendo señalar como doctrina la 222/2014, de 12 de noviembre de 2014 y la 120/2015, de 25 de marzo de 2015, en las que se aludía a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/2008).

La ejecución concreta de la resolución 229/2022 exigía que se cumpliera en sus estrictos términos. En este sentido, los términos de la aclaración del órgano de contratación, por su laxitud, se exceden, al permitir un sistema equivalente, no definido, lo que determinaría una posibilidad de modificación de la oferta en la ejecución del contrato. Debe aclararse en el sentido expuesto, identificando entonces el sistema propuesto ya en la oferta, (aunque no esté instalado aún en los vehículos), y justificar, de forma comprensible que sí cumplirá con la norma ISO, teniendo en cuenta el órgano de contratación lo que ya afirmó justificadamente y de forma técnica, de por qué no cumplirían.

Estima este Órgano, y de acuerdo con la consideración previa con la que partía, que la solución debe también circunscribirse en el presente recurso a las circunstancias concurrentes, dada la configuración de la licitación.

De no explicarse suficientemente tal contradicción, y justificarse convenientemente por el órgano de contratación, supondría permitir a Iturri incurrir en una infracción de la doctrina de sus propios actos, pues es claro que presentaba en el apartado 3.1.2 de su oferta técnica una "Carrocería de composite" (página 1785 del expediente) respecto de la cual Iturri ha manifestado en el recurso 95/2022 claramente que no cumpliría con la ISO.

Por todo ello, y dados los términos de la solicitud de aclaración a Iturri, y dada la falta de motivación de la resolución de adjudicación, se concluye que la misma carece de la motivación conforme a los términos exigidos en la resolución 229/2022 de este Tribunal, debiendo estimarse el recurso por este motivo y anularse la resolución de adjudicación.

La aclaración nueva, que deberá solicitarse a la entidad Iturri debe referirse a la barra antivuelco o equivalente ya ofertada, y explicar de forma lógica y técnica una cuestión ya examinada por este Tribunal, la afirmación vertida de que esta tipología de vehículos (incluido el que ofertó) no era posible cumplir con dicha ISO, y ahora la misma sí cumplirá. El órgano de contratación, (y si es que fuera posible una justificación que salvase esa manifestación, a la vista de las circunstancias expuestas), deberá incluir antes de apreciar el cumplimiento del criterio, a efectos de otorgar la puntuación prevista, la necesaria motivación técnica, dadas las afirmaciones vertidas durante el procedimiento y los distintos recursos interpuestos, que ni Iturri ni el órgano de contratación pueden ahora obviar, so pena de nulidad de la resolución que sin entrar ello resolviere una nueva adjudicación.

3. Respecto de la petición de la entidad SURTRUCK de que se revise la puntuación, estimando la existencia de un error en la puntuación de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas en la oferta presentada por ésta.

Alega, respecto del Anexo X apartado 1, sobre los criterios de adjudicación valorables mediante la aplicación de fórmulas, que se otorgaban 3 puntos a los licitadores que se comprometieren a incorporar en su vehículo airbags para plazas distintas de las de conductor y ocupantes. Estima que no señaló en su oferta en el apartado correspondiente por desconocimiento de la justificación que correspondía para ello, pues no aparece señalado en el Anexo VIII relativo a la documentación a presentar.

Funda su argumentación en los razonamientos de la resolución 229/2022, reclamando su derecho a recibir los 3 puntos correspondientes a la incorporación de airbags para plazas distintas a las de conductor y ocupantes, a pesar de no haberlo señalado.

Cumple dar la razón aquí a las alegaciones realizadas por la entidad adjudicataria cuando afirma que:

"SURTRUCK pretende hacer valer en este segundo recurso un supuesto error en la puntuación por los airbags, cuestión que no expuso en su primer recurso (resuelto por la resolución del TARJCA nº 20/2022) y cuya alegación por lo tanto es totalmente extemporánea.

SURTRUCK -consciente de que no había ofertado airbags para plazas distintas a las de conductor y acompañante- aceptó y consintió expresamente que no se le otorgaran 3 puntos por este criterio de adjudicación.

En consecuencia, en relación con este aspecto del recurso, debe de entenderse que la puntuación otorgada por los airbags es una cuestión consentida y firme, al operar igualmente la doctrina de la cosa juzgada administrativa".

Los efectos de la cosa juzgada de una resolución anterior en un posterior procedimiento de recurso contra el mismo acto ya han sido analizados por este Tribunal en resoluciones anteriores, siendo constante en su doctrina desde las Resoluciones 10/2012, de 3 de febrero y 76/2012, de 1 de agosto.

Este criterio también es asumido por otros Tribunales de Recursos Contractuales. Así, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid lo recogía en su Resolución 21/2013, de 6 de febrero, al señalar que "*Debe tenerse en cuenta que la Resolución anterior tiene, en relación con el actual recurso sometido al conocimiento de este Tribunal, el efecto de cosa juzgada al ser de plena aplicación al ámbito administrativo. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa «que entra a resolver el fondo de la controversia, estimando o desestimando las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión».* En el mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal Supremo en

la Sentencia de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos «*de un modo ordinario tienen atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)»".*

Por otro lado, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 110/2015, de 30 de enero, ante un supuesto como el ahora analizado en la presente resolución, viene a sostener que "*Se produce por tanto un efecto similar a la cosa juzgada judicial que, como reconoce nuestra resolución 945/2014, generan nuestras resoluciones, que vedaría ahora un nuevo examen por el Tribunal".*

A mayor abundamiento, aparte del efecto de la cosa juzgada, y como ya señalaba el Tribunal Administrativo Central en su Resolución 107/2012, de 11 de mayo, la desestimación del recurso se impone "*por mor del principio general de irrevocabilidad de las resoluciones de este Tribunal (consagrado entonces en el artículo 319 de la Ley de Contratos del Sector Público y hoy en el artículo 49 del Texto Refundido)".*

En efecto, y por lo que se refiere al supuesto analizado en la presente resolución, si pudiera enjuiciarse de nuevo la adecuación a derecho del acto que fue objeto del recurso anterior, se estaría implícitamente admitiendo una revisión de la resolución ya dictada por este Tribunal cuando resolvió el recurso contra la adjudicación, es decir, es una resolución que ya es irrevocable en vía administrativa por aplicación de lo dispuesto en el artículo 59 de la LCSP:

"1. Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la resolución será directamente ejecutiva.
3. No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito".

A la vista de lo expuesto, resulta obvio que la Resolución 229/2022, ha dejado firme aquellas cuestiones no planteadas contra aquel acto de adjudicación, y esas cuestiones que no fueron objeto de impugnación, suponen que sean inatacable en virtud de los efectos de cosa juzgada en este nuevo procedimiento, siendo además irrevocable en vía administrativa, lo cual impide analizar pretensiones sobre cuestiones que han quedado firmes por haber sido impugnadas.

4. Sobre las pretensiones de la entidad AUTO OLSAN, S. L.

En este sentido, si entendemos las alegaciones como una especie de reconvención de la entidad como interesada en el procedimiento, frente a la recurrente, ha de señalarse, que el trámite de alegaciones en el recurso no es una suerte de reconvención que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente (v.g., entre otras, Resoluciones de este Tribunal 193/2017, de 2 de octubre, 6/2018, de 12 de enero, 105/2018, de 13 de abril, 108/2018, de 17 de abril, 215/2018, de 6 de julio y 381/2019, de 14 de noviembre).

En este mismo sentido, se han pronunciado el Tribunal Administrativo de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 96/2018, de 11 de mayo, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, entre otras, en su Resolución 12/2020, de 24 de enero, y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en las Resoluciones 129/2011, de 27 de abril, 183/2013, de 23 de mayo, 164/2017, de 10 de febrero, 361/2017, de 21 de abril, 807/2017, de 22 de septiembre, 1208/2017, 22 de diciembre, 590/2018, de 21 de junio y 1144/2019, 14 de octubre.

Así mismo, y a mayor abundamiento, procede indicar que en el procedimiento contencioso-administrativo, tampoco cabe una reconvención o una pretensión adicional, como sí acontece en el proceso civil (artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); en tal sentido se pronunció de forma clara la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de abril de 2003, recurso 3269/2000, al declarar que *«en el recurso contencioso administrativo la parte demandada no puede "formular pretensiones", a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil por medio de la reconvención»*.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SURTRUCK, S.L.**, contra la resolución, de 5 de mayo de 2022, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de vehículos todo terreno para el dispositivo de prevención y extinción de incendios forestales de la Comunidad Autónoma de Andalucía” (Expte. NET177502), promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, anulándose la adjudicación y procediéndose por el órgano de contratación, conforme a la resolución 229/2022, a solicitar aclaración acerca del criterio de adjudicación controvertido, conforme a lo establecido en el fundamento de Derecho séptimo.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes 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.

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.