Incidente de ejecución 2/2022 (Resolución 301/2022) Recurso 184/2022
Resolución 436/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 26 de agosto de 2022.

VISTO el incidente de ejecución promovido por la entidad **SURTRUCK, S.L.** respecto a la Resolución de este Tribunal 301/2022, de 3 de junio, por la que se estimó parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la citada entidad contra la resolución del órgano de contratación, de 5 de mayo de 2022, 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 3 de junio de 2022, este Tribunal dictó la Resolución 301/2022 correspondiente al recurso 510/2021. En la citada Resolución se acordó estimar parcialmente el recurso especial interpuesto contra la mencionada resolución de adjudicación, de 5 de mayo de 2021, y en consecuencia, anularla debiendo procederse 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.

En el citado fundamento séptimo se disponía en los apartados 1 y 2 que son los que aquí interesan lo siguiente:

> **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".

1 La negrita es nuestra.

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 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,

2 La negrita es nuestra.

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 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.

Dicha resolución fue notificada al órgano de contratación, a la entidad recurrente y al resto de personas interesadas el 10 de junio de 2022.

SEGUNDO. Según se encuentra publicado en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el 27 de junio de 2022, tuvo lugar acto de toma de conocimiento por parte de la mesa de contratación de la Resolución 301/2022 de este Tribunal y se acuerda lo siguiente, según transcripción literal:

«***Primero***. *Proponer al órgano de contratación que anule la resolución de fecha 5 de mayo de 2022 por la que se adjudica el contrato a la licitadora ITURRI, S.A. procediendo, por consiguiente, a acordar la cancelación de la garantía definitiva que se constituyera a los efectos de la adjudicación.*

Segundo.- *Retrotraer el expediente al momento del otorgamiento de puntos, tal como indica el TARCJA en la Resolución 301/2022, y en cumplimiento de la citada Resolución, solicitar a ITURRI S.A. las siguientes aclaraciones, EN RELACIÓN CON LA BARRA ANTIVUELCO O EQUIVALENTE* ***YA OFERTADA:***

1ª Si el sistema barra antivuelco o equivalente, YA OFERTADO, "Carrocería de composite" apartado 3.1.2 de su oferta técnica, cumple con los requerimientos de la ISO 3471/2008. Al respecto se advierte expresamente que no se admitirá por esta mesa de contratación ninguna aclaración que conlleve una modificación de la oferta ya presentada, por mínima que la misma sea.

2º En caso de que la respuesta anterior sea afirmativa, deberá describir lo recogido en su oferta y explicar DE FORMA CLARA, LÓGICA Y TÉCNICA las razones que fundamentan dicha afirmación, con el necesario detalle.

3º Y en relación con dichas aclaraciones, deberá justificar, igualmente DE FORMA CLARA, LÓGICA Y TÉCNICA, la aparente contradicción que existe, en los términos que advierte el TARCJA, entre sus siguientes declaraciones:
a) En el recurso formulado contra la adjudicación realizada en su día a a SURTRUCK S.L., en el sentido de que:

> ***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]

b) En la aclaración que le fue solicitada en cumplimiento de la resolución del TARCJA 229/2022, en la que manifestó que:

> *"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".*

c) Y finalmente, en sus alegaciones contra el recurso formulado por SURTRUCK S.L. del que deriva la resolución del TARCJA 301/2022, en la que declara lo que sigue:

> - 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.

».

Posteriormente, el 5 de julio de 2022, se publica en el perfil de contratación resolución de 4 de julio de 2022 del órgano de contratación por la que se revoca la adjudicación a ITURRI, S.A.. Asimismo, el 25 de julio de 2022 se publica en dicho perfil acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada para la toma de decisiones del expediente de fecha 21 de julio de 2022. En la mencionada sesión se concluye lo siguiente:

> *«La Mesa considera que ha quedado suficientemente claro, que las manifestaciones de ITURRI, S.A., aparentemente contradictorias, no lo son, en cuanto a que no se refería a su propia oferta, sino a la oferta de SURTRUCK.*
> *A la vista de todo lo anterior, y teniendo presente el informe de ITURRI, S.A. junto con la certificación en él aportada de cumplimiento de la norma ISO 3471/2008, así como por el informe de INSIA, la mesa toma los siguientes*
> *ACUERDOS*
> *A tenor de lo visto se acuerda:*
> *Primero. Determinar como la mejor oferta la presentada por la empresa ITURRI, S.A conforme a la clasificación de las ofertas aprobada en la sesión de 22 de abril de 2022».*

En este sentido, la mesa de contratación acuerda solicitarle a la mencionada entidad la documentación previa a la adjudicación.

TERCERO. El 4 de agosto de 2022, tuvo entrada en el Registro del Tribunal incidente de ejecución, promovido por la entidad SURTRUCK, S.L. respecto a la Resolución de este Tribunal 301/2022, de 3 de junio, solicitando que *«sea acordado que sea dejado sin efecto alguno, declarándose nulo o subsidiariamente anulables los acuerdos de la Mesa de contratación, frente a los que se insta el presente incidente, con cuanto más haya de haber en Derecho»*.

CUARTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 8 de agosto de 2022, se dio traslado del incidente de ejecución promovido al órgano de contratación y a las entidades ITURRI, S.A. y AUTO OLSAN, S.L., a fin de que en un plazo de diez días hábiles pudieran presentar las alegaciones que estimasen oportunas, de conformidad con lo establecido en el artículo 36.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante el Reglamento).

Posteriormente se han recibido en este Tribunal, el 12 de agosto de 2022, las alegaciones presentadas por la entidad AUTO OLSAN S.L., el 19 de agosto, las presentadas por la entidad ITURRI S.A., y el 23 de agosto las presentadas por el órgano de contratación.

QUINTO. El 19 de agosto de 2022, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación para la calificación de la documentación previa a la adjudicación del expediente de contratación objeto de la controversia en el que se acuerda la exclusión de la entidad ITURRI, S.A. al no haber acreditado disponer de un plan de igualdad en vigor adaptado a las exigencias legales del art. 45 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Dicha circunstancia ha sido trasladada a este Tribunal por parte del órgano de contratación junto con sus alegaciones al incidente de ejecución promovido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver el incidente de ejecución promovido en virtud de lo establecido en el primer párrafo del artículo 36.3 del Reglamento que dispone que *«Los incidentes que planteen los interesados en relación con la ejecución de la resolución, se resolverán por el Tribunal previa audiencia de los interesados.».*

SEGUNDO. Legitimación.

Respecto a la legitimación para formular el incidente de ejecución, el Reglamento antes citado señala que podrán plantearlo las personas interesadas. Así, la entidad SURTRUCK, S.L. ostenta tal condición, al haberlo sido en el procedimiento que dio origen a la Resolución 301/2022 de este Tribunal, cuya ejecución constituye el objeto del incidente promovido.

TERCERO. Procedimiento.

En cuanto al procedimiento para la resolución de los incidentes de ejecución, los párrafos segundo y tercero del artículo 36.3 del Reglamento prevén que *«A tal fin, recibido el escrito planteando el incidente, el Tribunal dará traslado del mismo, con la documentación que lo acompañe, a los interesados a fin de que, durante el plazo de diez días hábiles, puedan alegar cuanto estimen oportuno. Evacuado el trámite anterior o, en su caso, transcurrido el plazo para ello, el Tribunal resolverá el incidente en el plazo de cinco día hábiles.».*

En el supuesto analizado, se ha seguido el procedimiento descrito como consta en los antecedentes de la presente resolución.

CUARTO. Fondo de la cuestión. Alegaciones de SURTRUCK, S.L. como entidad que promueve el incidente de ejecución.

1. Sobre el que toman un acuerdo a sabiendas de que es nulo.

Afirma la entidad SURTRUCK, S.L. que *«El Acta de Sesión de la Mesa de Contratación de fecha 21 de julio de 2022, no da respuesta a la petición del Tribunal.*

El TARCJA, en su resolución 301/2022, en su página 18, ya resuelve claramente que las declaraciones de ITURRI, referentes a que se refieren al vehículo ofertado por Surtruck, se refieren realmente al propio vehículo de ITURRI.

*"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."*

A más abundamiento, la resolución advierte lo siguiente,

"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."

*Sin embargo, la Mesa de Contratación, a sabiendas y con pleno conocimiento de lo ya resuelto por el Tribunal, ante las aclaraciones de Iturri, reinterpreta lo resuelto ya por el Tribunal y **se atreve** a concluir con lo siguiente:*

"Por todo lo anteriormente expuesto, concluimos y ratificamos que ITURRI en su afirmación, se refería SÓLO Y EXCLUSIVAMENTE a la solución de SURTRUCK de barra antivuelco en cabina del chasis furgoneta Renault Master".

*Esta conclusión, que contraviene lo ya resuelto por el tribunal, es **nula de pleno derecho** y por consiguiente, adoptar una decisión nula a sabiendas que lo es, puede ser constitutivo de un delito por el incorrecto proceder de los responsables públicos.*

*Por otra parte, ITURRI en su recurso 95/2022 indicó que no señaló la casilla porque su carrocería **no cumple con la ISO**. Esta manifestación contradictoria no ha sido aclarada con la respuesta presentada por ITURRI.»*.

2. Sobre la imposibilidad de verificar que el ensayo corresponde a la carrocería ofertada por ITURRI.

Indica la entidad que promueve el incidente de ejecución que *«En cumplimiento con la STJUE 14 de febrero de 2008, asunto C-450/06, la Mesa de Contratación debe revocar la confidencialidad otorgada al certificado de cumplimiento de ISO 3471.*

*Lo expresado por Iturri en el apartado 3.1.2 de su oferta técnica "Carrocería de composite" es una descripción genérica que no aporta detalles suficientes que permitan establecer que la carrocería que el Laboratorio certifica es la misma carrocería que la ofertada por Iturri. Más aún cuando la propia Iturri ya manifestó que no había señalado la casilla correspondiente **porque su carrocería ofertada no cumplía con la ISO**.*

Sin la información y documentación necesaria del carrozado ofertado y la imposibilidad de acceso al certificado emitido, es absolutamente imposible comprobar que la muestra del ensayo se corresponde con la ya ofertada por Iturri. Por consiguiente, el resultado es una evidente indefensión de Surtruck.

A los efectos de lo expresado en la página 5 del Acta de toma de decisiones de la Mesa de Contratación se señala que el certificado incluido como Anexo 1 que supuestamente acredita que la propuesta formulada por ITURRI cumple con la ISO 3471:2018 ha sido declarada confidencial, haciendo insuficiente la información que consta en el mismo para tener trazabilidad entre el resultado de dicho certificado y lo ofertado por ITURRI.

La Mesa es quien tiene la obligación de IMPEDIR que el certificado que sirve de otorgamiento de puntuación por la barra antivuelco sea confidencial y en positivo tiene la obligación de PERMITIR su conocimiento dado que, supone

una clara indefensión para Surtruck, al no poder cotejar el cumplimiento de un requisito de seguridad de primer orden, exigido en la licitación, porque no permite identificar la muestra analizada por el laboratorio y la que contiene la oferta de Iturri, más aún cuando lo que se pretende verificar no es una patente de Iturri sino verificar que el producto remitido al laboratorio certificador se corresponde inequívocamente con el producto incluido en la oferta remitida por Iturri en su participación en este proceso y que según su propia expresión "su carrocería ofertada no cumplía con la ISO".».

3. Sobre el otorgar funciones al asesor técnico que no le corresponden.

Alega SURTRUCK, S.L. que *«En el Acta de Sesión del 21 de julio de 2022, se aprecia por parte de la Mesa una aceptación de funciones jurídicas asumidas por el asesor técnico experto para la que no está legitimado.*

Con las afirmaciones realizadas por el técnico asesor (que a nuestro juicio no es independiente porque asesoró a la Agencia en la redacción del Pliego), que a continuación se reproducen, la Mesa otorga al técnico una función de resolver que no le corresponde y para lo que no está legitimado, ya que es la Mesa quien tiene la obligación de resolver y justificar su resolución

"Aclara que, aún sin tener el detalle del informe que ha servido de base al Laboratorio para emitir el certificado, que le permitiría comprobar el detalle técnico de la solución adoptada y por tanto la trazabilidad, esto no invalida la conclusión del estudio, esto es, que el certificado es suficiente para acreditar que la propuesta efectuada por ITURRI, CUMPLE. Asimismo indica que será la empresa adjudicataria, en ejecución, la que garantice que todos los vehículos suministrados cumplen con las características del sistema antivuelco equivalente ofertado y certificado con la norma UNE EN ISO 3471".

La conclusión de la entidad independiente es una conclusión jurídica no técnica, "el certificado es suficiente para acreditar que la propuesta efectuada por ITURRI, CUMPLE".

Entender o no acreditado un hecho es una tarea del órgano de contratación y del Tribunal, no de la entidad técnica independiente, por lo que dicha conclusión excede de las funciones de dicho tercero, incumbiendo a la responsabilidad de la Mesa de Contratación y al órgano de contratación tener por cumplido dicho requisitos en tales condiciones de confidencialidad, información insuficiente, y por ende, indefensión de los licitadores, con gravísima afectación del principio de igualdad , libre concurrencia, y derecho de defensa.».

4. Sobre la falta de legitimidad del asesor técnico y del laboratorio que emite el certificado.

Señala en su escrito que *«El Servicio Técnico designado por la Mesa no está acreditado para certificar y ensayar estructuras metálicas (ROPS) de protección antivuelco.*

*La norma exigida ISO 3471 es específica de comportamiento de las estructuras **metálicas** de protección contra el vuelco (ROPS). **Solo son exclusivamente para características metálicas**.*

*Tan sencillo como leer la NORMA y AMBITO DE APLICACIÓN de la referida norma ISO 3471, que literalmente dice en la pág. 7 de la misma "Esta norma específica las exigencias de las estructuras **METALICAS** de protección contra el vuelco (ROPS) de las maquinas.*

Posteriormente, en la pág. 8 de la misma, establece las NORMAS PARA LA CONSULTA:
*ISO 148-1: 2.006 **Materiales METALICOS***

*ISO 898-1: 1.999 Características Mecánicas de los elementos de fijación fabricados de **ACERO** al carbono y **ACEROS** aleados.*

Estas condiciones indispensables establecidas por la ISO fueron ya remitidas a la Mesa por esta parte para su conocimiento en escrito que consta registrado en la Agencia. Por ello, entendemos que se vuelve a aceptar una aclaración sobre algo que no es posible aclarar y que es conocido por la Mesa de antemano.

*Por otra parte, en el ámbito de homologación en España para la realización de ensayos, verificaciones y labores relacionadas con las conformidades realizadas es necesaria la participación de los Servicios Técnicos **designados por la Autoridad de Homologación1**.*

*La única institución acreditada para homologar las estructuras ROPS y **certificar ISO 3471** en España, es la Estación Mecánica Agrícola EMA registrada en el catálogo con el número ST0107.*

No consta acreditado el autor/emisor del certificado ni el laboratorio designado para valorar el informe (INSIA).».

5. Sobre el cumplimiento de lo resuelto por este Tribunal.

Manifiesta la entidad que promueve el incidente lo siguiente: «***Instamos a que el Órgano de Contratación que informe al Tribunal de las actuaciones adoptadas para evitar más inconvenientes y retrasos previo a la adjudicación.***

*A los efectos de evitar mayores inconvenientes y retrasos, dada "**la azarosa tramitación del expediente"** (tal como señala el TARCJA en su Resolución 301/2022) y en cumplimiento de lo establecido en su acuerdo: "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." .*

Esta parte requiere al Órgano para que comunique al TARCJA el contenido del "Acta de toma de decisiones", así como esta "comunicación y puesta en conocimiento", con carácter previo a resolver la adjudicación, ya que en este momento, el procedimiento está en fase de cumplimiento de lo acordado en la referida Resolución 301/2022, que a nuestro juicio no se está cumpliendo en los términos resueltos por el Tribunal.».

QUINTO. Alegaciones del órgano de contratación.

En su escrito afirma que con fecha 27 de junio de 2022, se reúne la mesa de Contratación para dar cumplimiento a la Resolución 301/2022, del TARCJA y se acuerda dotarse para el examen de la documentación requerida a ITURRI, como aclaraciones, de un asesoramiento técnico externo especializado en la materia de cumplimientos de los requisitos de la NORMA ISO 3471:2008.

Que con fecha 1 de julio de 2022, se obtiene de ITURRI S.A. respuesta al requerimiento efectuado. Señala, que entre la documentación aclaratoria de ITURRI, S.A. se incluye una certificación emitida por la entidad LABORATORIO DE TECNOLOGÍA AUTOMÓVEL (en adelante LTA). Afirma que LTA es un laboratorio que está acreditado y designado por la autoridad competente Portuguesa para la realización de controles y pruebas en los vehículos de motor y sus componentes.

Manifiesta que el 4 de julio de 2022 el órgano de contratación, a la vista de la propuesta efectuada por la Mesa, sobre la necesidad de contar con un asesoramiento técnico especializado en la materia de cumplimiento de los

requisitos de la norma ISO 3471:2008 y al amparo de lo previsto en el artículo 5.8 del Decreto 39/2011 de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados, dicta Resolución de adjudicación de una contratación especializada para una consultoría técnica a favor del Instituto Universitario de Investigación del Automóvil, Francisco Aparicio Izquierdo, (en adelante INSIA), para la prestación del servicio de asesoramiento técnico a la mesa de contratación y elaboración de Informe técnico especializado que evalúe y asesore las aclaraciones técnicas que la entidad ITURRI pudiera facilitar con motivo del requerimiento hecho. Asimismo, la Mesa de Contratación acuerda la asistencia con voz y sin voto como personal técnico especializado a la mesa de contratación, para un mejor asesoramiento con independencia del informe técnico que concrete la conclusión, a fin de que ésta pueda proponer al órgano de contratación la resolución de adjudicación que proceda con la suficiente motivación técnica. La Mesa recibe el informe técnico de INSIA con fecha 18 de julio.

Que posteriormente, se convoca mesa de contratación con fecha 21 de julio de 2022 y que en esa sesión se da respuesta de forma rigurosa a los requerimientos solicitados por el Tribunal, de tal forma que resulta evidente que todos los extremos solicitados por el Tribunal sobre si el sistema equivalente antivuelco ofertado por ITURRI, S.A. cumpliría con la norma ISO 3471:2008, resultan avalados de forma positiva y manifiesta, tanto por el informe de un Instituto experto (INSIA), como por el propio certificado obtenido por ITURRI, S.A de la empresa LTA para el sistema ofertado. La documentación aclaratoria de ITURRI, S.A., como ya se ha referido antes, viene acompañada de una certificación emitida por la entidad LTA. Dicho certificado constituye prueba concluyente e irrefutable, que el también INSIA confirma, de que el sistema antivuelvo equivalente que propone ITURRI, S.A. cumple con la mencionada norma ISO 3471:2008.

En este sentido, indica que ante tales evidencias, la mesa de contratación en esta sesión de 21 de julio acuerda dar por cumplido los requerimientos técnicos solicitados y por aclaradas las cuestiones exigidas por el TARCJA, determinando así que las puntuaciones a otorgar confirman la misma clasificación decreciente aprobada en sesión de 22 de abril y, por tanto, confirma a la empresa ITURRI, S.A. como la mejor oferta de las presentadas.

Finalmente, que con fecha 19 de agosto, se ha celebrado la mesa de contratación para tomar los acuerdos sobre la calificacion de la documentación previa a la adjudicación, efectuando un pronunciamiento motivado sobre el Plan de Igualdad presentado por la mencionada entidad. De dichos acuerdos ha resultado la inadmisión de la documentación por los motivos que en el acta se expresa -y que han sido reproducidos en los antecedentes de hecho de esta resolución-, por lo que, en consecuencia, se ha determinado requerir a la segunda empresa mejor clasificada, esto es, SURTRUCK, S.A., la documentación previa a la adjudicación.

Sobre las alegaciones manifestadas en el incidente de ejecución promovido por SURTRUCK indica lo siguiente:

- Con relación a que la mesa de contratación toma un acuerdo a sabiendas que es nulo, argumenta: *«de las manifestaciones realizadas por SURTRUCK en este apartado, parece desprenderse que cualquier decisión adoptada por la Mesa de contratación que no fuera inadmitir la justificación presentada por ITURRI, S.A. , no tendría validez y sería NULA. Sin embargo, la Mesa de contratación, ha considerado suficiente la aclaración presentada por ésta última, tal y como se recoge en el Acta de fecha 21 de julio de 2022, aclaración que se solicita en los términos marcados por el Tribunal, además, tomando la determinación de servirse de un asesoramiento experto externo para ello».*
Tales consideraciones de la Mesa se basan, especialmente, en que el licitador presenta un certificado de ensayo emitido por el Laboratório de Tecnologia Automóvel (en adelante LTA), que confirma que el sistema antivuelvo

ofertado por ITURRI, S.A. cumple con la normativa. LTA es un laboratorio de reconocido prestigio, que está acreditado y designado por la autoridad Portuguesa para la realización de controles y pruebas en los vehículos de motor y sus componentes. Esto es una evidencia que puede ser constatado de forma fehaciente y que la Mesa de Contratación no ha puesto en duda por resultar un elemento probatorio irrefutable.
SURTRUCK introduce en su escrito de alegaciones la siguiente manifestación:
"Sin embargo, la Mesa de Contratación, a sabiendas y con pleno conocimiento de lo ya resuelto por el tribunal, antes las aclaraciones de ITURRI, reinterpreta lo resuelto ya por el Tribunal y se atreve a concluir con lo siguiente:
Por todo lo anteriormente expuesto, concluimos y ratificamos que ITURRI en su afirmación, se refería SOLO Y EXCLUSIVAMENTE a la solución de SURTRUCK de barra antivuelco en cabina del chasis furgoneta renault Master"
Como se puede comprobar de la lectura del Acta y de la aclaración presentada por ITURRI, esta frase corresponde a una reproducción de parte de la aclaración de ITURRI y no a una manifestación o conclusión de la Mesa.
Dicha frase manifestada por ITURRI, no puede extraerse de forma sesgada de la aclaración presentada por ésta y que en su conjunto, la mesa ha considerado suficiente, dando por aclarada la aparente contradicción señalada por el Tribunal.
En otro orden de cosas, creemos necesario recordar, que el licitador no tendría que certificar y homologar el vehículo hasta su ejecución, sin embargo, ha fabricado, testado, homologado y certificado el sistema equivalente, presentado a la Mesa certificación de una entidad habilitada para ello, en la que se constata el cumplimiento de la norma del sistema antivuelco equivalente ofertado.

El resto de licitadores únicamente han manifestado su compromiso de instalarla, otorgando la Mesa de contratación la puntuación relativa a este criterio de adjudicación con una documentación técnica de compromiso a futuro, con la sola manifestación del licitador, sin poner en duda en ninguno de ellos si fuera posible o no su posterior certificación y homologación en fase de ejecución, sin embargo, en el decorrer de este expediente, la empresa en cuestión ha determinado de motu propio acreditar, por un experto externo, el sistema ofertado en la norma ISO 3471:2008. Ello quiere decir, que Mesa de Contratacion no puede más que constatar que tal certificado se ha obtenido y que, por tanto, la norma requerida en el PPT ha sido incorporada a la oferta no ya como una intención, sino como una realidad constatable.

- Con relación a la imposibilidad alegada por SURTRUCK de verificar que el ensayo corresponde a la carrocería aportada por ITURRI, el órgano de contratación manifiesta que la mencionada entidad no le ha solicitado vista del expediente por lo que no se ha podido manifestar acerca de si el mencionado certificado debe tener o no carácter confidencial. Por este motivo no puede afirmar que se le haya causado indefensión alguna. Concluye, que en el caso que se solicitara vista del expediente, en ese momento, el órgano de contratación resolverá motivadamente acerca del carácter confidencial o no del certificado emitido por LTA presentado por ITURRI en su aclaración.

- Respecto de la alegación relativa a las funciones que se le otorgan al asesor técnico por parte de la mesa de contratación, indica que la mesa de contratación, a la vista de la dificultad de la materia concreta que era objeto de aclaración, un sistema antivuelco de carrocería de composite, propuso al órgano de contratación, la asistencia de una entidad especializada en la materia que pueda asesorar sobre la aclaración que presentara ITURRI y que asistiera a la mesa, aclarando lo que fuera necesario. Afirma, que dicha decisión de la Mesa viene amparada por el artículo 5.8. del mencionado Decreto 39/2011.

Considera que es por tanto, potestad de la Mesa, si lo considera necesario, pedir dicha asistencia de técnicos o expertos independientes que le ayuden en la valoración de una cuestión tan técnica. Afirma que tal y como se recoge en el acta de la mesa, el asesor técnico, participó de esta únicamente como tal, no tomando parte en los

acuerdos. Alega que fue la mesa de contratación la que decidió el cumplimiento de forma positiva sirviéndose, en todo caso, del informe de INSIA, del certificado de LTA y de la aclaración presentada por ITURRI.

Concluye, aludiendo a la sesión de la mesa de contratación de 19 de agosto, en la que se el órgano entiende que la entidad se encuentra de forma sobrevenida en causa de prohibición para contratar, dado que su plan de igualdad, al que está obligado por ser empresa de mas de 250 trabajadores, está caducado, motivo por el que ha excluido a ITURRI del procedimiento de licitación.

SEXTO. Alegaciones de ITURRI, S.A. como interesada en el incidente de ejecución.

En su escrito de alegaciones argumenta que el ámbito del incidente de ejecución se encuentra estrictamente limitado al control por parte de los Tribunales de Contratación, de que los actos administrativos dictados en ejecución de sus resoluciones se ajustan a éstas, sin poderse volver a plantear en el mismo cuestiones de fondo ya resueltas ex ante, precisamente por las resoluciones cuya ejecución se pretende. A su juicio, de la lectura del escrito de interposición del incidente, se evidencia que SURTRUCK reitera cuestiones ya resueltas y aclaradas de forma reiterada, principalmente, la tergiversación torticera de la afirmación efectuada en el escrito de alegaciones de ITURRI a colación del REMC 95/2022 (que fue resuelto por Resolución n.º 229/2022), acerca de la imposibilidad técnica del cumplimiento por el vehículo ofertado por SURTRUCK de los requerimientos de la ISO 3471/2008, relativa al sistema antivuelco de los vehículos. Sobre lo anterior, alude a la doctrina de la discrecionalidad técnica de la que goza el órgano de contratación, así como que sus decisiones se encuentran avaladas por informes técnicos emitidos por organismos independientes y alude al perjuicio que se está ocasionando al interés público debido a la dilación del procedimiento.

Argumenta, en un sentido similar al manifestado por el órgano de contratación que acreditó el cumplimiento de la mencionada norma ISO 3417:2008 por medio de un informe de una entidad independiente y que dicho cumplimiento fue confirmado por el órgano de contratación que solicitó otro informe a una entidad diferente, por lo que a su juicio no se puede albergar duda alguna sobre el cumplimiento de la misma. Concluye afirmando: *«En consecuencia, el cumplimiento de los requerimientos de la ISO 3417:2008 por el sistema antivuelco ofertado por ITURRI ha sido verificado y certificado por dos organismos técnicos independientes, que fundamentan y avalan técnicamente las decisiones tomadas por la Mesa de Contratación en su reunión de fecha 21 de julio de 2022».*

En este sentido afirma que a pesar de que la mesa ha efectuado exactamente lo que pedía SURTRUCK (esto es, verificar el cumplimiento de la ISO 3417:2008 por el sistema antivuelco ofertado por ITURRI, por un organismo técnico independiente), ahora no acepta la decisión de la Mesa fundamentada precisamente en dicho informe técnico independiente, por la sencilla razón de que no le satisface.

Manifiesta que nunca ha afirmado que no fuera posible que el sistema antivuelco equivalente ofertado cumpliera la norma ISO 3471/2008. Alega que afirmó en el escrito de interposición del Recurso nº 95/2022, con respecto al sistema antivuelco ofertado por ITURRI que no se marcó la casilla, debido a que el sistema ofertado, en el momento en el que se presentó la oferta, no se encontraba homologado según la norma ISO 3471:2008 (lo que no obsta, naturalmente, a que pudiera homologarse de conformidad con dicha norma ISO, tal como ha quedado ahora acreditado por partida doble, tanto por el certificado de cumplimiento aportado por ITURRI como por el informe técnico emitido por el INSIA).

Sobre esta cuestión manifiesta que lo que se pretende por SURTRUCK es, por reiteración, poner en su boca lo que no ha dicho, puesto que, reduciendo la cuestión al mero sentido común (y más allá de la confusión puramente

semántica que haya podido suscitar el redactado de algunos de los escritos de ITURRI), no tiene sentido alguno que un licitador que aspira a la adjudicación de un contrato afirme que su oferta técnica no cumple (ni cumplirá) con uno de los requerimientos técnicos de los pliegos.

Por otro lado, respecto de la imposibilidad por parte de SURTRUCK de la verificación de que el ensayo certificado por el Laboratorio de Tecnología Automóvel se corresponde con la carrocería ofertada por ITURRI, realiza diversas consideraciones en torno a la confidencialidad de dicho documento en tanto que conteniene el know-how empresarial sobre su sistema antivuelco equivalente. Asimismo, argumenta que quien tiene que valorar el certificado es el órgano de contratación y no la mencionada entidad, que además ha obtenido otra certificación independiente.

Concluye, oponiéndose al resto de argumentos manifestados por SURTRUCK e indicando que *«el sistema antivuelco ofertado por SURTRUCK se ventiló con una escueta mención en su oferta (sin detallar ni relevar nada de su sistema antivuelco, sin presentar ni un solo gráfico, ni descripción, ni ningún certificado de cumplimiento) ITURRI aportó junto a su escrito de interposición del REMC 95/2022 resuelto por el TARCJA una certificación emitida por un laboratorio independiente especialista en ROPS – sistemas antivuelco -, que constata que una solución de sistema antivuelco de barras en interior de cabina como el de la oferta de Surtruck no cumplirá la ISO 3471/2008 en su chasis tipo furgoneta Renault Master.*

Por su parte, hasta la fecha, ITURRI ha tenido que dar todo tipo de explicaciones acerca de su sistema antivuelco ofertado, aportando certificados de cumplimiento de la ISO 3471:2008, certificados de cumplimiento y someter su sistema a la verificación de un organismo técnico externo (el INSIA). La desigualdad entre el trato dispensado respecto de la acreditación del cumplimiento de la ISO 3471/2008 es manifiesto».

SÉPTIMO. Alegaciones de AUTO OLSAN, S.L. como interesada en el incidente de ejecución.

Afirma dicha entidad en su escrito de alegaciones al incidente de ejecución lo siguiente: *«Esta parte viene a coincidir con el escrito promovido por SURTRUCK, SL, no pareciendo admisible la admisión de la estrategia de ITURRI SA, para procurar mejorar su posición en la licitación con respecto al resto de los interesados.*

Efectivamente, en su día ITURRI, SA, rechazó en su oferta que su vehículo tuviera un sistema antivuelco que cumpliera la norma ISO 3471/2008, no marcando la correspondiente casilla, y expresándolo así en su escrito de recurso contra la Resolución del órgano de Contratación de 8 de marzo de 2022.

Así mismo, en dicho escrito dejó claramente establecido que su vehículo, y a su juicio también el resto (valoración no compartida por esta parte, cuyo vehículo cumple con la norma ISO 3471/228), no podía cumplir con dicha norma, dada la falta de espacio material en cabina, y porque su peso rebasaría los límites admisibles sobre el eje delantero para la homologación.

El hecho de que por vía de una aclaración se aporte una modificación sustancial de la propuesta original, corrigiendo abiertamente la oferta inicialmente ofrecida, cambiando las características del vehículo sobre elementos de evaluación directa, es inadmisible, generando, además de una clara inseguridad y quebranto del procedimiento de licitación, un trato de favor para un licitador, en perjuicio del resto, los que no concurren en igualdad de condiciones con aquel al que se le permite mejorar su propuesta.

En conclusión, y como advierte SURTRUCK, SL en su escrito, las decisiones adoptadas por la mesa de contratación conducen de forma inexorable a una resolución de adjudicación, viciada por nulidad absoluta, por vicios de procedimiento y quebranto del principio de igualdad.».

OCTAVO. Consideraciones del Tribunal.

En cuanto al fondo de la controversia, dispone el primer párrafo del artículo 36.1 del Reglamento que «*Las resoluciones que pongan fin al procedimiento de recurso se ejecutarán por el órgano de contratación autor del acto impugnado con sujeción estricta a su términos.».* Ello supone que el órgano de contratación no puede ejecutarla parcialmente ni ir más allá extralimitándose en sus funciones. En ese sentido, la Sección Segunda de la Sala de la Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación 6531/2011, dicta Sentencia de 20 de marzo de 2013, en la que entre otras cuestiones delimita la actuación del órgano de contratación en la ejecución de sentencias. Indica el último párrafo de su fundamento de derecho segundo lo siguiente: *«De este modo ha de quedar establecido de modo meridiano que el incidente de ejecución de sentencia no es una continuación del pleito principal, pues su objeto está dirigido a hacer cumplir el fallo definitivo dictado. Es decir a comprobar que la ejecución de la sentencia no es "más", "menos" o "distinto" de lo resuelto, decidido, en el proceso declarativo.»*.

Dicha afirmación del Alto Tribunal es perfectamente aplicable a los incidentes de ejecución de las resoluciones de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual, como es el caso que nos ocupa. Por tanto, en lo que aquí interesa, el incidente de ejecución no es una continuación del procedimiento principal del recurso especial en materia de contratación, dado que su objeto está dirigido a hacer cumplir la resolución dictada por los citados órganos de revisión de decisiones en materia contractual. Esto es, a comprobar que la ejecución de dicha resolución no es "más", "menos" o "distinto" de lo resuelto, decidido, en el proceso declarativo.

Dicho lo cual, procede analizar los términos en que se manifiesta la Resolución 301/2022. En este sentido, la pretensión de SURTRUCK, S.L., como entidad recurrente que interpuso el recurso que dio lugar a dicha resolución, es examinada y estimada por este Tribunal en los apartados 1 y 2 del fundamento de derecho séptimo de la citada resolución, que en su último párrafo del apartado 2 sintetiza los efectos de la mencionada estimación.

En efecto, en dicho párrafo se indica que *«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 en ello resolviere una nueva adjudicación.»*, del cual pueden extraerse las siguientes consideraciones:

- Que la aclaración debe referirse necesariamente a la barra antivuelco ya ofertada.

- Que ITURRI, S.A. afirmó que en esta tipología de vehículos, incluido el que ofertó, no era posible cumplir con la ISO 3471:2008, lo que no puede ahora obviar. Sin embargo, posteriormente ante una pregunta directa efectuada por el órgano de contratación manifestó que sí cumpliría.

- Si es que fuera posible, una justificación de ITURRI, S.A. que explicara de forma lógica y técnica, salvando la afirmación vertida por dicha entidad de que en esta tipología de vehículos, incluido el que ofertó, no era posible cumplir con dicha ISO, el órgano de contratación deberá incluir antes de apreciar el cumplimiento del criterio, a efectos de otorgar la puntuación prevista, la necesaria motivación técnica.

- La necesidad de dicha motivación técnica trae causa de las afirmaciones vertidas durante el procedimiento y los distintos recursos interpuestos, que el órgano de contratación no puede ahora obviar.

a) Respecto a la primera consideración, según consta en el acta de la mesa de contratación de 27 de junio de 2022, a la entidad ITURRI, S.A, el órgano de contratación le pone de manifiesto que la aclaración debe referirse a la barra antivuelco ya ofertada por dicha entidad, por lo que en ese extremo nada que objetar sobre el cumplimiento de la Resolución 301/2022.
b) En cuanto a la segunda consideración, la mesa de contratación en su sesión de 27 de junio de 2022, no ha tenido tenido en cuenta lo resuelto por este Tribunal en la citada Resolución 301/2022, pues en ella se recoge de forma clara y meridiana que ITURRI, S.A. afirmó que en esta tipología de vehículos, incluido el que ofertó, no era posible cumplir con la ISO 3471:2008, dado que la mesa al solicitar la aclaración pregunta si la barra antivuelco o equivalente ya ofertada cumple con la citad ISO. Además, la mesa parte de la premisa de que en lo manifestado por dicha entidad a lo largo del procedimiento existía una aparente contradicción, cuando dicha contradicción es clara y manifiesta, en modo alguno aparente, lo que queda muy claro en la Resolución 301/2022.

Al respecto, la mesa no está ejecutando la resolución de este Tribunal con sujeción estricta a sus términos, pues lo que en realidad ha hecho es cuestionarla, en los términos expuestos en el párrafo anterior. Así las cosas, el órgano de contratación bajo la apariencia de ejecutar la mencionada Resolución 301/2022, ha objetado los argumentos esgrimidos por este Órgano, cuestión que solo es posible plantearla a través de la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la citada Resolución 301/2022 y la eventual sentencia estimatoria.

Es más, incluso la mesa de contratación en su sesión celebrada el 21 de julio de 2022, concluye tras analizar la documentación remitida por ITURRI, S.A. tras el requerimiento de aclaración lo siguiente: *«La Mesa considera que ha quedado suficientemente claro, que las manifestaciones de ITURRI, S.A., aparentemente contradictorias, no lo son, en cuanto a que no se refería a su propia oferta, sino a la oferta de SURTRUCK.»*, lo que evidencia sin lugar a dudas que la mesa ha cuestionado la resolución de este Tribunal, hasta el punto de afirmar todo lo contrario de lo que se argumentó en dicha Resolución 301/2022.

En el mismo sentido, se ha pronunciado la entidad ITURRI, S.A. en las aclaraciones aportadas, pues entre otras consideraciones afirma que *«Por todo lo anteriormente expuesto, concluimos y ratificamos que ITURRI en su afirmación, se refería SÓLO Y EXCLUSIVAMENTE a la solución de SURTRUCK de barra antivuelco en cabina del chasis furgoneta Renault Master.»*, y que *«hemos aclarado de forma clara, técnica, lógica, visual y comprensible que ITURRI NUNCA ha afirmado que era imposible que su solución cumpliera la norma ISO 3471/2008 que de facto la cumple sin modificación de la oferta, tal y como hemos certificado.»*.

Con base en las consideraciones anteriores, procedería estimar el incidente de ejecución promovido por la entidad SURTRUCK, S.L. y anular los acuerdos adoptados por la mesa de contratación en sus sesiones de 27 de junio de 2022 y de 21 de julio de 2022, así como aquellas actuaciones previas que traen causa de dichos acuerdos aprobados por la mesa, y se debería proceder por el órgano de contratación ejecutar la Resolución 301/2022 de este Tribunal en los términos señalados.

Sin embargo, se ha de tener en cuenta que la mesa de contratación en sesión celebrada el 19 de agosto de 2022, al calificar la documentación previa a la adjudicación presentada por la entidad ITURRI, S.A. acuerda su exclusión al no haber acreditado disponer de un plan de igualdad en vigor adaptado a las exigencias legales del art. 45 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Dicha circunstancia provoca en este momento del procedimiento la pérdida sobrevenida del objeto principal de la controversia en tanto que ITURRI ya no puede acceder a la adjudicación del contrato puesto que ha quedado fuera del procedimiento de licitación.

Lo anterior, conlleva asimismo la pérdida sobrevenida del objeto del presente incidente de ejecución, lo que además, impide analizar el resto de alegaciones de la recurrente, relativas a la imposibilidad de verificar que el ensayo corresponde a la carrocería ofertada por ITURRI, al haberse otorgado funciones al asesor técnico que no le corresponden y a la falta de legitimidad del asesor técnico y del laboratorio que emite el certificado, pues se ha producido la perdida sobrevenida del objeto de las citadas alegaciones.

Por último, la alegación de la recurrente en la que insta al órgano de contratación a realizar determinadas actuaciones, no pueden formar parte del contenido de un incidente de ejecución que ha de estar dirigido exclusivamente a este Tribunal.

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

ACUERDA

ÚNICO. Declarar concluso el incidente de ejecución promovido por la entidad **SURTRUCK, S.L.** respecto a la Resolución de este Tribunal 301/2022, de 3 de junio, por la que se estimó parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la citada entidad contra la resolución del órgano de contratación, de 5 de mayo de 2022, 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 en los términos expuestos en el fundamento de derecho octavo de esta 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.